

Universidad de Sevilla

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad  
Social



Tesis doctoral

La vinculación de la negociación colectiva con la igualdad  
y la no discriminación

Doctoranda: Ana Domínguez Morales

Director: Jesús Cruz Villalón

2017

<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	9
<b>ABREVIATURAS</b> .....	10
<b>INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL ESTUDIO</b> .....	12
<b>CAPITULO I: EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL AMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES</b> .....	16
<b>1.LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO DEL TRABAJO</b> .....	16
1.1.Configuración conceptual de la igualdad de trato .....	17
1.1.1.Igualdad como valor, principio y derecho .....	17
1.1.2.Igualdad formal .....	21
1.1.2.1.Igualdad de trato.....	21
1.1.2.2.Igualdad en aplicación de la ley .....	22
1.1.2.3.Igualdad en la ley .....	23
1.1.3.Igualdad material .....	24
1.1.3.1.Igualdad sustancial .....	24
1.1.3.2.Igualdad de oportunidades y de resultados.....	27
1.1.3.3.Medidas de acción positiva .....	29
1.2.Prohibición de discriminación.....	32
1.2.1.Factores de discriminación en continua evolución.....	32
1.2.2.Las formas de discriminación en el empleo .....	33
1.2.2.1.Discriminación directa .....	35
1.2.2.2.Discriminación indirecta .....	37
1.2.2.3.Discriminación encubierta y/o oculta .....	40
1.2.2.4.Discriminación múltiple.....	42
1.2.2.5.Discriminación colectiva y sistémica .....	43
1.2.2.6.Discriminación por asociación .....	45
1.3.Breve referencia a su reconocimiento normativo internacional.....	46
1.3.1. Principales instrumentos internacionales de reconocimiento de la igualdad y la no discriminación .....	46
1.3.2. Impacto del Derecho europeo y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la igualdad y la no discriminación.....	47
<b>2. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA</b> .....	56
2.1.Evolución de la jurisprudencia constitucional .....	57
2.1.1. Interpretación unitaria .....	57
2.1.2. Interpretación dual.....	59
2.2.Inexistencia de una teoría doctrinal uniforme.....	63
2.3.Similitudes y diferencias conceptuales y de régimen jurídico entre la igualdad y la no discriminación .....	66
2.3.1. Concepto .....	66
2.3.1.1.Similitudes .....	66
2.3.1.1.1.Elemento relacional o comparativo .....	66
2.3.1.1.2.Elemento volitivo .....	66
2.3.1.2.Las causas como elemento conceptual que diferencian la igualdad y la no discriminación .....	67
2.3.2. Régimen jurídico .....	69
2.3.2.1.Similitudes .....	69
2.3.2.1.1.Carga de la prueba.....	69
2.3.2.1.2.Consecuencias jurídicas ante la transgresión de los derechos a la igualdad y no discriminación.....	71
2.3.2.2.Diferencias .....	73

2.3.2.2.1.Sujetos vinculados.....	73
2.3.2.2.2.Necesidad de aportar un término de comparación en el juicio de igualdad	75
2.3.2.2.3.El empleo de la razonabilidad como elemento de distinción en el régimen jurídico de la igualdad y la no discriminación .....	76
2.4.Eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo. ....	80
<b>3. LÍMITES IMPUESTOS POR LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....</b>	<b>88</b>
3.1.Valor jurídico y eficacia del convenio colectivo .....	89
3.1.1. Autonomía colectiva como fuente de poder normativo.....	89
3.1.2. Eficacia de los convenios colectivos .....	92
3.1.2.1.Convenios colectivos estatutarios .....	92
3.1.2.2.Convenios colectivos extraestatutarios .....	101
3.2.Impacto de los derechos a la igualdad y a la no discriminación en la negociación colectiva.....	106
3.2.1. La garantía de la autonomía de la voluntad colectiva como freno a la aplicación de la tutela omnicompreensiva frente a desigualdades y a discriminaciones .....	106
3.2.2. ¿Derechos fundamentales enfrentados?.....	111
3.3.Sometimiento de los convenios colectivos al art. 14 CE en virtud de la jurisprudencia constitucional.....	114
3.3.1. A la igualdad en la ley.....	114
3.3.2. A la igualdad en aplicación de la ley.....	127
<b>4. CONVENIOS COLECTIVOS, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN .....</b>	<b>129</b>
4.1.La igualdad y la no discriminación no son contenido necesario del convenio colectivo... ..	129
4.2.El convenio colectivo como vehículo ambivalente de freno y creación de segmentación laboral.....	133
4.3.Contenido voluntario en materia de igualdad y no discriminación.....	136
4.3.1. Igualdad en el punto de partida .....	136
4.3.1.1.Cláusulas generales de igualdad y no discriminación .....	136
4.3.1.2.Legitimidad de acciones positivas para asegurar la igualdad en el punto de partida.....	140
4.3.2. Legitimidad de acciones positivas para asegurar la igualdad en el resultado .....	144
4.4.Influencia de la estructura de la negociación colectiva en la promoción de situaciones desventajosas o eliminación de las mismas .....	152
4.5.Control de la negociación colectiva en materia de igualdad y de no discriminación..	155
4.5.1. Comisiones de igualdad.....	155
4.5.2. Control judicial del convenio colectivo.....	157
<b>CAPÍTULO II: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....</b>	<b>167</b>
<b>1.TUTELA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA EN MATERIA DE GÉNERO .....</b>	<b>167</b>
1.1.Factor de discriminación prototípico en el modelo antidiscriminatorio europeo.....	167
1.2.Principales hitos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de discriminación por razón de sexo.....	169
1.3.Recepción legal de la disciplina antidiscriminatoria por razón de sexo en perspectiva comparada.....	171
1.4.La prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 14 CE en la jurisprudencia constitucional.....	173
<b>2.IMPACTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SOBRE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN ENTRE GÉNEROS .....</b>	<b>176</b>

2.1.El deber de negociar en cuestiones de género .....	176
2.2.La transversalidad del género en la negociación colectiva .....	178
2.3.La negociación colectiva como cauce de medidas de fomento de la igualdad entre hombres y mujeres y de segregación por el mismo motivo .....	181
2.4.Organismos paritarios de representación de los trabajadores y participación de la mujer.....	184
<b>3. EFECTO DE LAS POLÍTICAS CONVENCIONALES EN LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO.....</b>	<b>188</b>
3.1.Cláusulas de reconocimiento de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo.....	189
3.2.Elementos de discriminación presentes en la negociación colectiva. ....	191
3.2.1. Discriminación de tipo directo .....	192
3.2.2. Discriminación de tipo indirecto .....	194
3.3.Medidas de acción positiva en materia de género.....	197
3.3.1. Cuotas de participación obligatoria vs. preferencias .....	199
3.3.2. Planes de igualdad.....	203
<b>4.ACCESO AL EMPLEO Y CONDICIONES LABORALES.....</b>	<b>207</b>
4.1.Contratación.....	208
4.1.1. Contrato indefinido .....	208
4.1.2. Contrato temporal.....	209
4.1.3. Contrato a tiempo parcial .....	211
4.2.Igualdad salarial.....	216
4.2.1. El papel de la negociación colectiva en la reducción de la brecha salarial.....	217
4.2.2. Clasificación profesional .....	219
4.2.3. Salario y complementos .....	223
4.3.Medidas de conciliación entre la vida laboral y familiar .....	225
4.3.1. Maternidad .....	229
4.3.1.1.Suspensión o permiso de maternidad/paternidad .....	230
4.3.1.2.Otros permisos .....	235
4.3.1.3.Excedencias.....	238
4.3.1.4.Reducción de jornada.....	241
4.3.1.5.Prohibición de realizar actividades de riesgo para la maternidad.....	242
4.3.2. Otros beneficios.....	245
4.3.3. Movilidad .....	246
4.3.3.1. Movilidad geográfica .....	246
4.3.3.2. Movilidad funcional .....	247
4.3.4. Flexibilidad laboral .....	248
4.3.5. Formación .....	251
<b>CAPÍTULO III: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA .....</b>	<b>254</b>
<b>1.LA NACIONALIDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN.....</b>	<b>254</b>
1.1.El fenómeno migratorio como punto de partida .....	254
1.2.La nacionalidad como criterio de discriminación prohibido en el ámbito internacional... ..	255
1.3.Nacionalidad vs origen étnico y raza. Una cuestión compleja.....	256
<b>2.LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA.....</b>	<b>260</b>

2.1.La nacionalidad como fundamento del Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea.....	260
2.2.La protección de los trabajadores migrantes comunitarios .....	267
2.2.1. Discriminación por razón de nacionalidad y libertades económicas .....	267
2.2.1.1.Libre circulación de trabajadores nacionales comunitarios y prohibición de discriminación por razón de nacionalidad.....	267
2.2.1.2.Efectos de la jurisprudencia en materia de colisión de derechos fundamentales y libertades económicas de libre prestación de servicios y de establecimiento.....	271
2.2.2. Exclusión de la nacionalidad del ámbito de aplicación de las Directivas antidiscriminatorias de segunda generación .....	284
2.3.La protección de los trabajadores migrantes extracomunitarios mediante las Directivas europeas.....	286
<b>3.IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO INTERNO .....</b>	<b>289</b>
3.1.Reconocimiento de la igualdad entre españoles y extranjeros en la Constitución española .....	289
3.2.La nacionalidad como factor de discriminación protegido en vía constitucional .....	296
3.3.Marco legal de referencia .....	301
<b>4. IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....</b>	<b>303</b>
4.1.Igualdad de condiciones laborales entre nacionales y extranjeros .....	304
4.2.Medidas discriminatorias.....	308
4.2.1. Medidas de discriminación directa.....	308
4.2.2. Medidas de discriminación indirecta.....	310
4.3.Estrategias de promoción de la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.....	311
4.3.1. Escasa sensibilización de los actores sociales en materia de discriminación por razón de la nacionalidad como punto de partida .....	311
4.3.2. Impulso de la integración de extranjeros en el mercado laboral.....	313
4.3.3. Medidas de acción positiva. Reservas, exclusiones o preferencias en el empleo por razón de nacionalidad.....	317
<b>5. TRATAMIENTO CONVENCIONAL DE LAS DIFERENCIAS POR RAZÓN DE NACIONALIDAD .....</b>	<b>320</b>
5.1.Incorporación al mercado laboral .....	321
5.1.1. Acceso al empleo .....	321
5.1.2. Contratación .....	324
5.1.2.1.Contratación indefinida.....	324
5.1.2.2.Contratación temporal.....	325
5.2.Condiciones laborales.....	326
5.2.1. Igualdad retributiva .....	327
5.2.2. Gestión de la diversidad nacional en las empresas.....	328
5.2.2.1.Condiciones vinculadas a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.....	330
5.2.2.2.Ascensos.....	334
5.2.2.3.Formación .....	335
<b>CAPÍTULO IV: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....</b>	<b>337</b>
<b>1.LA EDAD COMO FACTOR AMPLIO DE DISCRIMINACIÓN .....</b>	<b>337</b>

1.1.Discriminación de personas de mayor edad.....	338
1.2.Discriminación de personas jóvenes.....	340
1.3.La edad como factor de discriminación de segunda generación en el Derecho de la Unión Europea.....	342
1.3.1. Reconocimiento normativo en el sistema de tutela antidiscriminatoria de la Unión Europea .....	342
1.3.2. La discriminación por edad como condición personal del trabajador .....	346
2.DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL ÁMBITO INTERNO.....	347
2.1.Encaje de la prohibición de discriminación por razón de edad entre las causas discriminatorias en virtud de la jurisprudencia constitucional.....	347
2.2.Normativa legal de referencia.....	349
3.LA EDAD COMO CRITERIO AUTÓNOMO DE DISCRIMINACIÓN O PONIBLE FRENTE A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	350
3.1.Vinculación del convenio colectivo con la prohibición de tratamiento discriminatorio por razón de edad.....	350
3.2.Implicaciones de los interlocutores sociales con la edad y su impacto sobre la negociación colectiva .....	352
3.3.Elementos de discriminación por razón de edad en el convenio colectivo.....	357
3.3.1. Discriminación de tipo directo .....	357
3.3.2. Discriminación de tipo indirecto .....	362
4. TRATAMIENTO DE LA EDAD EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS .....	364
4.1.Acceso al empleo y promoción profesional.....	366
4.1.1. El criterio de la edad como freno al acceso al mercado laboral y el denominado techo de cristal en la promoción profesional .....	366
4.1.2. Impacto de la edad en medidas de contratación .....	368
4.1.2.1.Contratación indefinida.....	368
4.1.2.2.Contratación temporal.....	370
4.1.3. Contratos formativos .....	372
4.1.3.1.Medida de fomento del empleo joven .....	372
4.1.3.2.El tratamiento convencional de las modalidades de contratos formativos.....	373
4.1.4. Contrato de relevo y jubilación parcial.....	383
4.2.Efectos de la edad sobre algunas condiciones laborales .....	387
4.2.1. Movilidad .....	387
4.2.1.1.Movilidad geográfica .....	387
4.2.1.2.Movilidad funcional .....	389
4.2.2. Formación .....	390
4.2.3. Medidas de conciliación por razones vinculadas a la edad .....	394
4.2.4. Otras condiciones beneficiosas por razón de edad .....	396
4.3.Extinción del contrato por razón de edad .....	398
4.3.1. Las cláusulas de jubilación forzosa .....	398
4.3.2. Vías alternativas a la prohibición de fijar cláusulas convencionales de jubilación forzosa .....	402
4.3.3. Criterios de selección de trabajadores afectados por despido colectivo .....	405
CAPÍTULO V: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA .....	408
1.LA DISCAPACIDAD COMO CONCEPTO COMPLEJO.....	408
1.1.Concepto de discapacidad para el empleo .....	409

1.1.1. El concepto de discapacidad en el ámbito internacional .....	409
1.1.2. La interpretación jurisprudencial del concepto de discapacidad .....	411
1.1.2.1. Interpretación expansiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...411	
1.1.2.2. Independencia de la discapacidad y la enfermedad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional.....	415
1.2. Consolidación de la discapacidad como factor de discriminación laboral.....	416
1.3. El empleo de las personas con discapacidad en el marco legal actual .....	419
2. LA DISCAPACIDAD EN EL SENO DE LAS ESTRATEGIAS DE NEGOCIACIÓN .....	423
2.1. La escasa participación inicial de los agentes sociales .....	423
2.2. Intensificación paulatina de las estrategias de promoción e integración de las personas con discapacidad.....	426
2.3. Organismos paritarios de representación y participación de las personas con discapacidad en las mesas de negociación.....	431
2.4. Medidas de reconocimiento general de la igualdad de oportunidades y no discriminación .....	433
2.4.1. Cláusulas generales de igualdad y prohibición de discriminación .....	433
2.4.2. Medidas de acción positiva .....	436
2.4.2.1. Promoción de la igualdad en el acceso al empleo .....	437
2.4.2.2. Planes de Igualdad.....	439
2.5. Efectos adversos de la negociación colectiva en el marco de la discapacidad.....	440
2.5.1. Medidas discriminatorias manifiestas .....	441
2.5.2. Medidas aparentemente neutras con efectos discriminatorios.....	442
3. TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA .....	444
3.1. Disposiciones convencionales en materia de contratación .....	446
3.1.1. Contrato indefinido .....	447
3.1.2. Contrato a tiempo parcial .....	447
3.1.2.1. Transformación del contrato a tiempo parcial por razón de discapacidad...448	
3.1.2.2. Transformación del contrato a tiempo parcial para cuidado de un familiar.....	450
3.1.3. Contrato temporal.....	451
3.1.3.1. Contrato temporal de fomento del empleo de las personas con discapacidad... ..	451
3.1.3.2. Contratos formativos .....	452
3.2. Acceso y mantenimiento del empleo .....	454
3.2.1. Sistema de cuota de reserva.....	454
3.2.2. Ajustes razonables ¿son medidas de acción positiva?.....	459
3.2.3. Movilidad como medio para mantener el empleo en situación de discapacidad 465	
3.2.3.1. Movilidad geográfica .....	465
3.2.3.2. Movilidad funcional. Adaptación de las condiciones de trabajo en caso de discapacidad sobrevenida.....	467
3.3. Formación.....	472
3.4. Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y profesional .....	474
3.4.1. Permisos .....	474
3.4.1.1. Permisos por razón de discapacidad.....	474
3.4.1.2. Permisos por cuidado de un familiar con discapacidad.....	475
3.4.2. Excedencias .....	477
3.4.2.1. Excedencia por razón de discapacidad.....	477
3.4.2.2. Excedencia por cuidado de un familiar con discapacidad.....	478
3.4.3. Gestión de la prestación profesional.....	479
3.4.3.1. Flexibilidad en la jornada y el horario.....	481
3.4.3.2. Flexibilidad en la organización del trabajo: el teletrabajo.....	483

3.5.Condiciones económicas .....	488
CONCLUSIONES.....	490
BIBLIOGRAFÍA.....	522



## Agradecimientos

El deseo de crecer profesionalmente, mediante la adquisición de una formación de excelencia y de las aptitudes necesarias para llevar a cabo una investigación como la que aquí se presenta, ha marcado la etapa académica iniciada al comenzar los estudios de mi tesis doctoral. Los objetivos perseguidos durante la misma han sido cumplidos de forma muy satisfactoria gracias a la atención constante, la dedicación plena y la confianza depositada en mí por mi director, D. Jesús Cruz Villalón, mi referente y guía en éste intenso periodo instructivo al que pongo fin con éste trabajo.

El agradecimiento por contribuir al enriquecimiento, tanto a nivel profesional, como a nivel personal, que he obtenido durante éstos años, lo hago extensible a todos los miembros del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, cuerpo docente y administrativo, quienes de una forma u otra han participado en ello.

Agradezco y agradeceré siempre el sostenimiento emocional que me han proporcionado mi familia y amigos, aquellos que siempre han estado a mi lado y a los que aparecieron durante ésta travesía. Todos ellos, de algún modo, han alimentado mi ilusión por mejorar como investigadora, como docente y como persona, alentándome a seguir desempeñando mi trabajo con esfuerzo e ilusión y confiando a ciegas en que, con empeño, lograré alcanzar todas las metas que me proponga, una de las cuales he conseguido sobrepasar con la presentación de ésta tesis.

Nada habría sido posible, no obstante, sin el apoyo incondicional de mis padres y mi hermano. A ellos les debo todo. No existen palabras que puedan expresar lo afortunada que me siento por tener una familia que se desborda por mi felicidad, soportando, con infinita paciencia, aquellos momentos de mayor dificultad. Sé que disfrutarán, tanto o más que yo misma, de haber puesto fin a mis estudios doctorales y esperarán, con la misma ilusión que yo lo hago, a que mi futuro académico siga avanzado de forma exitosa. Ojalá sea capaz de poderles devolver todo el amor que me han demostrado desde el primer día de mi vida así como proporcionarles las satisfacciones que ellos merecen. A ellos dedico ésta tesis.

## ABREVIATURAS

AENC	Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva
ANC	Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva
ANI	Accord National Interprofessionnel
AT	Accordo Territoriale
ATC	Auto Tribunal Constitucional
AA.VV.	Autores Varios
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
Cah.dr.Eur.	Cahiers de droit européen
CARL	Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CC	Convenio colectivo
CCNL	Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro
CC.OO.	Comisiones Obreras
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CES	Consejo Económico y Social
CGIL	Confederazione Generale Italiana del Lavoro
CGT	Confédération générale du travail
CI	Constitución Italiana
CIA	Contratto Integrativo Aziendale
CISL	Confederazione Italiana Sindacati Lavoratori
Coord.	Coordinación
Col.	Colección
DA	Disposición Adicional
Dec.	Decisión
Dir.	Dirección
Dec. Lgs.	Decreto Legislativo
Dir. Lav. Rel. Ind.	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
Dir. Rel. Ind.	Diritto e relazioni industriali
Dr. soc.	Droit social
DT	Disposición Transitoria
Ed.	Edición
Edit.	Editor
ET	Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento jurídico
FFJJ	Fundamentos jurídicos
Giur. It.	Giurisprudenza italiana
Giust. Civ.	Giust. Civ.
Int. J. Obes.	International Journal of Obesity
Lav. Giur.	Lavoro nella giurisprudenza
LD	Lavoro e diritto
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LOIMH	Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres
MGL	Massimario della giurisprudenza del lavoro
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
MTSS	Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social

NLCC	Le nuove leggi civili commentate
Op. cit.	Obra citada
OIT	Organización Internacional del Trabajo
RDT	Revista de Derecho del Trabajo
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
Riv. crit. dir. Priv.	Rivista critica del diritto privato
Riv.giur.lav.	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
Riv. int. dir .	Rivista internazionale di filosofia del diritto
Riv. it. dir.lav.	Rivista italiana di diritto del lavoro
RD	Real Decreto
RDP	Revue du Droit Public
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
RGL	Rivista giuridica del lavoro
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RL	Relaciones Laborales
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
Sent. Corte Cost.	Sentencia de la Corte Constitucional
Sent. Cas. Soc	Sentencia de la Casación Social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TL	Temas Laborales
TRLGD	Texto Refundido Ley General de Discapacidad
TUE	Tratado de la Unión Europea
UGT	Unión General de Trabajadores
UIL	Unione Italiana del Lavoro
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

## **INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL ESTUDIO**

El objeto de nuestro estudio se dirige a determinar si la negociación colectiva está sometida a la igualdad y a la no discriminación, siempre que sea aceptada la premisa de la existencia de dos derechos autónomos, independientes entre sí. Por tanto, resulta obligado adentrarnos en el debate doctrinal acerca del alcance conceptual y de régimen jurídico que se desprende de tales mandatos.

A tales efectos, el artículo 14 de la Constitución española supone un importante referente al respecto, aunque nuestro análisis no se centrará, sin embargo, en el reconocimiento de la igualdad y la no discriminación en el ordenamiento jurídico español sino que servirá de pauta para un análisis jurisprudencial, normativo y especialmente convencional, que se verá afectado por normas internacionales y supranacionales así como la jurisprudencia que emana de organismos a los que España se ha incorporado y que resulta jurídicamente vinculante. Para enriquecer el objeto de nuestro estudio, se ha empleado la técnica del Derecho comparado, tratando de dar un enfoque amplio a la cuestión del modo en que los derechos que reconoce el precepto constitucional citado vinculan a la negociación colectiva.

El primer punto sobre el que se habrá de reflexionar, por lo tanto, es el contenido los derechos a la igualdad y a la no discriminación desde su consagración general hasta su aplicación más específica al marco del empleo y la ocupación. La anterior no es una misión menor y prueba de ello es que no existe hoy pleno consenso doctrinal y jurisprudencial acerca del ámbito material aplicativo de cada uno de los derechos citados. En virtud de la respuesta que se ofrezca ante tal interrogante, deberemos considerar, en primer lugar, si se trata de dos derechos independientes y con rasgos propios desde el punto de vista conceptual y de su régimen jurídico y en atención a ello, si el convenio colectivo en España está sujeto o bien al art. 14 de la Constitución como precepto que recoge un solo derecho o bien se refiere a la igualdad de forma independiente que a la prohibición de discriminar. Si se cumple ésta última hipótesis, será necesario evaluar cuáles son los efectos más notorios de ésta sumisión del convenio a uno y otro derechos.

En todo caso, existe unanimidad en aceptar que la prohibición de discriminación en razón a una serie de rasgos inherentes a la persona o a su condición social que colocan al sujeto en una situación de particular desventaja y marginación, resultan oponibles tanto en la esfera pública como en la esfera privada circunstancia derivada de su condición de derecho humano que vincula su tutela con la más elemental protección de la dignidad. Aunque las causas de discriminación son abundantes, nos encontramos en la actualidad con cuatro motivos de discriminación especialmente presentes en el ámbito laboral y que han sido escogidos por la especialidad del régimen jurídico que cada uno de ellos presenta, cuyo tratamiento negocial será objeto de estudio: por razón de sexo, de nacionalidad, de edad y de discapacidad.

En el segundo capítulo de nuestro trabajo nos dedicaremos a la prohibición de discriminación por razón de sexo tal y como ha sido contemplada en nuestro ordenamiento jurídico y el modo en que su régimen de tutela ha sido completado con las normas internacionales y europeas y la interpretación jurisprudencial que de las mismas se ha llevado a cabo. Lo principal para nuestro propósito de estudio es analizar el espacio de la negociación colectiva en la superación del desequilibrio estructural entre mujeres y hombres que se mantiene en plena actualidad, evaluando las técnicas de proscripción de discriminaciones por razón de sexo en cada nivel de negociación así como los mecanismos de inclusión que se han incorporado en los contenidos de una muestra de convenios colectivos vigentes a día de hoy.

El tercero de los capítulos se dedicará a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. Si bien junto con el anterior, el criterio de la nacionalidad se encuentra entre las causas de discriminación originariamente prohibidas por los Tratados originarios de la Unión Europea, ésta causa de distinción debe ser abordada con especial cautela debido a que la Constitución española reserva en términos literales el contenido del art. 14 CE a los españoles, mientras que el listado de causas de discriminación vedadas carece de referencia expresa a la nacionalidad. Tales derechos están llamados a ser modulados por el contenido del artículo 13 de la Carta Magna que reconoce a los extranjeros el goce en España de las libertades públicas que garantiza Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley. Habiendo resuelto ésta primera cuestión, se abordará el modo en que la negociación colectiva ha de respetar los derechos a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación entre nacionales y extranjeros y el tratamiento que ofrece la misma a la nacionalidad como criterio de diferenciación de condiciones de empleo y ocupación.

En cuarto lugar se analizará el tratamiento peyorativo al que se encuentran abocados en el mercado laboral quienes se diferencian por razón de su edad. Éste criterio es el más flexible de todos, habida cuenta de que influyen muchos otros condicionantes culturales, demográficos, políticos o económicos que trazan la línea de quienes están o no comprendidos entre los segmentos de población discriminados por razón de la edad. Nos fijaremos particularmente en el empleo de los jóvenes y mayores, al modo en que la negociación colectiva atiende a la prohibición que las normas y la jurisprudencia imponen con respecto al criterio de la edad y a los medios adoptados para fomentar la integración de ambos colectivos.

Finalmente se abordará la prohibición de discriminación laboral por razón de discapacidad. No es éste último un criterio de distinción prohibido fácil de perfilar, habida cuenta de la evolución histórica del modelo desde cuya óptica se ha afrontado la incorporación del personal con discapacidad en la sociedad en general y en el mercado de trabajo en particular, desde la exclusión plena del mismo, pasando por la predeterminación de medidas rehabilitadoras o terapéuticas hasta alcanzar al más inclusivo de todos, el modelo social de la discapacidad. Al respecto, los convenios colectivos han sido útiles en la promoción en el empleo ordinario de quienes participan de alguna disminución laboral así como de trabajadores con un familiar con

discapacidad a cargo, al tiempo que propician el mantenimiento de la segmentación de los miembros de éste colectivo especialmente por el desapego en sus políticas convencionales a la óptica de la discapacidad.

En cuanto a la metodología utilizada, han sido analizados los principales instrumentos normativos que interceden en la proclamación de la igualdad y la no discriminación, así como las normas específicas que interfieren en la integración de los colectivos objeto de estudio. Junto a ello, no de menor importancia resulta la jurisprudencia constitucional en orden a la interpretación del artículo 14 CE así como de otros preceptos constitucionales con los que guarda especial vinculación la protección de determinados colectivos históricamente discriminados en el marco laboral. El impacto en nuestro ordenamiento del Derecho internacional y el supranacional europeo exigía la apertura en los horizontes de análisis que no podía circunscribirse a la realidad normativa española. Para evaluar la incidencia de los elementos configuradores de procedencia europea, ha sido especialmente positivo evaluar las pautas de procedencia jurisprudencial así como la comparación de algunas de las instituciones examinadas en el ámbito regulador de otros Estados miembros con largas tradiciones iuslaboralistas como Francia e Italia. El ejercicio del método comparado pueden proporcionar, en efecto, una visión más completa acerca del rumbo hacia el que se dirige la política antidiscriminatoria al combinar las directrices que emanan de las instituciones Europeas con el empleo de dogmas propios y en ocasiones anteriores a la participación en el espacio común supranacional.

Justamente es preciso trazar un marco legal y jurisprudencial que arroje luz sobre el objeto de nuestro estudio centrado en el tratamiento de la igualdad y la prohibición de la discriminación en el seno de la negociación colectiva, fijado el cual, debe evaluarse el grado de aplicación de los mismos en el contenido convencional. En efecto, ha sido seleccionada una muestra limitada de convenios colectivos vigentes hasta el momento en que se escribe, representativos de los principales sectores de la actividad económica española aprobados en los niveles sectorial estatal, autonómico, provincial y empresarial. Como elemento de comparación sobre el grado de vinculación de la negociación colectiva española con la igualdad y la no discriminación así como de la calidad de su contenido en aras a la integración de los colectivos discriminados, se ha utilizado la experiencia convencional de uno de los ordenamientos más cercanos en cuanto al régimen jurídico de un amplio número de instituciones laborales pero especialmente distanciado en el modelo de negociación colectiva, como es el caso italiano. Se trata éste de un sistema de relaciones laborales en el que los convenios colectivos, si bien cumplen con el idéntico rol de instrumento regulador de las condiciones laborales, junto con otras de carácter organizativo o de fijación de obligaciones entre los sujetos firmantes, no adquieren el marcado carácter de normas con efectos *erga omnes* como sucede en España a los que no se somete estrictamente al respeto por la igualdad de trato. A tales propósitos se ha dirigido el examen de un conjunto de convenios colectivos vigentes en Italia utilizando para su selección el método cualitativo, en virtud de la relevancia de los sectores económicos más

importantes de la economía italiana en los que se aplican, negociados tanto a nivel sectorial estatal como territorial y empresarial.

## CAPITULO I: EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL AMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

### 1. LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO DEL TRABAJO

La sostenida «crisis de identidad» del Derecho del Trabajo se evidencia, entre otros factores, en el modo en el que el mismo, históricamente dirigido a nivelar y a equiparar a todos los trabajadores según su ámbito geográfico y funcional de pertenencia, afronta desde hace un tiempo la exigencia de distinguir, desestandarizar y calibrar diferencias<sup>1</sup>. De esta manera, la idea de igualdad como elemento de la justicia distributiva, ha ido abriendo paso a la concepción de la igualdad de tipo correctivo que practican operadores del Derecho públicos y privados<sup>2</sup>.

El juicio de igualdad y la exigencia de purificación entre los individuos subordinados en el trabajo, constituyen un elemento esencial de judicialización del ámbito laboral, especialmente discutido en los tribunales y en las sedes doctrinales. Muy vinculado a ello se sitúa la prohibición de discriminaciones históricamente arraigadas especialmente en el mundo laboral y contra las que se pretende luchar desde todas las instancias políticas y sociales, lo que ha copado gran parte de la literatura jurisprudencial así como doctrinal.

No se trata éste de un análisis con pretensiones de exhaustividad acerca de lo que gran parte de la doctrina constitucionalista y laboralista ha estudiado bastante concienzudamente sobre los derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación, sino de aportar una perspectiva de análisis centrada en cómo se han valorado los derechos en cuestión y la eficacia otorgada a los mismos en ámbitos en los que originariamente la Constitución española (CE en adelante) no lo había previsto. Lo que se propone en ésta sede es evaluar la vinculación de los mencionados derechos sobre la negociación colectiva, evaluando el rol que ha desplegado y de facto despliega la misma en el respeto por la igualdad de los trabajadores así como en la efectividad de la norma convencional para la prevención y freno de discriminaciones, centrándonos posteriormente en determinados colectivos especialmente discriminados, en la integración de la diversidad y en la dotación de los medios necesarios para el avance conjunto de toda la sociedad en términos de igualdad.

Sin embargo, abordar el perfil de que se dotan los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación en el sistema de negociación colectiva exige previamente un acercamiento a las nociones de igualdad y no discriminación que se han adoptado

---

<sup>1</sup> Definió al Derecho del Trabajo como «compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales» el Tribunal Constitucional español (en adelante TC) en su sentencia 3/1983 de 25 enero, RTC 1983\3, FJ. 3. Sobre el nuevo rol adquirido por el Derecho del Trabajo, Vld. BORELLI, S., *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*. Giapiccheli, Torino, 2007.P.2. VALDÉS DAL RÉ, F., “Las transformaciones de las fuentes de derecho del trabajo: Una aproximación”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 25, nº2,2007. P.25.

<sup>2</sup> La justicia distributiva implica generalmente dar un trato igual a aquellos que se encuentran en una posición similar. WOLFGANG, Z, LORITZ, K.G., *Arbeitsrecht Ein Studienbuch*. 5ª. Ed Beck C. H., Múnich, 1998. P. 216.



mediante la normativa y jurisprudencia de ámbito interno e internacional así como el alcance del derecho a la negociación colectiva.

## 1.1. Configuración conceptual de la igualdad de trato

### 1.1.1. Igualdad como valor, principio y derecho

La vastísima producción literaria entorno al sentido propio del concepto de igualdad en cualquiera de sus acepciones, no es elemento suficiente para desmentir lo que podemos considerar aquella máxima que considera que pocas palabras como la presente tienen un significado tan complejo, tan huidizo<sup>3</sup>, una intuición que todos pretenden asegurar, pero que permanece como realidad contradictoria y esquemática<sup>4</sup>. Esta resulta, sin duda, entre otros motivos dignos de atención, una de las causas en virtud de la cual se ha convertido en una de las piedras angulares de la jurisprudencia constitucional de los países democráticos y también de Tribunales internacionales<sup>5</sup>.

A poco que se ahonde en cualquiera de las Constituciones democráticas, comenzando por la Constitución Española (CE en adelante), se descubren distintas funciones de la igualdad, no solo como derecho subjetivo, antes al contrario, prevalentemente como principio rector y valor superior del ordenamiento jurídico<sup>6</sup>. La igualdad despliega fundamentalmente tres importantes funciones: como principio o fundamento positivo del Estado social y democrático de Derecho reconocido en su art. 1.1, elemento de control sobre la razonabilidad de las normas y de los actos jurídicos; además se trata de

---

<sup>3</sup> BRUNET, R., *Le principe d'égalité*. Ed. Félix Alcan, Paris, 1910. P.7. No es éste el lugar idóneo para trazar una retrospectiva histórica del concepto de igualdad que proviene de la filosofía de la antigua Grecia y la obra de Platón o Aristóteles, finalmente juridificado en el Siglo XVIII, reconociendo a todos los hombres creados como iguales en la Declaración de independencia estadounidense de 1776 o aseverando que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Vid. GOLDSCMIDT, V., "Les renversements du concept d'égalité des Anciens aux modernes". *Archives de philosophie du droit*, Tomo XVIII, 1972. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Economica, Paris, 1997. P.26ss. SUAY RINCÓN, J. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. Estudios de Derecho Público, Madrid, 1985. PP. 24ss.

<sup>4</sup> VEDEL, G., «L'égalité», *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*. La documentation française, Paris. 1990. P. 172. Por ello, se ha afirmado la imposibilidad práctica de una definición unívoca de igualdad, LALANDE, A., *Égalité*, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 6<sup>e</sup> édition, P.U.F., Paris, 1951. P. 269. Se trata de un concepto vasto y fluido, en palabras de SCHOLSEM, J.-C., *L'égalité devant la Cour d'arbitrage*, Liber amicorum Krings, Story-Scientia, Bruxelles, 1991. P. 773.

<sup>5</sup> FAVOREU, L., *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux-Debats. Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. Economica, P.U.A.M. Coll. Droit public positif, Paris, Aix-en-Provence, 1982. P.400. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op.cit. PP. 16-17. Brillante y recurrente estudio de los conceptos de igualdad y discriminación en perspectiva comparada analizando jurisprudencia varios Tribunales nacionales e internacionales en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*. Tecnos, Madrid, 1986. SUAY RINCÓN, J. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, op.cit. PP. 41ss.

<sup>6</sup> De modo que, toda situación de desigualdad, deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución proclama, STC 8/1983 de 18 de febrero RTC 1983\8, FJ.3. Sobre las distintas funciones de la igualdad por mandato constitucional RUIZ MIGUEL, A., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", GARCÍA SAN MIGUEL, L., (Edit.), *El principio de igualdad*. Dykinson, Madrid, 2000. RUBIO LLORENTE, F., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 31,1991. PP.9 ss. MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000. PP.26ss. DE ASÍS ROIG, R., CAMPOY CERVERA, I., BENGOCHEA GIL, M.A., "Derecho a la igualdad y a la diferencia; análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva", DE LORENZO GARCÍA, R., PÉREZ BUENO, L., (Dirs.) *Tratado sobre discapacidad*. Aranzadi, Pamplona, 2007. P. 119ss. GOIG MARTÍNEZ, J.M. "¿Igualdad por razón de nacionalidad?", SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*. Dykinson, Madrid, 2009. PP.153-154. REY MARTÍNEZ, F., "¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad?" *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 45, 2011. PP. 168-169ss. En Francia, constituye no solo un elemento central de la identidad constitucional, sino también como uno de los principales pilares del Estado de Derecho. Vid. HAURIOU, M., *La science sociale traditionnelle*. Larose, Paris, 1986. P. 80. En la doctrina italiana, vid. sobre éste tema PALADIN, L., *Il principio costituzionale d'egualianza*. Giuffrè, Milán, 1965.

la expresión de un derecho en sentido estricto; y en tercer lugar como instrumento al servicio de una técnica de construcción de la motivación que acompaña a la decisión de los jueces constitucionales dada la atribución constitucional de valor supremo del Ordenamiento jurídico<sup>7</sup>. De ahí su consagración constitucional múltiple y de variadas formas<sup>8</sup>.

Como valor, representa la opción ética adoptada por el constituyente, sin que solo se le atribuya un valor retórico o aparente, sino normativo en cuanto fundamenta, orienta y critica la actividad legislativa<sup>9</sup>. La igualdad adquiere un sentido objetivo, esto es, se trata de uno de los componentes estructurales básicos del ordenamiento y por ello ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política<sup>10</sup>. Como principio, consagra un mandato frente a los poderes públicos, no de un modo global y generalizado como se lleva a cabo mediante su consagración como valor superior del ordenamiento jurídico, sino como condicionante de la actividad que aquellos despliegan a través de cada uno de los niveles de actuación a quienes corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo para ello los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE). Su configuración constitucional como principio exige de los poderes del Estado no solo vinculación de carácter negativo o de respeto, sino que además están llamados a promover y transformar el «principio» en realidad jurídica cognoscible<sup>11</sup>.

Finalmente, se constata su existencia como derecho fundamental desde un punto de vista subjetivo-art. 14 CE-, atribuible a todos los individuos como arma de protección frente al ejercicio tiránico o arbitrario del Estado<sup>12</sup>. Sin embargo, la doctrina no ha aceptado unánimemente utilizar la categoría de derecho para referirse a la igualdad. Así lo negó en sus primeras valoraciones Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, quien ha dedicado gran parte de su investigación al estudio del art. 14CE<sup>13</sup>. Al mismo tiempo se

---

<sup>7</sup> Así lo definieron en su voto particular a la STC 75/1983 de 3 de agosto de 1983 (RTC 1983\75) los magistrados Sres. Begué, Díez Picazo, Tomás y Valiente, Gómez Ferrer y Truyol. Vid. BORELLI, S., *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, op.cit. P.15. Constituye un principio básico y fundamental del Derecho del Trabajo aunque no se encuentre regulado por el legislador. SCHAUB, G., *Arbeitsrechts-Handbuch*. 9ª Edition CH Beck, Munich, 2000. P.1137.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Coord.), *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991: (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 1992. P. 165. PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 11ª ed. 2013. PP 15ss. En Italia la descripción de la igualdad como principio objetivo y como derecho es un debate abierto desde los años 60, vid. BARBERA, M., *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*. Giuffrè, Milán, 1991. PP.11ss.

<sup>9</sup> Vid. una síntesis del concepto de valor superior del ordenamiento jurídico en DEL REY GUANTER, S., “La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo”. *Relaciones Laborales*, I, Sección Comentarios de jurisprudencia, 1988. PP. 365ss.

<sup>10</sup> STC 53/1985 de 11 abril. RTC 1985\53, FJ 4.

<sup>11</sup> Analizando la eficacia de los principios consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, Conclusiones del abogado general Pedro Cruz Villalón presentadas el 18 de julio de 2013 en el asunto C-176/12, *Association de médiation sociale*, apartado 50.

<sup>12</sup> La primera de todas fue la STC 10/1981, de 6 de abril, RTC 1981\10, FJ 7 en la que reconoce que la igualdad-todavía refiriéndose a ella como principio- está asimilada en cuanto a su reconocimiento y tutela a los derechos fundamentales y libertades públicas propiamente dichos, por lo que puede considerarse incluido entre ellos. Al año siguiente ya sostiene que «el artículo 14 de la Constitución (...) establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas», STC 49/1982 de 14 julio, RTC 1982\49, FJ. 2. PP. 179-195. La igualdad como derecho fundamental autónomo en MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op.cit. PP. 81ss.

<sup>13</sup> A diferencia de la prohibición de discriminación a la que alude como regla. Lo contrario permitiría una permanente cuestionabilidad directa de todas las diferencias normativas e incluso en el seno de las relaciones privadas. RODRÍGUEZ PIÑERO

ha considerado por un importante sector de la doctrina, que el derecho a la igualdad que nace del art. 14CE no es un derecho autónomo, sino instrumental al ejercicio efectivo de otros por lo que debe vincularse a una relación jurídica sustantiva y por ello se precisa de un término idóneo de comparación, en connivencia con lo que vino a afirmar el TC en sus primeras sentencias<sup>14</sup>. Mientras tanto, otros autores defienden que no hay que confundir que el derecho a la igualdad sea un concepto relacional con el que pueda ser invocado sin alegar la violación de otro derecho fundamental, pues si bien es verdad que sirve de refuerzo para proveer un trato igual al ejercicio de los demás derechos, también tiene un contenido autónomo<sup>15</sup>. De lo contrario, resultaría superflua su contemplación específica en tanto aquellos otros derechos cuyo ejercicio en igualdad de condiciones refuerza, ya aluden de un modo al mismo utilizando expresiones como «todos», «los ciudadanos», «todas las personas»<sup>16</sup>. Ambas posturas no son contradictorias sino complementarias, a nuestro modo de ver, en tanto la igualdad como derecho se desdobra en sus funciones. Comporta, en primer lugar y como todos los demás derechos, la existencia de un bien jurídico constitucionalmente protegido dada la existencia de una situación jurídica individual inmediatamente definida destinada a confrontarse con otros derechos con los que deberá ser equilibrado o ponderado<sup>17</sup>, al conferir al sujeto atacado el poder de accionar los medios que permitan la equiparación<sup>18</sup>. Por otra, es un derecho instrumental para el alcance de otros, es decir, sirve de medio a través del cual se persigue la garantía y la libre ejecución de otros derechos en igualdad de condiciones para toda la sociedad, como así se profesa del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH en adelante) y de su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante).

Aun consagrada la igualdad como valor, principio y como derecho, a lo largo de toda su jurisprudencia el Tribunal Constitucional acudirá indistintamente a los términos «principio» y «derecho» para aludir al contenido de la igualdad o de la prohibición de discriminación consagrados en el art. 14 CE incluso en una misma sentencia<sup>19</sup>. Con su

---

Y BRAVO FERRER, M., “La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”. *Relaciones laborales*, nº 22, 1998. Recogido en *Tres décadas de relaciones laborales en España. Editoriales y Estudios*. Universidad de Sevilla, 2015.PP. 143-144. Sin embargo, como se verá, admitirá la existencia de la igualdad como derecho autónomo.

<sup>14</sup> VIDAL FUEYO, M.C., *Constitución y Extranjería*. CEPC, Madrid, 2002. PP.163-164. JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983. P. 72. La STC consideró que la exclusión del art. 14 del ámbito de aplicación del art. 81.1 CE (leyes orgánicas), se justifica porque «la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general», STC 76/1983 de 5 agosto. RTC 1983\76, FJ 2. Con esta doctrina parecía haber efectuado un cambio interpretativo que posteriormente, sin embargo, retomará.

<sup>15</sup> Entre otros, GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Bosch, Barcelona, 2004. P.37.

<sup>16</sup> Consideraron que el art. 14 CE sirve de refuerzo especialmente de los derechos fundamentales, sin obviar por ello su carácter de derecho fundamental de la persona, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La igualdad en la ley y en aplicación de la ley”, CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., (Dirs.) *Comentarios a la Constitución Española*. Wolters Kluwer, Madrid, 2008. P.276.

<sup>17</sup> BORELLI, S., *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, op.cit.P. 15. En el mismo sentido BIN, R., *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milán, 1992.P. 43. Conclusiones del abogado general Pedro Cruz Villalón presentadas el 18 de julio de 2013 en el asunto C-176/12, *Association de médiation sociale*, apartado 50.

<sup>18</sup> BAÑO LEÓN, J., M., “La igualdad como derecho público subjetivo”. *Revista de Administración Pública (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales)*, nº 114, 1987. P. 183.

<sup>19</sup> Entre otras, se refieren al principio de igualdad las SSTC 22/1981, de 2 de junio, RTC 1981\22; 3/1983 de 25 enero. RTC 1983\3; 95/1985 de 29 julio. RTC 1985\95; 30/1986 de 20 febrero. RTC 1986\30; 5; 49/1990 de 26 marzo, RTC 1990\49; 107/2000 de 5 mayo. RTC 2000\107; 233/2007 de 5 noviembre. RTC 2007\233; 18/2011 de 3 marzo. RTC 2011\18. 41/2013, RTC 2013\41; 40/2014 de 11 marzo. RTC 2014\40; 56/2016, de 17 de marzo, RTC 2016\56. Emplea ambos términos, entre otras, las SSTC 23/1981, de 10 julio, RTC 1981\23; 7/1982 de 26 febrero. RTC 1982\7; 19/1982 de 5 mayo. RTC 1982\19; 24/1982 de 13 mayo. RTC 1982\24; 8/1986 de 21 enero. RTC 1986\8; 177/1988 de 10 octubre. RTC 1988\177; 76/1990 de 26 abril. RTC 1990\76; 240/1998 de 15 diciembre. RTC 1998\240; 46/1999 de 22 marzo. RTC 1999\46; 119/2002 de 20 mayo. RTC 2002\119; 186/2004 de

reconocimiento como derecho fundamental se advierte, se pretende asegurar un determinado estatus subjetivo, esto es, una determinada esfera de intereses de los ciudadanos<sup>20</sup>. Con ello, la igualdad a la que se refiere el máximo intérprete de la Constitución se desdobra entre su acepción como principio que vincula cualquier actuación de los poderes públicos y derecho de los ciudadanos a obtener un trato igual, ante situaciones de hecho semejantes, sin sufrir discriminación o diferencias de trato en base a ciertas categorías o razones de índole subjetiva cuyas diferencias y semejanzas conceptuales se pondrán de manifiesto más adelante.

Con respecto a la proclamación de la igualdad como derecho y por conexión, de la prohibición de discriminación, existe cierto paralelismo entre las formas en que se fija en las Constituciones, al menos en aquellas de la Europa continental. Abundantes son aquellas que lo disponen en un único precepto que encierra o describe de una parte la igualdad de todos con alcance general, mientras que, en el mismo precepto o apartado distinto se enumeran una serie de criterios o rasgos atribuibles a una persona o grupo, consideradas discriminatorias. En ninguno de los textos constitucionales se precisa a priori si deben ser leídos como derechos autónomos o individuales o, por el contrario, se trata de la definición de un único concepto que engloba la prohibición de tratos arbitrarios por una serie de causas, algunas de ellas, concretadas en la norma constitucional, o bien se refiere a dos mandatos con distinto alcance conceptual y de tutela. Por tales razones, estos serán objeto de notables y numerosas opciones interpretativas que no logran sentar un consenso común al respecto.

En definitiva, la consideración de la igualdad como valor, principio, y derecho dota al concepto de numerosas aristas, de tal modo que en términos genéricos es una noción inaprehensible, tan inaprehensible como la justicia<sup>21</sup>. No cabe desplegar una definición de la misma unívoca por la mera suma de los conceptos constitucionales que se hallan en el panorama normativo vigente, sino por una interpretación común de todos los factores que inciden en su contenido.

---

2 noviembre. RTC 2004\186; 5/2007 de 15 enero. RTC 2007\5: 128/2010 de 29 noviembre. RTC 2010\128. Apela a la dualidad de significados de la igualdad como principio y como derecho el voto particular emitido por el Magistrado Díez-Picazo y Ponce de León a la STC 7/1983 de 14 febrero, RTC 1983\7 o las SSTC 39/1986 de 31 marzo, RTC 1986\39, FJ 6; 29/1987 de 6 marzo, RTC 1987\29, FJ 4; 161/2004 de 4 octubre, RTC 2004\161; 3/2007 de 15 enero. RTC 2007\3: 36/2011 de 11 abril, RTC 2011\36; 44/2014 de 7 abril. RTC 2014\44; 41/2015 de 2 marzo. RTC 2015\41.

<sup>20</sup> GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E., "La igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación". *Revista de Derecho UNED*, nº. 16, 2015. P. 250. El Tribunal Constitucional revisó su doctrina para considerar que el art. 14 CE, «al proclamar el principio general de que «los españoles son iguales ante la Ley», establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, e impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual, al mismo tiempo que limita al poder legislativo y a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas». Entre otras, reconocen su estatus de derecho las SSTC 30/1981 de 24 julio. RTC 1981\30; 49/1982, de 14 de julio, RTC 1982, 49, FJ 2; STC 61/1982 de 13 octubre. RTC 1982\61, FJ 2; 80/1982 de 20 diciembre. RTC 1982\80; 2/1983 de 24 enero. RTC 1983\2; 18/1984 de 7 febrero, RTC 1984\18; 10/1985; de 28 enero, RTC 1985\10; 125/1986 de 22 octubre, RTC 1986\125; 13/1987 de 5 febrero. RTC 1987\13; 109/1988 de 8 junio. RTC 1988\109; 23/1989 de 2 febrero. RTC 1989\23; 200/2001 de 4 octubre. RTC 2001\200, FJ 4. F. 2; 119/2002 de 20 mayo. RTC 2002\119, FJ 3; 273/2005 de 27 octubre. RTC 2005\273, FJ. 3. ATC 333/2006 de 26 septiembre. RTC 2006\333 AUTO, FJ 4.; 160/2012 de 20 septiembre. RTC 2012\160

<sup>21</sup> ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*. Eudeba, Buenos Aires, 1963. P. 278.

## 1.1.2. Igualdad formal

### 1.1.2.1. Igualdad de trato

Dentro de la consolidación de un genérico derecho al tratamiento igual de todos, corresponde matizar las distintas vertientes que participan de éste concepto. De éste modo, la primera formulación constitucional de la igualdad en la que nos centraremos es la consagrada desde un punto de vista formal o general, es decir, una igualdad frente a la ley a la que se consagraban los estudios del siglo XVIII<sup>22</sup>. Desde este punto de vista se reconoce la igual naturaleza de todos los seres humanos en sus atributos más esenciales.

La igualdad formal o isonomía, en síntesis, implica la exclusión de toda forma de distinción arbitraria asimilando el reconocimiento de una igual dignidad jurídica de todos los hombres<sup>23</sup>. De éste se desprende el reconocimiento de la igualdad de todos los ciudadanos ante los derechos y deberes previstos por el ordenamiento jurídico<sup>24</sup>. Se corresponde éste enunciado de la igualdad como el propósito elemental de todo Estado democrático y social de Derecho, parámetro de partida en la consecución de la igualdad que, en cambio, debe estar acompañado por otras visiones o haces de este mismo derecho que sirven para completarlo, darle contenido y vigencia plena<sup>25</sup>.

La doctrina y jurisprudencia española ha conectado el primer enunciado del artículo 14CE de la igualdad ante la ley con la igualdad formal que se ha de predicar de las normas de carácter general y abstracto que deben juzgar a individuo como sujeto equiparable a cualquier otro<sup>26</sup>. Por lo tanto, ésta se refiere a la eliminación de clases estamentales, de privilegios o leyes singulares de las que no faltarán excepciones apoyadas ya en la Constitución vigente. En definitiva de éste se infiere que la ley debe ser la misma para todos.

Sin embargo, la jurisprudencia, sobre todo constitucional, ha distinguido en éste primer apartado del art. 14 CE otras acepciones que serán las que generalmente utilice para resolver los conflictos que se le plantean que se refieren a la igualdad en el momento aplicativo de la ley y la igualdad en la propia ley, es decir, en el contenido de la misma, con las que comúnmente la doctrina suele confundir ésta primera acepción dogmática de

---

<sup>22</sup> Remarcaba el amor particular que tenían los hombres del siglo XVIII por la búsqueda de la igualdad, una igualdad de tipo formal por aquella época TOCQUEVILLE, A., *De la Démocratie en Amérique*. Tomo. 2. Flammarion, Paris, 1981. P. 120.

<sup>23</sup> Un recorrido sobre la igualdad formal en CAMERLENGO, Q., *Costituzione e promozione sociale*. Il Mulino, Bologna, 2013. PP.23ss. Sobre la distinción entre igualdad formal y material, vid. CARMONA CUENCA, E. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Revista de Estudios Políticos, nº. 84, 1994, págs. 271 ss. BILBAO UBILLOS, J.M., REY MARTÍNEZ, F. consideran que igualdad real e igualdad formal no son antagónicas, “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, ARAGÓN REYES, M., MARTÍNEZ SIMANCAS, J., (Dirs.), *La Constitución y la Práctica del Derecho*. Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 1998.

<sup>24</sup> DÍEZ PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*. 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2008

<sup>25</sup> Tiene sus antecedentes en la declaración de la independencia de los Estados Unidos en 1776 y en la revolución francesa de 1789. También se reconoce formalmente la igualdad ante la ley en otros instrumentos internacionales posteriores como el art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el más actual art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>26</sup> Así se interpretó en primer término la igualdad ante la ley, heredada desde su consagración en la Constitución de 1812, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, op.cit. PP. 19ss. SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, op.cit. PP. 162ss. RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en aplicación de la ley”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, 1997. PP. 145-156. CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia constitucional”, op.cit. P. 366.

la igualdad. En definitiva, es éste el enunciado del que partirán las concepciones más utilizadas de la igualdad como derivación de ésta misma y son a las que aludiremos a continuación<sup>27</sup>.

#### 1.1.2.2. Igualdad en aplicación de la ley

Cabe destacar que, aunque nuestra Constitución así como otros instrumentos internacionales que la proclaman se refieren a la igualdad en la ley, no obstante, la igualdad en su aplicación sería la primera formulación de la igualdad nacida en la República Weimariana y solo después de la Segunda Guerra Mundial se adoptaría una visión ampliada que incluía la igualdad en el seno de la propia ley<sup>28</sup>. Ésta concepción concuerda con la otorgada inicialmente por la jurisprudencia italiana con respecto al primer apartado del art. 3 de la Constitución de dicho país (CI en adelante), que proclama la igualdad ante la ley, considerado el español deudor directo del precepto italiano<sup>29</sup>.

Brevemente expresado, en este plano la igualdad en la aplicación de la ley obliga «a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma»<sup>30</sup>. La igualdad en aplicación de la ley se relaciona fundamentalmente con la aplicación judicial o la efectuada por la Administración Pública de la norma de forma igualitaria frente a todos, esto es, cuando se trate de subsumir supuestos fácticos en la redacción normativa<sup>31</sup>, aunque también podría ser extensible al momento aplicativo de la norma por cualquier otro operador jurídico si fuese asumido su efecto horizontal, como se analizará más adelante.

Para que se contravenga la igualdad en este sentido se precisa que las resoluciones contradictorias emanen del mismo órgano judicial o del mismo órgano administrativo, dentro de un mismo ámbito de organización y dirección y en virtud de un mismo poder

---

<sup>27</sup> El TC español lo refiere de éste modo en una de sus primeras interpretaciones del art. 14 CE, STC 49/1982 de 14 julio, RTC 1982\49, FJ 2: «La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley».

<sup>28</sup> LOUSADA AROCHENA, F.J., *El derecho fundamental a la Igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014. P. 40. JIMÉNEZ CAMPOS, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Trotta, Madrid, 1999. PP. 61-62. La introducción de la igualdad en la ley efectuando una subsunción del mismo en la exigencia de igualdad ante la ley fue propuesta por Leibholz en 1925 siendo tesis minoritaria durante el periodo de Weimar. REY MARTÍNEZ, F., *¿De qué hablamos cuando hablamos...* op.cit. P. 169. En Francia MÉLIN SOUCRAMANIEN, F., “Le principe d’égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, op.cit. PP.55-64. También parece haberlo asimilado en tales términos en alguna ocasión el TJCE cuando sostiene que, «según reiterada jurisprudencia, una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o bien en la aplicación de la misma norma a situaciones distintas». SSTJCE de 14 febrero 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt contra Roland Schumacker*, asunto C-279/93, apartado 30; de 3 de octubre de 2000, *Ferlini*, asunto C- 411/98, apartado 51; de 18 marzo 2010, *F. Gielen contra Staatssecretaris van Financiën*, asunto C-440/08, apartado 38.

<sup>29</sup> Reconoce el Tribunal constitucional italiano en su sentencia nº 15 de 1967 que «la posible desigualdad será una eventualidad del momento aplicativo, para lo cual valen los remedios establecidos en la ley, no un motivo de ilegitimidad de la norma”. Vid. ESPOSITO, C., *La Costituzione italiana*. Saggi. Cedam, Padua, 1954. P.30.

<sup>30</sup> SSTC 144/1988 de 12 julio, RTC 1988\144, FJ 1; 77/2015 de 27 abril, RTC 2015\77, FJ 3.

<sup>31</sup> Un tratamiento en profundidad la aplicación del principio por la jurisprudencia constitucional española en GONZÁLEZ RIVAS, J. J., “La igualdad en la aplicación de la ley y su tratamiento en la jurisprudencia”, VV. AA., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. CARRIZOSA PRIETO, E., *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*. CARL, Sevilla, 2009. PP. 97ss.

de decisión, que los supuestos que resuelven guarden entre sí igualdad sustancial, es decir, que resulten plenamente comparables y que la resolución en la que se produce el cambio en la aplicación del Derecho resulte infundado, incapaz de excluir la arbitrariedad<sup>32</sup>. Por el contrario, no se impone un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de los supuestos iguales dado que tal limitación sería contraria a la propia dinámica jurídica manifestada no sólo en una modificación normativa, sino también «en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad concretada en un cambio de criterio que legitima las diferencias de tratamiento», sin que las mismas puedan ser, en todo caso, arbitrarias<sup>33</sup>.

### 1.1.2.3. Igualdad en la ley

Se entiende, por otro lado, que tal enunciado de la igualdad formal impone una tendencial universalidad del precepto de ley y por ello debe, en línea de máxima, dirigirse a todos sin distinguir en ningún caso en base a categorías meramente subjetivas o carentes de diferenciación. No obstante, ello no excluye la capacidad del legislador –y el resto de operadores jurídicos- para diferenciar en base a categorías objetivas (naturaleza del acto, de la actividad, naturaleza de las cosas, de los bienes, etc.) o también subjetivas, siempre que con ello no incurra en arbitrariedad o discriminación. En definitiva, la ley debe enlazar consecuencias iguales a tipologías análogas y diversas a tipologías diversas de personas o grupos<sup>34</sup>. La igualdad, en este sentido, se satisface con la mera nivelación del tratamiento normativo, sin que sea en este momento relevante la correspondencia entre el mismo y el principio de justicia material<sup>35</sup>. El principio de igualdad en ésta vertiente implica la verificación de la razonabilidad y no arbitrariedad del criterio de selección que se coloca en la base de la concreta previsión, en orden a la individualización de los sujetos o grupo de éstos - v. gr. trabajadores- a quienes debe ser aplicada<sup>36</sup>. Opera en éste sentido impidiendo que se puedan configurar los supuestos de hecho de las normas de tal modo que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación. Dicho de otro modo, se contraviene la igualdad cuando se otorga relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en

---

<sup>32</sup> STC 144/1988, de 12 de julio, RTC 1988\144, donde se contiene una síntesis de esta doctrina del Tribunal Constitucional, FJJ 1 y 3. Entre las más recientes, STC 16/2015 de 16 febrero, RTC 2015\16, FJ 2.

<sup>33</sup> SSTC 63/1984 de 21 mayo, RTC 1984\63, FJ 4; 62/1987 de 20 mayo, RTC 1987\62, FJ 2.

<sup>34</sup> CERRI, A., *L'egualianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Giuffrè, Milán, 1976. P. 25. En ese sentido, Sentencia de la Corte Constitucional italiana (en adelante Sent. Corte Cost. ), 15/1960 de 29 de marzo de 1960.

<sup>35</sup> PALADIN, V. "Egualianza". Dir. Cost. en Enc. dir. XIV, Milán , 1965. P. 527. VETURA, L., *Il principio di egualianza nel diritto del lavoro*. Giuffrè, Milano 1984.P. 54.

<sup>36</sup> TREMOLADA, M., *Autonomia privata e parità di trattamento fra lavoratori*. Cedam, Padua, 2000. P. 16.

arbitrariedad<sup>37</sup>. Al mismo tiempo, impide que sea dispensado el mismo tratamiento jurídico a quienes se colocan en posiciones no homogéneas.

El principio de igualdad de trato en sentido formal ha sido ampliamente considerado como un límite prevalentemente aplicable a la función legislativa y que limita también al resto de instituciones públicas destinatarias de la aplicación del art. 14 CE. Es en atención al perfil sistemático e histórico del precepto y fundamentalmente de la interpretación otorgada por el Tribunal Constitucional a tales efectos por lo que se ha subrayado la imposibilidad de derivar de la norma constitucional que impone la igualdad ante la ley, una igualdad de trato en las relaciones inter privadas.

### 1.1.3. Igualdad material

La igualdad en aplicación de la ley o en la ley misma no es suficiente para establecer la igualdad de hecho, entre otras cosas, porque la igualdad frente a la ley entendida como la misma ley para todos confunde la igualdad con la uniformidad. De ésta forma, la aplicación de la misma regla a todos sin tener en cuenta las diferencias y peculiaridades de todos ellos puede servir de acueducto para la conservación o reforzamiento de las desigualdades preexistentes.

#### 1.1.3.1. Igualdad sustancial

Para dar efectividad material al concepto analizado desde una perspectiva distinta a su versión formal, se ha sustentado la existencia de la denominada igualdad sustantiva, que no por ello constituye un término antitético al de igualdad formal<sup>38</sup>.

La idea de igualdad en el plano sustancial se interrelaciona desde el punto de vista global con la pretensión de un bienestar social generalizado y sirve, junto con el establecimiento de medios para alcanzar la igualdad de oportunidades, para fomentar la cohesión de la sociedad. En tal medida, el enfoque de la igualdad sustancial se fija en dotar de medios reales a todos los segmentos de población en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos para proporcionar a éstos un grado de bienestar homogéneo. Es ésta accesible mediante mecanismos de igualdad de oportunidades pero también de resultados, cuya consecución debe ser acogida con cautela para no enervar los postulados de la igualdad general de forma desproporcionada<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Entre otras, SSTC 20/1991 de 31 enero. RTC 1991\20, FJ 2; 190/2001 de 1 octubre, RTC 2001\190, FJ 3; 190/2001 de 1 octubre, RTC 2001\190, FJ 6; 167/2016 de 6 octubre, RTC 2016\167, FJ 5.

<sup>38</sup> En ese sentido, analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, sostenía que la igualdad material enriquece la igualdad formal. PALADIN, L., *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padua, 1991 . P.578.

<sup>39</sup> Sobre la diferencia entre igualdad de oportunidades y de resultados, DUBET, F., *Les places et les chances. Repenser la justice sociale*. Seuil, Paris, 2010. RENAUT, A., *Égalité et discrimination*, Seuil, Paris, 2007. ALBA RAMÍREZ, A., *Instituciones, igualdad de oportunidades y bienestar económico en España*. Fundación BBVA, Bilbao, 2005.PP. 23ss. Considera que nuestra Constitución propugna la denominada igualdad de resultados, no de oportunidades o en el punto de partida. MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op.cit. P. 65.



Sin embargo, la consecución de este fin no está exenta de dificultades. Bien al contrario, el destino de la igualdad sustancial está ligado con varios factores. El primero de ellos es el reconocimiento de éste vértice de la igualdad como verdadero derecho subjetivo y como tal imponible a los destinatarios de su mandato, circunstancia que no se ha admitido hasta el momento por la jurisprudencia constitucional, o bien, como se acepta con carácter mayoritario, como vehículo de legitimación para la imposición de medidas desiguales pero justificadas por la finalidad de pretender el logro de una igualdad de hecho<sup>40</sup>. Por otra parte, influye en la consecución del fin pretendido la existencia de recursos necesarios para reequilibrar la distribución de la riqueza. Finalmente, se precisa la conquista democrática del poder de parte de fuerzas políticas o sociales sensibles a las instancias de justicia y de equidad social<sup>41</sup>.

Generalmente existe en los diferentes países de la Unión Europea una tasa de movilidad baja con respecto a la configuración de los distintos estamentos sociales de tal modo que quien nace en condiciones sociales y familiares desventajosas tiene escasas posibilidades de mejorar en el futuro su propio estatus. La igualdad sustancial busca, a través de distintos medios, redimensionar las desigualdades que, de hecho, atraviesan a la sociedad. Es decir, la igualdad sustancial puede ser definida como la respuesta ante una incesante demanda de justicia<sup>42</sup>.

También esta vertiente de la igualdad encuentra su fundamento en los textos supranacionales y constitucionales en el Derecho comparado. No en el CEDH, donde no se encuentra referencia alguna hasta la adición del Protocolo nº 12 que lo prevé como opción legítima de los Estados para asegurar la igualdad de sus ciudadanos, pero sí en los vigentes arts. 3 TUE y 8 TFUE y 23 CDFUE-si bien restringido al ámbito de la igualdad entre géneros- exige a las instituciones europeas el objetivo de promover la igualdad<sup>43</sup>. Asimismo, la promoción de la igualdad sustancial se extiende de forma implícita a otros colectivos en los arts. 24 (protección y cuidado de los menores), 25 (derechos de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y participar en la vida social y cultural) y 26 (derecho a la integración social y profesional de las personas con discapacidad).

Por otra parte, en el ámbito de los ordenamientos internos, está plasmado en el segundo apartado del artículo 3 CI, exigiendo al Estado la remoción de los obstáculos de orden económico y social que, limitando la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden

---

<sup>40</sup> Derecho subjetivo como sostienen interpretando el art. 3 de la Constitución alemana (que en puridad solo se refiere al sentido negativo de la igualdad), ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007. P. 409 o en España, en base a una interpretación conjunta de los arts. 9.2 y 14 de la Constitución española PRIETO SANCHÍS, L., "Igualdad y minorías", en PRIETO SANCHIS, L., *Tolerancia y Minorías: Problemas jurídicos y políticos*. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996. PP. 57ss. Mientras que en Italia interpretaban el art. 3 que contenía el deber de promoción de la igualdad material por parte de los poderes públicos como principio programático ROMAGNOLI, U., "Il principio d'uguaglianza sostanziale, (comentario al art. 3.2)", BRANCA, G. (Dir.), *Commentario della Costituzione. Principi Fondamentali (arts. 1-12)*. Zanichelli, Bolonia, 1975.P. 167. CRISAFULLI, V., PALADIN, L., *Comentario breve alla Costituzione*. Cedam, Padua, 1999. PP.29ss.

<sup>41</sup> CAMERLENGO, Q., *Costituzione e promozione sociale*, op. cit. P. 38.

<sup>42</sup> CAMERLENGO, Q., *Costituzione e promozione sociale*, op.cit. PP. 11-14.

<sup>43</sup> Sobre las exigencias positivas de igualdad en el ámbito europeo, vid. MCCRUDDEN, C. PRECHAL, S., *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*. European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Bruselas, 2009. <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4553&langId=en>. PP. 41ss. FREDMAN, S., "Changing the norm: Positive duties in equal treatment legislation". *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 12, 2005. PP.369-398.

el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país<sup>44</sup>. De ésta forma, se consagra constitucionalmente la igualdad sustancial que consiente en dar relevancia a las diferencias que concurren entre categorías de individuos, en razón a la pertenencia a un determinado género, raza, etnia o a otros grupos sociales, con el fin de eliminar las consecuencias desfavorables o disparidades que derivan de la propia existencia de dichas características<sup>45</sup>. La igualdad sustancial es, en base a este precepto, un principio que se adscribe al núcleo fuerte del sistema constitucional, formando parte de los valores supremos sobre los cuales se fundamenta la Constitución<sup>46</sup>.

Precisamente en el art. 3.2 de la Constitución italiana se inspiró el constituyente español para redactar el art. 9.2 CE, cuyo contenido es bastante similar al primero. De éste difiere principalmente en la ubicación sistemática, incluido en la Constitución italiana como derecho de los ciudadanos junto con la prohibición de discriminación, mientras que el 9.2 CE se sitúa en el Título Preliminar, alejado de su reconocimiento como derecho en el art. 14CE. Otra diferencia manifiesta entre ambos es la inexistencia de referencia a los trabajadores en la Constitución española mientras que sí aparecen entre los sujetos a los que se ha de asegurar la plena igualdad mediante la participación efectiva en la organización política y social del país. Para justificar la disparidad de tratamiento jurídico del reconocimiento de la igualdad sustancial, han sido reseñados elementos de índole interna que justifican tales diferencias en relación al momento constituyente por el que atravesaba cada uno de los Estados mencionados, en los que no se profundizarán en esta sede<sup>47</sup>. Se presenta pues en la Constitución española como criterio informador o norma programática del que se extrae un mandato a los poderes públicos, a los que corresponde de forma expresa (aunque no excluyente), velar por la consecución del principio de igualdad y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Como decíamos, en ningún caso es reconocida por vía de interpretación constitucional la categorización como derecho subjetivo de la igualdad material sobre la base de un pretendido derecho fundamental incorporado a la acepción amplia de igualdad ante la ley que recoge el art. 14CE<sup>48</sup>.

En términos materiales, la igualdad sustancial se persigue mediante la promoción y atribución de medios reales a ciertos individuos o grupos sobre una base razonable y justificada de un tratamiento reservado a los mismos. Precisamente en el terreno laboral, el principio de igualdad, que no se opone a que se regule de modo diverso situaciones

---

<sup>44</sup> Sobre la relación entre el principio de igualdad formal y material en doctrina italiana, vid. BALLESTRERO, M.V., "A proposito di eguaglianza e diritto del lavoro". *Lavoro e diritto*, vol.4. 1992. D'ANTONA "Uguaglianze difficili", *Lavoro e diritto*, vol.1, 1992. BARBERA, M. "La sfida dell'eguaglianza". *Riv. Giur.lav.*, 2002 y "L'eguaglianza come scudo, l'eguaglianza come spada" en CHIECO, P. (Coord.) *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*. Cacucci, Bari, 2004; BOBBIO, N. "Eguaglianza ed egualitarismo". *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1976. P. 321 y *Eguaglianza e libertà*, op.cit.

<sup>45</sup> BALLESTRERO, M.A. "A propósito di eguaglianza e diritto del lavoro", op.cit. P.578.

<sup>46</sup> CAMERLENGO, Q., *Costituzione e promozione sociale*, op.cit. P.43.

<sup>47</sup> Por ello nos remitimos en éste punto a FERRET JACAS, J., "El artículo 9.2 de la Constitución como parámetro de control de constitucionalidad", AA.VV., *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1988. P. 91.

<sup>48</sup> Así lo manifiesta MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op.cit. P. 87. En sus primeras sentencias el TC era contundente en éste aspecto: «el artículo 14 (...) no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva», STC 49/1982 de 14 julio, RTC 1982\49, FJ. 2. Ésta misma consideración es reproducida en el ATC 333/2006 de 26 septiembre. RTC 2006\333 AUTO, FJ 4 y reiterada más recientemente en la STC 307/2006 de 23 octubre, RTC 2006\307, FJ 4.

diferentes en base al principio de igualdad material, se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva y compensadora del Derecho del Trabajo como garante de la promoción de la igualdad real que en el ámbito de las relaciones profesionales requiere de cierta desigualdad formal en beneficio de los trabajadores<sup>49</sup>. Se trata de elaborar mecanismos dirigidos a conseguir dicha finalidad, que los organismos dotados de competencias normativas y decisorias deberían perseguir<sup>50</sup>, sean los mismos públicos o privados, toda vez que las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones por parte de los Gobiernos y de quienes ostentan poderes de ordenación de relaciones jurídicas como los interlocutores sociales<sup>51</sup>.

### 1.1.3.2. Igualdad de oportunidades y de resultados

Contenido de la llamada igualdad sustancial, la igualdad de oportunidades se ha definido como derecho a la igualdad de bienes primarios por Rawls o a la igualdad de recursos de Dworkin<sup>52</sup>. Como expresó el Consejo de Estado francés, la igualdad de oportunidades se ha impuesto poco a poco como la forma contemporánea del principio de igualdad<sup>53</sup>, mientras que ha sido permanentemente ligada por parte de los textos europeos a la superación de las discriminaciones en el empleo<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Así lo ponen de manifiesto otros Tribunales constitucionales como el italiano en la Sent. Cort. Cost. de 26 de marzo de 1993 nº 109 o de 12 de septiembre de 1995, nº 422 o en Francia el Conseil Constitutionnelle, Dec. nº 2007-557 DC de 15 de noviembre de 2007; Dec. nº 1996-375 DC, Rec. P. 60 de 9 de abril de 1996. En España, SSTC STC 3/1983 de 25 de enero, RTC 1983\3, FJ. 3, 14/1983 de 28 febrero, RTC 1983\14, FJ 3 o 46/1983 de 27 mayo, RTC 1983\46, FJ 7. Ésta relación indisoluble de las dos caras del principio de igualdad se desprenden de la *lógica*, según fue advertido por KELSEN, H., "Justice et droit naturel". *Annales de philosophie politique*, vol. 6, PUF, 1959. La noción de igualdad como principio que exige la paridad ante situaciones iguales y la diferencia ante la diferencia de hecho es atribuible a Aristóteles, en su obra, *Ética a Nicómaco*. Estudio preliminar Salvador Rus Rufino; traducción Salvador Rus Rufino y Joaquín E. Meabe; revisión a cargo de Francisco Arenas Dolz. Tecnos, Valencia, 2015. También en *Política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 6ª Ed., reimp. Madrid, 2005.

<sup>50</sup> Distingue o diferencia entre la igualdad material para cuya consecución se entablan medidas de compensación de la igualdad sustancial que consiste en tratar de modo diferente situaciones diferentes, con la finalidad de proporcionar igualdad de oportunidades para el acceso a bienes o servicios, al mercado laboral y dentro de él la progresión profesional, situado en el plano de los méritos y no de los resultados. Un último concepto se confunde en ocasiones con los dos anteriores y es la igualdad real, es decir, la materialización de las oportunidades en unos resultados palpables, tratando de conferir efectivamente el disfrute de una condición, bien o servicio. Caben en éste último parámetro de la igualdad las instituciones de preferencia o reserva de puestos de trabajo. PORTA, J., "Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalité dans le droit de l'égalisation" (2ª partie). *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, 2011. PP. 358ss.

<sup>51</sup> Tercer considerando de la Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984 relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer.

<sup>52</sup> La primera definición en RAWLS, J., *A Theory of Justice*. Oxford University Press, 1971. PP. 60ss. Otras formulaciones de éste principio en *Political Liberalism*. Columbia University Press, 1993. PP. 291ss; *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge. Mass. Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001. PP. 42ss. Por otro lado, sus primeras formulaciones en DWORKIN, R.: "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare". *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10 nº3, 1981. PP. 185-246; DWORKIN, R., "What is Equality? Part 2: Equality of Resources". *Philosophy & Public Affairs*, vol.10 nº4, 1981. PP. 283-345. Posteriormente en "Sovereign Virtue Revisited". *Ethics*, vol. 113, nº), 2002. PP. 106-143; *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. NJ, Princeton University Press, 2006.

<sup>53</sup> Consejo de Estado francés, "Sur le principe d'égalité". Rapport public. *La documentation Française, Collection Études et Documents*, nº 48, 1997. En España, sobre la igualdad de oportunidades en la CE, COTARELO, R., "Valores y principios de la Constitución de 1978", en COTARELO, R., (Coomp.), *Transición política y consolidación democrática. España 1975-86*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1982. PP.188-189.

<sup>54</sup> SÁEZ LARA, C., "Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario", AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. MTAS, Madrid, 2005. P. 333. La doctrina estadounidense también ha resaltado su conexión con el principio de no discriminación o de mérito, ROEMER, J.E., "Igualdad de oportunidades". *Isegoría*, nº18, 1998. P. 71.

Dicho principio aspira a colocar a todos los ciudadanos en la condición de participar en la «competición de la vida», para superar las desigualdades que se producen desde el propio nacimiento con una fuerte carga sistémica, de forma que se torna en necesaria para la consecución de una igualdad de partida<sup>55</sup>, por oposición a aquella otra vertiente de la igualdad menos secundada y que trata de proveer de resultados materiales a los ciudadanos en inferioridad social.

Desde el punto de vista laboral, la igualdad de oportunidades se centra en alcanzar la parificación del sujeto antes de acceder al mercado laboral en virtud de las capacidades de cada uno y asimismo trata de dotar de las mismas armas para lograr otros objetivos laborales<sup>56</sup>. Implica, por tanto, la legitimidad de ventajas concretas destinadas a facilitar a determinados colectivos el ejercicio de actividades profesionales o compensar desventajas tanto en el acceso al empleo como en la progresión del mismo<sup>57</sup>. Conseguir esta finalidad no es un asunto sencillo o de mero trámite. Se precisa un compromiso no solo de los órganos públicos stricto sensu, sino también de la participación de los interlocutores sociales quienes en el convenio colectivo disponen de un instrumento adecuado para responder a estas exigencias sociales, como se verá. Precisamente el empleo y la ocupación se constituyen, según ha proclamado el Derecho europeo derivado en materia de tutela de ciertos colectivos débiles, como espacios esenciales donde garantizar la igualdad de oportunidades<sup>58</sup>, a pesar de que el Derecho primario solo se refiere, en efecto, al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Tal mandato ha sido ejecutado a través de la aprobación de sendas Directivas en la materia y acciones de otra índole, aunque ha ido reconociendo su utilidad y vigencia para tutelar a otros grupos de población ampliamente discriminados.

Por su finalidad, la igualdad de resultados se equipara a la recientemente definida igualdad de oportunidades, de la que se distancia en el método utilizado para equilibrar las necesidades de todos, razón por la que se contempla como la opuesta a la primera de ellas<sup>59</sup>. En efecto, la igualdad de resultados se consigue atribuyendo de modo inmediato

<sup>55</sup> BOBBIO, N., *Eguaglianza e libertà*. Einaudi, Turín, 1995. P. 24ss. Se refiere al propósito de la igualdad de oportunidades con la metáfora de elemento necesario para «nivelar el terreno de juego», ROEMER, J.E., “Igualdad de oportunidades”, op.cit. P. 71.

<sup>56</sup> Algunos convenios prevén un sistema de selección y contratación basándose en principios de idoneidad y adecuación personal-puesto de los candidatos, y asegurando un marco de igualdad de trato con ausencia de discriminación. Art. 9.3 XXIII Convenio Colectivo del sector de la Banca, Resolución de 1 de junio de 2016 (BOE de 15 de junio de 2016, nº 144) (en adelante CC *Banca*).

<sup>57</sup> Test del impacto compensador introducido por la STC 19/1989, RTC 1989\19, FJ. 4. Sin embargo, el RD 1/2013 en materia de integración de las personas con discapacidad, la define, sin embargo, de una forma algo imprecisa o errónea, como la «ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad (...) y asimismo, la adopción de medidas de acción positiva». Art. 2.b). Por su parte, algún autor reconoce que la igualdad de oportunidades entraña la igualdad de resultados («*equality of opportunity entail[s] equality of outcome*»), LEVIN .M., E., "Equality of Opportunity". *The Philosophical Quarterly*, nº 31,1981.P. 110. Advertía Bobbio que para que en ocasiones pueda darse la igualdad de oportunidades es necesario otorgar a los individuos desfavorecidos cierta ventaja. BOBBIO, N., *Voz Eguaglianza*, Enciclopedia del Novecento, Treccani. Accesible a través de la web: [http://www.treccani.it/enciclopedia/eguaglianza\\_\(Enciclopedia\\_del\\_Novecento\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/eguaglianza_(Enciclopedia_del_Novecento)/).

<sup>58</sup> Considerando 9 Directiva 2000/78/CE.

<sup>59</sup> Este enfrentamiento entre una y otra se aprecia en la STJCE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, asunto C-450/93, cuyo apartado 23 sostiene que la medida enjuiciada que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CE por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades, dualidad de fines que puede pretender ser alcanzados mediante acciones positivas según la opinión del abogado general Giuseppe Tesaurio sobre el mismo asunto presentadas el 6 de abril de 1995. Vid. sobre ambos conceptos, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Elementos para una valoración técnico-jurídica de las medidas de acción positiva”. *Relaciones Laborales*, nº 11, 2010. PP. 659 ss. No considera aceptable la distinción entre una y otras, por resultar equiparables, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados”. *Relaciones Laborales*, nº 13, 1996. Publicado en La Ley digital. P. 5.

y con carácter exclusivo un determinado derecho o recurso a aquellos grupos de población que se encuentran en circunstancias de intensa desventaja social, excluidos en un amplio porcentaje del mercado de trabajo o de la facultad de progresar en un empleo. Son generalmente dirigidas a colectivos discriminados. Aunque volveremos sobre éste más adelante, baste por apuntar que la igualdad de resultados se consigue mediante el establecimiento de medidas excepcionales y generalmente temporales, como la reservas de empleo o cuotas, las preferencias o las exclusiones -son las de tipo absoluto las únicas que no tolera el TJUE que salvo excepciones como la reserva de plazas formativas o en guarderías solo para mujeres trabajadoras porque en realidad éstas persiguen mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo<sup>60</sup>-, cuya razonabilidad precisa un escrutinio más escrupuloso cuando sobre ellas recae una tacha de discriminación.

Al margen de la distinción teórica, a efectos prácticos lo que se pretende en ambos casos es la búsqueda de la igualdad real-pese a que su concepción originaria en Norteamérica vinculaba el establecimiento de la acción positiva al cumplimiento de la XIV Enmienda a la Constitución que consagra la igualdad formal- a través del establecimiento de medidas de acción positiva de distinta configuración dirigidas a grupos en riesgo de exclusión social<sup>61</sup>, como por ejemplo desempleados de larga duración o mujeres- sin que en éste momento nos refiramos solamente a los históricamente discriminados<sup>62</sup>. Así, son de tipo directo si se dirigen exclusivamente a un colectivo en situación de desventaja entre las que se incluirían las que promueven la igualdad de resultados, o indirecto cuando su creación neutra proporciona efectos positivos a un determinado grupo y que vienen fundamentalmente a cumplir con el principio de igualdad de oportunidades. El elemento más relevante de distinción será entonces los efectos que provoque la medida, que en todo caso han de ser proporcionales a la finalidad pretendida, adecuados y necesarios de tal forma que no generen un daño o perjuicio desproporcionado.

### 1.1.3.3. Medidas de acción positiva

Al hilo de la pretensión de igualdad material y aunque más adelante volveremos con éste asunto al abordar las concretas medidas de acción positiva establecidas mediante convenio colectivo, señalaremos en éste momento a las medidas de acción positiva como el instrumento mediante el que se persigue la igualdad sustancial. Las mismas

---

<sup>60</sup> STJCE de 28 de marzo de 2000, *Badeck* y otros, asunto C-158/97, apartados 52 a 55 y de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, asunto C-476/99, apartado 33 respectivamente.

<sup>61</sup> Sobre el término «exclusión social», KLANFER, J. *L'exclusion sociale Étude de la marginalité dans les sociétés occidentales*. Science et service, Paris, 1965.

<sup>62</sup> Las acciones positivas son admitidas en el Derecho originario en el art. 157.4 TFUE con respecto a la igualdad entre los distintos sexos, mientras que en el Derecho derivado en los arts. 5 de la Directiva 2000/43/CE, 7 de la Directiva 2000/78 y 3 de la Directiva 2006/54/CE. Desde el punto de vista estatal, considera a las acciones positivas que acechan la igualdad de oportunidades como constitucionalmente obligatorias, mientras que las discriminaciones inversas, aquellas que colocan al otro sexo como sujeto preterido, son sólo constitucionalmente lícitas, REY MARTÍN, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado*, op.cit. PP. 83ss; y “La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 47, 1996. P. 323.

tratan de proveer efectos positivos entre los colectivos históricamente segregados cuyo origen se encuentra en él la jurisprudencia norteamericana<sup>63</sup>. Su finalidad igualatoria las aleja del concepto puro de discriminación aunque en ocasiones a ellas se refieran, erróneamente, con la expresión discriminación positiva o benigna<sup>64</sup>. De hecho, la definición de discriminación positiva como «protección de carácter extraordinario que se da a un grupo social históricamente discriminado» puede hoy leerse en el Diccionario de la Real Academia Española.

Con ellas, en todo caso, nos referimos a las diferencias jurídicas de tratamiento cuyo objeto se centra en favorecer a una categoría determinada de personas físicas o morales, con el fin de compensar una desigualdad de hecho que preexiste entre ellas<sup>65</sup>, valorando la circunstancia personal o social que provoca la desventaja de forma preeminente y excepcional a la presencia de méritos y capacidades personales para colocar a la persona en un punto de partida homogéneo al de sus competidores o, en su caso, para remediar la situación de discriminación histórica mediante una igualdad de resultados, como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior<sup>66</sup>. Por su carácter restrictivo éstas últimas se configuran generalmente con carácter temporal<sup>67</sup>, en tanto la situación de desequilibrio permanezca, aunque no será aceptado de forma unánime el criterio de la temporalidad como necesario para su validez y, de hecho, no se conciben como tal aquellas referidas a la reserva de un porcentaje de empleo para personas con discapacidad<sup>68</sup>.

En España, la combinación del artículo 9.2 CE con el artículo 14 CE ha servido al TC para fundamentar la constitucionalidad de la también llamada erróneamente desde el punto de vista jurídico «discriminación inversa» que solo puede ser referida de éste

---

<sup>63</sup> Sobre el significado de ésta expresión, MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel", op.cit. PP. 7ss. Tiene su origen en los Estados Unidos donde comienza a ser utilizado de forma sistemática el concepto de *affirmative action* en el seno de los conflictos interraciales de los años 60 del siglo XX. Sobre su origen y evolución, FISCUR, R.J., *The constitutional logic of affirmative action*, Wasby Duke University Press, Londres, 1992. KAHLENBERG, R.D., *The Remedy: Class, Race, and Affirmative Action*, BasicBooks, New York, 1997. BECKWITH, F.J., JONES, T.E. (Edits.), *Affirmative action: social justice or reverse discrimination* Amherst, Prometheus Book, New York, 1997. BABKINA, A.M. (Edit.), *Affirmative action: an annotated bibliography*. 2ª ed. Nova Science Publisher Inc., New York, 2004. LEITER, W. M., LEITER, S., *Affirmative Action in Antidiscrimination Law and Policy: An Overview and Synthesis*. 2ª Ed. State University of New York Press, New York, 2011. Concretamente en la decisión del Tribunal Supremo norteamericano *United Steelworkers vs. Weber* 443 U.S. 193 (1979), admitió la validez de un convenio colectivo que reservaba a los empleados negros la mitad de las plazas en un programa de formación, medida que debía limitarse en el tiempo hasta que el perfil racial del personal se ajustara a la composición racial de la población local.

<sup>64</sup> ALONSO GARCÍA, E., "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. *Revista de la Administración Pública*, nº 100-102, 1983. P. 78. BOHRER, R.A., "Bakke, Weber and Fullilove: Benign Discrimination and Congressional Power To Enforce the Fourteenth Amendment", *Indiana Law Journal*, Vol. 53, Issue 3. 1981. PP.473-513. Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3545&context=ilj>. También las denomina discriminación positiva en estado puro para distinguirlas de discriminaciones inversas racionalizadas (preferencias) GIMENEZ GÜCK, D. *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones Positivas Moderadas y Medidas de Discriminación Inversa*. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1998. P. 164.

<sup>65</sup> MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., "Les adaptations du principe d'égalité à la diversité du territoire". *RFDA*, nº 5, 1997. P. 911. En la jurisprudencia española, definida como acción temporal dirigida a colectivos históricamente desprotegidos y marginados para la promoción de la igualdad sustancial por parte de los poderes públicos, SSTC 216/1991 de 14 noviembre, RTC 1991\216, FJ 5 ; 28/1992 de 9 marzo, RTC 1992\28, FJ 3.

<sup>66</sup> En este sentido vid. BARRÉRE UNZUETA, M.A., "La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº. 9, 2003.

<sup>67</sup> STC 216/1991, RTC 1991\216, FJ 5: «no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento siquiera temporal, que aquellos poderes (públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial».

<sup>68</sup> Considera que no necesariamente serán inválidas las medidas preferenciales o de reserva que no prevean su carácter temporal, LOUSADA AROCHENA, J. F., "El principio de transversalidad: origen y significado". *Temas Laborales*, nº 91, 2007. PP 80-81.

modo cuando las interpone un poder público<sup>69</sup>. Restringido al plano laboral, el mismo Tribunal que sostiene la inexistencia de discriminación cuando los poderes públicos emprenden éste tipo de medidas favorables para ciertos colectivos de personas-y que posteriormente extenderá a su establecimiento a través de convenio colectivo<sup>70</sup>. Es por ello legítimo introducir diferencias que traten de superar la marginación inicial del individuo siempre atentos a no caer en el riesgo de perpetuar o consolidar una estigmatización secular mediante el aislamiento o excesivo proteccionismo que provoque la aplicación de la misma<sup>71</sup>.

Por su carácter potencialmente restrictivo de los derechos de quienes se encuentran fuera del ámbito protegido por las mismas, fueron negadas en un primer momento por Tribunales como el de Justicia de la Comunidad Europea cuando éstas se tratan de imponer de forma absoluta como se verá, o por el Consejo Constitucional francés que consideraba contraria al derecho a la igualdad de trato reconocido en sendos documentos que completan el bloque de constitucionalidad, que se opone a que sean reconocidos derechos por el mero dato genético o por la pertenencia a un grupo<sup>72</sup>. No obstante, hoy son plenamente legítimas en aquel ordenamiento en la medida en que su misión u objeto sea, en efecto, reducir las desigualdades de hecho y no solamente de tener en cuenta las diferentes situaciones de cualquier naturaleza<sup>73</sup>.

Ésta disparidad interpretativa existente en la jurisprudencia también se visibiliza en la doctrina, que se divide entre quienes comulgan con la existencia legítima de acciones de acción positiva y otros que se niegan a converger con unas medidas que, atendiendo a su carácter discriminatorio para el colectivo no favorecido, son negativas para la sociedad<sup>74</sup>. Sin embargo, lo cierto es que han sido naturalizadas ya en el Derecho

---

<sup>69</sup> STC 128/1987, de 16 de julio, RTC 1987\128. Con ésta sentencia se inicia lo que se ha venido a llamar «jurisprudencia compensadora». BILBAO UBILLOS, J.M., REY MARTÍNEZ, F., "Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional", op.cit. P. 296. Sobre «discriminación inversa», CARMONA CUENCA, E., "El principio de igualdad material en la jurisprudencia constitucional", op.cit., P. 276. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984. RUIZ MIGUEL, A. "Discriminación inversa e igualdad", en VALCÁRCEL, A. (Coord.) *El concepto de igualdad*. Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

<sup>70</sup> STC 28/1992 de 9 marzo, RTC 1992\28, FJ 3. El TS advierte que «el mecanismo de la discriminación positiva, por su excepcional naturaleza, deberá estar reflejado de modo expreso bien por voluntad del legislador, bien por el de los negociadores». STS de 10 octubre 2012, RJ 2013\1463, FJ 2.

<sup>71</sup> Se aceptan las medidas de acción positiva compensatorias, pero se excluyen las de carácter paternalista en la jurisprudencia constitucional. El denominado test de las medidas paternalistas/compensadoras para distinguirlas de las acciones positivas legítimas, se utiliza para evitar que se practiquen aquellas que tiendan a perpetuar patrones o estereotipos ya superados, consolidando de éste modo la situación discriminatoria que se trata de erradicar. Entre otras, SSTC 81/1982 de 21 diciembre, RTC 1982\81, FJ 3; 38/1986 de 21 marzo, RTC 1986\38, FJ 3, contra la valoración proteccionista del trabajo de la mujer que prohíbe el trabajo nocturno, o STC 128/1987, RTC 1987\128, FJ 6, sobre medidas que consolidan la posición de inferioridad de la mujer sobre el hombre partiendo de presupuestos como la inferioridad física. Reitera que las normas protectores del trabajo femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones han de ser erradicadas las SSTC 28/1992 de 9 marzo, RTC 1992\28, FJ 3 y 109/1993 de 25 marzo, RTC 1993\109, FJ 4.

<sup>72</sup> El Tribunal constitucional francés se ha mostrado, de principio, contrario a la puesta en práctica por el legislador de «discriminaciones positivas», ESPLUGAS, M.P., *Conseil Constitutionnel et services public*. L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 1994. PP. 171-172. Algunos ejemplos, Decisión (en adelante Dec.) n° 82-146 Dec. de 18 de noviembre de 1982, Dec. n° 98-407 DC de 14 de enero de 1999 (cuotas por razón de sexo en las listas electorales), Dec. n° 99-412 DC de 15 de junio de 1999 (sobre derechos de las minorías). No obstante, en el ámbito social ha admitido el establecimiento de acciones positivas. Vid. Déc. n° 89-257 de 25 de julio, DC sobre medidas protectoras de trabajadores de más edad y aquellos que presenten ciertas características sociales ante un despido por causas económicas.

<sup>73</sup> "Sur le principe d'égalité", Consejo de Estado, Rapport public 1996. P. 86.

<sup>74</sup> Considera que «el frecuente rechazo selectivo de los mercados de trabajo ha de salvarse con medidas de discriminación positiva», DE LA VILLA GIL, L.E., "¿Qué es eso del estado del bienestar y cómo se mide, histórica y económicamente?" Revista *Derecho social y empresa*, n°. 3, 2015.P. 40. Por su parte, sostiene que la no discriminación precisa de éstas medidas para proteger a las minorías, LARICIA, S., "I problemi della tutela delle minoranze nell'Unione europea", PANUNZIO, S., (Coord.), *I costituzionalisti e l'Europa*. Giuffrè, Milán, 2002. Se ha criticado el uso del término «discriminación positiva» calificándose de

internacional y supranacional así como en las legislaciones internas así como por la jurisprudencia.

## 1.2. Prohibición de discriminación

### 1.2.1. Factores de discriminación en continua evolución

La descripción de todas las fórmulas en que se manifiesta la discriminación se debe analizar desde el punto de vista del objeto protegido, es decir, concretando cuáles son los factores de discriminación en sentido jurídico; es el Derecho el que cualifica jurídicamente como ilícita una discriminación en el momento mismo en que la prohíbe, identificando los sujetos y grupos sociales cuyos miembros son susceptibles de ser objeto de tratamientos discriminatorios<sup>75</sup>. Lo cierto es que las causas de discriminación no son eternas o inamovibles desde el punto jurídico ni desde la perspectiva social, donde éstas se representan, sino que emergen cuando la diferencia de tratamiento asume su carácter negativo, odioso, contrario a la dignidad humana, según el entendimiento de la consciencia común y positivizado posteriormente a través de los procesos de decisión democrática<sup>76</sup>, del mismo modo que pueden ser desactivadas por la superación de la situación de marginalidad de quienes se encontraban incluidos en el colectivo segregado.

La relevancia o la irrelevancia de los factores que diferencian a las personas se establecen en base a juicios de valor y en cuanto a tal, están históricamente condicionados<sup>77</sup>. Por ello, las distintas causas de discriminación no se pueden circunscribir a las que aparecen en la norma constitucional o en los instrumentos normativos a nivel internacional o supranacional, fruto de un momento histórico dado, sino que tendrán cabida aquellas otras que tengan la trascendencia social indispensable para que dicha prohibición alcance el valor de orden público y sean calificadas como intolerables<sup>78</sup>. Dado el carácter mutable del fenómeno, aquellas normas de mayor rango que contienen un elenco tasado pero no exclusivo de causas de discriminación han permitido incluir en primer término de modo implícito a otros rasgos como la edad o la discapacidad como factores de discriminación dignos de la máxima tutela que han sido posteriormente positivizados en otras normas. En este sentido, el Tribunal Constitucional español reconoció que el art. 14 CE finaliza con una cláusula abierta mediante la cual cabe la consagración de otros factores de discriminación que puede especificar el legislador o incluso él mismo mediante una interpretación auténtica del precepto constitucional, como también el italiano ha ido incorporando a su cláusula

---

tendencioso e impropio, BARRERE UNZUETA, M.A., "Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº. 9, 2003. P.1.

<sup>75</sup> BALLESTRERO, M.V. "Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Italia all'Europa e viceversa", SMURAGLIA, C. (Edit.), *Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Europa all'Italia*. Ediesse, Roma, 2005.P. 19.

<sup>76</sup> BARBERA, M., *Eguaglianza e differenza*, op.cit. P. 403.

<sup>77</sup> BOBBIO, N. *Eguaglianza e libertà*, op.cit. P. 22.

<sup>78</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Principio de igualdad y Derecho privado". *Anuario de Derecho Civil*, 1990. PP.414-415. BALLESTER PASTOR, M.A., "Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva", BODAS MARTIN, R., (Coord.), *La negociación colectiva ante la crisis económica*. Bomarzo, Albacete, 2010. P. 89.



final otras causas de discriminación<sup>79</sup>, mientras que otro de sus homólogos, como es el Consejo Constitucional francés no se ha pronunciado formalmente sobre éste punto de la Constitución francesa, aunque existe una jurisprudencia nacional e internacional y una doctrina consolidada sobre el carácter enunciativo de tales listas<sup>80</sup>.

Fruto de ese carácter mutable, en el concierto internacional, no son homogéneos los factores de riesgos protegidos por la normativa antidiscriminatoria. Por ejemplo en Francia, son ya 19 las categorías de discriminación que marcan la frontera entre la discriminación prohibida y la diferencia de trato que no provoca tal efecto<sup>81</sup>. Entre ellas, cabe destacar la independencia de la protección de la salud con respecto a la discapacidad y la apariencia física o las características genéticas, todas ellas ignoradas por la legislación española o italiana. En efecto, en el ámbito europeo, la potestad de cada Estado para fijar el contenido de los derechos fundamentales provoca que un Estado pueda determinar como discriminatoria una diferencia de trato plenamente legítima en otro si superan el juicio de razonabilidad propio de la igualdad de trato. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia europeo podrá ejercitar su función nomofiláctica para apreciar nuevos factores de discriminación que, como tal, deberán ser legalmente protegidos en todos los Estados miembros como sucedió en el caso de la edad, no contemplado hasta entonces en muchos de los ordenamientos europeos como causa expresa de discriminación<sup>82</sup>.

### 1.2.2. Las formas de discriminación en el empleo

Como decíamos, la definición de igualdad no es completa si no nos referimos a la prohibición de discriminación, a pesar de los distintos ámbitos de influencia y operatividad que se atribuye a uno y otro<sup>83</sup>. Tampoco existe un concepto suficientemente homogéneo que describa éste fenómeno, por lo que se tratará de ofrecer una visión global de su configuración para tratar de averiguar si efectivamente se trata de un mandato autónomo de la igualdad o una concreción de la misma y los efectos que en cada caso se desencadenarían.

---

<sup>79</sup> Sobre la potencial amplitud del elenco efectuado por la clausula de apertura final del art. 3 CI, LASSANDARI, A., *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, op.cit. PP. 99ss. Un estudio jurisprudencia constitucional en, MASSA, M., "Diseguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'eguaglianza", en [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

<sup>80</sup> MELIN-SOUCRAMANIEN, "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité?", *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 29, 2010. Publicado en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-29.48181.html>. P. 3. GOGUEL, F., "Objet et portée de la protection des droits fondamentaux-Conseil Constitutionnel français", FAVOREU, L. (Dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. Economica, PUAM. Coll. Droit public positif, Paris, Aix-en-Provence, 1982. PP.232-233. Se constata que no existe un conjunto hierático de factores ilegítimos sobre los que no cabe fundar diferencias de trato, por el contrario, no cesa de evolucionar su contenido. En este sentido, FASSIN, E. "Penser la discrimination positive", BORILLO, D., *Lutter contre les discriminations*, op.cit. P.58.

<sup>81</sup> Contempladas en el art. L.1132-1 del Código de trabajo.

<sup>82</sup> BARBERA, M., "Introduzione", BARBERA, M., (Coord.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*. Giuffrè Milano, 2007. P. XXXIII. En España, sin embargo, reconocida como factor autónomo de discriminación en el empleo desde 1980 en el art. 4. 1 c) y 17.1 ET. Por otra parte, el TC español reconoció que la edad, aun no estando enumerada en el art. 14CE, ha de incluirse en la fórmula de prohibición de discriminación que sanciona el precepto. STC 75/1983 de 3 agosto, RTC 1983\75, FJ. 3.

<sup>83</sup> Su oficio es el de «mediador» entre el principio de igualdad y las situaciones empíricas, sostiene CALVÈS, G., "Non-discrimination et égalité: de la fusion à la séparation? ". FINES, F., GAUTHIER, C., GAUTIER, M., *La non discrimination entre les européens*. Ed. Pedone, Paris, 2012.P. 10.

Una primera noción del término discriminación permitiría afirmar que ésta se sustenta sobre una distinción entre sujetos, arbitraria, injusta, prohibida o ilícita, es decir, contraria al Derecho. Aunque etimológicamente el término «discriminar» no significa más que separar, establecer una distinción entre dos cosas o personas, con el paso del tiempo ha adquirido una connotación negativa que implica el tratamiento desventajoso hacia personas o grupos de éstas debido a circunstancias ligadas de forma externa o interna a las mismas desde el punto de vista personal o social, concepto que se ha visto desarrollado de muy variadas formas y aplicado en el lenguaje jurídico con objeto especialmente de su prevención y eliminación. Por su carácter odioso y denigrante hacia las personas rápidamente se entendió que la prohibición de discriminación se debe aplicar a cualquier pacto, acto, comportamiento o tratamiento, prescindiendo de su carácter negocial o de su encuadramiento en una específica categoría formal, así como de la naturaleza del sujeto activo del tratamiento diferenciado si el efecto del mismo es la creación de una situación discriminatoria<sup>84</sup>.

Avanzando en su definición, existen dos principales posturas doctrinales que concretan el derecho a la no discriminación. La primera de ellas lo define como un conjunto de exigencias de igualdad que pretenden controlar a un poder, ya sea público o privado, y no se limita solo a las reglas que prohíben una discriminación<sup>85</sup>. En ésta línea se sitúan los partidarios de emplear un término amplio de discriminación que incluya todas las diferencias de trato arbitrarias que no encuentren suficiente justificación, asimilándola al concepto de igualdad. Esta sería la óptica que utiliza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en buena parte de su jurisprudencia en tanto la no discriminación es una prohibición que trata de hacer operativa la igualdad de trato y según una doctrina minoritaria, también del Tribunal Constitucional italiano<sup>86</sup>. Por otro lado, los defensores de una visión restrictiva e independiente del concepto de no discriminación-postura doctrinal mayoritaria- lo utilizarán para designar el tratamiento desfavorable del que son víctimas personas particularmente vulnerables en razón de su pertenencia a un grupo definido por características personales o sociales que son intolerables y por ello, exigen una protección reforzada, tanto desde el punto de vista de su ámbito aplicativo de referencia como de su tutela<sup>87</sup>. Esta sería la óptica adoptada por la jurisprudencia nacional e internacional con carácter general: Tribunal Constitucional español, el

---

<sup>84</sup> BARBERA, M. "La nozione di discriminazione" en BALLESTRERO, M.V, TREU, T. (Coords.), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna. Nuovi leggi civili commentate*. Cedam, Milán, 1994.P. 55.

<sup>85</sup> PORTA, J., "Non-discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité", BORENFREUND, G., VACARIE, I., (Dirs.) *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, Paris. 2013. P. 11 nota 9.

<sup>86</sup> En Italia, se aplica el juicio de razonabilidad para juzgar los atentados al art. 3 CI, ante supuestos que impliquen intromisiones a la igualdad y cuando se juzga una medida discriminatoria, RESCIGNO, G.U. "Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana", AA.VV., *Eguaglianza e legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*. Cedam, Padua, 1999. MILITELLO .M., "Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza)". *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* .INT – 77/2010. No existe, en la medida analizada por la Corte en la Sent. n° 175 del 1997 de 13 de junio manifiestas evidencias de *irrazonabilidad o discriminación* privadas de fundamento jurídico. En ese mismo sentido, Sent. Corte. Cost. n° 41 de 12-27 de diciembre de 1996, entre otras.

<sup>87</sup> La distinción entre los incisos del art. 14 CE debe operar para reforzar la intensidad de protección de la prohibición de discriminación, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional", op.cit.P.140.

francés o el italiano-con ciertas matizaciones que se abordarán más adelante y de forma más flexible que los anteriores, TJUE y TEDH<sup>88</sup>.

#### 1.2.2.1. Discriminación directa

La discriminación prototípica es la tipo directo, bajo cuya denominación se concibe aquella diferencia de trato que distingue entre sujetos o colectivos sobre la base de criterios determinados o determinables-cuando existe en el ordenamiento una cláusula de apertura como en el caso español- relacionados con la persona o sus condiciones sociales que el ordenamiento prohíbe utilizar como medio de diferenciación porque con ello se atenta directamente a la dignidad del ser humano.

Ya el Convenio 111 OIT sobre la discriminación en el ámbito del empleo de 1985 definía en su primer artículo el término discriminación como «cualquier distinción, exclusión o preferencia fundada sobre la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social que tiene como efecto destruir o alterar la igualdad de oportunidades o de tratamiento en materia de empleo o trabajo». En el texto se hace referencia al efecto que opera con la distinción, es decir, al resultado dañoso o destructivo de la igualdad sin que el móvil o la intención del autor de la misma sean tomados en consideración, de manera que la discriminación, en el espacio protegido por la OIT existe independientemente de cualquier indagación sobre la intencionalidad del mismo<sup>89</sup>. Así pues, el elemento relevante no se identifica con la voluntad dolosa del sujeto agente-que se presenta obviamente en la mayoría de los casos como presupuesto lógico que fundamenta la distinción de trato- sino en los efectos desventajosos que se derivan de la conducta, del contenido del acto o pacto o de la aplicación de la norma, creando una suerte de concepto objetivo de prohibición de discriminación que garantiza así el efecto útil de su garantía jurídica<sup>90</sup>.

Sin embargo, el término ha sufrido cierta evolución por obra del Derecho europeo, de manera que la discriminación directa podrá ser actual, pero también se verificará su existencia en supuestos en los que se pone en conexión con una situación anterior o del pasado y por último puede darse con carácter condicional o potencial, es decir, puede no haber producido aún los efectos negativos asociados a cualquier discriminación<sup>91</sup>. Mientras que algunos ordenamientos han transpuesto de forma idónea el contenido

<sup>88</sup> En España, entre otras, se exige mayor rigurosidad en la justificación de la discriminación SSTC 81/1982 de 21 de diciembre, RTC 1982\81; 128/1987 de 16 de julio, RTC 1987\128. En Francia, Dec. *Quotas par sexe* de 18 de noviembre de 1982 n° 1982-146 DC, *Rec.*, p. 66. ; Dec. *parité dans le secteur privé* du 16 mars 2006 n° 2006-533 DC, *Rec.*, p. 39. También en la jurisprudencia italiana, Sent.Corte Cost. n. 227 de 21 de junio de 2010 (G. U. 30/06/2010 n. 26). Con respecto al TEDH, entre otras, SSTEDH de 11 junio 2002. TEDH 2002\36, caso *Willis contra Reino Unido*; de 18 febrero 1991. TEDH 1991\4, caso *Fredin contra Suecia*; de 23 de julio de 1968 ,1968\3, caso relativo ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica. En el caso del TJUE, se aprecia el carácter restrictivo con que pueden legitimarse las discriminaciones directas previstas por las Directivas en las sentencias de 12 de enero de 2010, *Petersen*, asunto C-341/08, apartado 60; de 13 de septiembre de 2011, *Prigge y otros*, asunto C-447/09, apartado 72; de 13 de noviembre de 2014, *Vital Pérez*, asunto C-416/13, apartado 47.

<sup>89</sup> De acuerdo con ésta visión, LANQUETIN, M.T., "Le principe de non discrimination", op.cit. 188.

<sup>90</sup> BALLESTRERO, M.V. "Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza" .*Dir. Lav. Rel. Ind.* n° 63. 1994. P. 510. En sentido contrario, considera que la discriminación presupone, generalmente pero no siempre, una intencionalidad , un comportamiento más o menos consciente TUORTO, D. *Il lavoro difficile. Discriminazione e gruppi discriminati in Italia.* Il Mulino, Bolonia, 2012. P. 15.

<sup>91</sup> Art. 2.2 a) Directiva 2000/43/CE; art. 2.2 a) Directiva 2000/78/CE, 2.2 a) Directiva 2006/54/CE. Art. L.140-3 Código de Trabajo.

prefijado a nivel comunitario como es el caso de Alemania<sup>92</sup>, en otros éste concepto se amplía, para contener no solo las diferencias de trato por pertenencia a un colectivo estigmatizado por una condición de carácter personal o social, sino también por la supuesta pertenencia o atribución de la condición de forma errónea a un sujeto, como sucede en el Derecho francés, visión ampliada del alcance de la discriminación directa que comienza a contemplarse en el ámbito jurisprudencial europeo al que se aludirá al definir la discriminación por error. Otros, en cambio, han incorporado de forma incompleta dicho concepto, restringiendo su ámbito aplicativo al contemplar dentro de éste supuesto de hecho solamente cuando el efecto desventajoso se produce en el momento presente, sin alusión a momentos precedentes o futuros, como es el caso español, salvo en la regulación de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo en la que es fiel al texto comunitario<sup>93</sup>. Por su parte, el ordenamiento italiano comete el mismo error pero a la inversa, es decir, limitando el ámbito de la tutela antidiscriminatoria directa en materia de género, en la que solo se tutelan las diferencias de trato con efecto actual<sup>94</sup>. Consideramos que estos errores de adaptación que se mantienen en el tiempo, en ningún caso deberán perjudicar al ejercicio de las garantías frente a cualquier trato discriminatorio que ampare al ciudadano independientemente de si la situación de discriminación se ha producido ya o pueda producirse en un futuro.

Por otro lado, del tenor literal de las Directivas europeas que introducen el concepto de discriminación directa parece desprenderse la necesidad de un *tertium comparationis*, sujeto o colectivo que sirva de punto de comparación entre el sujeto perjudicado por la medida discriminatoria y el que no lo está que, sin embargo, no siempre es exigible en la práctica. Éste principio admite excepciones como la que se manifiesta en el ámbito de la discriminación de género en torno al cual se admite la existencia de prácticas discriminatorias relacionadas directamente con el sexo de la mujer en circunstancias que no podría nunca ser comparada con un hombre al derivar de sus características biológicas<sup>95</sup>. Por otra parte, la existencia de un término de comparación hipotético, habrá de ser determinada cuando la situación discriminatoria se produjo en el pasado o se trata de un futuro.

La principal causa de excepción a la existencia de una discriminación directa, según la configuración dada en las Directivas comunitarias, se obtiene cuando presencia de factores de discriminación o circunstancias adyacentes al mismo se tomen en consideración para impedir o propiciar la realización de una actividad profesional,

---

<sup>92</sup> Art. 3.1 "*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14 de agosto de 2006 (BGBl. I S. 1897)*. Ley alemana de transposición de las Directivas 43 y 78/2000/CE, incluyendo también la protección frente a discriminaciones por razón de género.

<sup>93</sup> Art. 28 ley 62/2003 de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, donde se trasponen a l ordenamiento español las Directivas 78 y 43 del 2000: «Discriminación directa: cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra». Error reproducido más recientemente en materia de discapacidad en el art. 2 b) del 77 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, RD 1/2013 de 29 de noviembre. Con respecto a la igualdad de género, art. 6.1 LOI.

<sup>94</sup> En Italia, Art. 2.1 a) Decreto Legislativo de 9 de julio de 2003, n. 215 "*Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*"; Art. 2 .1 a) Decreto Legislativo de 9 de julio de 2003, n. 216 "*Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*"; art. 25 del Decreto legislativo n. 198 de 31 de mayo de 2006, "*Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*"(en adelante Código de Igualdad de Oportunidades).

<sup>95</sup> Por ello la hipótesis de la maternidad no puede ser reducida a una excepción al principio de igualdad entre hombres y mujeres, LANQUETIN, M.T., "Le maternelle de non discrimination". *Droit ouvrier*, 2000, P. 190.

cuando suponga un requisito esencial y determinante<sup>96</sup>, cuya adopción será elemento legítimo de distinción siempre y cuando se respeten de forma estricta los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En éste punto es apreciable un notable casuismo en la jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo<sup>97</sup>. Prueba de ello son las conclusiones divergentes a las que llegó en los asuntos *Sirdar* y *Kreil*<sup>98</sup>, emitidos con una diferencia de tres meses, lo que confirma la importancia de analizar detenidamente el argumento según el cual una determinada característica resulta esencial para la ejecución de un trabajo particular<sup>99</sup>.

#### 1.2.2.2. Discriminación indirecta

Algunos instrumentos internacionales en materia antidiscriminatoria ya prohibían éste tipo de discriminación de forma implícita como son la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 –art.1.1-y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979-art. 1-. En ellos se prohíbe no solo la discriminación basada en una de tales causas de discriminación, sino también aquellas que tengan como efecto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos.

Como segunda categoría o modo de discriminar, en el ámbito jurisprudencial comunitario se consagró de forma temprana la noción de discriminación de tipo indirecto<sup>100</sup>, cuyo origen se sitúa en la jurisprudencia norteamericana<sup>101</sup>. También los

<sup>96</sup> Pueden existir derogaciones a la prohibición de discriminación directa en referencia a la naturaleza de una actividad o del contexto en el que viene desarrollada. Art. 4 de sendas Directivas 43 y 78/2000/CE y art. 14 de la Directiva 2006/54/CE. Art. 34 de la ley 62/2003 de 30 de diciembre en España. En Italia, art. 3.3 de los decretos legislativos 2015 y 2016/2003. Ha sido objeto de críticas la ausencia de referencias a hipótesis concretas de derogaciones dispuestas en tal sentido, limitándose a recoger el texto de las Directivas. BONARDI, O. "Le discriminazioni basate sull'età" op. cit. pag.134; DE SIMONE, G. "I requisiti occupazionali", FABENI, S., TONIOLO, M.G.,(Coords.),*La discriminazione basata sull'orientamento sessuale*. Ediesse, Roma, 2005.P. 137.

<sup>97</sup> ¿Existe o puede existir un estándar de proporcionalidad proveniente del TJ? por una parte, existen buenas razones para rechazar un estándar comunitario. Ésta es la opinión de TRIDIMAS, T., "Proportionality in European Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny", ELLIS, E. (Edit.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*.Hart Publishing, Oxford, Portland-Oregon, 1999. P. 84. Además, solo el juez nacional está facultado para establecer las circunstancias y posibilidades en cada caso. Por el contrario, cabe argumentar que la interpretación de los Tratados, incluye el establecimiento de estándares de proporcionalidad, así como éste tipo de límites o patrones puede servir para justificar el control centralizado llevado a cabo por el TJ sobre las medidas nacionales, DAVIES, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*. Kluwer 44, The Hauge, The Netherlands, 2003.P. 38.

<sup>98</sup> En la sentencia de 26 de octubre de 1999, *Sirdar*, asunto C-273/97, en el que el TJ admite la exclusión de la Sra. Sirdar del trabajo de cocinera en los Royal Marines del ejército británico en base a la argumentación expuesta por la parte demandada. Por su parte, en la Sentencia de 11 de enero de 2000, *Krei*, asunto C-285/98, no acepta la exclusión de las mujeres en el acceso al servicio de mantenimiento (electromecánica de armas) porque «no puede considerarse como una excepción justificada por la naturaleza específica de los empleos de que se trata o por las condiciones especiales de su ejercicio», apartado 27.

<sup>99</sup> Conclusiones de la abogada general Sharpston presentadas el 13 de julio de 2016, en el asunto *Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA*, C-188/15, apartado 98.

<sup>100</sup> La primera jurisprudencia al efecto los aplica principalmente en asuntos de nacionalidad y sexo, LANQUETIN, M.T., "Le principe de non discrimination", op.cit. P.188. En el ámbito de la nacionalidad, la reconoce por primera vez la STJCE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, asunto C-152/73, apartado 11. Frente a discriminaciones por razón de sexo, resultan esenciales a tales efectos las SSTJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, asunto C-152/73, apartado 18 de 31 de enero de 1981, *Jenkins*, asunto C-96/80 en el que el Tribunal considera discriminatoria la determinación de una retribución por hora inferior para los trabajadores a tiempo parcial, ocupando éstos puestos en la empresa en su mayoría mujeres, a pesar de la neutralidad del criterio de selección de la diferencia de trato; de 13 de mayo de 1986, C-170/1984, asunto *Bilka*, en la que concluye que «cuando resulte que un porcentaje considerablemente inferior de mujeres que de hombres trabaja en jornada completa, la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa es contraria al artículo 119 (TCEE)», insistiendo en las exigencias que deben reunir las «razones objetivas» que puedan justificar una medida que suponga una discriminación de tipo indirecto. Concretamente se consideró contrario a los mandatos del derecho Europeo un convenio colectivo por excluir del cobro de una indemnización al final de la relación laboral a los trabajadores a tiempo parcial constatándose que el porcentaje de personal que trabaja a tiempo parcial es mayormente femenino, a menos que se demuestren las razones objetivas y ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo, en su sentencia de 27 de junio de 1990, *Kowalska*, asunto C-33/89.

ordenamientos internos ya habían recogido esta noción de discriminación, aunque en España hasta 1991 no se resuelve un caso en el que estima la existencia de discriminación indirecta, con cita a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas<sup>102</sup>.

En éste caso la diferencia de trato prescinde de la obviedad del elemento discriminatorio como objeto de la diferencia de trato, así como de la intencionalidad del sujeto que lesiona el derecho fundamental. Por el contrario, ésta circunstancia se encuentra en el trasfondo, provoca el efecto indeseado sobre las personas que forman parte de un grupo tradicionalmente discriminado, aunque no se trata en puridad de una ocultación del mismo tras la selección de criterios de tipo neutro, sino que se manifiesta en la mayoría de las ocasiones como consecuencia de la aplicación de medidas objetivas por las propias diferencias existentes en la sociedad<sup>103</sup>.

Los Tribunales constitucionales nacionales en sus respectivos ámbitos, reconocieron paralelamente la existencia de éste tipo de discriminaciones vetadas en virtud del reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación por primera vez en materia de discriminación por razón de género. Concretamente, el Tribunal Constitucional español define las discriminaciones indirectas prohibidas por el art. 14 C.E.-siempre y sin excepción en casos de discriminación por razón de sexo de las que se puede extraer una definición trasladable al resto de factores- como todo tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de uno de ellos; o más ampliamente como aquellas medidas que produce un efecto adverso carente de justificación, no fundado en una exigencia objetiva e indispensable para el cumplimiento del trabajo o inidóneo para el logro de tal fin<sup>104</sup>. La discriminación indirecta se protege, de facto, por la simple existencia de la Constitución cuando el art. 14 CE se refiere a la consagración de la igualdad de la ley, sin discriminación alguna, es decir, sin posibilidad de prevalecer ningún tipo de discriminación, sea directa o indirecta<sup>105</sup>.

La legislación se encargará de perfeccionar el concepto, que sin embargo, no se construye de forma homogénea con respecto a todos los criterios de discriminación. De éste modo, la disposición, criterio o práctica aparentemente neutros tendrán la capacidad

---

<sup>101</sup> El *leading case* de la jurisprudencia norteamericana es la sentencia *Briggs vs Duke Power Compagnie* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América 401 U.S. 424 de 8 de marzo de 1971 introduciendo la doctrina del «disparate impact» en un supuesto en el que los trabajadores afroamericanos de la empresa Duque Poder denuncian el sistema de ascensos que valora no solo la existencia de un diploma sino también la puntuación más elevada después de realizar un test de conocimientos en el que los afroamericanos obtenían una calificación más baja debido a su inferior formación académica. Vid. WILLBORN, S.L., “Disparate Impacto .Modelo of Discrimination: Theory and Limits”. *Em. UL Rev.*, 1984. P.799ss. SPANN, G.A., “Disparate Impact”. *The Georgetown Law Journal*, vol. 98, Georgetown University Law Center, Washington D. C., 2010. P. 114. Vid. El recorrido de los conceptos discriminación direct e indirect, analíticamente descrito, en BARBERA, M., *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, op.cit. P. 123ss.

<sup>102</sup> STC 145/1991, de 1 de julio

<sup>103</sup> SÁEZ LARA, C., "Las discriminaciones indirectas en el trabajo". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 6, Universidad Complutense de Madrid, 1995. P. 64.

<sup>104</sup> SSTC 145/1991 de 1 julio, RTC 1991\145, que las extiende a otras discriminaciones “por características personales”, FJ 2; 147/1995, RTC 1995\147, FJ 2; 198/1996 de 3 diciembre, RTC 1996\198, FJ 2. 154/2006 de 22 mayo, RTC 2006\154, FJ 6, donde se consolida que pueden existir con respecto a cualquier factor de discriminación.

<sup>105</sup> Así fue interpretado por RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., Igualdad y discriminación, op.cit. P. 164.

de discriminar indirectamente cuando puedan ocasionar-efecto potencial- una desventaja particular a personas por motivo de su religión o convicción, discapacidad, edad o de orientación sexual, respecto de otras personas, salvo que pueda ser superado el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la misma o que se sitúe entre las excepciones que la propia legislación establece y que serán examinadas en los siguientes capítulos. Mientras tanto, cuando se trata de evaluar la medida, el criterio o la práctica indirectamente discriminatoria por razón de su origen racial o étnico o por cuestión de sexo, éstas serán injustas si sitúan a las personas de un determinada raza, etnia o sexo en desventaja particular-efecto actual -, salvando de nuevo la posibilidad de una justificación objetiva en base a una finalidad legítima y llevada a cabo de forma proporcional<sup>106</sup>. Parece que la diferencia lexicológica entre las expresiones utilizadas no sea de gran alcance como para profesar una tutela frente a discriminaciones indirectas diversificada, si bien no se comprende cómo el legislador comunitario ha tenido a bien describir distintamente dicho concepto en Directivas aprobadas de forma simultánea en el tiempo como son las aprobadas en el año 2000 y la más reciente de todas ellas en materia de igualdad entre hombres y mujeres de 2006.

También se han detectado disparidades en cuanto a la forma de incorporación al Derecho interno de éste tipo de discriminación. Así, la legislación interna de Francia ha introducido un concepto de discriminación indirecta que engloba a todos éstos factores de discriminación utilizando el criterio amplio, es decir, aquel que sostiene como indirectamente discriminatoria la medida que pueda ser susceptible-efecto potencial- de provocar el perjuicio o desventaja<sup>107</sup>. En Italia, del mismo modo, se ha unificado el criterio a través de los distintos instrumentos de transposición de las Directivas antidiscriminatorias acogiendo a la definición más protectora del término<sup>108</sup>. Por último, la legislación española solo ha ampliado el concepto de efecto discriminatorio indirecto actualizado o actualizable a las circunstancias de raza o etnia, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, pero no así en lo que respecta al sexo, aunque fuera previsto del mismo modo que en Francia, una solución general en el frustrado proyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación<sup>109</sup>.

Por tanto, sostenemos que es más adecuado afirmar con respecto al alcance de todos los factores de discriminación que quien sostiene ser sujeto de una discriminación, no tiene por qué haber sufrido un perjuicio concreto y actual; tampoco es necesario tomar en consideración al grupo al que pertenece, es decir, el número total de personas afectados aunque éste sea un indicio válido de discriminación indirecta. En efecto, el uso de los datos estadísticos no es el único medio para facilitar la carga probatoria, sino que

---

<sup>106</sup> Art. 2.2 b) Directiva 2000/43/CE, art. 2.2 b) Directiva 2000/78/CE y art. 2.2 b) Directiva 2006/54/CE respectivamente.

<sup>107</sup> Art. 1 Ley n° 2008-496 de 27 de mayo de 2008 *portante diversas dispositifs d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*.

<sup>108</sup> Art. 25.2 D. lgs. 198/2006. Con respecto a los restantes factores discriminatorios, art. 2.1 b) D. Legs. 215/2003 y 2.1 b) D. lgs. 216/2003.

<sup>109</sup> En la legislación española, art. 6.2 de la LOI con respecto al criterio del género, 28.1 c) de la ley 62/2003 de 30 de diciembre con respecto a los demás motivos de discriminación y específicamente el art. 2 d) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Por otra parte, el art. 5.2 del Proyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación publicado el 10 de junio de 2011 en el BOE, n°130, I, establecía una misma definición de discriminación indirecta que abarcaba a todos los factores de discriminación.

participará como dato indiciario de la existencia de discriminación, habiendo desaparecido la exigencia de que tal criterio o práctica aparentemente neutra afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un determinado colectivo<sup>110</sup>. El efecto perjudicial desde el punto de vista cualitativo se comienza a evidenciar en la jurisprudencia del TJUE prescindiendo de la necesidad de que la medida designe un caso especialmente relevante, evidente y grave de desigualdad en términos numéricos, siendo suficiente que la disposición, criterio o práctica desfavorecen particularmente a las personas incluidas en uno de los colectivos discriminados, aunque sentencias más recientes siguen aludiendo al dato cuantitativo para formular la existencia de la discriminación indirecta<sup>111</sup>. Por tanto, para apreciar la existencia de discriminación indirecta se deben valorar, además del número de sujetos afectados –como dato indiciario–, elementos ulteriores y externos a la propia norma, dado que sin ellos, el carácter legítimo de la misma se extraería del dato objetivo de su regulación.

Es bastante frecuente que la norma convencional sea el origen de una discriminación de tipo indirecto, pues fácilmente la descripción neutra de una cláusula convencional efectuada por los interlocutores sociales puede desencadenar un hipotético efecto discriminatorio cuando la misma sea objeto de aplicación particular, como se analizará con mayor detalle en los siguientes capítulos, en cuyo caso deberá ser puesta aquella en tela de juicio desde el punto de vista de su justificación y no el acto aplicativo de la misma<sup>112</sup>.

### 1.2.2.3. Discriminación encubierta y/o oculta.

Existen otras realidades que se incorporan de forma más reciente como distintas formas de discriminar. Como subtipos de discriminación directa o indirecta, aparecen las que se denominan «encubiertas» y /o «ocultas». Aunque no existe consenso en la doctrina sobre la definición de una y otra se considera mayoritariamente que la primera de ellas es en realidad una subespecie de discriminación de tipo directo que se diferencia de la oculta por la existencia de intencionalidad en la primera de ellas, mientras que la segunda no es fruto de la voluntad dolosa sino del arraigo de determinada práctica o medida que se trata de justificar con otros valores dignos de tutela y se inscribe en el marco de la discriminación indirecta<sup>113</sup>. Como decíamos, la distinción entre los términos

<sup>110</sup> Tras la derogación de la Directiva 97/1980/CE Del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Considerandos 15 de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. STJCE de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, asunto C-109/88, sentencia que junto a la dictada el 13 de mayo de 1986, *Bilka*, asunto C-170/1984, son las primeras sentencias que utilizan la dimensión estadística que hace aparecer la característica sospechosa de medida discriminatoria.

<sup>111</sup> Si bien contestando a una cuestión prejudicial sobre el art. 2.2 de la Directiva 2000/43/CE sobre el término «desventaja particular» en ella empleado, STJUE de 16 de julio de 2015, *Chez Razpredelenie Bulgaria AD contra Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, asunto C-83/14, apartado 100. La definición de la desventaja particular en términos cuantitativos en las SSTJCE de 26 de septiembre de 2013 Z, asunto C-363/12, apartado 53 y jurisprudencia citada o de 14 de abril de 2015, *Cachaldora Fernández*, asunto apartado 28 y jurisprudencia citada.

<sup>112</sup> BORELLI, S. *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, op.cit. P.133.

<sup>113</sup> Sostiene que una discriminación «oculta» es directa cuando puede probarse que la intención del autor o empleador era discriminatoria; pero es indirecta cuando tal intención no es constatable, aunque sí los efectos de hecho en contra de cierto colectivo, BALLESTER PASTOR, M.A. "Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo". *Relaciones Laborales*, nº 1, 1993. Editorial. Publicado en La Ley. PP. 179-207. Recogido en la ley digital desde donde se cita. P.3. La discriminación encubierta ha sido definida en términos casi idénticos a la indirecta pero de la que se diferencia por un matiz de tipo psicológico, es decir, parece hacer referencia al hecho de que el impacto desfavorable injustificado es intencionado a discriminar, aunque no se representa de



no resulta muy clara en la doctrina ni en la jurisprudencia que los utiliza frecuentemente como sinónimos de tal modo que el principio de igualdad también prohíbe cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación y ocultando tras ellos el factor de discriminación que subyace, conduzca de hecho al mismo resultado<sup>114</sup>. De facto, puede sostenerse que un mismo término sirva para definir esta nueva vertiente de discriminación que en puridad se refiere a la ocultación del criterio discriminatorio, diferenciadas principalmente en el elemento de la intencionalidad y, por tanto, en el modo de producir el efecto desventajoso –de tipo directo o indirecto–, pero cuya individualidad no nos resulta baladí en términos teóricos o pedagógicos por lo que se prefiere utilizar ambos conceptos en los términos indicados.

La discriminación encubierta se distingue de la más general de tipo directo por no hacer referencia explícita al rasgo de la persona o de su condición social por la que se trata de segregar y se materializa a través de un mecanismo ideado para no provocar sospechas que esconde una estrategia de discriminación<sup>115</sup>. La discriminación que nosotros preferimos llamar oculta se asimila a la de tipo indirecto porque el elemento subyace como objeto de diferencia pero no como soporte a la medida discriminatoria que se sostiene por la existencia de otros de tipo objetivo y se manifiesta cuando la misma produce sus efectos desventajosos en un colectivo cubierto por una de las causas de riesgo<sup>116</sup>.

Dentro de lo que hemos denominado discriminación oculta, resulta destacable un supuesto de discriminación originada por la aplicación de distintas negociaciones colectivas acordadas por los mismos interlocutores sociales en distintas unidades de negociación de una misma entidad, que tiene su origen en la fijación de una remuneración diversa para el desarrollo de la misma función o de valor semejante. En éste caso la discriminación es de tipo indirecto y no procede necesariamente de la existencia de una medida incluida en un convenio ni de la aplicación concreta de la misma de forma aislada. El anteriormente descrito es el supuesto de hecho resuelto por el TJCE<sup>117</sup>, en el que se aplican dos convenios cuyos negociadores son el mismo sindicato y la misma empresa. Se da la circunstancia de que la categoría profesional ocupada casi exclusivamente por mujeres se encontraba peor retribuida que la que ocupaban en su mayoría hombres. En tan supuesto dispone el TJCE que la existencia de

---

modo explícito dicha intención. DAVIES, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, op.cit. P. 15. Mientras tanto, es una discriminación de tipo indirecto para DAVIES, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, op.cit. P. 5. Por su parte se limita a diferenciarlas entre conscientes e inconscientes, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "Elementos para una valoración técnico-jurídica de las medidas de acción positiva", op.cit. Recogido en La Ley Digital, desde donde se cita, P.6. Sobre la discriminación oculta, RUBENSTEIN, M., "Teorie sulle discriminazioni". *Quad.dir. lav.re.ind.*, n° 7, 1990. P. 89. No es el sexo en sí mismo de la trabajadora lo que justifica la medida discriminatoria, sino la situación de embarazo. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Igualdad y no discriminación en el empleo", op.cit. P. 480.

<sup>114</sup> STJCE 251/2004, de 16 de septiembre de 2004, *Gerard Merida contra el Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-400/02 apartado 21. En el mismo sentido, sentencia de 23 de mayo de 1996, *O'Flynn*, C-237/94, apartado 17.

<sup>115</sup> Sobre este concepto, vid. LENAERTS, K., *L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples*, *Cah.dr.Eur.*, 1991.P. 4.

<sup>116</sup> Sin embargo, la jurisprudencia en ocasiones utiliza el término encubierta para referirse a la discriminación indirecta. STJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, asunto C-43/75, apartado 18. Entre las más recientes, STJUE de 24 febrero 2015, *C. G. Sopora contra Staatssecretaris van Financiën*, asunto C-512/13, apartado 23. En España STC 13/2001 de 29 enero, RTC 2001\13, FJ 8. Sobre la diferencia entre ambos conceptos, PÉREZ DEL RÍO, T., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993.P. 125.

<sup>117</sup> STJCE de 27 de octubre de 1993, *Enderby*, asunto C-127/92.

negociaciones separadas no obsta para comprobar la existencia de una discriminación aparente pues si para justificar la diferencia de retribución bastara con alegar la inexistencia de discriminación en el marco de cada una de dichas negociaciones, el empleador podría eludir fácilmente el principio de igualdad de retribución mediante negociaciones separadas. La prueba estadística en éste litigio se posiciona como dato fundamental que permite el desplazamiento de la carga de la prueba hacia el empresario, que deberá demostrar en los términos descritos por el Tribunal europeo, que existen razones objetivas para la diferencia de retribución detectada.

#### 1.2.2.4. Discriminación múltiple

Con la discriminación múltiple o multicriterio nos referimos a un concepto jurídico más moderno que los anteriores en cuanto a su reconocimiento en las fuentes normativas que resulta tardío y poco desarrollado, pues se trata de una realidad tan antigua como la propia existencia de las primigenias causas de discriminación<sup>118</sup>. Lo anterior trae consecuencia de que habitualmente los operadores jurídicos que intervienen en los procesos de determinación de las condiciones de trabajo y en la promoción de la igualdad real de todos los individuos, acotan el análisis de las medidas antidiscriminatorias a los distintos criterios o formas de discriminación completamente asimilados por la sociedad y el Derecho, ignorando de éste modo la presencia de cúmulos o interacciones entre ellos que perjudican al sujeto de forma intencionada o incluso inconsciente o automática.

En efecto, se alude a esta forma de discriminar en los considerandos de las Directivas del 2000- sorprendentemente no se alude a ello en las directivas sobre género- así como algunas recomendaciones e informes de las instituciones europeas se han centrado en la problemática aquí planteada<sup>119</sup>, sin que exista precepto normativo alguno que aporte una definición completa de la misma, ni tampoco está previsto que así sea si se aprueba la propuesta de directiva transversal en materia de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual que, de nuevo, se limita a contemplar entre sus considerandos que las mujeres son víctimas de discriminación múltiple<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, 2008. PP. 251-283.

<sup>119</sup> Considerando 3 Directiva 2000/78/CE del Consejo; Considerando 14 Directiva 2000/43/CE del Consejo; considerandos 4 y 5 de la Decisión del Consejo de 2000/750, de 27 de noviembre por el que se establece un programa de acción de lucha contra la discriminación 2001-2006. El Parlamento Europeo lamenta, no obstante, que la Directiva 2000/78/CE no recoja ninguna disposición específica sobre la discriminación múltiple. Informe sobre la aplicación 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 («Directiva relativa a la igualdad de trato en el empleo») (2015/2116(INI)) Punto 70.

<sup>120</sup> Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Bruselas, 2.7.2008 COM (2008) 426 final 2008/0140 (CNS). Considerando 13.

Se trata éste de un criterio interpretativo de discriminación que va en aumento desde el punto de vista cuantitativo<sup>121</sup>, en referencia a su primera consideración como problema especialmente incisivo entre las mujeres que son propensas a acumular distintos tipos de discriminación<sup>122</sup>. La discriminación múltiple, puede ser consecuencia o bien de sucesos aislados o consecutivos o bien de situaciones que discriminan de forma interseccional, en cuyo caso no resulta nada fácil ser detectada<sup>123</sup>. En cualquier caso, esta cuestión precisa de mayor detenimiento por parte de la doctrina y jurisprudencia que redunden en una superior concreción técnica en las normas reguladoras para que los mecanismos de tutela tanto legales como convencionales devengan útiles para atajar las formas de discriminación múltiple<sup>124</sup>.

#### 1.2.2.5. Discriminación colectiva y sistémica

Los factores de discriminación nacen del rechazo de las determinadas características humanas de la persona individualmente considerada como el sexo, la edad o la discapacidad aunque éstas puedan producirse también de forma genérica o vinculante para un grupo de éstos. En otros casos, aun siendo oponible por un solo sujeto, tiene origen colectivo, ligados a la pertenencia de la persona a una misma categoría o grupo con circunstancias sociales homogéneas, como es el caso del origen nacional, racial o étnico o la nacionalidad. Lo importante de la forma de discriminar que está siendo analizada no es en sí la causa que fundamenta la discriminación, sino el impacto colectivo que la misma origina. En 2013 varios estudios mostraron que a pesar de todos los esfuerzos, la discriminación colectiva persistía en el mundo del trabajo y también como, en ciertos ámbitos, su tasa progresaba, sin que los instrumentos concebidos para responder frente a ello sean suficientes o bastante utilizados<sup>125</sup>.

Se afirma por algún sector doctrinal que cuando el efecto desventajoso -real o potencial- afecta a un grupo, se ha de entender que la valoración de la razón justificativa del tratamiento discriminatorio ha de ser más rigurosa. El grado de limitación del principio de igualdad en estos casos es mayor y por ello, mayor debe ser la importancia de

<sup>121</sup> La discriminación múltiple debe ser considerada un principio de política social y un criterio de interpretación jurídica en opinión de REY MARTINEZ, F., “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, op.cit. P. 266. Su consagración se sitúa en la Declaración de Durban, que clausura la Conferencia de la ONU contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia de 2001. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Discriminación de género y “otras” discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres”, CRUZ VILLALÓN, J., GARRIDO PÉREZ, E., FERRADANS CARAMÉS, C., (Coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo*: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río. CARL, Sevilla, 2015. P. 361.

<sup>122</sup> LASSANDARI, A. *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*. Cedam, Padua, 2010. P. 218; BARBERA, M. “Le discriminazioni basate sulla disabilità”, in BARBERA, M (Coord.) “Il novo diritto antidiscriminatorio” op. cit., P. 79, nota 3. Se revela de sus encuestas una relación especial entre edad y género, confirmada en la literatura a propósito del «gender ageism» ITZNIN, C, PHILIPSON, C. “Age barriers at work: Maximising the Potential of Mature and Old People”, Metropolitan Authorities Recruitment Agency, Solihull, Warwickshire, 1993.

<sup>123</sup> La interseccionalidad de género es estudiada ya por juristas anglosajones desde los años ochenta. Vid. HOOKS, B., *Ain't I A Woman? Black Women and Feminism*. South End Press, 1981. FREDMAN, S., SZYSZCZAK, E., “The interaction of race and gender”, HEPPLER B., SZYSZCZAK, S., (Dirs.), *Discriminations: The Limits of the Law*. Mansell, Londres, 1992. PP. 214-226. MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Abo Academy University, 2002.

<sup>124</sup> En España, había sido recogida en el art. 7 del Proyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

<sup>125</sup> PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*. Ministère des Droits des Femmes, Paris, 2013. Accesible a través de <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-l-pecaut-rivolier-2013.pdf>. P.11.

disfrute de los intereses perseguidos a través de dicho tratamiento. También es posible que una conducta que genera una discriminación de tipo colectivo lesione el derecho individual a no ser discriminado (apareciendo entonces una conducta pluriofensiva), en cuyo caso podrán ser interpuestas tanto la acción individual como la colectiva –si ésta ha sido concebida- permaneciendo autónomas la una de la otra<sup>126</sup>.

Por ahora se trata de un concepto teórico sin reconocimiento legal a nivel europeo. Sin embargo, algunos Estados miembros incluyen en sus legislaciones acciones judiciales accesibles ante sujetos que consideren víctimas de una discriminación de éste tipo siguiendo el modelo norteamericano. Así, en Francia se ha aprobado una norma legal que permite denunciar ante los órganos judiciales medidas o actos que afecten a una colectividad de trabajadores que se consideran discriminados. Solo el futuro nos dirá si finalmente la propuesta progresa y si es exportada a otros ordenamientos como el español<sup>127</sup>.

Apartándose del concepto de discriminación colectiva, pero relacionado con el mismo, surge en la doctrina el concepto de discriminación sistémica para hacer referencia a aquella situación discriminatoria que se desencadena por la propia estructura del sistema de relaciones laborales y sociales, por la influencia de elementos externos e internos del mercado laboral que incorporan discriminaciones que pasan desapercibidas propiamente por su carácter arraigado en el contexto en el que se desarrollan. Son el resultado, en definitiva, del funcionamiento de instituciones, sistemas de organización o prácticas que son lícitas en la forma, es decir, no son consecuencia propiamente de una práctica ilegal<sup>128</sup>. Por eso mismo, podemos ponerla en conexión con la discriminación indirecta en la medida en que son atributo de una preconcepción sistémica que provoca en la práctica que un determinado colectivo se coloque en desventaja con respecto a otros, como sucede, por ejemplo, en el terreno del trabajo a tiempo parcial, mayoritariamente copado por mujeres, o la mayor cotización de la polivalencia laboral para acceder a un empleo, perjudicando entonces a personas con discapacidad. Incluso en su virtud pueden existir discriminaciones directas encubiertas que se dan, por ejemplo, cuando existen trabajos feminizados o en los que solo trabajan jóvenes. La discriminación sistémica implica, en fin, la existencia de políticas empresariales o incluso convencionales que impactan sobre un terreno amplio de la industria, la profesión, el área geográfica o la empresa. Por ello, más que un tipo específico de discriminación, se trataría de un método o caracterización de discriminación en la que se entremezcla la discriminación directa y la indirecta, la intencionada y la involuntaria, la individual y la colectiva y la producción de un efecto desproporcionado o desfavorable sobre trabajadores adscritos a un colectivo de discriminación.

---

<sup>126</sup> BORELLI, S. *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, op.cit. PP.6 y 47-48.

<sup>127</sup> Se denomina «*action de groupe*», articulada en el Tít. V de la ley 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016 “*de modernisation de la justice du XXIe siècle*”. Los sujetos legitimados son asociaciones de defensa de los intereses del colectivo discriminado.

<sup>128</sup> DILHAC, M.-A. "Discriminations systématiques et égalité des opportunités: remettre de l'ordre dans les principes de la Justice". *Revue de philosophie économique* Vol. 8, n° 1, 2007. P.11. El Tribunal Supremo canadiense la define como la situación de desigualdad cumulativa y dinámica que resulta de la interacción en el mercado de trabajo de prácticas, de decisiones o comportamientos individuales o institucionales que producen efectos perjudiciales, queridos o no, sobre los miembros de ciertos grupos de personas. ATF c. C.N., de 25 de junio de 1987, RCS 1114. Vid. CHICA-PONTBRIAND, M.-T., *Discrimination systémique: fondement et méthodologie*. Commission des droits de la personne du Québec, ed. Yvon, Blais, 1989. P. 58.

En ese sentido, la referencia al sistema es primordial, en tanto que se ofrece al jurista una panorámica suplementaria que sirve para explicar la complejidad del fenómeno discriminatorio<sup>129</sup>. Aunque se carece todavía de una construcción jurídica de tal término con carácter general, la doctrina le presta especial interés, sobre todo en los países anglosajones y dentro de la Unión Europea en países como Francia<sup>130</sup>.

#### 1.2.2.6. Discriminación por asociación

Por otra parte, aunque será objeto de un análisis más pormenorizado en el capítulo dedicado a la discapacidad, baste aquí con señalar la existencia de una forma de discriminación que también carece de desarrollo jurídico expreso, cuyo origen parte de la jurisprudencia. Se trata de la discriminación por asociación o por conexión de un trabajador, ajeno a la circunstancia discriminatoria, que sin embargo sí la padece un miembro de su entorno familiar con quien aquel convive o que resulta a su cargo. Como consecuencia de ésta unión o conexión entre el trabajador con la persona portadora de la causa discriminatoria, se activa la garantía frente a actos que dañan éste derecho fundamental.

Éste subgénero de discriminación de tipo directo tiene su origen en la jurisprudencia británica aunque se expande al resto de Europa gracias a la interpretación de la directiva 2000/78/CE efectuada por el TJUE en materia de discapacidad y está comenzando a hacerse visible en legislaciones como la española aunque solo en referencia éste supuesto de discriminación<sup>131</sup>. Su reconocimiento puede sostenerse de un modo implícito de las definiciones del ámbito protegido por la discriminación «basada en cualquiera de los motivos mencionados»<sup>132</sup>, sin que se exija, desde aquellos, el padecimiento propio de la condición o circunstancia personal o social que se usa para discriminar.

#### 1.2.2.7. Discriminación por error

Finalmente cabe destacar otro aspecto aún carente de un estudio teórico en profundidad, pero que se vislumbra para el futuro como forma de discriminación merecedora de ser tutelada. Se trata de la conocida como discriminación por error, que ya cosecha una importante experiencia en ordenamientos jurídicos como el francés aludiendo a la

---

<sup>129</sup> MERCAT-BRUNS, M., BOUSSARD-VERRECCHIA, E., "Apparence syndicale, sexe, âge et inégalité: vers une reconnaissance de la discrimination systémique?". *Revue de Droit du Travail*, nº 11, 2015. P. 660.

<sup>130</sup> Por su parte, la autoridad federal americana para la lucha frente a la discriminación (EEOC), consagra parte de sus acciones prioritarias a la lucha contra la discriminación sistémica en el trabajo <http://www.eeoc.gov/eeoc/systemic/>. BLACK W.W., *Employment Equality: A Systemic Approach*, Ottawa: Human Rights Research and Education Centre, University of Ottawa, 1985. Vid. MERCAT-BRUNS, V.M., *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*. Dalloz, 2013. P. 273.

<sup>131</sup> STJCE de 17 de julio de 2008 *Coleman*, asunto C-303/06, apartado 56. Art. 2 e) Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. También se recogía en el art. 6.1 del Proyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación que resultó fallido. Vid. *infra* Cap. V § 1.2.

<sup>132</sup> Arts. 2.1 de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. Para sustentar su postura se fundamenta en la carencia de referencia expresa de la Directiva a la discapacidad propia del sujeto el abogado general Poiares Maduro en las conclusiones presentadas el 31 de enero de 2008 al asunto *Coleman*, asunto C-303/06, apartado 23.. El art. 2.1 a) de la Directiva 2006/54/CE prohíbe la discriminación «por razón de sexo».

pertenencia o no pertenencia, «real o supuesta» y comienza a ser discutida en el ámbito comunitario. En puridad, se trata de aquel acto o pacto que sitúa a una persona en situación desfavorable en la creencia errónea de que la misma pertenece a cierto grupo o colectivo-como ejemplo, ciudadano de otra nacionalidad<sup>133</sup>- o albergar características personales o genéticas inexistentes-ser homosexual o padecer discapacidad-<sup>134</sup>. Esta modalidad de discriminación fue incorporada en el fallido Proyecto de Ley Integral para la igualdad como aquella «que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona discriminada»<sup>135</sup>, sin que haya vuelto a ser propuesta su inclusión en otras normas que tutelan la prohibición de discriminación en el empleo.

Por el momento, no solo es ardua la tarea del reconocimiento jurídico de estas nuevas facetas de la discriminación, sino también el acercamiento a las mismas en el ámbito de la negociación colectiva en el que resulta absolutamente extraño encontrar alusiones a los supuestos de discriminación múltiple, por asociación o por error y, por tanto, de medios para combatirlos.

### 1.3. Breve referencia a su reconocimiento normativo internacional

#### 1.3.1. Principales instrumentos internacionales de reconocimiento de la igualdad y la no discriminación

Firme y patente ha resultado la trayectoria internacional y nacional que marcan las pautas para la absorción de la igualdad en todas las esferas sociales y políticas. Algunas normas internacionales, han pretendido la proclamación de la igualdad de todos los seres humanos por relación a los derechos que sean ejercitados en cada momento, entre ellos, el derecho al trabajo digno. De ésta forma, la Declaración Universal de Derechos del hombre de 1948 (DUDH) afirma en su primer artículo que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, mientras que en el segundo sostiene la libertad de todos de disfrutar de los derechos que se le reconocen sin distinción de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otro tipo de opinión, origen nacional o social, riqueza, nacimiento o de otras situaciones. Por su parte, el art. 7 prevé

---

<sup>133</sup> El código de Trabajo francés se refiere, de hecho, a la pertenencia real o supuesta a una nación, vid. infra Cap. III § 3.3.

<sup>134</sup> Art. 1 de la ley n° 2008-496 que traspone al ordenamiento jurídico francés las Directivas comunitarias. Considera que aunque el precepto prohíbe la discriminación por pertenencia verdadera o supuesta a una nación, raza o etnia, algunos consideran que cabe aplicar la discriminación por error para el resto de criterios existentes. VERNY, E., "Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation", Rapport Annuel Cour de Cassation, 2008. [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2008\\_2903/](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/) PP. 83ss. En las conclusiones de la abogada general Kokott presentadas el 12 de marzo de 2015, en relación al asunto *Chez Razpredelenie Bulgaria AD Contra Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, asunto C-83/14, en el que se discute la existencia de una discriminación por razón de origen étnico cuando la reclamante negaba su pertenencia a la etnia castigada por la medida nacional impugnada que, sin embargo, también la perjudicaba a ella, sostiene la abogada general que «ni el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales ni numerosas versiones lingüísticas de la Directiva 2000/43 restringen la aplicación del principio de igualdad de trato a personas que sean discriminadas debido a «su» (en el sentido de su *propia*) raza u origen étnico. Por el contrario, las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión están redactadas de forma más general y prohíben toda discriminación por razón de «la» raza o «el» origen étnico (apartado 53). Ésta interpretación, es admitida por el Tribunal en la STJUE de 16 de julio de 2015 apartado 56 que resuelve este mismo asunto.

<sup>135</sup> Art. 6.2.

que todos los seres humanos son iguales frente a la ley y tienen derecho a la misma protección, así como tras un punto y seguido asegura igual protección frente a discriminaciones y provocación a las mismas. En parecidos términos, otros sistemas de protección de derechos configuran la igualdad y no discriminación como derechos instrumentales como el art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que incorpora en muy parecidos términos el contenido del referido art. 7 DUDH en su artículo 26, también el art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año o el ya citado art. 14 CEDH, que prohíbe las discriminaciones solo cuando se producen en el ejercicio o entran en contacto con otros derechos fundamentales<sup>136</sup>.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo consagra la igualdad de oportunidades sin distinción por razones de raza, credo o sexo entre todos los seres humanos desde su propio nacimiento como uno de los principales derechos recogidos en su catálogo<sup>137</sup>. Éste es uno, pero no el único instrumento de la OIT que proclama la igualdad y prohíbe discriminar en el ámbito del empleo, ocupando un lugar destacado el Convenio 111 dirigido a los Estados miembros a quienes compelen a «formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación»<sup>138</sup>. Además, en éste ámbito regulador se hacen ya partícipes de la lucha antidiscriminatoria a los interlocutores sociales en la medida en que los propios Estados deberán procurar la cooperación de los mismos con el fin de fomentar la aceptación y el cumplimiento de tal política tanto para la consecución de los fines para los que fue aprobado dicho Convenio, como para promover la igualdad de remuneración entre ambos sexos a que se dedica el Convenio 100 de la OIT<sup>139</sup>.

### 1.3.2. Impacto del Derecho europeo y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la igualdad y la no discriminación

---

<sup>136</sup> Se ha considerado que dicho precepto del CEDH en definitiva no contiene ni una prohibición general de discriminación ni un principio general de igualdad, aunque ello no haya sido óbice para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lleve a cabo una interpretación abierta y extensiva del mismo. VERNY, E. "Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation", op.cit.P. 65. También en Francia el derecho a la igualdad tiene contenido fundamental y a su vez como elemento necesario para la puesta en práctica de otros derechos fundamentales, MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op.cit. P.114ss. Parte de la doctrina americana sostiene que la Supreme Court utiliza la 14ª enmienda que contiene el principio de igualdad con carácter instrumental. WESTEN, P., "The empty idea of equality", Harvard law review, vol. 95, 1982. P. 561ss. Definiendo la igualdad como «un derecho a la igualdad de los derechos» (un «*droit à l'égalité des droits*»), FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX ET G. SCOFFONI, G., *Droit Constitutionnel*. Dalloz, 8e éd. 2005. P. 866. El TC reconoció que el derecho a igualdad del art. 14 CE no es un derecho subjetivo autónomo en tanto precisa de su aplicación a una concreta relación jurídica para producir efectos o tener capacidad para resultar lesionado, de ahí que no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general, en su sentencia 76/1983 de 5 agosto. RTC 1983\76, FJ 2.

<sup>137</sup> Apartado II a) de la *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo* 1944, conocida como «*Declaración de Filadelfia*».

<sup>138</sup> Arts. 2 y 3 Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (en adelante Convenio 111 OIT). Entrada en vigor: 15 junio 1960. Ratificado por España el 6 noviembre 1967.

<sup>139</sup> Art. 4 Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (en adelante, Convenio 100 OIT). Entrada en vigor: 23 mayo 1953. Ratificado por España el 06 noviembre 1967.

En el ámbito de la actual Unión Europea, el primigenio Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE en adelante), aprobado en el 1957 solo reparaba en vetar la discriminación retributiva por razón de género y las discriminaciones por razón de nacionalidad concebida de un modo instrumental para la garantía del reconocimiento de las libertades económicas fundamentales de la Comunidad Europea. Por el contrario, no se proclamaba un principio general de igualdad, ni se prohibían de forma expresa o por la vía de una clausula de apertura similar al de las Constituciones europeas vigentes, otro tipo de discriminaciones. No obstante ello, se fija entre sus misiones primordiales la mejora de las condiciones de trabajo que no serán realizables, como se verá, sin una ambiciosa política antidiscriminatoria.

Por primera vez se refiere a la igualdad como uno de los principios rectores de la Unión el Preámbulo del Acta Única Europea de 1986 en el art. 118 A.2, mientras que con ocasión de la revisión de los Tratados y la aprobación de nuevos textos en 1992, se incorpora como Protocolo 14 el Acuerdo Social-art. 2.2- comprometido por la promoción de las condiciones dignas de empleo, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la integración de personas excluidas del mercado laboral. Ambos conducen a la búsqueda de la igualdad en la ley de todos los ciudadanos de la UE<sup>140</sup>. Años después, el Tratado de Ámsterdam incorporaba con más énfasis la igualdad de trato entre géneros, así como se incorporan nuevos factores de discriminación amparables a través de acciones normativas comunitarias. Si durante los años 70 fue ampliamente desarrollado un sistema de tutela frente a la discriminación por razón de sexo, en la década de los noventa fue cuando se produjo el inicio de la «edad de oro» del derecho antidiscriminatorio<sup>141</sup>, tras la introducción por primera vez un artículo del Derecho originario de la unión que fuerza los confines de la prohibición de discriminación establecido hasta ese momento, circunscrito en un primer momento a los motivos de sexo y nacionalidad. Finalmente, no será hasta la aprobación del Tratado de Lisboa cuando la igualdad sea contemplada como principio inspirador de la propia Unión y se reconozca la igualdad de los ciudadanos frente a las instituciones europeas.

Actualmente, el Preámbulo del vigente Tratado de la Unión Europea(en adelante TUE), menciona la igualdad como inspiración de la herencia europea, mientras que el art. 2 del mismo texto prescribe que la Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de personas pertenecientes a minorías, dentro de una sociedad que se presume poseedora de atributos como el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. El art. 9 impone a las instituciones el respeto, en todas sus actividades, del principio de la igualdad de sus ciudadanos, principio que también ha de inspirar la acción de la Unión en la escena internacional en virtud de lo dispuesto en el art. 21. Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE en adelante) ha

---

<sup>140</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea”, CRUZ VILLALÓN, J., (Coord.), *La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*. Aranzadi, Pamplona, 1997. P. 29.

<sup>141</sup> BARBERA, M. “Introduzione” , en BARBERA, M., (Coord.) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, op.cit. P. XIX.



fijado espacios de aplicación del principio de igualdad y no discriminación en ámbitos que sobrepasan el meramente laboral, en el que se germinó principalmente la ordenación de éste espacio de tutela comunitario<sup>142</sup>, correspondiéndole a la UE competencias de armonización al respecto-arts. 153 y 157 TFUE-.

Sin embargo, su consagración a nivel normativo como auténticos derechos fundamentales no se producirá hasta la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) hecha en Niza en el año 2000, cuya eficacia jurídica es equivalente a la de los Tratados originarios desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En ella se contempla de forma separada el derecho a la igualdad ante la ley en su artículo 20 y en el artículo 21 la prohibición de discriminación. Su primer apartado recoge la prohibición de discriminación por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. El segundo apartado, por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Derecho europeo y sin perjuicio de sus disposiciones particulares. Para completar éste marco normativo, se reconoce de forma específica el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres -art. 23-, el respeto por la diversidad cultural, religiosa y lingüística –art. 22-, en relación con la edad, se reconoce la existencia de derechos específicos de las personas mayores –art. 25- o el derecho a la integración de las personas discapacitadas-art. 26-.

Como fuese apuntado más arriba, las primeras normas de Derecho derivado surgen para desarrollar el mandato de prohibición de retribución desigual por razón de sexo sancionado en el art. 119 TCEE. La primera directiva que protege esta parcela de la igualdad en el terreno laboral data de 1975. También en el terreno de la igualdad por razón de sexo se enmarca la siguiente de las directivas que abonan la tutela antidiscriminatoria, aprobada en el año 1976- modificada posteriormente en 2002 y hoy recogida en la Directiva de 2006-. Con el nuevo siglo se aprobarán nuevas normas de derecho derivado que contemplan en su ámbito aplicativo sectores de la población discriminados en base a factores personales o sociales como la edad, la discapacidad, la orientación sexual, la raza o la etnia gracias a la competencia atribuida al efecto por el Tratado de Ámsterdam. Mediante las directivas 43 y 78 del año 2000 sobre las que tendremos oportunidad de profundizar más adelante. Por su lado, la protección de la discriminación por razón de nacionalidad será fruto de un desarrollo paralelo, circunscrito en parte la protección de las libertades económicas, estrechamente unido con la libre circulación de trabajadores comunitarios quienes no podrán ser tratados de forma desigual en virtud de su nacionalidad<sup>143</sup>. Al margen de ello, otras normas ampararán a los trabajadores extracomunitarios que acceden a través de los medios

---

<sup>142</sup> Art. 8 que fija el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad en todas las acciones de la Unión; por su parte el art. 10 compromete a la Unión a luchar la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en la definición y ejecución de sus políticas y acciones. Ambos propósitos han sido incorporados en numerosos Reglamentos y Directivas comunitarias que se dirigen a tal fin.

<sup>143</sup> El primer Reglamento que consagra la prohibición de discriminación entre nacionales y extranjeros comunitarios es el n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad

ordinarios al país de acogida y prohíbe la desigualdad de trato entre éstos y los residentes en los Estados miembros una vez ingresados en el territorio del Estado miembro por los cauces habilitados al efecto<sup>144</sup>.

No obstante, el ámbito protegido por cada una de las Directivas es desigual pues mientras que en materia de igualdad entre sexos queda asegurada la igualdad en ámbitos como la Seguridad Social o el acceso a los bienes y servicios o se proporciona un tratamiento también integral o transversal frente a discriminaciones cuando se protege a las personas por su origen racial o étnico, al resto de elementos discriminatorios por el momento solo se amparan en el ámbito laboral.

La noción de prohibición de discriminación que emana de las fuentes comunitarias toma como punto de partida el principio de igualdad de tratamiento con el que llega a fundirse, y del que finalmente será escindido en la CDFUE. A éste respecto el Tribunal no distingue entre principio de igualdad ante la ley y principio de igualdad de trato, alegando en la mayoría de las ocasiones que el art. 20 recoge el principio de igualdad de trato<sup>145</sup>. En otro pronunciamiento sentencia que el art. 20 establece que todas las personas son iguales en derechos<sup>146</sup>. Todas las directivas adoptadas en esta materia, de un modo u otro testimonian aquel enfoque unitario y así siempre se admitió por el Tribunal de Justicia de la Unión un estrecho ligamen que une a ambas nociones considerando a la discriminación como manifestación específica del principio de igualdad<sup>147</sup>. En efecto, tales normas fijan como objetivo establecer la igualdad de trato, sin discriminación por causas como el sexo, la edad, la discapacidad, la etnia o la raza.

La jurisprudencia europea, desde sus inicios, ha reconocido la igualdad como principio fundamental del Derecho originario, entendido como la prohibición de tratamiento de situaciones comparables que no sean tratadas de forma diferente, salvo que la diferenciación esté objetivamente justificada<sup>148</sup>—definición que, por cierto, también utiliza para describir la prohibición de discriminación en algunos de sus pronunciamientos<sup>149</sup>. No obstante, ello no ha impedido que, de forma autónoma,

---

<sup>144</sup> Cuestiones que se tratarán con mayor detalle en el Cap. III.

<sup>145</sup> «El respeto del principio de igualdad de trato, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión y cuyo carácter fundamental está consagrado en el artículo 20 de la Carta (...)», STJUE de 16 de septiembre de 2010, *Chatzi*, asunto C-149/10, apartado 63; entre otras, SSTJUE de 29 de abril de 2015, *Léger*, asunto C-528/13 apartado 48; de 7 de marzo de 2017, *RPO*, asunto C-390/15, apartado 38.

<sup>146</sup> STJUE de 17 de septiembre de 2015, *Fratelli De Pra y SAIV*, asunto C-416/14, apartado 53.

<sup>147</sup> Entre otras, SSTJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, asunto C-43/75, apartado 12, en la que consagra la discriminación retributiva por razón de sexo como especificación del principio de igualdad; de 19 de octubre de 1977, *Ruckdeschel*, asuntos acumulados C-117-76 y 16-77, apartado 7 que proclama la prohibición de discriminación entre productores como especificación del principio general de igualdad; de 24 de marzo de 1994, *Bostock*, asunto C-2/92, apartado 23, sobre prohibición de discriminación de trabajadores a tiempo parcial como especificación del principio general de igualdad; con respecto a la nacionalidad, de 8 de octubre 1980, *Überschär*, asunto 810/79, apartado 16 o sentencia de 19 marzo 2002, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Italia*, asunto C-224/00, apartado 14. En un asunto en que se cuestionaba la discriminación por razón de edad, STJUE de 5 de julio de 2017 *Fries*, asunto C-190/16. Resolviendo un asunto en materia de discriminación por razón de discapacidad, STJUE de 22 de mayo de 2014, *Glatzel*, C-356/12, apartado 43.

<sup>148</sup> Sentencias de 29 de junio de 1995, *SCAC*, asunto C-56/94, apartado 27; de; de 26 de octubre de 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, apartado 72; de 7 de julio de 2009, *S.P.C.M.* y otros, asunto C-558/07, apartado 74; 4 de junio de 2015, *P y S*, asunto C-579/13, apartado 41; de 4 mayo 2016, *Pillbox* 38, asunto C-477/14, apartado 35.

<sup>149</sup> Principio de igualdad de trato o de no discriminación como un solo derecho en sentencias como la de 6 de diciembre de 2005, *ABNA y otros*, asunto C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, apartado 63 o de d de 12 de septiembre de 2006, *Eman y Sevinger*, asunto C-300/04, apartado 57; de 12 de diciembre de 2002, *Rodríguez Caballero*, asunto C-442/00, apartado 32 o de 11 de septiembre de 2007, *Lindorfer/Consejo*, asunto C-227/04, apartado 63. Lo hace concretamente con la igualdad de trato por razón de edad/ prohibición de discriminación por razón de edad en la STJCE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, asunto C-144/04. La misma definición, no obstante, sirve para describir la prohibición de discriminación de forma independiente en la STJCE de 13 de

reconociere a la prohibición de discriminación como principio general del derecho comunitario<sup>150</sup>. Aquella falta de precisión técnica en la delimitación entre igualdad y no discriminación, aunque hoy se reconocen en artículos independientes de la CDFUE, se sigue pudiendo observar en la jurisprudencia mediante referencias a la inexistencia de una discriminación prohibida por el principio de igualdad de trato reconocido en el artículo 20 de la Carta<sup>151</sup>. También ha reconocido al principio de igualdad de trato como un principio general del Derecho de la Unión, «consagrado por los artículos 20 y 21 de la Carta» al mismo tiempo que exige, como antes, que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente<sup>152</sup>. Lo más frecuente será, no obstante, reiterar que la prohibición de discriminación por los motivos contemplados en el art. 21.1 no es más que una manifestación del principio general del Derecho de la Unión de igualdad de trato<sup>153</sup>.

A pesar de la falta de rigor técnico que se desprende de la jurisprudencia del TJUE, se debe identificar el art. 20 CDFUE con la igualdad en sentido formal<sup>154</sup>, independiente de la prohibición de concretas discriminaciones (art. 21 CDFUE) y de la pretensión de igualdad de hecho o material (arts. 22 a 26 CDFUE)<sup>155</sup>.

El derecho derivado ha establecido para la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual un régimen de protección más rigurosa. En primer lugar, cuando la causa de discriminación sea utilizada como factor que fundamenta la diferencia, solo cuando se consiga demostrar que el mismo responde a la existencia de un elemento esencial y determinante para el desempeño de la actividad, será admitido. Por otra parte, cuando se aporten indicios de discriminación, la carga de la prueba de su inexistencia recae sobre el demandado, circunstancia procesal que no se impone ante las reclamaciones de desigualdad ante la ley. Incluso cuando la denuncia se centra en el efecto discriminatorio indirecto de una medida, la justificación de ésta debe disipar cualquier

---

diciembre de 1984, *Sermide*, asunto 106/83, apartado 28. Entre trabajadores a tiempo parcial y tiempo completo en la sentencia de 1 marzo 2012, *Dermod Patrick O'Brien*, asunto C-393/10. Misma exigencia en cuanto al régimen jurídico atribuido a la discriminación por razón de nacionalidad en la sentencia de 12 de julio de 2005, *Schempp*, asunto C-403/03, apartado 28 o de 23 de abril de 2009, *Rüffler*, asunto C-544/07, apartado 59. Resalta esta confusión terminológica PRECIADO DOMÈNEC, C.H., *Igualdad y no discriminación en el Derecho de la Unión Europea*. Bomarzo, Albacete, 2016. P.26. También MCCRUDDEN, C., PRECHAL, S., *European Commission The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe*, op.cit. P. 18.

<sup>150</sup> Consagra entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario el principio de no discriminación, en un asunto relativo a la discapacidad, la sentencia de 11 julio 2006, *Chacón Navas*, asunto C- 13/05, apartado 56. En la STJCE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, reconoce la prohibición de discriminación por razón de edad como principio general del Derecho.

<sup>151</sup> STJUE de 19 de diciembre de 2012, *Abed El Karem El Kott y otros*, asunto C-364/11, apartado 78.

<sup>152</sup> SSTJUE de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión*, asunto C-550/07 apartado 54; de 18 de julio de 2013 *Sky Italia*, asunto C-234/12 apartado 15.

<sup>153</sup> Sentencias de 22 de mayo de 2014, *Glatzel*, asunto C-356/12, apartado 43 y de 29 de abril de 2015, *Léger*, asunto C-528/13, apartado 48.

<sup>154</sup> Igualdad ante la ley en situaciones comparables. No son comparables y, por tanto

<sup>155</sup> La independencia del art. 20 y del 21 se pone de manifiesto por parte del Tribunal cuando estima que «por lo que respecta al artículo 21 de la Carta, debe señalarse que dicho órgano jurisdiccional no expone las razones que le llevaron a pedir la interpretación de esta disposición de manera separada de la del artículo 20 de la Carta, ni tampoco la relación que establece entre dicho artículo 21 y la normativa nacional aplicable en el litigio principal, por lo que no puede comprenderse por qué duda de la compatibilidad con dicho artículo 21 de una normativa como la controvertida en el litigio principal», STJUE de 30 de junio de 2016, *Toma y Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci*, asunto C-205/15, apartado 37. Por su parte, se admite que el art. 20 CDUE incorpora exclusivamente la igualdad en Derecho, aplicable a todos, pero no a la igualdad de condiciones o de oportunidades en el Informe sobre la aplicación de la Carta: *Commentary of the Charter of fundamental Rights of the European Union*, Eu Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Junio, 2006. P. 187.

duda de atribución de valor específico a condiciones estrictamente subjetivas, sino demostrar que la misma se fundamenta en factores objetivos, ajenos al motivo de discriminación, persigue una finalidad legítima y los medios adoptados para su consecución son adecuados y proporcionales. Para explicarlo con un ejemplo práctico, el Tribunal no ha aceptado que el empresario alegue la aplicación del criterio de la flexibilidad para retribuir la calidad del trabajo efectuado cuando su aplicación perjudica sistemáticamente a las mujeres, pues no resulta concebible que la calidad del trabajo efectuado por estas últimas sea, en general, peor<sup>156</sup>.

De la jurisprudencia examinada se desprende que ambos mandatos deben ser leídos en clave de complementariedad, habida cuenta de que el segundo especifica el primero. Separando ambas disposiciones, los autores de la Carta han pretendido dar valor independiente al principio de igualdad, como norma de referencia, del que parten las disposiciones siguientes, que lo concretan y completan. Con ello no se ha pretendido otorgar al mandato de igualdad un carácter absoluto, pues en su aplicación las instituciones de la Unión y los Estados miembros poseen un amplio margen de apreciación<sup>157</sup>.

En lo relativo a la interpretación de los preceptos aludidos de la CDFUE, en las explicaciones de la Carta del 2007/ C 303/02 se afirma que el art. 20 corresponde al principio que figura en todas las Constituciones europeas, trayendo causa de los mismos y que fue considerado como principio fundamental del derecho comunitario gracias a la jurisprudencia<sup>158</sup>. Si bien el precepto reconoce la igualdad de todos ante la ley, optando por su formulación más genérica de la que se extrae el reconocimiento de la misma dignidad de todas las personas frente a los poderes públicos. Esta acepción coincide con su traducción al inglés, el italiano o el alemán, mientras que en francés se reconoce a todos iguales “en” Derecho. El art. 20 recoge, en definitiva, lo que del concepto de igualdad ante la ley han entendido los intérpretes de los ordenamientos europeos y que se refiere a la igualdad ante, en y en la aplicación de la ley, consagrado a nivel europeo con carácter previo a su inclusión en la CDFUE como principio general. La prohibición de discriminación, como manifestación específica del mismo, a la postre se ha convertido como un derecho autónomo. Referido como tal, sólo podrá alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos<sup>159</sup>. En efecto, la lectura conjunta de los arts. 51.1 que se refiere a la limitabilidad de los mismos solo por ley, debiendo respetar su contenido esencial dentro del respeto del principio de proporcionalidad y 52.2 que dispone que «los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos», parece

<sup>156</sup> STJCE de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, asunto C-109/88, apartado 19.

<sup>157</sup> *Commentary of the Charter of fundamental Rights of the European Union*, Eu Network of Independent Experts on Fundamental Rights, op.cit. P. 187.

<sup>158</sup> Aunque dichas aclaraciones no poseen valor jurídico, sí suponen un importante instrumento interpretativo.

<sup>159</sup> Sobre la vinculación de los Estados y las instituciones a los principios y derechos reconocidos en la Carta, arts. 51.1 y 52.5 CDFUE. Sobre la distinción entre tales principios y derechos vid. las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas el 18 de julio de 2013 sobre el asunto *Association de médiation sociale*, C-176/12, especialmente apartados 50 y 51. También conclusiones de la abogada general Trstenjak presentadas el 8 de septiembre de 2011 sobre el asunto C-282/10 *Maribel Domínguez*, C-282/10, apartados 76 a 79. KROMMENDIJK, J., “Principled Silence or Mere Silence on Principles? The Role of the EU Charter’s Principles in the Case Law of the Court of Justice”. *European Constitutional Law Review*, nº 11, 2015. PP. 321–356.

indicar la exclusión de la aplicabilidad directa de la Carta, tanto en lo que se refiere a derechos subjetivos como a principios, a las relaciones horizontales<sup>160</sup>. Es decir, la igualdad y la prohibición aquí consagradas serán interpretada en virtud de la materia concreta regulada por el Derecho de la Unión y no tiene vigencia directa fuera de las mismas.

En cuanto a los límites materiales protegidos por el art. 21 de la Carta, aunque no se contemple una vía de apertura a otras causas de discriminación de forma tan expresa como lo hacen otros instrumentos que reconocen éste derecho, lo cierto es que se ha usado por el legislador comunitario para dar cabida a un régimen de tutela específico para otras causas segmentadoras o segregacionistas. De éste modo se ha deslindado la tutela frente a la desigualdad de trato de la discriminación, configurándose como mandatos independientes pero con una conexión indiscutible. Hablamos, en el ámbito laboral, de las diferencias de trato entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo o trabajadores temporales frente a trabajadores indefinidos, no contemplados en la CDFUE como causas de discriminación pero sí previstos previamente como tales por el Derecho derivado. De hecho, se subraya la voluntad expansiva que, de modo implícito, se extrae del art. 21 cuando se refiere a la prohibición de toda discriminación y «en particular la ejercida por razón de...»<sup>161</sup>.

No existen, por tanto, competencias europeas más que para prevenir y erradicar las distintas formas de discriminación reconocidas por los Tratados y sus normas de desarrollo. Mientras tanto, solo algunas de las causas contempladas en el art. 21 tienen desarrollo legal porque así ha sido delimitada la competencia europea en el Derecho originario, mientras que otras causas que no se encuentran recogidas en éste último como objeto de regulación a nivel europeo solo son eficaces de forma negativa frente a las instituciones europeas cuando desarrollen sus competencias y frente a los Estados-características genéticas, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio- cuando apliquen el Derecho de la Unión, de modo que no cabrá un régimen jurídico de protección de las mismas habida cuenta de que la Carta no amplía las competencias de la UE en ningún caso, ni tampoco otorga un efecto horizontal de las mismas. El precepto no confiere competencias para adoptar leyes con el fin de combatir formas de discriminación en ámbitos de acción de los Estados miembros o en la esfera privada, ni constituyen una prohibición generalizada de la discriminación en dichos ámbitos<sup>162</sup>. Si bien no se ha confirmado la eficacia vinculante de la Carta para los sujetos privados, la jurisprudencia del TJ ha establecido que la prohibición de discriminación, como principio general del Derecho europeo, es oponible en la esfera privada y concretamente vincula a empresarios y a interlocutores sociales. Así se ha señalado en ocasiones que dicho principio resulta oponible a los interlocutores sociales, que están sometidos al respeto del mismo cuando

---

<sup>160</sup> Conclusiones de la abogada general Trstenjak presentadas el 8 de septiembre de 2011 sobre el asunto C-282/10 *Maribel Domínguez*, C-282/10, apartado 80.

<sup>161</sup> Es pacífico, advierte el abogado general CRUZ VILLALÓN, que la enumeración contenida en esta disposición no tiene carácter exhaustivo, en las conclusiones generales presentadas el 6 de octubre de 2015 sobre los acumulados C-443/14 y C-444/14, *Kreis Warendorf contra Ibrahim Alo y Amira Osso contra Region Hannover*, apartado 75.

<sup>162</sup> Explicación relativa al art. 21, Explicaciones sobre la carta de los derechos fundamentales (2007/C 303/02).

regulen materias objeto de desarrollo en las normas europeas, como así lo ha venido afirmando la jurisprudencia<sup>163</sup>. Sin embargo, solo será oponible cuando así lo haya declarado el Tribunal, pues la Carta solo vincula directamente a instituciones europeas en el ejercicio de sus competencias y a los Estados cuando su actuación esté relacionada con materias reguladas por la Unión. En éste sentido, la prohibición de discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación es una materia cuya armonización compete a las instituciones y éstas la han desarrollado mediante Directivas. Pues bien, reiteradamente se ha advertido por el TJ, resolviendo asuntos en los que se interpretaban las directivas europeas de igualdad de trato y no discriminación que una este tipo de normas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de un particular ni en su calidad de tal, ser invocada contra dicha persona<sup>164</sup>.

El desarrollo normativo de tales principios, en materia de empleo, ha ido de la mano de una jurisprudencia muy productiva en el terreno antidiscriminatorio, que anticipaba lo que finalmente se consolidaría como un ordenamiento europeo fuerte frente a conductas que distorsionen el ejercicio de tales derechos. En efecto, al juez comunitario se debe en parte la pretensión de mayor ampliación de los aspectos protectores del trabajo desempeñado en igualdad de condiciones, utilizando su construcción jurisprudencial en materia de género para afrontar problemas planteados con respecto a otros factores de discriminación. También participa de la definición de la discriminación indirecta en el Derecho comunitario, que trae origen de la jurisprudencia norteamericana, como también el fomento de la igualdad de oportunidades y con reservas, la igualdad de resultados, es decir, de la integración de los colectivos más desfavorecidos en los respectivos mercados laborales mediante la imposición de preferencias en el empleo.

Encaminado a los propósitos a los que se acaba de aludir, se configura una tutela antidiscriminatoria de tipo relativo y condicionado, que se activa en relación a la posición de otro sujeto (*tertium comparationis*), elemento que también se exige aportar para aportar la exigencia de desigualdad de trato<sup>165</sup>. Sin embargo, el TJUE poco a poco se irá desvinculando, ante nuevos planteamientos, del elemento comparativo como sucede en los casos de discriminación de la trabajadora embarazada<sup>166</sup>, lo que provocará a su vez cierto impacto en el control interno de las medidas discriminatorias.

Por otra parte, también le debemos al TJUE la introducción de la fórmula estadística como elemento indiciario de discriminación, introducida por la jurisprudencia

---

<sup>163</sup> La obligación del convenio colectivo de ajustarse al Derecho de la Unión y más específicamente a Directiva 2000/78/CE que recoge el principio de prohibición de discriminación por razón de la edad, reconocido en el art. 21.1 CDFUE, en las SSTJCE de 13 de septiembre de 2011, *Prigge y otros*, C-447/09, apartado 48; de 7 de junio de 2012, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*, asunto C-132/11, apartado 22; 12 de diciembre de 2013, *Frédéric Hay v. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12, apartado 27; de 6 diciembre 2012, *Odar*, asunto C-152/11, apartado 34.

<sup>164</sup> Vid. *infra* §2.4.

<sup>165</sup> La ausencia de tal elemento de la comparación entre conductores comprendidos en el grupo 1 previsto en el anexo III de la Directiva 2006/126 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006 sobre el permiso de conducción (Refundición) y la de los conductores del grupo 2 previsto por el mismo anexo, con respecto a la agudeza visual exigida para poder obtener los permisos de circulación, impide apreciar vulneración del art. 20 de la Carta por parte del legislador de la Unión. STJUE de 22 de mayo de 2014, *Glatzel*, asunto C-356/12, apartados 80 a 85.

<sup>166</sup> BARBERA, M, "Introduzione", *op.cit.* P. XIX. La inexistencia del término de comparación es evidente en los casos de discriminación directa por razón de embarazo, como lo afirmara el propio TJ en su sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker vs. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, asunto C-177/88.

comunitaria como pieza clave en el reconocimiento de discriminación indirecta<sup>167</sup>. Aportando la prueba estadística, se ponía en marcha el mecanismo antes aludido de la inversión de la carga probatoria, operando como indicio de discriminación<sup>168</sup>, fruto de cuya doctrina del TJUE es aprobada una Directiva sobre carga de la prueba en supuestos de discriminación por razón de sexo, cuyos presupuestos son extendidos al resto de causas de discriminación. Su fundamento reside en no privar a los trabajadores víctimas de una discriminación aparente de ningún medio eficaz para hacer respetar el principio de no discriminación<sup>169</sup>.

En definitiva, la labor del TJUE en la contribución y consolidación de un Derecho antidiscriminatorio armonizado en todos los Estados miembros es digna de alabanza, aunque fuese una labor ya emprendida y bastante avanzada por las Cortes Constitucionales más antiguas –como la alemana o la italiana-. Sin embargo, no está, lamentablemente, exenta de críticas y de llamadas de atención pro futuro. Ello es consecuencia de que a pesar de que en la esfera antidiscriminatoria se ha puesto especialmente en valor la afirmación de Stefano Rodotà en virtud de la cual, «en el silencio de la política, los jueces hacen Europa»<sup>170</sup>, precisamente en el ámbito de los derechos fundamentales sancionados por la Carta de Niza, se pone en evidencia en tiempos recientes la apertura de grietas por donde penetran las diferencias de trato, apuntándose incluso una crisis de la importancia real de los derechos fundamentales en este ámbito y, por ende, también la crisis del principio antidiscriminatorio<sup>171</sup>. Consecuencia de ello es además la proliferación de nuevas causas de discriminación y el asentamiento o cristalización de las que ya se reconocen desde hace décadas, prácticamente normalizadas en la sociedad.

---

<sup>167</sup> Con respecto al uso de la prueba estadística en la discriminación indirecta, considera que abordar esta cuestión en dichos términos empíricos no permite la máxima claridad o certeza legal. DAVIES, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, op.cit. P.18. En ese sentido, BARNARD, C., HEPPLER, B., "Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith", *Cambridge Law Journal*, vol. 58, nº 2, Cambridge, 1999. PP: 405-412. Sobre el uso del razonamiento estadístico para probar la discriminación en Francia, LECLERC, O., "Égalité des personnes et modes de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations". BORENFREUND, G., VACARIE, I., (Dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, Paris. 2013. PP. 77-94

<sup>168</sup> Por primera vez el TJ aplicará la validez del indicio numérico o porcentual para demostrar la posible existencia de discriminación en la sentencia de 3 de enero de 1981, *Jenkins*, C-96/80, de 27 de octubre de 1993, de 13 mayo 1986, *Bilka*, asunto C-170/84 apartado 24. En efecto, cuando una empresa aplica un sistema retributivo que consiste en un mecanismo de complementos individuales aplicados a los salarios de base caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política salarial no es discriminatoria, una vez que la trabajadora haya demostrado, con respecto a un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de las trabajadoras es inferior a la de los trabajadores (sentencia de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, asunto C- 109/88, apartado 16, de 27 de octubre de 1993, *Enderby*, asunto C-127/92, apartado 14 de junio de 2001, *Susanna Brunnhöfer*, asunto C-381/99, apartado 54. ).

<sup>169</sup> En el Derecho derivado vigente, éste mecanismo probatorio se impone frente a discriminaciones directas o indirectas. Art. 8 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (en adelante, Directiva 2000/43/CE); art. 10 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 (en adelante, Directiva 2000/78/CE); art. 19 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (en adelante Directiva 2006/54/CE) . La jurisprudencia consolidada exige que al apreciar la existencia de una presunción de discriminación, la carga de la prueba recae sobre el demandado, quien ha de demostrar que no hubo violación de dicho principio, STJUE de 16 de julio de 2015, *Chez Razpredelenie Bulgaria AD contra Komisia za zashita ot diskriminatsia*, asunto C-83/14, apartado 85. Un estudio de la evolución de la jurisprudencia comunitaria en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F, *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, op.cit. PP.106 ss.

<sup>170</sup> RODOTÀ, S. "Nel silenzio della politica i giudici fanno l'Europa", BRONZINI, G., PICCONE, V., A (Coords.), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*. Quimienti, Taranto, 2007. P. 27.

<sup>171</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., "El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario", CAMAS RODA, F., (Coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la Inmigración*. Bosch, Barcelona, 2009.P.113. Se aprecia un debilitamiento o regresión del principio antidiscriminatorio comunitario según RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo". *RL*, nº 2, 2008. P. 18.

## 2. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Uno de los artículos de la Constitución española más analizados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha sido el artículo 14 que se dispone en los siguientes términos:

«Los españoles son iguales 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».

La igualdad y la prohibición de discriminación en nuestra Constitución se presentan sin solución de continuidad que no se quiebra por la interposición de una coma, circunstancia que ha propiciado desde la aprobación de la misma la necesidad de someter a interpretación jurídica el precepto cuestionado. Antes de profundizar en ello, hemos de conocer que, desde el punto de vista gramatical, la segunda parte del enunciado separado tras la coma debiera ser considerado como un comentario periférico de la oración, que refuerza a la primera constituida como la parte central<sup>172</sup>. Aplicado al ámbito jurídico, ésta sería la solución más acorde desde una interpretación literal de los términos empleados.

Por lo tanto, de su significado gramatical se podría deducir que la ley- que debe ser igual para todos los españoles -, no está capacitada para introducir discriminaciones y así, su sentido sería acorde con el propuesto por el art. 7 de la DUDH y el 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin que en base a dicho precepto se pretenda hacer extensible el mandato hacia otros sujetos públicos o privados que no estén facultados para aprobar leyes. La no discriminación sería, en definitiva, la forma en la que se concreta para el legislador la exigencia de igualdad<sup>173</sup>.

Su contenido adopta de forma muy fiel el de su homólogo italiano en el que, sin embargo, no se hace referencia a la «discriminación» sino a la igualdad ante la ley, «sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales». Por tanto, utilizando también el método de interpretación histórica podemos convenir que el constituyente, de forma consciente, no distinguió ambos postulados, a pesar de la existencia de otras experiencias comparadas que utilizan distintos párrafos o preceptos para consagrar la igualdad y la no discriminación<sup>174</sup>, alejándose además del precedente inmediato de la Constitución

---

<sup>172</sup> Respuesta del Departamento de «Español al día», de la Real Academia de la Lengua, enviada el 31 de agosto de 2016 previa consulta sobre cómo interpretar el significado del art. 14 CE en base a la existencia del signo de puntuación que separa igualdad y prohibición de discriminación: «Como se explica en la Ortografía de la lengua española (2010), no hay una correlación exacta entre el uso de la coma y la existencia de una pausa breve. La coma se usa para delimitar determinadas unidades lingüísticas inferiores al enunciado, que en muchos casos, pero no siempre, están delimitadas también prosódicamente por una pausa. Aclarado esto, le indicamos que la presencia de la coma en su ejemplo indica que el segmento encabezado por sin corresponde a un comentario periférico de la oración y no a un complemento interno. En estos casos, la interpretación del ejemplo con coma es muy similar a la que tendría el ejemplo si no se pusiera la coma, pero con la coma se consigue que solo la información dada en la primera oración se interprete como parte central. En este caso, el uso de la coma sí tiene consecuencias prosódicas, pues en la reproducción oral del ejemplo con coma se realizaría una pausa antes de sin».

<sup>173</sup> JIMÉNEZ CAMPO, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», op.cit. PP. 80ss. El autor se fijó precisamente en la voluntad del constituyente de dar el mismo alcance jurídico a la prohibición de discriminaciones que a la igualdad citando los actos preparatorios de la Carta Magna.

<sup>174</sup> El art. 3.1 de la Constitución de Bonn –preexistente a la española, aprobada en 1949- consagra el derecho fundamental a la igualdad ante la ley y en tercer apartado contempla la lista de motivos tasados de discriminación. Muy similar a ésta es la



republicana de 1931 en la que se reconocía la igualdad ante la ley en su artículo 2 mientras que se excluía la posibilidad de establecer privilegios jurídicos conforme a los criterios de naturaleza, filiación, sexo, clase social, riqueza, ideas políticas ni en base a creencias religiosas en su art. 25.

A pesar de la luz que aportan éstos dos métodos interpretativos de la norma, veremos que ésta idea de inexistencia de dos mandatos independientes no ha tenido apenas acogida entre la doctrina y la jurisprudencia entre quienes aún hoy se debate el verdadero significado del art. 14CE en cuanto a su alcance objetivo y subjetivo, su concepto y régimen jurídico, argumentos absolutamente centrales en éste estudio que gira en torno a la afectación de la negociación colectiva por el art. 14 CE.

## 2.1.Evolución de la jurisprudencia constitucional

### 2.1.1. Interpretación unitaria

Se asume como cierta la vigencia de distintas etapas de interpretación efectuada por el TC sobre el art. 14 CE perfectamente delimitadas, quedando la primera absorbida o anulada por la segunda según el entendimiento mayoritario, aunque existen elementos suficientes para considerar que se trata de un debate todavía abierto o inconcluso en el seno de la propia jurisprudencia constitucional.

La primera etapa a la que aludimos coincide con su jurisprudencia más temprana, en la que el Alto Tribunal interpretó el art. 14 CE en clave unitaria<sup>175</sup>, identificando igualdad y no discriminación como entidades inescindibles e incluso intercambiables y haciendo caso omiso a la colocación de una coma entre ambos postulados -«igualdad sin discriminación»- o lo hiciese para separar el enunciado de su concreción<sup>176</sup>.

En efecto, en sus primeras sentencias el Tribunal no parece cobijar una separación nítida entre ambos, afirmando que el principio de igualdad-ya señalamos que alterna desde entonces la referencia al mismo como principio o derecho- reconocido en el art. 14 CE, «encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales»<sup>177</sup>, o en otras palabras, el referido precepto «es el

---

consagración de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminaciones en el art. 13 de la Constitución portuguesa de 1974. Otras constituciones más modernas distinguen expresamente ambos mandatos. Es el caso de Estonia, cuya Constitución de 1992 en el art. 12 establece la igualdad ante la ley y después de un punto seguido la prohibición de discriminación, dotando a cada concepto de mayor independencia. La lituana de 1992 reformada en 2006 se dispone en términos similares cuando especifica en el art. 29 en su primera frase la igualdad ante la Ley, los tribunales, otras instituciones del Estado o sus funcionarios y tras el punto reconoce la prohibición de discriminación de los individuos por determinados factores, sin referencia ya al destinatario de la prohibición.

<sup>175</sup> Como bien pusieran de manifiesto RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, op.cit. 67ss. Los autores consideraron al TC el artífice de la «contaminación» entre los dos incisos del artículo 14, porque con su interpretación reducía o vaciaba de contenido la prohibición de discriminación.

<sup>176</sup> La expresión entrecomillada es utilizada por el TC en su sentencia 46/1983 de 27 mayo, RTC 1983\46, FJ 7 1. Por otra parte, habla del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la CE «en una amplia fórmula generalizadora, tras una enumeración concreta de condiciones o circunstancias, pero que, en suma, lo que impide es un tratamiento diferenciado en situaciones iguales», en la STC 26/1984 de 24 febrero, RTC 1984\26, FJ 3.

<sup>177</sup> STC 23/1981 de 10 julio, RTC 1981\23, FJ 4. En parecidos términos sostiene que existe una discriminación cuando dos casos sustancialmente iguales son tratados de manera diferente sin razón bastante que justifique esa diferencia de trato, 207/1987 de 22 diciembre, RTC 1987\207, FJ 2.

relativo al derecho de igualdad jurídica que prohíbe la discriminación»<sup>178</sup>. Para mayor confusión dialéctica, el Alto Tribunal ha utilizado incluso la expresión «desigualdad discriminatoria» para definir la proscripción contenida en el art. debatido<sup>179</sup>, identificando arbitrariedad con discriminación<sup>180</sup>.

Una síntesis de ésta primera etapa interpretativa unitaria la hallamos en un pronunciamiento en el que reconoce que el principio de igualdad jurídica o igualdad de los españoles ante la ley, constituye, por imperativo constitucional, «un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en su misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato»<sup>181</sup>, corroborando en virtud de dicha interpretación que el límite de la existencia de desigualdades es la discriminación<sup>182</sup>, de modo que cualquier pronunciamiento judicial en que se interprete el art. 14 CE deberá recaer sobre «el carácter justificado o no de la desigualdad que se reputa discriminatoria», es decir, «sobre la justificación o no de la diferencia de trato»<sup>183</sup>, puesto que el «el juicio de igualdad tiene su sentido exclusivo en la evitación o reparación de discriminaciones en este caso, diferenciaciones normativas, carentes de todo basamento objetivo»<sup>184</sup>. Efectivamente, ello no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica cuyo límite se encuentra en la arbitrariedad en tanto ésta es causa de discriminación<sup>185</sup>. De ese modo, no se puede afirmar que la desigualdad causa discriminación cuando aquella sea razonable<sup>186</sup>. La esencia, en definitiva, del principio de igualdad consiste en rechazar toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria<sup>187</sup>, es decir, la igualdad y la discriminación se insertan en una relación de causa-consecuencia, de manera que si la causa resulta objetiva y razonable, la consecuencia de la misma no producirá efectos desproporcionales y en suma, discriminatorios.

---

<sup>178</sup> STC 7/1982, de 26 de febrero de 1982, RTC 1982\7, FJ 2. En otros términos, el derecho a la igualdad ante la ley impone al legislador y a quienes aplican la ley la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables, con prohibición de toda discriminación o desigualdad, 114/1987 de 6 julio. RTC 1987\114, FJ 3.

<sup>179</sup> SSTC 33/1983 de 4 mayo, RTC 1983\33, FJ 5; 75/1983 de 3 agosto, RTC 1983\75, FJ 2; 52/1987 de 7 de mayo, RTC 1987\52 FJ 3; ATC 446/1984 de 11 julio, RTC 4\446 AUTO, FJ 6 y 7.

<sup>180</sup> SSTC 65/1982 de 10 noviembre, RTC 1982\65, FJ 4; 67/1982 de 15 noviembre, RTC 1982\67, FJ 4. O también identificando desigualdad y discriminación, STC 103/1983 de 22 noviembre. RTC 1983\103, FJ 5.

<sup>181</sup> STC 8/1986 de 21 enero, RTC 1986\8, FJ 2. En parecidos términos se había pronunciado en las SSTC 49/1983 de 1 de junio, RTC 1983\41, FJ 4; 26/1984 de 24 febrero, RTC 1984\26, FJ 3. También enfatiza que el art. 14CE « exige que en los supuestos de hecho de las normas de cualquier especie no se introduzcan elementos de diferenciación que puedan considerarse discriminatorios o que carezcan de justificación razonable», STC 162/1985 de 29 noviembre, RTC 1985\162, FJ 2. O bien afirmará que «la distinción así, entre los supuestos traídos a la comparación, ha de apoyarse en una razón suficiente, faltando la cual se habrá de entender producida la discriminación constitucionalmente impedida», STC 180/1985 de 19 diciembre, RTC 1985\180, FJ 2.

<sup>182</sup> SSTC 19/1982 de 5 mayo, RTC 1982\19, FJ 3; 6/1984 de 24 enero, RTC 1984\6, FJ 4.

<sup>183</sup> STC 95/1985 de 29 julio, RTC 1985\95, FJ 1. Emplea la misma técnica de control de vulneración del principio de igualdad «para determinar si se da un trato diferente, discriminatorio, a situaciones que no lo son», concretamente con respecto « a la discriminación de los recurrentes como Secretarios de Justicia en relación con el resto de los Facultativos», STC 29/1987 de 6 marzo, RTC 1987\29, FJ 6.

<sup>184</sup> STC 148/1986 de 25 noviembre, RTC 1986\148, FJ 6.

<sup>185</sup> SSTC 22/1981, de 2 de julio de 1981, RTC 1981\2, FJ 3; 19/1982, de 5 de mayo de 1982, RTC 1982\19, FJ 3; STC 67/1982 de 15 noviembre, RTC 1982\67, FJ 4.

<sup>186</sup> SSTC 62/1983 de 11 julio, RTC 1983\62, FJ 4; 65/1983 de 21 julio, RTC 1983\65, FJ 3; 99/1983 de 16 noviembre. RTC 1983\99, FJ 2; 1/1984 de 16 enero, RTC 1984\1, FJ 2; 46/1984 de 28 marzo, RTC 1984\46, FJ 1; 87/1984 de 27 julio. RTC 1984\87, FJ 2; 93/1984 de 16 octubre. RTC 1984\93, FJ 3.

<sup>187</sup> STC 34/1981 de 10 noviembre, RTC 1981\34, FJ 3; 46/1984 de 28 marzo, RTC 1984\46, FJ; 65/1983 de 21 julio, RTC 1983\65, FJ 3.

En cuanto a su interpretación como igualdad en la aplicación de la ley por órganos administrativos o judiciales, también ha utilizado los términos indistintamente en alusión a la interdicción de la discriminación en la aplicación de la Ley en ésta primera etapa<sup>188</sup>, o bien utilizando la discriminación como el efecto que produce un acto contrario a la igualdad en aplicación de la ley<sup>189</sup>. De ese modo, el cambio de criterio de un Tribunal respecto de su propia competencia-afirma el máximo intérprete de la Constitución- puede significar una violación de la igualdad ante la Ley y, por tanto, una discriminación<sup>190</sup>.

### 2.1.2. Interpretación dual

El anterior pareció ser un periodo breve de reflexión en términos de identificación de desigualdad y discriminación que pretendió ser superado ante el advenimiento de la segunda etapa jurisprudencial correspondiente con la desagregación del precepto en dos derechos distintos. Ésta etapa viene inaugurada con la STC 128/1987, de 16 de julio-al margen de que ya otras anteriores apuntaban en esa dirección<sup>191</sup>-, conocida como el referente que marca un punto de inflexión en la tutela antidiscriminatoria, aunque ciertamente no se instaura con ella un cambio jurisprudencial radical, sino que inicia un cambio paulatino y que podemos advertir como carente hasta el momento de solidez y sobre todo, de precisión técnica. Por ello, al margen de la distinción de derechos que efectúa, la principal novedad se encuentra, sostiene algún autor, en asumir la tutela antidiscriminatoria como legítima dispensadora de medidas de acción positiva dirigidas a un colectivo discriminado<sup>192</sup>.

En aquella, como decíamos, por primera vez contempla el TC dos incisos diferenciados en el art. 14 de la Constitución que viene a establecer, en el primero de ellos, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley y a continuación, procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación que reciben una protección constitucional reforzada que consiste en primer lugar en vincular subjetivamente a todos y en segundo lugar en prescindir radicalmente por inconstitucionales de aquellas distinciones que traigan su origen en una causa de discriminación advirtiendo como muy restringida la vía de la justificación del uso de tal criterio<sup>193</sup>.

<sup>188</sup> SSTC 183/1985 de 20 diciembre, RTC 1985\183, FJ 2; 30/1987 de 11 marzo, RTC 1987\30, FJ 1 y 2.

<sup>189</sup> STC 125/1986 de 22 octubre. RTC 1986\125, FJ 1.

<sup>190</sup> STC 22/1985 de 15 febrero, RTC 1985\22, FJ 3.

<sup>191</sup> Por ejemplo, cuando afirmó que «toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación», SSTC 22/1981 de 2 julio, RTC 1981\22, FJ 3; STC 99/1984 de 5 noviembre, RTC 1984\99; cuando exige una justificación más rigurosa cuando se denuncia la diferencia de trato por una de las causas referidas en el art. 14 CE enunciado en la STC 81/1982 de 21 diciembre, RTC 1982\81, FJ 2; o en otras como la STC 42/1986 de 10 abril (RTC 1986\42), en la que sostiene que el art. 14 establece, «la igualdad ante la ley y consagra una interdicción de las discriminaciones típicas que enuncia», FJ 5.

<sup>192</sup> REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. McGraw-Hill, Madrid, 1995. PP.9ss. PÉREZ DEL RÍO, T., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op.cit. P. 73. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo”. *RL*, nº 1, 1993. P.20 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M, F., “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, *RL*, nº 1, 1993. P.162.

<sup>193</sup> Éste aspecto ha tenido continuidad en sentencias posteriores como SSTC 145/1991 de 1 junio, RTC 1991\145, FJ 2; 166/1988 de 26 septiembre, RTC 1988\166, FJ 2; 150/1991 de 4 julio, RTC 1991\150, FJ 6; 27/2004 de 4 marzo, RTC 2004\27, FJ 2; 233/2007 de 5 noviembre, RTC 2007\233, FJ 5; 104/2014 de 23 junio, RTC 2014\104, FJ 6; 66/2015 de 13 abril, RTC 2015\66, FJ 3.

Por tanto, se diferencia un primer mandato recogido en una cláusula general de igualdad ante la Ley como derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados cuyos efectos no resulten, desproporcionados. En suma, se prohíben desigualdades que resulten «artificiosas o injustificadas» -términos que sustituyen lo que su jurisprudencia anterior definía como discriminatorias-. En segundo lugar, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretas de discriminación en una lista no considerada un *numerus clausus* pero sí representativa de explícitas interdicciones de diferencias entre seres humanos históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona. Por ésta razón resultan vinculados a ella tanto el poder público como los sujetos privados.

Cuando estos factores son la causa que motiva la diferencia de trato o cuando sobre ellos se proporcione una desventaja aunque la medida se instaure en términos neutros aquella será ilegítima salvo en dos supuestos. En primer lugar cabe excepcionalmente utilizar tales circunstancias personales o sociales como criterio de diferenciación jurídica ejemplo cuando se trata de un empleo cuya actividad está ligada a dicha característica o rasgo sin que ello obste a que también en tal caso el canon de control se endurece y la carga de acreditar la justificación de la medida y su proporcionalidad para destruir la presunción de irrazonabilidad de la misma se rigidizan<sup>194</sup>. Por otro lado, las discriminaciones indirectas pueden ser admitidas si se prestan a una justificación objetiva y razonable de la medida que produce el efecto discriminatorio y sin que resulte del todo desproporcionada. Es preciso averiguar en tales casos si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 C.E.<sup>195</sup>.

Sin embargo, pese a la reparación por parte del Tribunal en la existencia de dos enunciados diferentes en cuanto a su concepto y régimen jurídico, no quiere decir, en efecto, que les otorgue una clara distinción cuando asume que el segundo de los incisos representa, más que un derecho distinto, una explícita interdicción de ciertos motivos de distinción o determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que por ello merecían una mención constitucional expresa.

En nuestra opinión, no es hasta 1991 cuando el TC por primera vez ofrece una nítida visión dual del art. 14 CE, cuando advierte que la alegación de vulneración del derecho a no ser discriminado no es correcta en tanto no se base en alguno de los criterios

---

<sup>194</sup> SSTC 128/1987 de 16 julio, RTC 1987\128, FJ 6.200/2001 de 4 octubre, RTC 2001\200, FJ 4; 3/2007 de 15 enero, RTC 2007\3, FJ 2; 66/2015 de 13 abril, RTC 2015\66, FJ 3.

<sup>195</sup> 145/1991 de 1 julio. RTC 1991\145, FJ 2.

(nacimiento, raza, sexo, religión, etc.) expresamente prohibidos por el art 14 CE de modo que lo que verdaderamente puede estar entredicho es el derecho a la igualdad de trato<sup>196</sup>.

A vueltas con su doctrina precedente y en claro perjuicio de la coherencia doctrinal que ha de emanar de la alta instancia interpretativa de la Constitución<sup>197</sup>, ofrece en algunos de sus pronunciamientos posteriores al citado como la clave de bóveda de su cambio de criterio sobre tal asunto, una definición de la discriminación en sentido negativo o inverso al de igualdad sin desconectarlo de éste, esto es, como la acepción peyorativa de la igualdad configurada en el art. 14 de la Constitución<sup>198</sup>.

Por otra parte, se puede apreciar la comisión de los mismos errores lingüísticos y ello nos resulta especialmente preocupante en términos de seguridad jurídica cuando en algunas ocasiones vuelve a utilizar ambos igualdad y no discriminación como términos intercambiables para interpretar el precepto constitucional que se debe al mero ejercicio remisión expresa de su jurisprudencia anterior<sup>199</sup>, del mismo modo que ha sucedido en

---

<sup>196</sup> Distinción de trato de empresas funerarias, STC 50/1991 de 11 marzo, RTC 1991\50, FJ 4. En otro pronunciamiento desestima la pretensión de las actoras en una demanda frente al empleador privado, dado que las mismas no denuncian una discriminación basada en una causa prohibida por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores y por ello, la diferencia de trato denunciada no vulnera el art. 14 CE. STC 197/2000 de 24 julio, RTC 2000\197, FJ 5. Por la misma razón deniega la petición de amparo del trabajador en la STC 39/2003 de 27 febrero, RTC 2003\39, FJ 4 o en la STC 198/2004 de 15 noviembre. RTC 2004\198, FJ 3. Por su parte, sostiene que a pesar de la invocación de ambos derechos, a la vista del objeto del proceso y de los contenidos de la denuncia lo que podría estar comprometido es principio genérico de igualdad como consecuencia de la aplicación al actor de lo previsto en materia de complemento personal de "Antigüedad o Vinculación" en el convenio colectivo, 27/2004 de 4 marzo, RTC 2004\27, FJ 2. En el supuesto de hecho resuelto por la STC 41/2013 de 14 febrero (RTC 2013\41) sobre pensión de viudedad de parejas de hecho estables tanto homosexuales como heterosexuales, la presunta vulneración del derecho a no ser discriminado por su orientación sexual no fue valorada en tanto el requisito de que el causante y el beneficiario hayan tenido hijos comunes para el cobro de la prestación no respondía a las exigencias conforme a las cuales el derecho a la igualdad no resulta violado.

<sup>197</sup> Ello es consecuencia de la consolidación de una técnica que nada ayuda a la depuración de cada concepto consistente en repetir mecánicamente los fundamentos jurídicos de sentencias anteriores incurriendo en una redacción farragosa y repetitiva, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Cedecs, Barcelona, 1998. PP. 93ss.

<sup>198</sup> STC 20/1994 de 27 enero, RTC 1994\20, FJ 2. En otros términos reconoce que es el trato discriminatorio lo que proscribiera el derecho a la igualdad que reconoce el art. 14 CE, SSTC 181/2000 de 29 junio, RTC 2000\181, FJ 11; 112/2003 de 16 junio, RTC 2003\112, FJ 4; 191/2005 de 18 julio, RTC 2005\191, FJ 6. Denunciaron la falta de continuidad de la doctrina contenida en la STC 128/197 de 16 de julio, REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, op. cit. P. 12. También BILBAO UBILLOS, J. M., REY MARTÍNEZ, F., "Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional", op. cit. P. 319.

<sup>199</sup> Vuelve a aludir a la «igualdad sin discriminación» proclamada en el art. 14CE en la STC 179/2001 de 17 septiembre, RTC 2001\179, FJ 1 o a la «igualdad sin discriminación por razón de sexo» en la STC 162/2016 de 3 octubre, RTC 2016\162, FFJJ 1 y 3. Sostiene que el derecho a la igualdad ante la ley impone al legislador y a quienes aplican la ley la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentren en situaciones jurídicas equiparables, con prohibición de toda discriminación o desigualdad de trato, que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable, STC 109/1988 de 8 junio, RTC 1988\109, FJ 1. En parecidos términos, SSTC 75/1992 de 14 mayo, RTC 1992\75, FJ 3; 164/1995 de 13 noviembre, RTC 1995\164, FJ 7. En otra ocasión admite que «la discriminación quedaría descartada si el trato desigual que se dispensa a personas en situación sustancialmente igual tiene una justificación objetiva y razonable», STC 23/1989 de 2 febrero. RTC 1989\23, FJ 2. En parecidos términos, STC 118/2012 de 4 junio, RTC 2012\118, FJ 4. Señala en su STC 39/1989 de 16 febrero, RTC 1989\39, FJ 2, que «el derecho constitucional a la igualdad implica la prohibición de toda discriminación en la ley o en la aplicación de la ley; y que existe discriminación cuando dos supuestos de hecho iguales reciben un tratamiento diferente sin una justificación objetiva y razonable». En la misma línea, 46/1999 de 22 marzo, RTC 1999\46, FJ 2. O también advierte que las normas no podrán establecer «un tratamiento arbitrariamente desigual, y, por tanto, discriminatorio» en la STC 90/1989 de 11 mayo, RTC 1989\90, FJ 4. En parecidos términos, SSTC 119/1989 de 3 julio, RTC 1989\119, FJ 4; 160/1990 de 18 octubre, RTC 1990\160, FJ 3; 96/1997 de 19 mayo, RTC 1997\96, FJ 4. Es común advertir que lo que prohíbe el art. 14 CE es «toda discriminación o desigualdad de trato que carezca de justificación objetiva y razonable», como en la STC 148/1990 de 1 octubre, RTC 1990\148, FJ 2 o también en la STC 308/1994 de 21 noviembre, RTC 1994\308, FJ 3. Reitera en otro pronunciamiento posterior que el principio de igualdad impide que «se puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentren en la misma situación sin que, por tanto, puedan resultar discriminadas por las circunstancias ampliamente enunciadas en el art. 14 C.E.», STC 20/1991 de 31 enero, RTC 1991\20, FJ 2), «o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria», STC 144/1988 de 12 julio, RTC 1988\144, FJ 1; STC 181/2000 de 29 junio, RTC 2000\181, FJ 10; STC 39/2003 de 27 febrero, RTC 2003\39, FJ 4; 53/2004 de 15 abril, RTC 2004\53, FJ 2; 186/2004 de 2 noviembre, RTC 2004\186, FJ 3;

ocasiones al definir la igualdad en aplicación de la ley<sup>200</sup>. A mayor abundamiento, en pronunciamientos más recientes ha introducido en la definición del derecho fundamental a la igualdad toda diferencia de trato no solo ya que introduzca desigualdad directa entre sujetos o grupos o categoría de personas, sino también desigualdad indirecta<sup>201</sup>.

Además de ello, en otras sentencias ha utilizado los parámetros de control de la prohibición de discriminación en lugar de la aplicación del test de igualdad de trato, a pesar de que el factor elevado a la categoría de discriminatorio no se asemejara a los previstos en el precepto en cuanto a la capacidad del mismo de causar un especial deterioro de la dignidad del colectivo preterido y que difícilmente encajan en una categoría de causas «de indudables connotaciones subjetivas», como por ejemplo la mera cualidad de trabajador<sup>202</sup>, cuando evalúa el tratamiento no uniforme que la ley proporcionaba entre trabajadores afiliados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) con los trabajadores afiliados al Régimen General<sup>203</sup>, o sobre diferencias de trato entre médicos<sup>204</sup>, el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la pensión de viudedad<sup>205</sup>, valoración de la integración profesional y empadronamiento en la adjudicación de licencias de farmacia calificándolo como criterio odioso<sup>206</sup>, o en fin, como se verá más adelante, entre trabajadores que soportan una disparidad de trato retributiva en virtud de la fecha de acceso en la empresa<sup>207</sup>. Aunque el Tribunal no lo ha dicho claramente-excepto en referencia al último de los señalados-, son todos ellos, en cambio, supuestos en los que la situación de segregación producida por la norma es lo que motiva su calificación como discriminatoria, con independencia de que el rasgo en el que se basa la diferencia de trato provenga de una determinada cualidad personal o social del sujeto.

---

138/2005 de 26 mayo, RTC 2005\138, FJ 3; 112/2006 de 5 abril, RTC 2006\112, FJ 5; 156/2014 de 25 septiembre, RTC 2014\156, FJ 4; 155/2016 de 22 septiembre, JUR 2016\232904, FJ 7; 167/2016 de 6 octubre, JUR 2016\246527, FJ 5. De nuevo se repite la expresión «desigualdad discriminatoria» en la STC 317/1994 de 28 noviembre, RTC 1994\317, FJ 3 o utiliza como sinónimos desigualdad y discriminación en la STC 142/1990 de 20 septiembre RTC 1990\142, FJ 3. En otros términos observa que «lo que este precepto constitucional impide es la distinción infundada o la discriminación», STC 88/2001 de 2 abril, RTC 2001\88, FJ 2; 117/2006 de 24 abril, RTC 2006\117, FJ 2; 198/2012 de 6 noviembre, RTC 2012\198, FJ 3; 183/2014 de 6 noviembre, RTC 2014\183, FJ 3; 56/2016 de 17 marzo, RTC 2016\56, FJ 5.

<sup>200</sup> El mismo año 1987 alude en su ATC 1239/1987 de 10 noviembre, RTC 1987\1239 AUTO, a la discriminación en aplicación de la ley, FJ 2. Se refiere al «principio de igualdad y no discriminación en la aplicación de la Ley» en la STC 63/1988 de 11 abril, RTC 1988\63, FJ 5 y 100/1988 de 7 junio, RTC 1988\100. En la STC 119/1989 de 3 julio, RTC 1989\119, FJ 2 considera que el cambio de criterio «resulta arbitrario y, en consecuencia, discriminatorio». Entre las más recientes también se aprecia ésta distorsión en la interpretación del precepto. Así, la STC 7/2009 de 12 enero (RTC 2009\7), corrobora que la Sentencia impugnada «sí ofreció una respuesta a la lesión invocada del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) o de no discriminación», FJ 4. «El art. 14 CE comporta el derecho a trato uniforme y no discriminatorio en la aplicación de la ley» sostiene en la STC 9/2010 de 27 abril, RTC 2010\9, FJ 3 Alude también a dicha discriminación en aplicación de la ley en SSTC 38/2011 de 28 marzo, RTC 2011\38, FJ 6, 205/2013 de 5 diciembre, RTC 2013\205, FJ 3 o 113/2014 de 7 julio, RTC 2014\113, FJ 3.

<sup>201</sup> Entre otras, SSTC 181/2000 de 29 junio, RTC 2000\181, FJ 10; 39/2002 de 14 febrero, RTC 2002\39, FJ 5; 27/2004 de 4 marzo, RTC 2004\27, FJ 4; 44/2014 de 7 abril, RTC 2014\44, FJ 3; 71/2016 de 14 abril, RTC 2016\71, FJ 3.

<sup>202</sup> Reconoce el derecho de los trabajadores a no ser discriminados en la STC 52/1987 de 7 mayo, RTC 1987\52, FJ 3.

<sup>203</sup> STC 165/1988 de 26 septiembre. RTC 1988\165.

<sup>204</sup> Sobre la colegiación obligatoria de médicos es inadmitida la existencia de discriminación en tanto el actor no aporta un término de la comparación exigible «a fin de apreciar la posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad sin discriminaciones injustificadas o arbitrarias», STC 131/1989 de 19 julio, RTC 1989\131, FJ 5. Sobre diferencia de atribución de un complemento entre médicos de distintos centros de la sanidad pública de Cataluña, admite la existencia de discriminación en la STC 161/1991 de 18 julio, RTC 1991\161.

<sup>205</sup> STC 22/2010 de 27 abril, RTC 2010\22, FJ 4.

<sup>206</sup> STC 161/2011 de 19 octubre, RTC 2011\161, FJ 4.

<sup>207</sup> Vid. infra § 3.4.1.

Ésta jurisprudencia se produce de forma contemporánea con sus pronunciamientos de mayor calado en la reivindicación de la diversidad entre el juicio interpretativo que merece el reproche de discriminatorio frente al de igualdad, fijando en éste punto que cuando se plantea el primero, el juez «no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato enunciada tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, como si se tratara de un problema relativo a la cláusula general de igualdad, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al 14 CE»<sup>208</sup>. Pero, como se aprecia por las fechas en que son emitidos, el Tribunal va intercalando unos y otros pronunciamientos sin solución de continuidad. Por tanto, entre tanto no sea utilizada la vía de no analizar la pretendida vulneración del derecho a no ser discriminado por uno de los criterios de distinción particularmente odiosos o los que resulten análogos a éste sin que subsidiariamente se utilice el juicio de igualdad cuando podremos sostener que el Tribunal con carácter nítido acepta la dualidad del precepto. De lo contrario, no podrán ser nunca zanjadas las dudas interpretativas sobre el verdadero alcance del art. 14 CE en cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación y el régimen regulador atribuible a cada uno de ellos.

## 2.2. Inexistencia de una teoría doctrinal uniforme

Ante los elementos configuradores de los derechos fundamentales que han sido estudiados, ¿puede ser viable un estudio independiente sobre los factores que pueden provocar discriminaciones en el trabajo, o es preciso realizarlo de forma integrada con el principio de igualdad?

A la resolución de éste interrogante se han dedicado con gran entusiasmo un número importante de estudiosos del Derecho entre quienes parece existir un gran consenso en considerar que se trata de dos derechos autónomos intrínsecamente ligados entre sí, aunque no se trata de una posición unánime. Desde éste punto de vista es sostenida la existencia de cierta porosidad entre ambos conceptos sin que por ello se pueda desconocer que se trata de dos nociones que responden a fundamentos diferentes que originan prescripciones jurídicas y garantías también diversas<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> SSTC 145/1991 de 1 julio, RTC 1991\145, FJ 2; 286/1994 de 27 octubre, RTC 1994\286, FJ 3; 240/1999 de 20 diciembre, RTC 1999\240, FJ 6; 253/2004 de 22 diciembre, RTC 2004\253, FJ 4; 182/2005 de 4 julio, RTC 2005\182; 66/2014 de 5 mayo, RTC 2014\66, FJ 4.

<sup>209</sup> Destacan en ésta vertiente doctrinal RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La prohibición de discriminación que se recoge en el segundo inciso del precepto no es una simple manifestación o especificación de la regla genérica de igualdad de trato, o una mera presunción de irrazonabilidad de ciertas distinciones, sino que va más lejos y tiene un contenido distinto del mandato de igualdad ante la ley. Se le debe reconocer, por ello, una autonomía propia como disposición diferenciada» en *Igualdad y discriminación*, op.cit. P. 64ss. En ésta línea, PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*...op.cit. P. 42. BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997. P. 396. GARCÍA MURCIA, J., *La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo*, op.cit. .P. 109. Sostiene que luchar contra la discriminación no es sinónimo de luchar contra la desigualdad, BORRILLO, D. "Introduction", BORRILLO, D., (Dir.), *Lutter contre les discriminations*, op.cit. P.7. MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, op.cit. P.80 y 117ss.

Sustentando ésta postura, se sugiere que la regla de igualdad es la traducción jurídica de un pensamiento ontológico mientras que la prohibición de discriminar es la interpretación jurídica de un pensamiento sociológico<sup>210</sup>. Ello es así en tanto la exigencia de igualdad aparece como la traducción jurídica de una concepción esencial del hombre aprehendida sobre sí mismo mientras que la regla de no discriminación se refiere a una concepción de las relaciones sociales entre individuos y/o grupos<sup>211</sup>.

Por todo ello, se ha negado que los vetos de discriminación subrayados en los preceptos constitucionales puedan constituir una mera ejemplificación del principio general de igualdad, como sí aseveró el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en algunos de sus pronunciamientos a los que se ha hecho referencia con anterioridad<sup>212</sup>. Si así fuese entonces la norma indicada sería superflua. De este modo, la tutela antidiscriminatoria representa la superación de la tutela de la igualdad formal o igualdad ante la ley aunque en su esencia, su existencia exige la igualdad de trato frente a situaciones diversas cuando las disparidades tengan en cuenta ciertas consideraciones personales o sociológicas del sujeto y éste resulta el verdadero tronco común de tales mandatos<sup>213</sup>.

En definitiva, la mayoría de autores opta por asegurar la existencia de dos derechos subjetivos dentro del mismo artículo 14 CE, entre quienes nos incluimos, siendo elevado excepcionalmente por Rey Martínez a tres derechos o tres sentidos de la norma: igualdad –en sus diferentes acepciones de igualdad ante la ley, en la ley y de oportunidades-, no discriminación directa e indirecta y por último discriminación inversa, bajo ciertas condiciones<sup>214</sup>, incluyendo con ésta última la aspiración legítima de la igualdad material, que en cambio el propio Tribunal Constitucional rechazó como derecho fundamental<sup>215</sup>. No obstante, de ésta última interpretación no se aprecia nítida la independencia de los conceptos en tanto a posteriori describe las distintas acepciones de discriminación atribuyendo a éste último concepto un doble significado. En primer lugar, amplio, en el sentido de definir «toda infracción de la igualdad». Por otra parte tendría una concepción estricta que incluye solo la violación de la igualdad cuando se adoptan criterios de diferenciación prohibidos por el art. 14. Finalmente el art. 14 leído

---

<sup>210</sup> VERNY, E., "Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation ", op.cit. P.83. La regla de no discriminación parece concebirse, a fin de cuentas, como una regla de tutela de derechos y minorías, mientras que la regla de igualdad es más bien una regla de paridad de las personas en cuanto miembros de una misma comunidad social y en cuanto titulares de unos mismos derechos; si la regla de igualdad conecta en último extremo con los principios democráticos, que necesariamente se sustentan sobre la igual consideración de las personas, la regla de no discriminación parece más propia de los ideales típicos del Estado social, que reclaman mayor atención para los más necesitados. En el mismo sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El principio de igualdad y las relaciones laborales". *Revista de Política Social*, nº 121, 1979. PP. 382 y 404.

<sup>211</sup> VERNY, E., "Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation ", op.cit. P.84. En ese sentido, el principio de igualdad supone una comparación entre sujetos individualmente considerados, mientras que la no discriminación protege al individuo como parte de un grupo, BALLESTER PASTOR, M.A. "Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva", BODAS MARTIN, R., (Coord.) *La negociación colectiva ante la crisis económica*, op.cit. P. 85.

<sup>212</sup> Vid. supra § 1.3.2.

<sup>213</sup> Constituyen el complejo normativo que exige igualdad de trato como límite a la autonomía privada, TREMOLADA, M., *Autonomía privada e parità di trattamento fra lavoratori*, op.cit. P. 18.

<sup>214</sup> REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, op.cit.1995.P.7.

<sup>215</sup> STC 8/1986 de 21 enero, RTC 1986\8, FJ 4.



en positivo, exige la adopción de medidas necesarias para alcanzar la igualdad real-con lo que, a la postre, está identificando ambos conceptos de lo general a lo particular<sup>216</sup>.

Frente a la postura mayoritaria se erige aquel sector doctrinal que sigue manteniendo la existencia de un mismo derecho que actúa con distinta intensidad en el plano jurídico<sup>217</sup>. Efectivamente, la relación dialéctica entre ambos conceptos, el de igualdad y el de no discriminación que nace y se acentúa precisamente en el marco del Derecho laboral<sup>218</sup>, a menudo se difumina. Para éstos, se trata de dos vertientes estrechamente conectadas y presuponen de un elemento común<sup>219</sup>. De éste modo, sería un solo derecho cuyo aspecto positivo o exigido constituye la equiparación de las personas que se consideran iguales en los elementos relevantes a tomar en consideración así como tratar de modo diverso a quienes son diferentes y en negativo o prohibitivo, no imponiendo discriminaciones por determinados elementos que deben ser irrelevantes para justificar una diferencia de trato<sup>220</sup>. Tanto es así, que algunos sostienen que la prohibición de discriminación equivale a la enunciación de una regla específica de paridad de tratamiento<sup>221</sup>. Como apoyo a ésta interpretación no debemos desconocer que algunas Constituciones están plagadas de referencias a la igualdad y a la no discriminación de forma indistinta. Esta misma variabilidad se encuentra en los instrumentos internacionales<sup>222</sup>.

Del análisis de la jurisprudencia y de la doctrina surge la necesidad de tratar de relucir en términos esquemáticos y de algún modo pedagógicos aquellas semejanzas y diferencias que se pueden sistematizar sin ánimo o compromiso de resultar exhaustivo ni de ofrecer una teoría uniforme, cuestión ardua e incluso superflua en vista de la versatilidad y dinamicidad de los derechos aquí estudiados en el sentido de la capacidad de las dinámicas interpretativas para postular nuevos sentidos conceptuales y garantías jurídicas para la protección de lo proclamado en el art. 14 CE. Lo que se defiende es, en suma, la existencia de suficientes elementos de distinción entre ambos al margen de las similitudes encontradas que permiten vislumbrar una separación nítida o tajante de los perfiles propios, circunstancia que en todo caso, es una tarea que debe ser llevada a cabo al máximo intérprete de la Constitución de una forma más hábil de la llevada a cabo hasta el momento en que se escribe.

---

<sup>216</sup> REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado...* op.cit. PP. 56ss.

<sup>217</sup> Sostiene la falta de distinción implícita o explícita entre ambos conceptos ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., Elementos para una valoración técnico-jurídica de las medidas de acción positiva”, op.cit. P. 5. Aunque los contempla como principios diferentes, con una clara distinción estructural define a la no discriminación como «complemento técnico del principio de igualdad», CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.M., “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 50/51, 2005. 196.

<sup>218</sup> Especialmente en el ámbito internacional, donde debemos destacar a LOCHAK D., “Réflexions sur la discrimination”. *Dr. soc.* 1987. P. 778.

<sup>219</sup> MELIN-SOUCRAMANIEN F., “Commentaire de l’article II-80, Egalité en droit », BURGORGUE-LARSEN, L., LEVADE, A., PICOD, F., (Dir.), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Partie II- La Charte des droits fondamentaux de l’Union. Commentaire article par article.* Bruylant, Bruxelles, 2005.P.283.

<sup>220</sup> En este sentido, MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op.cit. P. 17.

<sup>221</sup> DEL PUNTA, R., “Parità di trattamento e rapporto di lavoro”. *Giust. civ.*, I. 1993. P. 2373. Para Bilbao Ubillos y Rey Martín se relacionan como género (igualdad) con especie (no discriminación). BILBAO UBILLOS, J.M., REY MARTÍN, F., “Veinte años...”, op.cit. P. 251. BORELLI, S., *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, op.cit. P.15, identificado igualdad y no discriminación en relación continente-contenido. En el mismo sentido, SACCIA, G. *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale.* Giuffrè, Milán, 2000. P. 105. Afirma que discriminar equivale a violar el principio de igualdad, DAVIES, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, op.cit. P. 10.

<sup>222</sup> Por poner algunos ejemplos, en Portugal, arts. 7,9, 13,26,35,36,37,38,55,58,69,73, 74,76, 81, 93, 104, 109, 113, 229, 238, 266,276. En Francia, puntos 1, 3, 12, 13,16 y 19 del Preámbulo de la Constitución de 1946, arts. 1.1 y 2, 3.3, 7.2 y 3 de la Constitución de 1958. Sobre las diferentes referencias a ambos conceptos en textos internacionales, DUBOUT, E., “Principe d’égalité et droit de la non-discrimination”. *JurisClasseur Libertés*, fasc. 500, 2009. PP. 2ss.

## 2.3. Similitudes y diferencias conceptuales y de régimen jurídico entre la igualdad y la no discriminación

### 2.3.1. Concepto

#### 2.3.1.1. Similitudes

##### 2.3.1.1.1. Elemento relacional o comparativo

La caracterización de la igualdad como concepto relativo precisa la existencia de varios sujetos implicados en la comparación de las situaciones contrarias al derecho a la igualdad en torno a un criterio previamente determinado o *tertium comparationis*<sup>223</sup>.

Teóricamente, no existen grandes diferencias entre la búsqueda de un elemento comparativo o relacional que ha de ser hallado en el juicio de igualdad con respecto al planteamiento de detección de discriminaciones, en tanto la estructura del juicio antidiscriminatorio impone en su concepción primigenia individuar un término natural de comparación que sirve como antítesis. No obstante, ésta afirmación alberga algunas excepciones. En primer lugar, no es necesario en los casos en los que el tratamiento desfavorable se produzca de forma aislada con respecto al factor de discriminación donde no existe en realidad término opuesto. Esto se evidencia de forma clara en aquellos supuestos en los que el detonante de la discriminación se encuentra en el hecho biológico de ser mujer y las consecuencias que ello conlleva -entre otras, la capacidad de ser madre- sin parangón en el sexo masculino. La segunda de las excepciones se da en los supuestos de discriminación indirecta en las se ha admitido por el TC español- como también lo hiciera el TJCE- que no es necesario utilizar un término de comparación, pues en esos casos lo que se compara «no son los individuos», sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales, de manera que el uso de la prueba estadística vino a desplazar la demostración de un daño en términos comparativos<sup>224</sup>. Por último, es sin duda incuestionable que no se podrá acudir al juicio comparativo bidireccional cuando se trata de dilucidar la existencia de una discriminación múltiple.

##### 2.3.1.1.2. Elemento volitivo

Del análisis efectuado podemos sostener que la desigualdad de trato puede existir en todo acto o conducta de otro, voluntario o no, es decir, producto de la inercia social o del propio sistema que impone la necesidad de diversificar aunque determinados intereses puedan verse sacrificados, siempre que ello se encuentre debidamente justificado. La discriminación en cambio, se ha considerado comúnmente como un acto

<sup>223</sup> Un análisis en profundidad sobre el término de comparación en el juicio de igualdad en GAVARA DE CARA, J. C., *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

<sup>224</sup> SSTC 240/1999 de 20 diciembre, RTC 1999\240, FJ 6; 3/2007 de 15 enero, RTC 2007\3, FJ. 3; 253/2004 de 22 diciembre, RTC 2004\253, FJ 7.

o comportamiento que imprime la voluntad -malintencionada o no- de utilizar la causa discriminatoria como objeto de diferenciación. De cualquier modo, el comportamiento activo es exigido, dado la inexistencia de discriminación por omisión<sup>225</sup>, así como de un pretendido derecho subjetivo a la desigualdad de trato vulnerable por omisión<sup>226</sup>.

En efecto, se constituirá inicialmente como criterio de diferenciación entre la igualdad y la discriminación en el plano de su definición el elemento volitivo, esto es, la existencia de intencionalidad que se ha de contemplar a priori en los supuestos de discriminación mientras que resulta totalmente insignificante en la apreciación de la desigualdad de trato<sup>227</sup>. No así, ya se pudo manifestar en páginas anteriores cómo en la actualidad la existencia de las discriminaciones directas tanto manifiestas como encubiertas se toma en consideración el elemento volitivo aunque las normas no se refieran tanto al mismo como al efecto que produce la medida. Esta mayor fijación en los efectos de forma paulatina ha desembocado en la necesaria objetivización de la discriminación directa que no necesita que sea deseada para que se ponga en marcha el aparato protector y solo en muy excepcionales circunstancias se va a permitir que un criterio de discriminación sea válido para fundamentar un trato diferenciado entre sujetos mientras que en otros se prescinde absolutamente de la intención de sujeto agente -v. gr. embarazo-. Por estos motivos, en doctrina algunos partidarios defienden eliminar la necesidad de la malintencionalidad como elemento integrante del concepto de discriminación<sup>228</sup>. En cambio, con carácter general se prescinde de la interpretación de la intención del sujeto transgresor cuando la discriminación se produce de modo indirecto, que se materializará con el efecto perjudicial y al no ser intencional, se puede justificar en razones ajenas al motivo de la discriminación<sup>229</sup>.

### 2.3.1.2. Las causas como elemento conceptual que diferencian la igualdad y la no discriminación

El elemento real de distinción conceptual entre la igualdad y la prohibición de discriminación se fundamenta en las causas que originan la exigencia de defensa de uno

<sup>225</sup> Deniega su existencia en la STC 317/1994 de 28 noviembre, RTC 1994\317, FJ 4. Sin embargo, señaló con respecto a la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, la existencia de discriminaciones por omisión FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. P.11.

<sup>226</sup> STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3. En ese mismo sentido, entre muchas otras, SSTC 52/1987, RTC 1987\52, FJ 3; 136/1987, RTC 1987\136, FJ 6, 19/1988 de 16 febrero, RTC 1988\19, FJ 6; STC 308/1994 de 21 noviembre, RTC 1994\308, FJ 5.241/2000, de 10 de julio, RTC 2000\241, FJ 5; 156/2003 de 15 septiembre. RTC 2003\156, FJ 3; 183/2014 de 6 noviembre. RTC 2014\183, FJ 3. 30/2008 de 25 febrero. RTC 2008\30, FJ 7. Seguida por el TS en sentencias como la de de 22 mayo 2006, RJ 2006\3611, de 6 de octubre, RJ 2000, 8605, 22 de diciembre de 2000, RJ 2001, 350. Sostiene con matices y con respecto a la actuación de los poderes públicos que una falta de toma en consideración de determinadas circunstancias relevantes vulnera el art. 14 CE, RUBIO LLORENTE, F., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", op.cit. P. 33. Por el contrario, las considera plenamente existentes en el marco de la protección contra violaciones del principio de igualdad del art. 14 CE, COBREROS MENDAZONA, E., "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 81, 2007.P.72.

<sup>227</sup> BARBERA, M., *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, op.cit. P.55. Por el contrario, considera que el elemento volitivo es indeterminante en el juicio discriminatorio, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisión empresarial y principio de igualdad*, op.cit. P. 168.

<sup>228</sup> REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, op.cit. PP. 67-68. MCCRUDDEN, C. PRECHAL, S., *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, op.cit. P. 31.

<sup>229</sup> Vid. LOUSADA AROCHENA, J.F. "Principio de igualdad y derecho a no ser discriminado en las relaciones de trabajo". *Actualidad Laboral*, nº 7, 2008. P. 800ss.

u otro derecho. Así, recordando la conocida reflexión aristotélica plenamente aprehendida en la teoría global sobre el derecho a la igualdad de trato, dos sujetos deberán ser tratados de la misma forma siempre que exista entre ellos características lo suficientemente homogéneas que impidan que una tratamiento diferencial no sea considerado como mera arbitrariedad. Así mismo, las desigualdades preexistentes entre los sujetos son la causa de la exigencia de un tratamiento disímil. En tales términos, la causa de la igualdad o la desigualdad se relaciona con la necesidad de la justicia y la equidad y por ello determinados rasgos personales o sociales de una persona o grupo serán irrelevantes para amparar en ellos un tratamiento desigual o por el contrario serán lo suficientemente relevantes para precisar de un tratamiento desigual<sup>230</sup>. Aquella dependerá por tanto de los caracteres esenciales o no esenciales que deben ser tomados en consideración para evaluar la existencia de una manifiesta desigualdad justa o injusta, lo que exige, en todo caso, la puesta en práctica de juicios de valor<sup>231</sup>.

Por el contrario, una diferencia de trato será discriminatoria solo cuando los sujetos preteridos, excluidos o peor tratados reúnan un rasgo personal o social estigmatizante, que se convierte en circunstancia de segregación con el paso del tiempo y contraviene la esencialidad de la persona o su dignidad. En ésta ocasión la causa de la diferencia es clara sin que sea preciso aplicar ningún juicio de valor al presumirse negativo cuando el factor de discriminación ya se encuentra plenamente consagrado a pesar de que la discriminación así definida se concibe como un fenómeno social antes que jurídico<sup>232</sup>.

La anterior apreciación no empece a que , no obstante, existan vasos comunicantes entre ambas parcelas contempladas por el art. 14 CE que laminan o soslayan de algún modo esta principal evidencia de separación entra la igualdad y la discriminación. Nos referimos, en primer lugar, a la existencia de una cláusula de apertura a través de la cual van penetrando otros factores no reconocidos expresamente por la Carta Magna. Conectado con la idea de evolutividad y contextualización que marcan la separación nítida entre una causa de desigualdad o de discriminación, será difícil definir a medio-largo plazo cuáles son las que se adscriben a uno u otro conceptos. La situación se complica, por lo tanto, con la existencia de la cláusula de apertura con la que cierra el artículo de referencia en la que se concibe como discriminatoria cualquier otra condición o circunstancia personal o social, la que, entendida en términos amplios, crea el riesgo de difuminar la existencia de verdaderas circunstancias dignas de especial tutela por una más amplia concepción de los criterios que pueden causar desigualdad<sup>233</sup>. Aunque la voluntad del Constitucional parece ser hoy la inversa, a la vista de la

---

<sup>230</sup> « (...) es evidente que debe llamarse justo el que obedece a las leyes y al que observa con los demás las reglas de la igualdad. Así lo justo será lo que es conforme a la ley y a la igualdad y lo injusto será lo ilegal y lo desigual», ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, op.cit. PP. 178-179.

<sup>231</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, op.cit. P. 47ss.

<sup>232</sup> BILBAO UBILLOS, J.M., "Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares". *Teoría y realidad constitucional*, nº 18, 2006. P. 153. Joaquín García Murcia explica (que no hace suya) la distinción conceptual existente entre igualdad y no discriminación, así como su distinto ámbito de aplicación, GARCÍA MURCIA, J. "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales", CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J., DURÁN LÓPEZ, F., (Coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. La Ley-Actualidad, Madrid, 2006. PP. 383-409. También recogido en La Ley Digital, desde donde se cita. PP. 5ss.

<sup>233</sup> La tesis restrictiva defiende que solo las causas análogas a las enumeradas pueden penetrar mediante ésta cláusula mientras que la tesis extensiva defiende que la misma abre las puertas a cualquier tipo de distinción y por tanto, no existe diferencia entre igualdad y discriminación. Vid. MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, op.cit. PP. 96-97.

jurisprudencia analizada sigue existiendo un amplio sector judicial que adopta el máximo rigor al interpretar la diferencia de trato, como si de una discriminación se tratase, aunque el criterio escogido se aleja de la definición más estricta de la misma.

Como consecuencia, se puede dar la circunstancia de que dependiendo del ámbito contextual en que nos fijemos, lo que en un lugar causa discriminación, en otro puede ser motivo de desigualdad o incluso resultar justo. Las exigencias de los principios de igualdad y no discriminación, en fin, se encuentran estrechamente condicionadas por la tradición y la escala de valores imperante en una determinada comunidad o grupo social<sup>234</sup>. Por ello mismo, la aceptación general de la imbricación de ambos conceptos sigue estando abierta a posibles cambios, dada la relatividad y configuración pragmática que los caracterizan, siendo la evolutividad un componente más del problema de su configuración, alcance y significado<sup>235</sup>.

### 2.3.2. Régimen jurídico

#### 2.3.2.1. Similitudes

##### 2.3.2.1.1. Carga de la prueba

Desde el plano procesal cabe destacar la inexistencia en términos fácticos de distinción de régimen probatorio entre la igualdad y la prohibición de discriminación en lo que se refiere a la distribución de la carga probatoria ante la denuncia de un tratamiento contrario a los mismos en el ordenamiento español. Por el contrario, solo en materia antidiscriminatoria en el ámbito europeo se reconoce la responsabilidad del demandado de probar la inexistencia de la discriminación o la justificación de la misma cuando el demandante aporta indicios de conculcación de su derecho, que a su vez imita de nuevo en éste aspecto al modelo antidiscriminatorio norteamericano<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Concepto, el de igualdad, que también debe ser considerado desde una perspectiva histórica como apuntaba HESSER, C., "Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht". *Archiv des öffentlichen Recht*, vol. 77, 1951 -1952. P.235. En jurisprudencia, así lo pone en evidencia el TC español que, interpretando el art. 14 CE ,afirma que «no existe, por tanto, un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de los supuestos iguales, pues ello sería contrario a la propia dinámica jurídica que se manifiesta no sólo en una modificación normativa, sino también en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad concretada en un cambio de criterio que legitima las diferencias de tratamiento», SSTC 63/1984 de 21 mayo, RTC 1984\63, FJ 4; 62/1987 de 20 mayo. RTC 1987\62, FJ 2.GARCÍA MURCIA, J., "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales", op.cit., P. 1.Sostiene que los criterios de discriminación, que varían en función de la época, se convierten por obra del Derecho, en diferencias que ya no pueden ser «razones relevantes para la diferenciación normativa». LAPORTA, F., "El principio de igualdad: introducción a su análisis". *Sistema*, nº 67, julio de 1985. P. En ese sentido MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op.cit. P. 97ss.

<sup>235</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., "La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional", op.cit.P.163.

<sup>236</sup> En la sentencia norteamericana *Griggs vs. Duke Power Company* antes citada, el Tribunal Supremo elabora un modelo probatorio destinado a garantizar la tutela efectiva en los supuestos de discriminación indirecta («test de Griggs») a través del cual a la parte demandante corresponde la carga de suministrar una prueba de que la práctica sospechosa de discriminación produce resultados adversos desproporcionados para el grupo de pertenencia. Tras aportar estos datos, la parte demandada debe acreditar (*the burden of persuasion*) que las cualificaciones requeridas se encuentran amparadas en una exigencia empresarial. Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., "Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral", GÓMEZ CAMPELO, FÉLIX, VALBUENA GONZÁLEZ, E., (Coords.), *Igualdad de género: una visión jurídica plural: Jornadas Igualdad Efectiva: realidad o ficción*. Servicio de Publicaciones, Universidad de Burgos, 2008. P. 19. Mientras tanto, con la sentencia que resuelve el caso *Green vs McDonnell Douglas*, 411 US 792 (1973), sobre la presunta discriminación directa por motivos raciales ante la negativa a contratar al trabajador, consideró que al demandante le basta demostrar un «*prima facie case of discrimination*», correspondiendo al empresario articular legítimas razones ajenas al ánimo discriminatorio para no contratar al mismo. Vid. LOUSADA AROCHENA, J.F., "La prueba de la

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, desde sus inicios considera que ante la denuncia de una desigualdad de trato, la carga de demostrar el carácter justificado y razonable de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma, es decir, corresponde al demandado. En tales casos, lo que se produce no es una inversión sino el desplazamiento de la carga probatoria tras la verificación de ciertos indicios que ha de aportar el demandante<sup>237</sup>. El mismo sistema procesal comienza a ser aplicable ante la existencia de indicios de discriminación ante reclamaciones de los trabajadores frente al empresario. En efecto, la primera sentencia que valora éste mecanismo de distribución de la carga probatoria en el ámbito privado se da frente a la alegación de despido discriminatorio por razones sindicales el mismo año en que el TJCE emitía la primera sentencia que recogía el tratamiento procesal de la carga de la prueba en materia de discriminación por razón de sexo<sup>238</sup>. En definitiva, es doctrina reiterada por el Tribunal Constitucional «que cuando se alegue que una determinada medida encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales, incumbe al autor de la medida probar que su actuación obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental», si bien corresponde al demandado acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato<sup>239</sup>.

La mayor rigurosa que se pretende de la justificación de la legitimidad de la medida cuando aparece un motivo de discriminación con respecto de aquellos casos que quedan dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE<sup>240</sup>, es una cuestión que no ha de ser confundida con el régimen procesal probatorio<sup>241</sup>.

En otros términos, gracias al reconocimiento jurisprudencial en primer lugar y a su consagración normativa posterior<sup>242</sup>, a pesar de que el demandante no queda eximido

---

discriminación en el derecho comunitario”. *Revista de derecho social*, nº 60, 2012. PP. 125-138. CÁMARA BOTÍA, A., “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 33, 2001. P. 92.

<sup>237</sup> Atento a ésta incorrección terminológica, MONEREO PÉREZ, J.L., *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. PP.16-17. Alude al término reparto de la carga probatoria, quien fija su postura en orden a la evolución de la jurisprudencia constitucional, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*. La Ley, Valencia, 2008. PP.128ss. En efecto, el TC dispuso tempranamente que « si existe una diferencia de trato jurídico y se solicita la aplicación del artículo 14, compete a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer la justificación que el diferente trato legal posee», STC 68/1982 de 22 noviembre, RTC 1982\68, FJ 4. Reitera ésta doctrina en sentencias posteriores: SSTC 104/1983 de 23 noviembre, RTC 1983\104 103/1983 de 22 noviembre, RTC 1983\103, FJ 5; 7/1990 de 18 enero, RTC 1990\7, FJ 2; 161/1989 de 16 octubre, RTC 1989\161, FJ 2.

<sup>238</sup> Hablamos de la STC 38/1981, de 23 de noviembre de 1981, considerada el primer pronunciamiento en materia de traslación de la carga probatoria en términos estrictos, considerando que la dificultad probatoria de la motivación antisindical del despido que fue alegada, hubiera podido obviarse trasladando al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, mecanismo extraído de las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT (así, 130 informe, caso número 673, párr. 65), apoyadas en la Recomendación 143 (III, 6.2.e), ante la inexistencia de normas vigentes que incorporasen dicha garantía, FJ 3. Mientras tanto la primera sentencia europea que sirve a construir éste mecanismo de distribución procesal de la carga data de 31 de enero de 1981, *Jenkins*, asunto C-96/80, en el ámbito de la discriminación por razón de sexo. En España, STC 166/1988 de 26 septiembre (RTC 1988\166) la que, por primera vez aplica las reglas de distribución de la carga probatoria en un caso de discriminación por razón de sexo.

<sup>239</sup> Por todas, STC 98/2003 de 2 junio, RTC 2003\98, FJ 2.

<sup>240</sup> Entre otras muchas, SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, RTC 1982/81, FJ 2; STC 85/1983, RTC 1983/85, FJ5; 103/1983, RTC 1983/103, FJ 5; 142/1990 de 20 septiembre, RTC 1990\142, FJ 6; 200/2001 de 4 octubre, RTC 2001\200, FJ 4; 161/2004 de 4 octubre, RTC 2004\161, FJ 3; 233/2007 de 5 noviembre, RTC 2007\233, FJ 5; 9/2010 de 27 abril, RTC 2010\9, FJ 3; 66/2015 de 13 abril, RTC 2015\66, FJ 3.

<sup>241</sup> Así, sostenía que «no creemos que “el más riguroso” haga referencia a la carga de la prueba, pues ésta corresponde a quien sea, pero no es ni más ni menos rigurosa. Lo que es más rigurosa es la justificación», ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. P.389.

<sup>242</sup> Por primera vez contemplado solo como mecanismo de tutela frente a la discriminación por razón de sexo en la Ley 7/1989 de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral. Hoy recogido en el art. 96 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la

totalmente de su carga probatoria, aunque ésta se configure como mínima mediante la presentación de un principio de prueba o prueba verosímil mediante la aportación de indicios. Tal y como advierte el Alto Tribunal, «el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional sino que debe revelar la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha de la lesión denunciada»<sup>243</sup>. Efectuado lo anterior, recaerá sobre el demandado la exigencia de demostrar tanto que la desigualdad se encuentra justificada por razones objetivas como que la causa de discriminación no se encuentra en la base de su decisión,-o bien demostrar la razonabilidad de su existencia cuando se produce una de las excepciones aludidas en las páginas anteriores-. De ésta manera, no se le impone al demandado una prueba diabólica de un hecho negativo sino de la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada ajena a cualquier elemento discriminatorio o a la desigualdad de trato<sup>244</sup>.

Por tanto, no resulta baladí poner de manifiesto la eventual coincidencia del tratamiento procesal de la prueba de la desigualdad y de la discriminación, habida cuenta de que, como el propio Tribunal Constitucional sanciona, éste desplazamiento de la carga probatoria tiene lugar ante la existencia no solo de un indicio de discriminación sino de vulneración de cualquier derecho fundamental. Así, consagrado como tal la igualdad prevista en el primer apartado del art. 14 CE, éste deberá ser el tratamiento procesal frente a lesiones al mismo<sup>245</sup>. De este mismo modo la ley de la jurisdicción social exige que en aquellos casos en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de que se ha producido violación del derecho a no ser discriminado 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, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad<sup>246</sup>.

### 2.3.2.1.2. Consecuencias jurídicas ante la transgresión de los derechos a la igualdad y no discriminación

---

jurisdicción social extensible al resto de causas de discriminación, así como ante la vulneración de cualquier derecho fundamental; también reproducido en el artículos 32 y 36 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, con respecto a los procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando se aporte indicios suficientes de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual ; artículos 13 y apartado 3 de la DA 5ª –que modifica el art. 217.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil- de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LOIMH); finalmente, art. 77 RD 1/2013, de 29 de noviembre.

<sup>243</sup> Entre otras, 214/2001, de 29 de octubre, RTC 2001\214, FJ 4; 14/2002, de 28 de enero RTC 2002\14, FJ 3; 183/2007 de 10 septiembre, RTC 2007\183, FJ 4.

<sup>244</sup> Recoge ésta doctrina, con cita en abundante jurisprudencia anterior y por todas la STC 92/2009 de 20 abril, RTC 2009\92, FJ 3.

<sup>245</sup> La STC 68/1982 de 22 de noviembre de 1982 (RTC 1982\68) ya proclamó el sometimiento a los órganos del Estado demandados a « la carga de ofrecer la justificación que el diferente trato posee», FJ 4. En parecidos términos se pronunciaba la STC de 21 de diciembre de 1982 antes citada. Aclara en otros pronunciamientos, que no se produce en sentido estricto de inversión o desplazamiento, STC 75/1983 de 3 agosto, RTC 1983\75, FJ 5 o 37/2004 de 11 marzo, RTC 2004\37, FJ 6.

<sup>246</sup> Art. 181.2 LJS.

Finalmente, en cuanto a las consecuencias jurídicas de la transgresión al art. 14 CE, podemos sostener que no existen grandes divergencias en el tratamiento de actos, pactos o normas desiguales o discriminatorias.

En primer lugar, partiendo de la premisa comúnmente aceptada en virtud de la cual la igualdad vincula en exclusiva a los poderes públicos, cualquier actividad que provenga de los mismos que resulte contraria al principio general de igualdad puede ser objeto de nulidad, si así lo estima el máximo intérprete de la Constitución. Cuando fuese una ley la que conculcase el referido derecho, cabrá la inconstitucionalidad de la misma mediante declaración expresa por el Tribunal Constitucional que resuelva un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o una autocuestión de constitucionalidad surgida de un recurso de amparo, cuya sentencia tendrá el valor de cosa juzgada, vinculará a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Así mismo, el fallo declarará la nulidad de los preceptos impugnados, así como la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. Del mismo modo declarará nulo cualquier acto o pacto que provenga de la Administración pública tanto si vulnera la igualdad en la ley como en su aplicación y del poder judicial que contravengan el derecho fundamental a la igualdad en aplicación de la ley como consecuencia de la estimación de un recurso de amparo accesible a todos los ciudadanos<sup>247</sup>. Por el contrario, los jueces ordinarios solo están facultados para inaplicar una norma contraria a la Constitución o a las leyes cuando ésta cause desigualdad de trato.

Mientras tanto, cualquier acto, pacto o negocio jurídico que provenga de un sujeto público o privado podrá ser impugnado ante el orden jurisdiccional competente en función de la materia y, a través de un procedimiento ordinario preferente y sumario, como así ordena el art. 53.2 CE. El demandante podrá solicitar la completa cesación de la conducta transgresora a su derecho a la igualdad y a no ser discriminado y la restitución del mismo. Concretamente, por lo que aquí más nos interesa, en el proceso ordinario laboral de impugnación de derechos fundamentales la sentencia que admita la vulneración de los derechos fundamentales aludidos determinará la nulidad radical de la medida infractora, ordenando el cese inmediato de tal actuación y la reposición al demandante en la integridad de su derecho, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la lesión del mismo, incluida una indemnización pecuniaria en los casos en que así procediera. De otro lado, cuando quien demanda es el trabajador por un acto de aplicación del convenio colectivo, la consecuencia jurídica no puede ir más allá de reconocer la vulneración del derecho y reponer al perjudicado en el mismo, mientras que solo es anulable un convenio colectivo o de algunas de sus cláusulas cuando medie la impugnación directa del mismo<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> Arts. 31 a 58 LO Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, (en adelante, LOTC). Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. PP. 13-76.

<sup>248</sup> Art. 182 y 166 respectivamente de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LJS). Según la STC 10 /1996, de 29 de enero, RTC 1996\10, FJ 4, «el interés particular de los incluidos en el ámbito del convenio puede



Por último, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que la desigualdad de trato normativa puede dar lugar a una equiparación en el acceso al derecho o situación que se reputa más beneficiosa, «con la consiguiente extensión del beneficio a los discriminados». Sin embargo, la respuesta jurídica no será siempre la equiparación del perjudicado con el sujeto comparable a modo de extensión del beneficio o privilegio de cuyo disfrute había sido preterido. De éste modo, puede ocurrir que la restauración de la igualdad lleve a considerar inaplicable el beneficio injustificado o arbitrario. Tal ocurre cuando el beneficio otorgado parte de una condición o razón social que implica una discriminación, pero no quiere decir que solo se proporcione tal solución jurídica ante la existencia de discriminación, sino siempre que se constituya una excepción articulada sobre un criterio de diferenciación constitucionalmente inaceptable<sup>249</sup>.

### 2.3.2.2. Diferencias

#### 2.3.2.2.1. Sujetos vinculados

Como corolario de la abolición de los privilegios y la correlativa universalización de la condición de ciudadano, es aceptado comúnmente que el principio de igualdad se concibe como límite frente al legislador que lo obliga a emitir normas generales y abstractas que rigen para todos los españoles y a fundamentar de un modo suficiente (objetivo y razonable) las diferenciaciones normativas<sup>250</sup>. La Constitución consagra ésta premisa en su art. 14 consagrando la igualdad «ante la ley» y se hace extensible al resto de poderes públicos por la vía del art. 53.1 en virtud del cual, «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos». Por tanto, de ésta forma el régimen aplicativo de la igualdad contenida en la primera parte del precepto también funciona como límite a la actividad aplicativa del Derecho. Puede vislumbrarse este planteamiento en la jurisprudencia constitucional más temprana en tanto se reconocía que la igualdad ante la ley supone, en primera línea, un medio de defensa del ciudadano frente a las discriminaciones de que pudiera ser objeto por parte del Poder Legislativo<sup>251</sup>.

En virtud de tal planteamiento, el derecho fundamental que el art. 14 CE confiere a todos los españoles lo es a la igualdad jurídica, es decir, a no soportar un perjuicio -o una falta de beneficio- desigual e injustificado en razón de los criterios jurídicos por los que se guía la actuación de los poderes públicos, elevándolo a la categoría de derecho

---

verse protegido por otras vías procesales que no impliquen la impugnación directa de la norma pactada [...] sino actos concretos de aplicación de la misma».

<sup>249</sup> SSTC 28/1992 de 9 marzo, RTC 1992\28, FJ 4; 114/1992 de 14 septiembre, RTC 1992\114, FJ 6; 3/1993 de 14 enero, RTC 1993\3, FJ 5; 16/1995 de 24 enero, RTC 1995\16, FJ 4. Vid infra § 4.5.2, donde se realiza un examen de la jurisprudencia en materia de extensión de condiciones previstas en convenio a quienes resultaban preteridos de su disfrute.

<sup>250</sup> Sobre el origen de la igualdad contra el poder público y su capacidad para privilegiar determinados ciudadanos, PALADIN, L., voz «Eguaglianza», op.cit. PP. 549ss.

<sup>251</sup> STC 125/1986, de 22 de octubre de 1986, RTC 1986\125, FJ 1. En general sobre la vinculación a la igualdad de los poderes públicos, SSTC 22/1981 de 2 julio RTC 1981\22, FJ 3; 65/1983 de 21 julio, RT C 1983\65, FJ 3; 3/2007 de 15 enero, RTC 2007\3, FJ 2; 66/2015 de 13 abril, RTC 2015\66, FJ 3.

público subjetivo<sup>252</sup>. Este reconocimiento de la vigencia del art. 14 CE frente al poder público, contaminado por la idea liberal de igualdad como escudo frente a poder omnipresente del Estado, se ha consolidado en el tiempo, pero no de forma excluyente con respecto a los individuos privados aunque no como derecho directamente extraíble del art. 14 CE, como se verá, o más bien aplicable en la esfera privada bajo ciertas premisas.

De dicha jurisprudencia parece desprenderse que el alcance de dicha figura es más intensa frente al legislador que frente al resto de sujetos públicos o privados al que apela directamente el precepto constitucional, superada ya aquella fase en que las exigencias de igualdad quedaba asegurada por la propia racionalidad que se asumía incorporada en este tipo de fuentes, dado su carácter general y abstracto. De ésta manera, la igualdad se erige como parámetro de control de las normas heterónomas. Sin embargo, el Tribunal ha apreciado que lo anterior no excluye la existencia de otros destinatarios obligados al respeto de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra la igualdad y no discriminación, si bien con una intensidad menor de la que cabe predicar de la vinculación de los primeros con tales derechos, o más bien, con la necesidad de contemplar otros parámetros de valoración<sup>253</sup>.

Baste apuntar, por ahora, que para el Alto Tribunal no todos los sujetos privados estarían equiparados al nivel de exigencia de respeto a la igualdad y la no discriminación, por el contrario, solo exige que las normas de eficacia general-cualquiera que sea su naturaleza, incluyendo a normas que provienen del poder privado como los convenios colectivos- que introduzcan un tratamiento desigual, deban estar amparadas en algún interés digno de tutela, exigiendo la persecución de un fin constitucionalmente válido o lícito y resulten proporcionadas. Por tanto, el reconocimiento de la vigencia del art. 14 CE frente al poder público parece convivir, de un modo erróneo con la vinculación al mismo nivel de aquellos sujetos en quienes recaiga la facultad de crear normas, como son los convenios colectivos estatuarios a los que colocará, como se verá más adelante, junto a la Constitución y a las leyes, entre las fuentes normativas del Derecho<sup>254</sup>. El planteamiento resulta erróneo como decimos porque se parte de una categoría normativa que proviene, en última instancia, de entes privados que defienden intereses colectivos, mientras que sostiene reiteradamente y como dogma inamovible que los sujetos privados están expresamente limitados por la igualdad de forma matizada, esto es, si se deriva de un principio jurídico que la imponga a todos, de una ley, convenio, costumbre o de la jurisprudencia, además de someter a todos a la prohibición de discriminación según pauta el propio art. 14 CE en su segunda prescripción. Por tanto, la igualdad en los términos descritos no se opone a los sujetos privados.

---

<sup>252</sup> Sobre este aspecto vid. BAÑO LEÓN, J., M., “La igualdad como derecho público subjetivo”, op.cit. PP. 179-195.

<sup>253</sup> Vid. infra § 3.2.

<sup>254</sup> Vid infra § 3.4.1.

### 2.3.2.2.2. Necesidad de aportar un término de comparación en el juicio de igualdad

Aportar un término de comparación en la demanda frente a la transgresión del derecho a la igualdad se trata del presupuesto básico para la aplicación del conocido test de igualdad, término de la comparación que ha de resultar idóneo de tal forma que las situaciones contempladas resulten equiparables sin que el mismo pueda resultar arbitrario o caprichoso y tampoco ilícito<sup>255</sup>. Solamente tras realizar las correspondientes comprobaciones desde el plano subjetivo constatando la existencia de un término de comparación válido, se cuestionará si la diferencia de trato se encuentra debidamente fundada de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten desproporcionadas<sup>256</sup>. Se trata por ende de un ejercicio de evaluación nada sencillo por cuanto a que permite entrar en el verdadero juicio de igualdad –que hasta el momento se concibe como un juicio de identidad- por lo que debe ser llevado a cabo de forma rigurosa<sup>257</sup>.

Aunque como hemos avanzado, desde el punto de vista conceptual la discriminación también se evidencia entre la diferencia de trato de dos sujetos, de manera que se origina ante la comparación entre sujetos, el TC ha ido paulatinamente desacreditando la presencia del *tertium comparationis* como requisito de procedibilidad frente a demandas de discriminación en general y no solo ante la existencia de las excepciones a la existencia de un comparador necesario a las que aludimos. En este sentido, ha advertido que no es requerido necesariamente un término de comparación para evaluar una medida presuntamente discriminatoria, aunque en determinadas ocasiones la misma se pueda concretar en relación a diferencias de trato que pueden ser objeto de contraste o incluso necesitar de éste para que sean apreciadas -mujeres y hombres, nacionales y extranjeros, personas con discapacidad y personas sin discapacidad, etc.-<sup>258</sup>. De éste modo, el elemento comparativo resulta pertinente a los solos efectos de servir a fines probatorios, es decir, para facilitar la demostración de la existencia del motivo discriminatorio, sin que sea precisa su demostración real para que se produzca la discriminación<sup>259</sup>.

Éste cambio interpretativo se asocia por parte de la doctrina a la entrada en vigor de las nuevas directivas en materia antidiscriminatoria en las que el legislador comunitario

---

<sup>255</sup> Que a la vista parece un juicio formal pero que participa de un juicio de valores. En ésta dirección, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, op.cit. P. 154. La exigencia de licitud del término de comparación se extrae por primera vez de la STC 43/1982 de 6 julio, RTC 1982\43, FJ 2.

<sup>256</sup> STC 62/1982 de 15 octubre. RTC 1982\62, FJ 7; 18/1984 de 7 febrero. RTC 1984\18, FJ 7; 13/1987 de 5 febrero, RTC 1987\13, FJ 2;

<sup>257</sup> Además de otras, SSTC 29/1987 de 6 marzo, RTC 1987\2, 9, FJ 5; 29/1987, de 6 de marzo, RTC 1987\ 29; 200/2001 de 4 octubre, RTC 2001\200, FJ 5; 27/2004 de 4 marzo. RTC 2004\27, FJ 2; 160/2012 de 20 septiembre, RTC 2012\160, FJ 7; 71/2016 de 14 abril, RTC 2016\71, FJ 3. Se trata de este juicio de identidad del verdadero problema a resolver previo examen de la existencia de la desigualdad denunciada. En éste sentido, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, op.cit. P. 47.

<sup>258</sup> SSTC 171/2012 de 4 octubre, RTC 2012\171, FJ 5; 104/2014 de 23 junio, RTC 2014\104, FJ 6. En Francia también la Corte de Casación manifestó que “la existencia de discriminación no implica necesariamente una comparación con la situación de otros trabajadores” en su sentencia de 10 de noviembre 2009, *pourvoi n° 07-42.849* o de 23 de marzo de 2011, n° 09-42666 FSPB.

<sup>259</sup> CHIECO, V., "Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento: recenti sviluppi della giurisprudenza" *Riv. giur. lav.* I. 1989.

habría querido relativizar la exigencia de elemento de comparación que solo se advierte para las discriminaciones directas, definidas mediante el efecto desventajoso que sufre una persona que se encuentra en situación comparable con otra, por el mero hecho de su pertenencia a una raza o etnia, religión, de su discapacidad, orientación sexual, poseer determinado sexo o edad o nacionalidad u opinión<sup>260</sup>. En definitiva, se destaca desde hace casi dos décadas por la doctrina científica, el TC y el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 CE, no resulta en todo caso necesario aportar un «tertium comparationis» para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos casos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En tales supuestos lo que se compara, no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales<sup>261</sup>.

#### 2.3.2.2.3. El empleo de la razonabilidad como elemento de distinción en el régimen jurídico de la igualdad y la no discriminación

Es el grado de razonabilidad exigible ante la diferencia de trato el elemento más importante a nuestro juicio en el que se basa la existencia de dos derechos independientes predicables del 14 CE con distinto régimen jurídico. Por tanto, un dato esencial que permite averiguar si estamos frente a una desigualdad jurídica o una discriminación prohibida residiría en el parámetro de razonabilidad imponible al sujeto infractor en virtud de la causa de distinción escogida para interponer una diferencia de trato<sup>262</sup>.

Desde su interpretación gramatical se podría definir la desigualdad como una situación de hecho que se puede producir por la aparición de factores inherentes a la persona, entre los que se encuentran los contemplados en el art. 14 CE así como otros no expresamente previstos (discapacidad, edad...), o bien por motivos exógenos a ésta, como son la existencia de ciertas estructuras sociales o económicas que admiten tales

---

<sup>260</sup>Art. 2.2. a) Directiva 2000/43/CE; 2.2 a) Directiva 2000/78/CE; art. 2.1 Dir. 2006/54/CE Sobre el mantenimiento del criterio comparativo tras la entrada en vigor de las Directivas citadas existen divergencias doctrinales. Vid. LASSANDARI, A. *Le discriminazioni nel lavoro* *Mocione, interesa, tutele*, op.cit. P. 57, cit. 201 y en particular, BARBERA, M. *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, op.cit. P.214, quien apuesta por un derecho absoluto a no ser intimidado, humillado, desventajado, sin necesidad de comparación en “Eguaglianza e differenza nella nuova stagione...”, op.cit. PP. 410-411. Concuerdan con ésta opinión BALLESTRERO, M.V., *Dalla tutela alla parità : la legislazione italiana sul lavoro delle donne*. Il Mulino, Bolonia, 1979. P. 250. BORELLI, S., *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, op.cit. P.107. En sentido contrario, IZZI considera que la regla de la comparación con un elemento realmente existente, permanece siendo efectiva. IZZI, D. “Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie “di seconda generazione”. *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003.P. 426.

<sup>261</sup> STC 240/1999 de 20 diciembre, RTC 1999\240, FJ 6.

<sup>262</sup> En puridad, el control constitucional de igualdad se remite al control de razonabilidad según MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, op.cit. P. 11. El TC diferencia la carga de la demostración de la legitimidad de la diferenciación cuando aparezca enjuiciada la igualdad o la discriminación, STC 81/1982, de 21 de diciembre, RTC 1982\81. FJ 2.

desigualdades<sup>263</sup>. De ser así, el contenido de dicho precepto no podría fragmentarse artificiosamente para así poder vincular a los sujetos privados solo a uno de los dos bloques resultantes, sino a su conjunto y hacerlo útil mediante la aplicación de los mismos parámetros de razonabilidad exigibles en virtud de los bienes y derechos constitucionalmente protegidos que simultáneamente deban ser ponderados en un mismo supuesto fáctico. Como ejemplo de ésta vertiente interpretativa utilizamos la jurisprudencia del TEDH quien reiteradamente sostiene que una distinción de trato es discriminatoria en el sentido del artículo 14 CEDH si «carece de justificación objetiva y razonable», es decir, si no persigue un «fin legítimo» o si no existe una «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido»<sup>264</sup>. En éste sentido también se ha señalado que existen elementos de interpretación unitaria que se desprenden de la propia jurisprudencia comunitaria cuando se afirma que los principios de «igualdad de trato o de no discriminación» se refieren al mismo principio general del Derecho comunitario, que prohíbe, por una parte, tratar de manera diferente situaciones comparables y, por otra, tratar de la misma manera situaciones diferentes, salvo que existan razones objetivas que justifiquen dicho tratamiento<sup>265</sup>.

Ésta confusión converge con la jurisprudencia constitucional española inicial acerca del alcance del art. 14 CE como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior. En aquellos pronunciamientos interpreta de forma unívoca el artículo 14 CE<sup>266</sup>, constituyendo la discriminación una manifestación del principio de igualdad de contenido más específico, que sin embargo, se irá paulatinamente distanciando de la igualdad porque el mismo afirma imponer la paridad de trato, evitando o suprimiendo el empleo de determinadas condiciones o circunstancias personales o sociales cuyo carácter odioso se reconoce como contrario a la dignidad humana<sup>267</sup>. Por ello, se presume que no existe un carácter razonable y teleológicamente fundado del factor a través del cual la diferenciación se introduce, cuestión con la que se comienza a distanciar del control de constitucionalidad de la medida presuntamente desigual, pues los mismos encierran la consideración peyorativa o minusvaloración de un grupo determinado de personas, dada la existencia de prejuicios arraigados en la sociedad y en

---

<sup>263</sup> Sostiene el carácter abierto del catálogo de circunstancias discriminatorias que como elemento primario de referencia en común señala el referente personal o social de indudables connotaciones subjetivas el ATC 28/1986 de 15 enero, RTC 1986\28 AUTO, FJ Único.

<sup>264</sup> Entre otras, SSTEDH de 21 abril 2015, *Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E) contra España*, apartado 42; de 10 junio 2010, *Schwizgebel contra Suiza*, apartado 77; de 30 de septiembre de 2003, *Koua Poirrez* contra Francia, apartado 47; de 16 septiembre 1996, *caso Gaygusuz contra Austria* TEDH 1996\40, apartado 42.

<sup>265</sup> STJCE de 27 de enero de 2005, *Europe Chem; i-Con (Deutschland) GmbH contra Consejo de la Unión Europea*, asunto C-422/02, apartado 33; 12 de diciembre de 2002, *Rodríguez Caballero*, asunto C-442/00, apartado 32 y la jurisprudencia citada. Tradicionalmente el juez comunitario ha empleado un control de proporcionalidad para evaluar atentados al principio de igualdad. MELIN-SOUCRAMANIEN, F., “Le principe d’égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, op.cit.PP.194ss. Mientras tanto, la Directiva 2000/78 (y entendemos también la 2000/43 y 2006/54) ordenan una norma de proporcionalidad más estricta que ante la existencia de atentados a la igualdad. MICHÉA, F., “Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l’âge. Retour sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l’Union Européenne”. *Droit social*, n° 693, 2010. P. 1068.

<sup>266</sup> Desde el punto de vista de la igualdad SSTC 75/1983, de 3 de agosto, RTC 1983\75, FJ 2 o 308/1994 de 21 noviembre, RTC 1994\30, FJ 2, entre otras. Para sostener la existencia de discriminación entre otras, SSTC 46/1999 de 22 marzo, RTC 1999\46,147/2001 de 27 junio. RTC 2001\147, FJ 3. Un análisis del control constitucional de la norma bajo los parámetros del art.14 CE en JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, op. cit. PP.105ss.

<sup>267</sup> PÉREZ DE RÍO, T. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op.cit.1993. P.10. DA ROCHA BRANDAO, D., *La discriminación en el acceso al empleo por razón de nacionalidad*. Comares, Granada, 2015. P. 137. Entre ellas, advierte una relación de género-especie, REY MARTÍNEZ, F., “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad?”, op.cit. P. 172. En parecidos términos, OLLERO TASSARA, A., “Relevancia constitucional de la igualdad”. *Tapia*, n° 49, Madrid, 1989. P. 27.

el Derecho aunque del mismo no descende un principio absoluto que prohíba la disposición de tratamientos diferenciadores en base a elementos subjetivos. En otras palabras, no por ello las normas que distinguen sobre la base de los mismos deben ser consideradas automáticamente inconstitucionales, sino que deberá ser apreciada si la discriminación tiene una razonable y sólida base justificativa de carácter constitucional de carácter cualificado.

El punto de desencuentro más incisivo se encuentra, por tanto, en la intensidad del control de la justificación del hecho diferencial. De ésta forma, en los supuestos en los que la igualdad está interrogada, se produce una «relajación» en los argumentos que permiten justificar la compatibilidad de la medida con los valores constitucionales, de modo que lo que se pretende es obtener una justificación objetiva y razonable suficiente para sostener que la medida es adecuada para lograr una finalidad legítima y resulta, por ello, proporcionada-legitimidad del fin, y adecuación razonable de los medios<sup>268</sup>, habiéndose demostrado que existe un elemento apto de comparación.

Por el contrario, ante la existencia de presuntas discriminaciones, la aparición del «criterio odioso» es un síntoma o prueba aparente de su ilegitimidad. Por tanto, mientras que la igualdad ante la ley y en aplicación de ésta entraña una técnica de control basada en comprobar la razonabilidad de las diferencias establecidas por los sujetos vinculados o por los órganos de aplicación de las normas, la prohibición de discriminación respecto de los colectivos tradicional y sistemáticamente marginados implica una violación más cualificada de la igualdad, debiendo ser eliminada y corregida<sup>269</sup>. Ésta vincula a todos y no cabe, por tanto, la simple justificación objetiva y razonable.

Al respecto cabe señalar que se aplica un juicio de razonabilidad influenciado por la doctrina del «strict scrutiny/intermediate scrutiny» cuando se incorporaba a la demanda de tutela un factor de discriminación<sup>270</sup>. La doctrina del constitucional se irá paulatinamente endureciendo y de éste modo expresará el propio TC que el juicio antidiscriminatorio supone la interdicción de tener en cuenta tales criterios que indica la Constitución para efectuar distinciones de modo que la mera razonabilidad no debe ser

---

<sup>268</sup> Defienden la exigencia no solo de demostrar la ratio de la norma, sino la quiebra del principio de igualdad sobre la base de otro bien jurídico constitucionalmente protegido digno de tutela, pues de lo contrario la igualdad podría diluirse en la interdicción de la arbitrariedad plasmada en el art. 9.3 CE. STC, voto particular formulado por los Magistrados los Magistrados doña Gloria Begué Cantón, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Antonio Truyol Serra a la STC 75/1983 de 3 de agosto de 1983 (RTC 1983\75) al que apela JIMÉNEZ CAMPO, J. “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, op.cit. P.105. Reconocimiento de la exigencia de ponderación de la igualdad con otros bienes y valores constitucionalmente protegidos en las SSTC 39/1986 de 31 marzo, RTC 1986\39, FJ 6 o 58/1986 de 14 mayo, RTC 1986\58, FJ 2; 107/1986 de 24 julio, RTC 1986\107, FJ 2; 315/1994 de 28 noviembre, RTC 1994\315, FJ 4. Por el contrario considera que el TC no exige que el objetivo perseguido por la diferencia de trato sea la tutela de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos superiores a los sacrificados, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”, op.cit. P. 141.

<sup>269</sup> PRECIADO DOMÉNECH, C.H., *Igualdad y no discriminación en el Derecho de la Unión Europea*, op.cit. P. 234. En parecidos términos, REY MARTÍNEZ, F., “¿De qué hablamos cuando hablamos...”, op.cit. P. 180.

<sup>270</sup> El «strict scrutiny» y el «intermediate scrutiny» se configuran como los grados de análisis o control de las normas que pueden producir resultados discriminatorios o desiguales en función del criterio de selección escogido. En realidad, el primero de ellos se reserva en Estados Unidos para la raza, mientras que para el sexo, la edad o la discapacidad es usado el «intermediate scrutiny» que impone un sistema de interpretación menos intenso. Sobre ésta cuestión, TRIBE, L.H., *American constitutional law*, Vol. I, Foundation 3ª ed., 2000. REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo* op.cit. P. 47, nota 28. Vid. sobre los niveles de escrutinio frente a diferencias de trato normativas, RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, op.cit. P.67. Sobre el juicio de razonabilidad vid. entre otros, PRIETO SANCHÍS, L., “Notas sobre la interpretación constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 9, 1991. PP. 117-198. MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op.cit. PP. 111ss.

utilizada como parámetro de habilitación de discriminaciones estrictamente dichas<sup>271</sup>. Se advierte, no obstante, que en ocasiones la mera ausencia de justificación objetiva y razonable sirve para admitir la existencia de discriminación en determinados pronunciamientos en los que no se aclara verdaderamente el alcance de la diferencia entre el juicio de igualdad y el de no discriminación<sup>272</sup>. En ese sentido afirmará en alguna ocasión que la diferencia de trato enjuiciada tan sólo resultará discriminatoria cuando, habiendo ocasionado un menoscabo en el disfrute de los derechos o ventajas derivados de aquel principio, no responde a una razón objetiva, justificada y proporcional, ya que de concurrir tales circunstancias, tampoco resultaría discriminatoria<sup>273</sup>.

Pese a los continuos vaivenes expresados en los anteriores términos, la jurisprudencia reiterada del TC avala y clarifica la cuestión desde el punto de vista teórico en los siguientes términos: «a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex costitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad<sup>274</sup>.

Sentado lo anterior, se observa que la exigencia de razonabilidad no tan rigurosa – correspondiente al *intermediate scrutiny* norteamericano- sirve expresamente de fundamentación ante diferencias de trato discriminatorias especialmente en dos supuestos, a saber, frente a la existencia de discriminación de tipo indirecto y ante la presencia de requisitos esenciales y determinantes para ejercer determinada profesión o progresar en ella que dirime conflictos de discriminación directa. La definición de éste última ha sido obra del Derecho derivado antidiscriminatorio europeo pero adoptada del principio anglosajón de la *bona fides occupational qualification*<sup>275</sup>. No obstante, es

---

<sup>271</sup> STC 83/1984 de 24 julio. RTC 1984\83, FJ.3.

<sup>272</sup> En relación con el sexo, la STC 216/1991, de 14 de noviembre, RTC 1991\216, pero solo porque en ella no se efectúa una diferencia nítida entre desigualdad y discriminación y por ende se utilizan los mismos parámetros de legitimidad. En relación con la nacionalidad, después de incluirla de modo implícito en el segundo apartado del art. 14 CE y en el 17.1 ET, admite la existencia de discriminación porque la diferencia de trato resulta desprovista de una justificación objetiva y razonable, con vulneración, por tanto, del art. 14 CE, STC 5/2007 de 15 enero. RTC 2007\5, FJ 3. También en un asunto que dilucidaba la posible existencia de discriminación por razón de nacionalidad aceptaba que «la razonabilidad del fundamento material de dicha decisión excluye que este caso constituya una discriminación prohibida por el art. 14 CE, por lo que no cabe apreciar una vulneración del derecho fundamental a la igualdad», STC 181/2004 de 2 noviembre, RTC 2004\181, FJ 10.

<sup>273</sup> ATC 94/1997 de 7 abril, RTC 1997\94 AUTO, FJ 3, citando, entre la reiterada jurisprudencia, las SSTC 22/1981 (RTC 1981\22), 19/1982 (RTC 1982\19), 103/1983 (RTC 1983\103), 34/1984 (RTC 1984\34), 20/1985 (RTC 1985\20), 128/1987 (RTC 1987\128), 236/1988 (RTC 1988\236), 145/1991 (RTC 1991\145), 229/1992 (RTC 1992\229) y 147/1995 (RTC 1995\147).

<sup>274</sup> Al principio solo referidas al criterio del sexo, SSTC 209/1988, de 10 de noviembre, RTC 1988\209, FJ 6 o 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; Posteriormente contemplados todos los criterios de discriminación SSTC 200/2001, de 4 octubre, RTC 2001\200, FJ 4; 39/2002 de 14 febrero, RTC 2002\39, FJ 4; 79/2011 de 6 junio, RTC 2011\79 FJ 3; 78/2012 de 16 abril, RTC 2012\78, FJ 3; 66/2015 de 13 abril, RTC 2015\66, FJ 3; 162/2016 de 3 octubre. RTC 2016\162, FJ 4; 2/2017, de 16 de enero, 2017\2, FJ 5. Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La prohibición de discriminación”, CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española*, op.cit. P. 296.

<sup>275</sup> Vid. supra nota 83. Vid. SÁEZ LARA, C., “Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario”, op.cit. P.341. entre algunos ejemplos, Las SSTC 63/2011, de 16 de mayo (RTC 2011, 63), 79/2011, de 6 de junio (RTC 2011, 79), 117/2011, de 4 de julio (RTC 2011, 117) y 161/2011, de 19 de octubre (RTC 2011, 161), declaran la inconstitucionalidad de las prohibiciones del acceso a autorizaciones de nuevas oficinas de farmacia a mayores de sesenta y cinco años.

interesante observar cómo la doctrina española ya aceptó la excepción a la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE cuando sea necesario para dar cumplimiento a un precepto constitucional, de modo que la diferencia basada en una de las causas tasadas de discriminación no solo será legítima cuando esté respaldada por un requisito esencial y determinante relacionado con alguno de los motivos, sino cuando lo haga por un fin constitucionalmente legítimo, es decir, «con fundamento en valores, por lo menos, tan estrechamente protegidos como lo está el afectado»<sup>276</sup>. Precisamente éste último argumento nos depararía en un cierto acercamiento en el plano de la justificación de la diferencia sobre el régimen jurídico de la igualdad y de la discriminación en tanto, también para apreciar la existencia o falta de igualdad de trato se ha indicado que la razonabilidad de la finalidad en la que se fundamenta la diferencia de trato así como la medida en sí misma considerada ha de estar o bien amparada en una finalidad constitucionalmente legítima o bien, en sentido negativo, no contravenir la propia Constitución<sup>277</sup>.

#### 2.4. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo.

Antes de analizar con más detenimiento el impacto de la igualdad y la no discriminación en la negociación colectiva, nos referiremos, brevemente, la discusión en torno a la eficacia horizontal o directa de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas en las que el convenio colectivo se inserta y que afectará de éste modo a la solución que podamos dar al interrogante cuya resolución guía el presente trabajo.

En éste orden, surge en el seno de los ordenamientos jurídicos democráticos la necesidad de expandir la ordenación garantista de los derechos fundamentales a cualquier tipo de relación jurídica. Tal necesidad proviene no solo de la posición que han alcanzado los derechos fundamentales, que se escinden de la esfera de lo público para cubrir cualquier espacio vital, sino también de las modificaciones en los patrones de actuación y evolución que las sociedades modernas presentan. Como consecuencia de ello, se configuran relaciones jurídico- privadas cada vez más plurales, las sociedades se amplían, los mercados se internacionalizan y destacan nuevos centros de poder ocupados por entes o grupos privados en ocasiones revestidos de proyección pública y en otros de mera superioridad. Ante tales circunstancias la exigencia de respeto por

---

<sup>276</sup> Entre otras, STC 214/1991 de 11 noviembre, RTC 1991\214, FJ 8. FERNÁNDEZ LOPEZ, M. F. “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, op.cit. P. 223. JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, op.cit. P. 107. La Corte de casación francesa añade a la indispensabilidad de la demostración de encontrarse la medida justificada por razones objetivas, éstas deberán ser además verificables y pertinentes, detrás de lo cual, se perfila evidentemente un control de proporcionalidad. Soc., 20 de febrero de 2008, Bull. 2008, V, nº 39, nº 05-45 601, sobre la base de la cual no cabe diferencias de categorías profesionales que se justifiquen por ellos mismos. También en Italia se ha sostenido este argumento, MORTATI, C., *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Tomo II. Cedam, Padua, 1976. P.1019.

<sup>277</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, op.cit. P. 63. 129 Esta exigencia se aplica, no obstante, ante la eventual limitación de cualquier derecho fundamental. Entre otras, STC 112/2006 de 5 abril, RTC 2006\112, FJ 8.



estos derechos en cualquier entorno evitaría su volatilización y retroceso a la concepción de antaño que los identificaba con derechos públicos subjetivos<sup>278</sup>.

En Alemania nace, en los años cincuenta, el debate en torno al modo en que los derechos fundamentales han de hacerse efectivos también en el seno de relaciones privadas, o lo que es lo mismo, surge la necesidad de abordar la eficacia horizontal de éstos derechos. Sin embargo, el desarrollo de una teoría unánime dista mucho de ser real y por ello rápidamente la doctrina alemana y poco después a nivel internacional, se dividiría entre los partidarios de afirmar la eficacia directa de éstos derechos - *Drittwirkung Grundrechte*-, bajo distintos postulados teóricos, o por el contrario, negarla.

Descrito brevemente, algunos autores se posicionaban entorno a la teoría mediata o indirecta (*mittelbare Drittwirkung*<sup>279</sup>), que defiende la intervención del Estado en orden a garantizar los derechos fundamentales cuando se ejerciten en el interior de relaciones inter privados, de manera que es aquél el encargado de configurar la situación jurídica de los terceros de acuerdo con tales derechos fundamentales<sup>280</sup>. Para aquellos, los derechos fundamentales son esencialmente derechos subjetivos públicos así como componentes objetivos del ordenamiento. Se caracterizan por su efecto de irradiación en todas las esferas de poder público y per relationem o consecuencia de la actividad de desarrollo de los mismos, se aplicará en la esfera privada<sup>281</sup>. Como tales prescripciones de carácter objetivo o estructural serán definidos por el Tribunal constitucional alemán y posteriormente por otros tribunales constitucionales del mundo<sup>282</sup>. Mientras tanto, otro nutrido grupo de teóricos se decantan por la teoría de la eficacia inmediata de tales derechos (*unmittelbare Drittwirkung*) reconociéndolos como verdaderos derechos subjetivos aplicables en el mundo privado sin necesidad de intervención por parte del legislador, aunque en todo caso el poder judicial deba intervenir en la concreción del derecho fundamental y resolver mediante la ponderación con otros bienes o derechos

---

<sup>278</sup> En ese sentido, DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, op.cit.P.153. Sobre la configuración histórica de los derechos fundamentales como útiles de defensa ante la tiranía del Estado, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G "El principio de igualdad en la relación de trabajo (un apunte sobre la eficacia inter privados del artículo 14 de la constitución)". *Actualidad Laboral*, 1996. P. 613.

<sup>279</sup> A Gunter Dürig se debe la primera formulación de ésta teoría, recogida en su ensayo *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. FS für Nawiasky, Potsdam, 1955. MAUNZ, T. (Edit.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift Hans Nawiasky*. Isar, Múnich, 1956. VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Marcial Pons, Madrid, 2004. P.116. Sin embargo, Jiménez Blanco y García Torres consideran que la consolidación definitiva de la teoría mediata de la *Drittwirkung* es atribuible a J. Schwabe. GARCÍA TORRES, J., JIMÉNEZ BLANCO, A. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1986. P. 36.

<sup>280</sup> STEIN, E., *Derecho Político*. Aguilar, Madrid, 1973.PP. 242-243.

<sup>281</sup> Para Pedro Cruz Villalón, «el legislador es el llamado a determinar, en la medida de lo posible, cuáles son las consecuencias que para las relaciones entre particulares se derivan del hecho de que la Constitución haya reconocido como derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad o el principio de igualdad. En ausencia de previsión legislativa, corresponderá al juez determinar el alcance de la eficacia horizontal». CRUZ VILLALÓN, P., "Derechos fundamentales y derecho privado", AAVV., *La Multipropiedad*. Academia Sevillana de Notariado, Tomo Extra 1, Madrid, 1988. PP. 113- 114. En contra de ésta primera teoría sobre la eficacia directa de los derechos fundamentales, QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales de las personas en las relaciones entre particulares*. Civitas, Madrid, 1981. PP. 54-55. nota 51. En Italia, CERRI, A., "La Costituzione ed il diritto privato", RESCIGNO, P. (Dir.), *Trattato di diritto privato*. Utet, Turín, 1999. PP.129ss.

<sup>282</sup> Sentencia *Lüth-Urteil* BverfG 7, 198, de 15 de enero de 1958. En España, la STC 53/1985 de 11 abril, RTC 1985\53, FJ 4, reconoce que son partes estructurales del ordenamiento, además de incluir derechos subjetivos de los ciudadanos. Tribunal Constitucional Italiano, sentencia nº 25 de 23 de marzo de 1966 y nº 204 de 30 de noviembre 1982. A favor de ésta postura, MENGONI, L. "Autonomia privata e Costituzione". *Banca borsa e titoli di credito*, fasc. 1, 1997.P.3.Por el contrario, sostiene la eficacia normativa de éstos principios BARTOLE, S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione Repubblicana*. Il Mulino, Bolonia, 2004.

dignos de tutela<sup>283</sup>. Los defensores de esta postura sostienen, por tanto, que los derechos fundamentales emanan directamente de la Constitución y no de las normas de desarrollo de ésta y son oponibles frente a todos<sup>284</sup>.

En el ordenamiento interno español, más allá de la controversia doctrinal que divide a los partidarios de extender la eficacia horizontal a todo el texto constitucional de quienes delimitan los derechos que sí son efectivos en la esfera privada y los que no y finalmente quienes niegan éste efecto con carácter general, el Tribunal Constitucional nunca ha cerrado la vía a la aplicación directa de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución, sin que sea necesario que para que todos ellos sean efectivos frente a particulares tengan un desarrollo legislativo, en tanto el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, toda vez que «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social»<sup>285</sup>. Sin embargo, aunque la realidad de ésta afirmación no pueda ser puesta en duda, lo cierto es que el Tribunal Constitucional no ha ofrecido una respuesta contundente, más bien al contrario, es consciente de que la eficacia frente a particulares dependerá del derecho en concreto y de las circunstancias en que es ejercitado, de modo que se trata de una solución que sigue siendo objeto de una importante casuística y relatividad<sup>286</sup>. La exclusión de la eficacia directa de algunos derechos no puede ser puesta en duda, como es el caso del derecho de participación en asuntos públicos y el derecho a acceder a cargos públicos (art. 23), de la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia (art. 24), mientras que otros resultan oponibles frente a todos por su propio carácter protector de la dignidad humana como es el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad ideológica o religiosa (art. 16), dentro de los que ha de ser contemplado el derecho a no ser discriminado por las razones que apunta la Constitución y otras a ellas análogas (art. 14 CE).

---

<sup>283</sup> Su máximo exponente es H.C. Nipperdey, iuslaboralista alemán que la defiende por primera vez en su obra *Die Würde des Menschen*, publicada en 1954 quien, aplica limitaciones subjetivas-solo en situaciones desiguales de poder- y objetivas-no todos los derechos fundamentales la proyectan- a la misma, aunque Pedro Cruz Villalón sostiene que la autoría de la doctrina es de H.P. Ipsen. CRUZ VILLALÓN, P. "Derechos fundamentales y derecho privado", op.cit. P.107. Un amplio sector doctrinal español sigue los postulados de ésta teoría. Vid. BILBAO UBILLOS, J. M, *La eficacia...*, op.cit. cita 274, recoge importante doctrina, P 349. Sin embargo, el propio autor ni la acepta ni la desmiente. Vid. Cita 273 donde recoge la doctrina que se postula en contra de la *Drittwirkung* inmediata. Vid. VON MÜNCK, I. "Drittwirkung de los derechos fundamentales en Alemania", CODERCH, S. (Coord.) *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Civitas, Madrid, 1997. Sobre la «ironía de la historia» para calificar la exclusión de la efectividad de estos derechos en las relaciones privadas en las que, como derechos naturales, se engendraron, PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, Boletín Oficial del Estado BOE/Universidad Carlos III, Madrid, 1995.PP. 619ss. En el mismo sentido, BALLARÍN IRIBARREN, J. "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988.P. 286. Negaba que la función histórica de los derechos fundamentales como límites al poder, fuera una razón válida para negar la vinculación directa de éstos entre los particulares NIPPERDEY, H. C. "Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung". *Recht der Arbeit*, nº. 4, München, 1950.P. 121. En Italia es partidario de ella PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte Generale*. Cedam, Padua, 1985.

<sup>284</sup> QUADRA-SALCEDO JANINI, T., "El recurso de amparo...", op.cit., nota 51, P. 70.

<sup>285</sup> SSTC 39/1983 de 17 de mayo, RTC 1983\39, FJ 2 18/1984, de 7 de febrero, RTC 1984\18 FJ 6; 177/1988 de 10 de octubre, RTC 1988\177, FJ 4. Sobre éste punto de la discusión teórica, PRIETO SANCHÍS L., *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990. PP. 211ss. Ello no quiere decir, en cambio, que todos los derechos sean oponibles a los particulares en la misma medida. VALDÉS DAL RÉ, F. "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador". *RL*, nº 1, 1990. P. 289; GARCÍA TORRES, J., JIMÉNEZ BLANCO, A. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op.cit. PP. 51-53.

<sup>286</sup> Así lo vaticinaba SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, op.cit. P. 161.

Tras la aprobación de la Carta de Niza que sistematiza los derechos fundamentales más comunes de las tradiciones constitucionales europeas y los que consagra como propios el Derecho originario a la que ésta se incorpora, parecíamos haber adquirido un código único de derechos fundamentales que parece destinado a constituir ligámenes horizontales entre los ciudadanos en tanto que se trata del reflejo de una Carta de todos<sup>287</sup>, aunque por el momento no se ha confirmado rotundamente por la jurisprudencia europea que sea éste su destino. En la interpretación de su eficacia ha tenido especial incidencia la doctrina del TJUE quien ya reconoció el efecto horizontal y vertical de la igualdad de trato retributiva entre trabajadores masculinos y femeninos en el conocido asunto Defrenne I, principio anclado en el Tratado constitutivo de la Unión, en la que también se reconoce tal eficacia directa a las normas contenidas en los Reglamentos mas no en las Directivas, aunque ciertos aspectos desarrollados por las mismas pueda producir el mismo efecto horizontal pero solo vertical, es decir, invocable directamente por los ciudadanos contra alguno de los poderes públicos<sup>288</sup>. Por el contrario, incluso una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado exclusivamente entre particulares<sup>289</sup>.

Más recientemente el Tribunal de la UE se ha pronunciado sobre la eficacia directa de los derechos en la CDFUE, recordando que los mismos deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, si bien su reconocimiento debe ser suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal, cual es el caso de prohibición de discriminación<sup>290</sup>. La decisión jurisprudencial a la que nos referimos ha sido acogida en parte de un modo negativo en tanto el Tribunal contradice al abogado general Pedro Cruz Villalón encargado de formular las conclusiones en éste asunto, al excluir la aplicación directa o la producción de efectos en las relaciones particulares del art. 27 de la Carta-derecho de información y consulta de los trabajadores - si no es precisado por disposiciones de Derecho de la Unión o del Derecho nacional. No obstante, por lo que aquí interesa, tanto la sentencia como las conclusiones coinciden en que del contenido del artículo 51, apartado 1 de la

---

<sup>287</sup> BRONZINI, G., "Il rapporto sui diritti fondamentali in Europa: Introduzione", *RIDL* n° 2, 2015. P. 62. En 2007 es creado el *European Observer on fundamental rights respect* (Observatorio europeo sobre el respeto de los derechos fundamentales), donde se recoge la principal jurisprudencia nacional y europea en la que son interpretados los derechos fundamentales proclamados en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, así como la normativa europea en desarrollo de la misma y algunas aportaciones de carácter científico. En 2015 ha publicado el primer Informe sobre los derechos fundamentales de la UE. Se puede consultar el sitio web en el siguiente enlace: <http://www.europeanrights.eu/>.

<sup>288</sup> Art. 288 TFUE. STJCE de 26 de febrero de 1986, *Johnston*, asunto C- 222/84 de 14 de julio de 1990, *Faccini Doni*, asunto C-91/92. Analizando este asunto, SIMON, D., "L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux: confirmation ou infléchissement?". *Europe* n° 3, 2010.

<sup>289</sup> Entre otras, SSTJCE de 26 de febrero de 1986, *Marshall*, asunto C-152/84, apartado 48; de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, asunto C-91/92, , apartado 20; de 7 de enero de 2004, *Wells*, asunto C-201/02, apartado 56; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, apartado 109; de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, apartado 46.

<sup>290</sup> De ésta manera, las disposiciones de la Carta que reúnan los requisitos para producir eficacia directa, es decir, sean lo suficientemente claros y precisos, irradiarán, como en el caso de los Tratados, eficacia horizontal. En ese sentido, LAZZERINI, N., "(Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties: AMS. Case C-176/12, Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT and Others, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 15 January 2014, nyr". *Common Market Law Review*, n° 51, 2014. PP. 921, 925 y 932. Vid. sobre este asunto RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea". *Relaciones Laborales*, n° 10, 2014, PP. 7ss. También confirman la posibilidad de concebir la eficacia horizontal del art. 21 CDFUE el Comité de Expertos Independientes en materia de Derechos Fundamentales en su Informe «Commentary of the charter of fundamental rights of the European Union», op.cit. P. 193.

Carta, cuando exige que la Unión y los Estados miembros respeten los derechos, observen los principios y promuevan su aplicación de acuerdo con sus competencias y dentro de los límites fijados en el reparto de competencias, no puede extraerse la errónea conclusión de que toda ella carece de relevancia en las relaciones jurídico-privadas<sup>291</sup>.

A partir de ésta controversia teórica se ha de hacer frente a la vigencia de los derechos que están siendo analizados en las más variadas relaciones jurídicas. En el escenario laboral, huelga reparar en la capacidad de los sujetos privados –tanto colectivos como individuales, identificado en la figura del empresario- para incidir, en la medida en que poseen competencias suficientes para ello, en los derechos fundamentales de los trabajadores. Precisamente, al margen de las clásicas teorías de origen alemán de referencia, se situarían aquellos quienes consideran que la extensión de la Constitución a las relaciones privadas se da en los supuestos en los que el ordenamiento integra en su seno actos que aparecen como negocios jurídicos privados, pero que en realidad son normas como sería el caso de los convenios colectivos<sup>292</sup>. Se trata ésta de una posición que tendrá importante calado en la jurisprudencia constitucional, como se verá.

Un problema añadido en torno a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones privadas resulta del desdoblamiento que se produce implícita o explícitamente en prácticamente todas las Constituciones de la Europa continental, así como en la CDFUE de la igualdad y la no discriminación resultando dudosa la influencia que del primero de ellos se pueda extraer a las relaciones particulares. En efecto, en su jurisprudencia, el TJUE ha recalado que la prohibición de discriminación, sancionado en el art. 21 de la Carta puede ser aplicada por el juez nacional en un asunto entre particulares<sup>293</sup>. Sin embargo, no existe un pronunciamiento similar respecto de la igualdad ante la ley sancionada en el art. 20 del mismo texto de cuya interpretación no se puede extraer la consagración de un verdadero derecho fundamental. Lo común será interpretar en sentido negativo la eficacia horizontal de éste último manteniendo solo una conexión directa con la prohibición de discriminación como núcleo fuerte de la igualdad pues lo contrario se traduciría en la negación de un derecho subjetivo de carácter constitucional, un derecho inviolable del hombre estrechamente conectado con su dignidad<sup>294</sup>. Ésta interpretación resulta conforme con lo que ha construido

---

<sup>291</sup> STJUE de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, asunto C-176/12, apartado 47, aunque ya había sido reconocido el efecto directo de la no discriminación-por razón de edad-entre particulares en la sentencia Küçükdeveci, antes citada. Pone de manifiesto la contradicción entre la sentencia y las conclusiones del abogado general, BRONZINI, G., "Il rapporto sui diritti fondamentali in Europa: Introduzione", op.cit. P. 69. Un comentario a la misma, MILLÁN MORO, L., "TJUE-Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran sala) – Association de médiation sociale, asunto C-176/12, «política social – Directiva 2002/14/ce – Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea – artículo 27 – sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados – cálculo del número de trabajadores empleados – normativa nacional contraria al derecho de la Unión – función del juez nacional». eficacia directa versus primacía". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 49, 2014. PP.1029-1045.

<sup>292</sup> VARELA DÍAZ, S., "La idea del deber constitucional". *REDC*, nº 4, 1982.P.81.

<sup>293</sup> Vuelve a reiterar éste efecto directo por remisión a la -Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran sala) – Association de médiation sociale, asunto C-176/12, aun sin hacer referencia expresa a la Carta, la sentencia de 19 de abril de 2016, *Rasmussen*, asunto C-441-14, apartado 36.

<sup>294</sup> BORELLI, S., *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, op.cit. P.17. Marzia Barbera cualifica la discriminación como violación de la dignidad humana y de la igualdad originaria de los seres humanos. BARBERA, M *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, op.cit.P.100. La Constitución Italiana liga además la prohibición de distinción por los motivos que contempla con la igual dignidad social.

teóricamente el Tribunal Constitucional español, sobre todo, habiendo sido sostenido que, en base a la posición preeminente de los derechos fundamentales en el Ordenamiento jurídico, como «proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE)», la modulación que el contrato de trabajo puede producir sobre su ejercicio tiene que ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y por ello, cuando se enfrenta ante tales derechos, aplica el test de proporcionalidad en el juicio de ponderación entre dos derechos fundamentales o intereses constitucionales<sup>295</sup>. Por ello, elevada la dignidad a parámetro de control de las actuaciones que puedan limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, se impondría la lógica extensión del respeto de la discriminación entre todos los sujetos sin eliminar las legítimas opciones adoptables en el seno de la propia autonomía individual o colectiva, mas no de la igualdad de trato que solo se extiende y aplica al ámbito público pues de lo contrario se produciría la restricción insostenible de la autonomía de la voluntad privada.

Por lo tanto en España, como ya ha sido referido, se asume que el respeto de la igualdad ante la Ley a la que se refiere la Constitución se impone a los órganos del poder público, mientras que los sujetos privados, en principio, se someten por entero a la prohibición de incurrir en discriminaciones y la igualdad será vinculante para éstos solo si de principio jurídico se deriva la necesidad de igualdad de trato y éste puede venir sancionado por la Constitución- en vía negativa mediante las interdicciones señaladas en el art. 14 CE-, de una norma de carácter legal o convencional, costumbre o principio general del Derecho<sup>296</sup>, introduciendo una suerte de eficacia mediata solo en lo que respecta a la igualdad en el ámbito estrictamente privado<sup>297</sup>. Resultan particularmente relevantes las novedades jurisprudenciales que han sido manifestadas al respecto y que se alejan de una hipotética aplicación directa de la igualdad a los sujetos privados, aludiendo a la aplicación «matizada» del principio de igualdad en el terreno laboral<sup>298</sup>. Esta matización no puede ser interpretada sino en el modo de cerrar la vía a una judicialización de cualquier acto entre particulares que pueda atentar a la igualdad, salvo si se trata de evaluar la quiebra de la discriminación con la que deberán ser ponderados otros intereses o bienes dignos de tutela<sup>299</sup>. Como ya fuera advertido, ni el art. 14CE en

<sup>295</sup> Entre otras STC 20/2002, de 28 de enero, RTC 2002, 20, FJ 4; 170/2013 de 7 octubre, RTC 2013\170, FJ 3.

<sup>296</sup> STC 197/2000 de 24 julio, RTC 2000\197, FJ 5, 36/2011 de 28 marzo, RTC 2011\36, FJ 9. Criticaba la alusión a principios generales del Derecho como un contrasentido que implica que pueda existir un principio jurídico que imponga la igualdad al mismo tiempo que se niega tal carácter al propio principio general de igualdad, ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, op.cit. P. 511ss.

<sup>297</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *El poder disciplinario en la empresa*. Civitas, Madrid, 1991. PP. 317ss. QUADRA SALCEDO JANINI, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales de las personas en las relaciones entre particulares*, op.cit. P. 57, nota 47. Por el contrario, derivado de una interpretación unitaria del precepto que solo vincularía a los poderes públicos, considera que la prohibición de discriminación en realidad vincula a los sujetos laborales privados porque así lo impone la ley. ALONSO OLEA, M., “Discriminaciones laborales y jurisprudencia Constitucional”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 6, 1983. P. 606. La igualdad lo es ante la ley y no ante la autonomía privada sositiene CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa”, op.cit. PP. 114-116.

<sup>297</sup> SSTC 108/1989, de 8 de junio, RTC 1989\108, FJ 1; 2/1998 de 12 enero, RTC 1998\2, F 2; 27/2004 de 4 marzo, RTC 2004\27, FJ 4.

<sup>298</sup> SSTC 108/1989, de 8 de junio, RTC 1989\108, FJ 1; 2/1998 de 12 enero, RTC 1998\2, F 2; 27/2004 de 4 marzo, RTC 2004\27, FJ 4.

<sup>299</sup> STC 197/2000 de 24 julio. RTC 2000\197, FJ 5; 62/2008 de 26 mayo, RTC 2008\62, FJ 5. Visión reduccionista de la aplicación de la igualdad en las relaciones privadas por el TS, entre otras, SSTC de 8 de mayo de 2006, FJ 7 con cita en las SSTC de 13 de mayo de 1991 (RJ 1991\3909) , 22 de mayo de 1991 (RJ 1991, 6826) , 27 de noviembre de 1991 , 17 de junio de 2002( RJ 2002, 7909) , entre otras; pero también experimenta la necesidad de ponderación advirtiendo que tal principio no se proyecta con igual intensidad en el ámbito de las relaciones privadas «porque en estas relaciones la exigencia de igualdad debe armonizarse con otros

su apartado segundo ni el 53CE excluyen una interpretación extensiva del mismo, ni la referencia en el art. 9.2 a los poderes públicos debe ser determinante para excluir la vinculación de los sujetos privados a la prohibición de discriminación. Cabe resaltar a éstos efectos el punto primero del mismo art. 9 CE que vincula a los ciudadanos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico aunque no existe, como en Portugal, remisión expresa a la aplicación directa de los derechos y libertades previstos constitucionalmente a las entidades privadas o más concretamente como en Sudáfrica, cuya Constitución prohíbe a toda persona discriminar a otra de forma directa o indirecta sobre la base de una o más razones, que incluye la raza, el género, discapacidad, edad, etc.<sup>300</sup>.

Por tanto, el mandato antidiscriminatorio se extrae del precepto constitucional sin necesidad de ser concretado en una norma posterior y su fundamento descansa en la tutela de la dignidad del trabajador<sup>301</sup>. Sin embargo, leído el texto del art. 14 CE y aplicado éste sistema de ponderación, algunos autores han sostenido que no habría por qué excluir de plano a los particulares de la apreciación de la igualdad en determinadas circunstancias o, dicho de otro modo, solo vincularlos a una parte del precepto sobre la base de posiciones sociológicas o ideológicas imperantes<sup>302</sup>. En cambio, otros autores han defendido la penetración de la igualdad en el ámbito contractual a través de dos vías indirectas: la interiorización en los esquemas del contrato o por la vía de su inserción en el principio de buena fe contractual<sup>303</sup>. Finalmente una parte minoritaria de la doctrina admite la eficacia horizontal de la igualdad sin más limitaciones que arbitrar un correcto ejercicio de ponderación en el que se pongan en relevancia el valor constitucionalmente protegido, su impacto social, el monopolio de poder que ostenta el presunto infractor y finalmente la existencia o no de un ataque a la dignidad de la persona<sup>304</sup>. No obstante, de nuevo debemos poner en relevancia la diferencia conceptual que debe regir entre la igualdad y la no discriminación que sirve para poder sostener la existencia de dos mandatos autónomos y es la que se refiere a las causas que provocan desigualdad y

---

principios o valores constitucionales y fundamentalmente el de la libertad (artículos 1 y 10 de la Constitución Española), que se proyecta no sólo en el reconocimiento de la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución Española), sino en general en la autonomía privada». de 22 diciembre 2010. RJ 2011\401, FJ 2. Vid. infra § 3.2.

<sup>300</sup> Art. 18.1 de la Constitución de Portugal de 1976. Art. 9 de la Constitución de Sudáfrica de 1996. Una crítica expresa a quienes se fundamentan en principios generales o abstractos de la Constitución como el art. 9.1 CE o la consagración del Estado social y democrático de Derecho como argumento sobre el que sostener la Drittwirkung en CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las funciones disciplinarias en la empresa”. *Actualidad Laboral*, nº 4, 1996. PP.97ss.En parecidos términos, MARTINEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, op.cit. P. 104.

<sup>301</sup> El art. 14 CE en éste aspecto es concreto y debe ser aplicable de forma imperativa mientras que no puede destacarse ésta característica del derecho a la igualdad. Entre otros, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, op.cit. PP. 118-119. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, op. cit. P.P. 95-96 y 261-271. VALDÉS DAL RÉ, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, op.cit. P. 43. GARCÍA TORRES, J., JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales y...* op.cit. PP. 48-49.

<sup>302</sup> Sostenía que la igualdad es en gran parte un concepto eminentemente ideológico, VENTURA, L., *Il principio di eguaglianza nel diritto al lavoro*. Giuffrè, Milán, 1984. PP. 192-197. Sujeto a las doctrinas imperantes de cada época, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, op. cit. P. 46.

<sup>303</sup> Sobre la primera, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Libertad ideológica y prestaciones de servicios”. *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1985. P. 428. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Igualdad y no discriminación en el empleo”. *Derecho y conocimiento*, vol. 1.2001. P. 473. Sobre la segunda, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *El poder disciplinario en la empresa*, op.cit. PP. 310ss. GIL Y GIL, J.L., “Procedimiento de imposición y revisión de sanciones”. *Tribuna Social*, nº 63, 1996. P.40.

<sup>304</sup> Aunque parece apostar por la mediatización de la exigencia del respeto por la igualdad a través de la cláusula de buena fe contractual, sostiene que a la postre el art. 14 CE excluye que los poderes empresariales puedan ejercitarse arbitrariamente, aunque queda introducir diferencias siempre que sean legítimas en cuanto razonables, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales”. *RL*, T. I, 1991. PP.31ss. Defiende firmemente la aplicación del derecho a la igualdad en el ámbito empresarial optando por la ponderación directa entre los derechos implicados, CARRIZOSA PRIETO, E., *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*, op.cit. P. 123.

discriminación respectivamente. Mientras que ha quedado fijado un concepto de igualdad que trata de proteger al sujeto de trato diferente si no encuentra una razón objetiva que legitima la diferencia por más que ésta sea injusta desde el punto de vista subjetivo, la discriminación se sustenta sobre circunstancias que directamente inciden en la dignidad del sujeto, despojándola de ésta cuando se trata de ejecutar la diferencia y sin necesidad de que la misma haya producido el efecto negativo. De éste modo no podemos afirmar que la igualdad, en éste aspecto, pueda estar concebida para limitar la esfera privada al mismo modo que lo hace en el ámbito público.

En Derecho comparado también existe un fuerte enfrentamiento entre quienes sostienen la aplicación de la igualdad a todos, indistintamente la naturaleza pública o privada del sujeto. De éste modo, la extensión del efecto de la prohibición de discriminación inter privados es una cuestión resuelta en sentido positivo con carácter general<sup>305</sup>. No así, la extensión del límite que impone la igualdad de trato que sigue dividiendo a la doctrina. Así, en Italia la doctrina mayoritaria es reacia a sostener dicha implicación de la igualdad entre sujetos privados a pesar de que Corte Constitucional en un conocido pronunciamiento parecía haber afirmado lo contrario con respecto a la imposición a los sujetos negociadores y al propio empresario a la paridad retributiva<sup>306</sup>. La tesis menos sustentada considera igualmente extensible todo el contenido del art. 3 CI a las relaciones privadas, en particular a las de trabajo<sup>307</sup>. El Tribunal Constitucional italiano identificó en aquella sentencia la violación del principio de igualdad no solo en la irrazonabilidad de la diferencia, sino sobre todo en la lesión que se provoca en el ámbito de la igual dignidad de la persona, entendida en sentido absoluto como un conjunto de derechos y libertades dirigidos a desarrollar la personalidad moral y civil del trabajador, y en sentido relativo como posición social y profesional ocupada por el ciudadano en calidad de prestador de trabajo dependiente<sup>308</sup>. Hasta tal pronunciamiento, era jurisprudencia consolidada también por el Tribunal de Casación italiano la inexistencia de un principio general de igualdad de trato en los negocios jurídicos entre sujetos privados, una línea jurisprudencial que se sigue considerando hoy como la

---

<sup>305</sup> Con algunas excepciones entre quienes se encuentra PICKER, E., "Antidiscriminazione come programma per il diritto privato". *Riv. crit. dir. priv.*, 2003. PP. 687ss. A menos que el legislador así lo imponga, CARUSI, D., "Il principio di eguaglianza nel diritto civile: vecchie e nuove prospettive", MOROZZO DELLA ROCCA, P. (Coord.) *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*. ESI, Nápoles, 2002. PP. 10 ss.

<sup>306</sup> Sent. Cort. Cost 103/1989 de 9 de marzo, en la que después de recordar la prohibición de actos discriminatorios por parte del empleador, insta a la tolerancia de eventuales diferencias en materia retributiva o de encuadramiento a igualdad de funciones, siempre que estén justificadas y sean razonables en base a la Constitución y a las leyes. La doctrina en este punto se encuentra dividida, aunque son más los partidarios de negar la vinculación aducida. Vid. BARBERA, M., "El desafío de la igualdad". *Temas Laborales*, n° 59, 2001. P. 244. MAZZOTTA, O., "La resistibile accessa della parità di trattamento retributivo tra i lavoratori subordinati". *Mass. Giur. Lav.*, 1989. P. 127; SCARPELLI, F., *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*. Giuffrè Milano, 1993. PP. 260ss, con amplia referencia bibliográfica en la nota 172. PERSIANI, M., "Diritto del lavoro e razionalità". *Arg. dir. Lav.* 1995, I. PP.9ss, para quien la cuestión ésta resuelta en Italia en sentido negativo. En esa misma línea, LASSANDARI, A., *Le discriminazioni...*, op.cit. P. 264. En efecto, otros autores que sostienen la aplicación directa del art. 3.1 CI a las relaciones privadas consideran que de ello se desprende la aplicación de la nulidad de los actos discriminatorios pero no la paridad de tratamiento. CRISAFULLI, "Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore". *Riv. giur.lav.*, I. 1954. P. 67. Por ello, resulta para algunos más convincente la tesis en virtud de la cual el art. 3.1 solo vincula al legislador pero no a los privados, excepto en las hipótesis de discriminación. PALADIN, V., *Il principio costituzionale d'egualianza*, op.cit. PP. 213ss.

<sup>307</sup> GALOPPINI, V. "Osservazioni sul principio della parità di trattamento nel diritto privato". *Riv. giur.lav.*, II, 1965. PP: 39ss. CHIECO, "Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento: recenti sviluppi nella giurisprudenza", op.cit. PP 480ss. Junto a ello, la norma de paridad que impone el art. 36 CI y las normas internacionales y comunitarias constituyen el complejo normativo que exige igualdad de trato como límite a la autonomía privada según TREMOLADA, M., *Autonomia privata e parità di trattamento fra lavoratori*, op.cit. P 7. Considera que, en efecto, en el ordenamiento italiano la regla de paridad solo operaría en materia retributiva, SANTUCCI, R., *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzativa*. Giappichelli, Turín, 1997. P. 2, nota 12.

<sup>308</sup> BARBERA, M. *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, op.cit. P. 266.

dominante<sup>309</sup>. De este modo, se afirma mayoritariamente que no hay espacio para llevar a cabo la indagación acerca de los motivos de la elección adoptados en el ámbito de la autonomía privada, individual o colectiva puesto que su racionalidad «es intrínseca y coincide con el punto de encuentro de los intereses de las partes o con la composición del conflicto sindical»<sup>310</sup>.

Mientras tanto en Francia la consideración de la vinculación de las personas privadas a los principios y reglas de valor constitucional y en concreto de la obligación de igualdad es defendida por un importante sector de la doctrina entre quienes se encuentran Favoreu<sup>311</sup>, cuya posición parece estar secundada por la Corte de casación francesa en cuanto aplica el principio de igualdad en las relaciones laborales privadas exigiendo que los trabajadores equivalentes en cuanto a nivel profesional y características de mérito y capacidad no puedan ser tratados de forma desigual. Si bien, no se reconoce de forma ilimitada y general la igualdad entre todos los trabajadores sino que queda circunscrita su aplicación al perímetro de la empresa<sup>312</sup>. Sin embargo, se trata ésa de una doctrina que proclamó que el precepto que sanciona la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres por trabajo igual o de igual valor, se extrae de un principio más general de igualdad de remuneración por el mismo trabajo o un trabajo equiparable reconocido en otros preceptos del mismo cuerpo legal y lo hace extensible al empresario, sin que se haya manifestado en términos expresos a favor de extender el principio de igualdad a cualquier otro aspecto de la relación profesional<sup>313</sup>.

### 3. LÍMITES IMPUESTOS POR LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Habiendo abordado desde la vertiente jurisprudencial y doctrinal el análisis conceptual y el régimen jurídico aplicable al art. 14CE, es hora de adentrarnos en el tema central de ésta investigación que trata de discernir si aquel precepto limita en su plenitud a la

---

<sup>309</sup>MEUCCI, M. “La parità di trattamento (nuovamente negata dalla Cassazione)”. *Lavoro e previdenza Oggi*, n. 11/1997. P. 2020. ESPOSITO, M., *Profili costituzionali dell'autonomia privata*. Cedam, Padua, 2003.PP. 212ss. Entre otras, Sentencias del Tribunal de Casación nº 6030 y 6034 de 29 de mayo de 1993 y nº 4570 del 17 de abril de 1996, entendiendo que ni la Constitución (arts. 3 y 41) ni la legislación ordinaria (art. 15 SL que solo instaura la prohibición de discriminación interprivatos) articulan una regla de la paridad retributiva entre trabajadores subordinados. Mientras tanto la sección laboral de la Casación (en adelante Cass.) se distanció de dicha línea argumentativa, Cass. n. 11515/1995; Cass. n. 6448/1994; Cass. n. 3024/1994; Cass. n. 1530/1994, etc. Más recientemente niega la aplicación de un principio de igualdad de trato en las relaciones privadas en la sent. Cas. De 19 de julio de 2007 nº 16015 o de 26 de septiembre de 2014 nº n. 20356 Una recomposición de la orientación sobre el principio de paridad de trato con respecto a la autonomía individual y colectiva, en la sentencia nº 11206/2009.

<sup>310</sup> BARBERA, M., “El desafío de la igualdad”, op.cit. PP. 247-248. Un estudio más reciente en CHECCHINI, B., *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*. Giappichelli, Turín, 2016.

<sup>311</sup> FAVOREU, L., “Bloc de constitutionnalité”, DUHAMEL, O., MENY, Y., (Dirs.) *Dictionnaire Constitutionnel*. Puf, Paris, 1992. P.87. MÉLIN- SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité...* op.cit. P. 277-278, si bien el autor identifica la prescripción de igualdad con la proscripción de discriminación, interpretando la segunda como una concreción de la primera. En sentido opuesto, LYON CAEN, A., “L'égalité e la loi en droit du travail”. *Dr. Soc.*, nº 68, 1990. PP. 68ss.

<sup>312</sup> Sobre ésta idea, AUZERO, G., “L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise”. *Dr. soc.* 2006. P. 823. En jurisprudencia, Sent. .Cass. Soc. de 14 de septiembre de 2010 nº 03-43074, Bull, civ. V, nº 235, Der. Soc. 2005.1049. Obs. C.Radé. No es aplicable, en sentido opuesto, a nivel de grupo de empresas, Sent.Cass. Soc., 16 de septiembre de 2015, nº 13-28.415.

<sup>313</sup> La igualdad retributiva entre mujeres y hombres se encuentra consagrada en los arts. L3221-2 del Código de Trabajo, mientras que el principio más general de igualdad salarial por trabajos de igual valor oponible al empresario lo hace derivar de los arts. L. 2261-22 y L. 2271-1 se sitúa en el caso Ponsolle, Cass. soc., 29 oct. 1996, nº 92-42.291.



negociación colectiva y, en su caso, con qué intensidad, o si por el contrario solo sujeta a los interlocutores sociales al respeto por la prohibición de discriminación como al resto de sujetos particulares mientras que la igualdad en su acepción como derecho independiente, no les alcanza. Desde este punto de vista, la influencia de tales mandatos en el desarrollo de los pactos colectivos, puede ser evaluada desde distintas perspectivas.

En primer lugar, desde la perspectiva formal, relativa al propio instrumento normativo en el que se convierten los convenios colectivos, se plantea la idoneidad de los mismos para quedar sujetos de forma pura y simple tanto a la igualdad como a la no discriminación en tanto normas jurídicas productos de la autonomía de la voluntad colectiva de la que gozan los representantes de trabajadores y empresarios. El artículo 14 CE define una igualdad que solo es oponible a las leyes estatales, aquellas que emanan de los poderes públicos, mientras que el art. 37 CE solo consagra la eficacia vinculante del convenio colectivo. De tal modo, por la vía de la equiparación del convenio colectivo a la norma legal podría ser confirmado el límite que supone la igualdad en el desarrollo de estos pactos. Éste planteamiento no ha estado exento de controversias doctrinales que serán puestas de manifiesto en las siguientes líneas.

Desde un distinto plano, pero estrechamente ligado al anterior, se plantea la vinculación en toda su extensión de la negociación colectiva a la igualdad y no solo al derecho antidiscriminatorio en tanto son el fruto de una negociación llevada a cabo por entes cuasi públicos o dotados de relevantes dotes institucionales consagradas en el art. 7 CE. Pues bien, podemos adelantar ya que en ningún caso los interlocutores sociales adquieren en España la categoría de poder público desde que fuese promulgada la Constitución de 1978 que acaba con un sistema sindical corporativo mediatizado por el Estado, aunque se asume que sus funciones adquieren notable repercusión en un porcentaje muy amplio de la sociedad.

Finalmente, desde el punto de vista material, la eventual aplicación de los mencionados derechos a los convenios colectivos puede provenir de la aceptación de la eficacia directa de los derechos fundamentales, anteriormente descrita. Si se acepta esta premisa, que como veremos, no es compartida por toda la doctrina, las relaciones jurídico privadas, entre las que se encuentra el convenio colectivo, como contrato convenido entre actores privados, quedaría vinculada prima facie por ambos derechos.

### 3.1. Valor jurídico y eficacia del convenio colectivo

#### 3.1.1. Autonomía colectiva como fuente de poder normativo

Los primeros teóricos que analizaron el fenómeno negocial en el ámbito laboral definieron a la autonomía de la voluntad colectiva residenciada entre los antagonistas sociales como la capacidad que a través de ésta adquieren de ejecutar un poder normativo originario, es decir, aquella facultad de dotarse de medios regulativos propios

prescindiendo de cualquier reconocimiento estatal, lo que produce la creación de un orden jurídico autónomo cuya esfera de aplicación será la que los propios sujetos colectivos decidan<sup>314</sup>. Por tanto, la negociación colectiva escaparía al poder regulador del Estado, en tanto no precisa de su reconocimiento ni se encuentra por ello sometido al mismo<sup>315</sup>. Desde ésta perspectiva, se vislumbra que el ordenamiento jurídico que nace de las relaciones colectivas de trabajo no encuentra su origen en la propia Constitución o en una norma fundamental estatal, sino de una norma implícita en virtud de la cual los interlocutores reconocen recíprocamente a la negociación colectiva como modo típico de creación de futuras normas de conducta o de fijación de las condiciones de trabajo<sup>316</sup>. Aunque sigue siendo aquella una definición válida sobre todo para aquellos Estados que no interfieren en el desenvolvimiento de las relaciones laborales colectivas, la anterior es una postura teórica criticada y preterida por la doctrina precisamente porque se trata con carácter general de un poder normativo que no escapa a la injerencia estatal<sup>317</sup>. Como ocurre en España donde los convenios colectivos quedan sometidos a la ley y a la propia Constitución, en la que se eleva a derecho fundamental a la negociación colectiva.

Opuesta a la teoría de la atribución de un poder originario como efecto de su autonomía colectiva se encuentra la teoría de la delegación normativa que es aquella que consagra la normatividad del convenio solo porque una norma de rango legal ha delegado o conferido éste poder a los sujetos colectivos<sup>318</sup>. Junto con aquellos que reniegan de la virtualidad de ésta postura, en España no podría tener acogida, pese a que determinado sector doctrinal se decanta por ésta opción valorativa de la negociación colectiva en tanto el propio Tribunal Constitucional eliminó toda interpretación del convenio colectivo en ésta dirección<sup>319</sup>.

Con carácter intermedio surge la teoría de la integración, en virtud de la cual la carta de naturaleza normativa del convenio negociado en virtud de la autonomía de la voluntad colectiva la proporcionaría la propia Constitución<sup>320</sup>. En ella parece ubicarse la mayor parte doctrina española pues ciertamente, la autonomía de carácter colectivo de los

---

<sup>314</sup> Teoría que se utiliza en la doctrina alemana desde finales del siglo XIX pero que hoy alberga pocos seguidores. La recoge GIERKE, O. F., *Deutsches Privatrecht*. T. 1 Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig, 1985. PP. 142ss. En Francia es defendida por LYON CAEN, G., *Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du Travail. Homage à P. Horion*. Faculté de Droit, Liège 1972. PP. 173ss. Del mismo autor, "Négociation et convention collective au niveau européen". *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 4, 1973. PP. 582ss. En Italia, se define desde los años 50 a la autonomía colectiva como elemento esencial del derecho sindical, donde se sitúa como presupuesto para la formación de un marco de relaciones interasociativas y creadora de un ordenamiento autónomo, GIUGNI, G., "Appunti all'interpretazione del contratto collettivo". *Riv. dir. lav.* II, 1984. PP. 169ss. También en *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, Traducción y Estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. Comares, Granada, 2004. P.10.

<sup>315</sup> CORREA CARRASCO, M. *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, op. cit. P.115.

<sup>316</sup> Existente, independientemente de las particularidades de los diferentes países en materia de negociación colectiva, según afirma ALIPRANTIS, N., *La place de la convention collective dans la hierarchie des normes*. LGDJ, París, 1980. PP. 5ss.

<sup>317</sup> ALIPRANTIS, N., *La place de la convention collective dans la hierarchie des normes*, op.cit. PP: 29ss.

<sup>318</sup> En Alemania definen de este modo las relaciones entre las leyes y los convenios colectivos. HUECK, A., NIPPERDEY, H.C., *Lehrbruch des Arbeitsrechts*. T. II, Vol. 1.7 ed. Francfort s. M., Berlín, 1973. PP. 347-348. ZÖLER, W., *Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht*. Manz, Viena, 1996. P. 13 nota 28.

<sup>319</sup> No resulta posible, advierte el Tribunal, asimilar una relación entre la Ley y el Convenio como la que se produce entre norma delegante y norma delegada. STC 58/1985 de 30 abril, RTC\1985\58, FJ 3. En contra de la asunción de la teoría de la delegación para explicar la capacidad normativa de los sujetos negociadores, ALIPRANTIS, N., *La place de la convention collective dans...*, op.cit. PP. 34-35.

<sup>320</sup> BIEDENKOPF, K. H., *Grenzen der Tarifautonomie*. Karlsruhe, 1964. PP. 182ss. En contra de ésta teoría porque al fin y al cabo supone la especificación de la teoría de la delegación, LYON CAEN, G., *Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du Travail*, op.cit. P.176.

interlocutores sociales, se desprende de la conjugación de los artículos 37.1 CE, relativo a la negociación colectiva, la libertad sindical proclamada en el artículo 28.1 CE y finalmente por la categoría institucional de la representación de los sujetos negociadores que pertenecen a sindicatos y asociaciones empresariales tal y como establece el artículo 7 CE. También con carácter intermedio se concibe la teoría de la recepción que explicaría el poder normativo de los actores sociales por la recepción de los convenios en el sistema de fuentes estatal<sup>321</sup>. En base a la anterior, el orden convencional preexistente no desaparece, sino que es recibido por el ordenamiento jurídico para integrarlo entre sus fuentes sometido al principio de jerarquía y situado tras las normas de carácter legal. Ésta teoría resulta acorde con la construcción dogmática efectuada por el TC español al menos en lo que respecta al convenio estatuario, con la salvedad de que en nuestro ordenamiento existe reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva con fuerza vinculante. Dicho reconocimiento constitucional no obsta a que en base a la autonomía de la voluntad colectiva de la que gozan, los ejes de actuación de los sindicatos y las asociaciones empresariales sean la definidas por ellos mismos dentro del respeto a la propia Constitución y a la ley como bien claro lo deja el art. 7 CE, por más que dicha facultad no esté exenta del establecimiento de ciertos límites externos a su independencia organizativa como lo es la exigencia de una estructura democrática o al ejercicio del derecho de la negociación colectiva cuya fuerza vinculante debe ser asegurada por el legislador.

En última instancia, la autonomía colectiva de la que goza el ordenamiento intersindical se traduce en la atribución de representatividad de los interlocutores sociales de todos los trabajadores como categoría y no meramente como afiliados y por lo tanto, su representación lo es de intereses y no de voluntades<sup>322</sup>. Por esta razón, los convenios se han considerado como la «ley del grupo» dirigidos como destinatarios potenciales a toda la categoría interesada como consecuencia del predominio de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la individual<sup>323</sup>, aunque parten en algunos ordenamientos de la vinculación reducida o limitada de tales pactos a los afiliados y quienes posteriormente se adhieran al pacto<sup>324</sup>. A pesar de que la ley les otorga un mandato representativo a los interlocutores sociales, éstos gozan de autonomía y libertad en el ejercicio de la

---

<sup>321</sup> ALIPRANTIS, N., *La place de la convention collective dans...*, op.cit. PP. 36-38. El autor propone en su obra la teoría de la recepción de las normas convencionales en el orden jurídico estatal, que requiere pues, de un reconocimiento posterior estatal y de la incorporación en el sistema jurídico de fuentes. Ello no obsta para el reconocimiento autónomo de un orden jurídico profesional autónomo.

<sup>322</sup> STC 73/1984 RTC 1984\73.

<sup>323</sup> Como así lo ha reiterado el TC en numerosos pronunciamientos. Entre otras, SSTC 105/1992, de 1 de julio de 1992, RTC 1992, 105; 208/1993 de 28 junio, RTC 1993\208; 25/2001, de 26 de septiembre, RTC 2001, 225; 238/2005, de 26 de septiembre, RTC 2005, 238.

<sup>324</sup> GIUGNI, G., *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, op.cit. PP. 100-102. Sostenía que los sindicatos, en cuanto forma de organización nacional, tiende a considerarse representante de los intereses laborales en sentido amplio, y por tanto, también de trabajadores secundarios o externos al propio sector corporativo, PIZZORNO, A., “Fra azioni di classe e sistema corporativo”, AA.VV. *Movimento sindacale e società italiana*. Feltrinelli, Milán, 1977. P. 204. Por su parte, considera a los convenios colectivos como propias leyes profesionales DESPAX, M., *Conventions collectives de travail*. Dalloz, Paris, 1989. P.1, con cita a CHAUCHARD, J.P., *La conception française de la Négociation et de la convention collective de travail*. Thèse, Paris.1984.

actividad representativa<sup>325</sup>, revocable únicamente por medio de nuevas elecciones de los órganos de representación superando así la noción civilista de mandato<sup>326</sup>.

### 3.1.2. Eficacia de los convenios colectivos

#### 3.1.2.1. Convenios colectivos estatutarios

Sentada la existencia de una autonomía de la voluntad colectiva como fuente de un poder normativo, se constata por la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia española que la ley ha dejado de ser de forma paulatina, la norma general y abstracta de eficacia normativa en exclusividad en nuestro ordenamiento. Dentro de tal afirmación se conciben dos consideraciones. Por una parte, otros instrumentos son investidos de la misma eficacia normativa sin ser ley, como sucede con el convenio colectivo, con las precisiones que se harán más adelante. En segundo lugar, la ley es utilizada de forma singular en numerosas ocasiones, perdiendo las notas de generalidad y abstracción que les son propias y abriéndose camino al establecimiento de normas ad personam o singulares legítimas bajo ciertos presupuestos<sup>327</sup>. Sumadas las premisas anteriores, el resultado es una cierta devaluación de la importancia de la ley como pieza clave y única del sistema normativo aplicable a todos los ciudadanos indistintamente, al menos en el ámbito laboral aunque su papel sigue siendo central. El convenio colectivo significa por tanto, en aquellos sistemas de relaciones laborales que han optado por dotar de una eficacia reforzada a los convenios colectivos, la ruptura del poder heterónimo normativo estatal y la incardinación en el sistema de fuentes de una facultad autónoma de los interlocutores sociales para dotarse de su propio Derecho<sup>328</sup>. Como consecuencia de una notoria evolución del contenido del art. 14 CE en clave interpretativa, el Tribunal constitucional español va a concretar la limitación que proyecta el principio de igualdad del artículo 14 CE con respecto a la negociación colectiva en virtud de la naturaleza jurídica y efectos que de ella se deriva.

Como punto de partida a la explicación de su naturaleza y eficacia tenemos que señalar que, ante todo, poseen una naturaleza paccionada y estrictamente privada, circunstancia

---

<sup>325</sup> STS de 1 de junio de 1990, RJ 1990/5001. En Francia ya se advirtió cómo la referencia a la noción técnica de mandato o de gestión de los asuntos ajenos se revelaba insuficiente para justificar la aplicación del principio contractual a los efectos relativos al convenio colectivo. DESPAX, M., *Négociations, conventions et accords collectifs*, op.cit. PP. 34-35 y 76.

<sup>326</sup> Código civil. Del mandato. Artículo 1713: «El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato expreso». Reconoce que la atribución de poder representativo al sindicato se ha de separar de la noción jurídica civil de mandato GIUGNI, G., *Lavoro, leggi, contratti*, op.cit. P.172.

<sup>327</sup> Sobre la definición de ley singular en España, STC 166/1986 de 19 diciembre, RTC 1986\166, FJ 10. Lo corriente es que la ley sea general y abstracta pero puede acoger también «un mandato singular o excepcional», GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, vol. I, 13.a edic, 2006. P. 124. Precisamente «la necesidad de intervenir activamente en la activamente en la dinámica social hace imposible hoy seguramente legislar siempre en términos de absoluta generalidad» RUBIO LLORENTE, F., «El principio de legalidad». *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, nº39, 1993.P. 37 PALADÍN, L., «La legge come norma e come provvedimento». *Giurisprudenza costituzionale*. 2. 1969. PP. 881ss. En el mismo sentido se manifiesta PIZZORUSSO, A., *Lezioni di diritto costituzionale*. Il foro italiano, Roma. 1981. P. 157; Sentencia del Tribunal constitucional italiano nº 80, de 14 de abril de 1969.

<sup>328</sup> En parecidos términos, BENOETXEA ALKORTA, A., «Convenios colectivos como instrumento para la igualdad de género», Seminario Internacional sobre Defensorías para la Igualdad de género en Europa, Palacio de Miramar de Donostia- San Sebastián, del 5 al 7 de septiembre de 2007. P.3.

que para algunos autores no es óbice para contradecir su carácter normativo<sup>329</sup>. Es posible apreciar del sistema comparado que la naturaleza normativa y el carácter de fuente del Derecho no resultan características innatas de éstos instrumentos de regulación de las relaciones profesionales, sino que tales credenciales son finalmente fruto del desarrollo legislativo del derecho a la negociación colectiva<sup>330</sup>.

En España, la opinión doctrinal dista aún de ser pacífica aunque poca discusión suscitaba en los últimos tiempos esta cuestión hasta el advenimiento de las reformas de la negociación colectiva entre los años 2010-2012 que vuelven a propiciar una oleada de posiciones encontradas sobre la verdadera eficacia del convenio colectivo en España. Esto demuestra que la controversia doctrinal, lejos de estar zanjada, se encontraba aletargada. Brevemente explicaremos en qué consisten las distintas vertientes interpretativas de la naturaleza y eficacia jurídica de tales pactos.

En primer lugar, en la doctrina existen partidarios de negarles tajantemente el carácter normativo. En ese sentido, se afirma que el artículo 37.1 CE otorga a los negociadores un poder extra ordinem, limitándose a sancionar un ámbito de libertad<sup>331</sup>. Son partidarios de otorgar tanto naturaleza como eficacia contractual u obligacional al fruto de la negociación colectiva. De este modo, con independencia de la fuerza vinculante que éstos despliegan sobre el contrato individual y del reconocimiento institucional de quienes los negocian, su naturaleza privada hace derivar la misma naturaleza de lo pactado y la misma eficacia aun siendo ésta vinculante para los contratos individuales. Desde ésta concepción contractualista del pacto sostienen que la eficacia general que se otorga a los convenios negociados conforme a las reglas estatutarias se ha identificado con su eficacia normativa y ésta directamente desprendible de la fuerza vinculante reconocida constitucionalmente, lo que tachan de error interpretativo pues cabe asegurar ésta última por otros medios distintos a otorgarle la misma fuerza que a las leyes del Estado<sup>332</sup>. El fundamento de ésta teoría se residencia además de en la propia naturaleza tanto de los sujetos pactantes como del producto en que deviene lo negociado, en la propia lógica constitucional que ni reconoce que los sindicatos y asociaciones empresariales sean sujetos equiparables a los órganos públicos del Estado, ni tampoco atribuye el carácter de ley a los convenios, de modo que no existe fundamento constitucional para sostener la postura contraria más que por la existencia de

---

<sup>329</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., TOMÁS JIMÉNEZ, N., “El reconocimiento internacional y europeo del derecho a la negociación colectiva”, MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., (Dir.), *El sistema de negociación colectiva en España*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013. P.51.

<sup>330</sup> Así, en la doctrina italiana reconoce Rusciano que el convenio colectivo tiene vocación de norma general y abstracta sobre el sector profesional al que afectará, RUSCIANO, M., *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, op.cit. P.35. Sobre el debate en torno a la naturaleza del convenio colectivo en Francia, DESPAX, M., *Négociations, conventions et accords collectifs*. 2 ed. Dalloz, Paris, 1989. PP 73ss.

<sup>331</sup> VALDÉS DAL RÉ, F., “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”. *Temas Laborales*, nº 76, 2004. P.52.

<sup>332</sup> Entre otros, RUIZ CASTILLO, M.M., ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y colectivo en el panorama actual de las fuentes del derecho del trabajo*, op.cit. PP. 97-98. DURÁN LÓPEZ, F., “Los convenios colectivos”, en SEMPERE NAVARRO, A, (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 2003. PP. 175-184; también en “Los convenios colectivos, el sistema de fuentes y las relaciones laborales”, en AA.VV., *Estado social y autonomía colectiva: 25 años de negociación colectiva en España. XVII Jornadas de estudio sobre negociación colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2006.P. 99. Quien propone de lege ferenda una reforma del Estatuto en éste sentido en, *Una visión liberal de las relaciones laborales*. Universidad de Córdoba, 2006, especialmente PP. 131 a 145. Éste último, sin embargo, había sostenido el carácter normativo del convenio colectivo en “El convenio colectivo en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo: Las relaciones Ley-Convenio colectivo. El papel de la autonomía individual”, AA.VV. *La negociación colectiva*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992. PP.251-252.

«infiltraciones» corporativas de la noción y eficacia de los convenios. En definitiva, se asienta una visión liberal de las relaciones colectivas de trabajo que se adaptarían mejor a un Estado democrático de Derecho desde una reforma legal que recondujese la figura al ámbito de los contratos.

Contrarios a la aplicación de dicha visión meramente obligacional del convenio, la mayoría de la doctrina sostiene que aquellos negociados de conformidad con la disciplina legal concretada en el Título III ET, tienen la eficacia propia de las normas jurídicas -tesis normativista-. Para éstos, siguen siendo hoy, como en la época pasada, fuentes de Derecho objetivo, aunque ahora adquieren este fundamento a través de una Constitución democrática. Se diferencian, según reconoce la jurisprudencia y la doctrina dominante, de otros instrumentos contractuales como aquellos que no tienen cabida en el nomen legis de convenio colectivo o los que, aun respondiendo a la morfología del tipo legal de convenio colectivo, no se han celebrado con arreglo a las previsiones estatutarias. Dentro de ésta corriente de pensamiento se sitúan los partidarios de la tesis defendida por Gurvitch quien, como otros autores que se alinean con la teoría de la atribución originaria del poder normativo a los actores sociales, admite la capacidad de mismos para crear Derecho dentro de un sistema plural de ordenamientos donde coexiste con el poder estatal<sup>333</sup>. En cambio, en España, la mayoría de autores que defienden la eficacia jurídico- normativa del convenio colectivo terminan por instalar al mismo en el campo de las fuentes de Derecho objetivo, configurándolo como una norma que se inserta en el ordenamiento jurídico estatal asimilable a de Derecho público<sup>334</sup>. En ese sentido, como afirmara el Tribunal Constitucional, adquiere una relevancia cuasi pública, no solo por el carácter representativo institucional de quienes lo negocian, sino por la eficacia normativa que despliegan; o el Tribunal Supremo, para quien el convenio colectivo, al igual que la ley, se dota del carácter de instrumento público de regulación<sup>335</sup>.

La tesis normativista identifica la fuerza vinculante proclamada por el art. 37.1 CE con la eficacia normativa del convenio colectivo<sup>336</sup>. Por ello, este tipo de normas no pueden

---

<sup>333</sup> GURVITCH, G., *Elementos de sociología jurídica*. Comares, Granada, 2001. En sentido concordante con Gurvitch, GARCÍA MURCIA, J., *La revisión...*, op.cit. P. 101. Lo sitúa en el plano del pluralismo jurídico más que social, ARGÜELLES BLANCO, A.R., “Convenios colectivos”, op.cit. P. 162. DUPRET, B. “Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica”. *European Journal of Legal Studies* [en línea] <http://www.ejls.eu/1/14ES.htm>. 2007. P. 1. Sobre la inclusión de la negociación colectiva dentro de una pluralidad de Ordenamientos Jurídicos en el orden constitucional francés vid.ODOUL-ASOREY, I., *Négociation collective et droit constitutionnel: contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*. L.G.D.J. Lextenso editions, Paris, 2013. PP. 55ss. DURAND., P., “Le dualisme de la convention collective de travail”. *Revue trimestrale Droit Civile*, 1939. P. 353. RIPERT, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 1951. PP. 93ss En Italia destaca el tratamiento de la teoría del pluralismo de ordenamientos jurídicos de ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*. Sansoni, Florencia, 1947. PP.128-129. GIUGNI, G., *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, op.cit. PP.11ss.

<sup>334</sup> Describe de forma excelente el contenido de cada una de las teorías Valdés dal Ré quien, sin embargo, consideró que la exclusión del convenio colectivo del ámbito de los contratos trae causa, de seguro, en la confusión entre la función normativa del convenio y la forma a través de la cual dicha función se instrumenta: «Con buen criterio, a mi juicio, nuestro texto constitucional recupera para el convenio colectivo su genuina y originaria condición de contrato, de acuerdo nacido de la autonomía privada colectiva que encuentra en el conflicto social por excelencia su natural espacio de desarrollo», VALDÉS DAL RÉ, F. “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”, op.cit. P. 26ss.

<sup>335</sup> SSTC 177/1988 de 10 octubre. RTC 1988\177, FJ o 27/2004 de 4 marzo, RTC 2004\27, FJ 4; SSTS 27 septiembre 2004, RJ 2004\6329, FJ 3; de 11 noviembre 2008, RJ 2008\7043, FJ 5; 9 junio 2009, RJ 2009\4172, FJ 1; de 9 febrero 2011, RJ 2011\2730, FJ 2.

<sup>336</sup> ALONSO OLEA, M., “Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución”, op.cit., PP. 22-26 y 121-123; RODRÍGUEZ-SANUDO, F., “La negociación colectiva en la Constitución”, AA.VV., “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución. CEC, Madrid, 1980. P. 458; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva, Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. MTSS, Madrid, 1987. PP. 111-126; MOLERO

ser consideradas en suma como un puro y simple contrato, ni por sus efectos ni por su apariencia formal, ni por el propio nomen iuris que ha sido concienzudamente evitado<sup>337</sup>, mientras que en Italia precisamente se ha optado por denominarlo «contratto collettivo», denotando la diversa naturaleza y arraigo privado que supone la figura convencional en dicho contexto jurídico. En virtud de éste argumento, el convenio se afianza como auténtica fuente del Derecho<sup>338</sup>. Esa pareció ser la intención del constituyente al concluir la redacción del art. 37 CE según las opiniones vertidas sobre el mismo por algunos portavoces parlamentarios<sup>339</sup>.

Muestra de ello es que el contrato individual está vinculado a las condiciones mínimas configuradas en el convenio que le sea de aplicación a la relación laboral en cuestión, siendo tal sistema de vinculación propio de los poderes normativos: el convenio colectivo contiene una regulación externa al contrato de trabajo sin producir el efecto de inserción o incorporación al contenido del mismo<sup>340</sup>. De esta manera, al hablar de la fuerza vinculante también se habla de su eficacia jurídica, del «despliegue de cambios o transformaciones que, en la realidad jurídica va a producir la vigencia de esa autónoma reglamentación de intereses que el convenio colectivo arrastra de manera ineludible»<sup>341</sup>.

---

MANGLANO, C., *Sistema normativo laboral*. Colex, Madrid, 1987. PP. 65-66 y 104; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución española*. CEC, Madrid, 1991. PP. 74ss; RIVERO LAMAS, J. Y DE VAL TENA, A., "El derecho a la negociación colectiva", SEMPERE NAVARRO, A., (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 2003. PP.668-669. La elaboración más detenida de esta tesis la efectúa CORREA CARRASCO, M., *La negociación colectiva como fuente de Derecho del Trabajo*, op.cit. con abundante apoyo doctrinal general, PP. 87 y ss. SERRANO ARGÜESO, M., *La teoría de las fuentes en Derecho Individual del Trabajo*. Dykinson, Madrid, 1999. PP. 217-232. El predominio de las tesis normativistas es palpable en las ponencias generales de los profesores GALIANA MORENO, J.M., LÓPEZ LÓPEZ, J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, así como en muchas de las comunicaciones de dicho Congreso. MONEREO PÉREZ, J.L., TOMÁS JIMÉNEZ, N., "El reconocimiento internacional y europeo del derecho a la negociación colectiva", op.cit. P. 55. RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional". *Relaciones laborales*, nº 1, 1992. PP. 47-54. ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, op.cit.P.120. SALA FRANCO, T., *La negociación colectiva...* op.cit. P. 11. DE LA VILLA GIL, E., GARCÍA BECEDAS, G., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Editorial Centro de estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 1991. P- 104. ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La autonomía colectiva: concepto", ALARCÓN CARACUEL, M.R., REY GUANTER, S., (Coords.), *La reforma de la negociación colectiva*. Monografías jurídicas, Madrid, 1995. P. 59.

<sup>337</sup> «El Convenio, que constituye el resultado de la negociación, no es sólo un contrato, sino una norma que rige las condiciones de trabajo de los sometidos a su ámbito de aplicación» (la cursiva es nuestra), STC 73/1984 de 27 junio, RTC 1984/73, FJ 2. Relativo al nomen de este tipo de pactos, MESA LAGO, C., "En torno a la denominación de los convenios colectivos". *RDT*, nº 47, 1961.

<sup>338</sup> VALDÉS DAL RÉ, F., "La eficacia jurídica de los convenios colectivos", op.cit. PP. 43sst. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Las relaciones laborales en la Constitución". *Libre Empresa* 1978, nº 8. P.104; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "La negociación colectiva en la Constitución", en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, op.cit. P. 458; RIVERO LLAMAS, J., "La contratación colectiva en el Acuerdo Marco Interconfederal de 5 de enero de 1980", en AA.VV., *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva*. IEES Madrid, 1980. P. 152. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1983. P. 113. ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*. Civitas, Madrid, 1982. P.120. ARGÜELLES BLANCO, A.R., "Convenios colectivos", GARCÍA MURCIA, J., (Coord.), *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*. Universidad de Oviedo, 2007. PP. 161ss. En opinión drásticamente contraria, Lahera Forteza, J., niega su ubicación en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento porque tales circunstancias no se deducen de ningún precepto constitucional, en "La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español". *Relaciones Laborales*, tomo 1, nº 1, 2008. P. 165. En La Ley digital. P. 4.

<sup>339</sup> Evaluando la enmienda presentada al entonces art. 37CE por parte del Grupo Parlamentario de Alianza Popular, advierte el señor Gari Mir, portavoz de Unión Centro Democrático que lo que pretende el precepto aludido es garantizar «la negociación colectiva que no es sino la expresión de un entendimiento entre las partes, de un acuerdo consecuencia de mutua colaboración que produce la adopción de una norma, el convenio colectivo, al que el mismo artículo concede carácter vinculante». Sesión Plenaria núm. 36 celebrada el martes, 11 de julio de 1978. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, nº 107, 1978. José Vida Soria, del grupo parlamentario socialista, defendía en la sesión del Pleno del Senado celebrada el jueves, 28 de septiembre de 1978 que el art. 37.1 constitucionaliza «lo que llamamos la autonomía colectiva, es decir, la facultad que tienen los grupos sociales de darse normas», Diario de sesiones del Senado, nº 61 de 1978.

<sup>340</sup> MARTÍN VALVERDE, A., "Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo", AA.VV., *Los límites del convenio colectivo: la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*. V Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992. P. 66.

<sup>341</sup> VALDÉS DAL RÉ, F., "La eficacia jurídica de los convenios colectivos", op.cit. P. 49.

Dicha eficacia para muchos se desencadena de la Constitución y no, por el contrario, del art. 3 ET que solo se dedica a jerarquizar las fuentes del Derecho aplicable a la relación laboral, donde contempla también a los contratos individuales, los usos y las costumbres laborales<sup>342</sup>. Éste conjunto de autores consideran avalada su tesis por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual la fuerza vinculante implica la imposición del contenido normativo del convenio a las relaciones individuales que regula, constatando su carácter de normas y no de contratos<sup>343</sup>. Además, también de la «fuerza vinculante» que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas, se extrae su sometimiento al principio de publicidad, consecuencia de la proclamación de España como Estado de Derecho y garantía esencial del principio de seguridad jurídica<sup>344</sup>. Ésta postura se resume en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en virtud del cual: «el art. 37.1 CE reconoce el derecho a la negociación colectiva y garantiza la eficacia vinculante del convenio colectivo, encomendado al legislador de manera imperativa garantizarla, de modo que la facultad normativa de las partes sociales encuentra su reconocimiento jurídico en la propia Constitución (STC 58/1985, fundamento jurídico 3 °). Y aunque esa facultad negociadora debe entenderse sometida lógicamente a la Constitución y a la regulación que el Estado establezca [STC 210/1990 ( RTC 1990\210)], dada la subordinación jerárquica del convenio colectivo respecto a la legislación (art. 3.1 LET), lo que implica que el convenio colectivo ha de adecuarse a lo establecido a las normas de superior rango jerárquico [SSTC 58/1985, 177/1988 ( RTC 1988\177) y 171/1989 ( RTC 1989\171)], la sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado»<sup>345</sup>.

Quedan afectos, por tanto, al principio de jerarquía normativa que permite que el legislador imponga límites al contenido del convenio, así como a la propia fuerza vinculante siempre que no limite su contenido esencial, sin que ello afecte a la normatividad de su eficacia. Precisamente la capacidad del legislador de limitar aspectos que se consideran de esencial incidencia en la capacidad de autoorganización de los sujetos colectivos ha provocado intensos debates sobre la pérdida o inexistencia originaria de su carácter normativo. Tanto así, parte de la doctrina más reciente advierte del declive de la eficacia normativa de los convenios colectivos ante las últimas reformas-prioridad aplicativa, inaplicación del convenio de ámbito superior, límite de la ultraactividad- que erosionan la capacidad jurídica de imponer sus condiciones una vez pactadas en torno a los cauces establecidos por el ET<sup>346</sup>, cuando no de la consolidación

---

<sup>342</sup> Así lo reitera la jurisprudencia del TS, recogida en la STS de 4 de febrero de 2013. Del art. 3.1 ET parece hacer desprender su eficacia normativa, apoyado además en la jurisprudencia citada, CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., “Eficacia y vigencia del convenio colectivo”, AA.VV., Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ediciones Cinca, Madrid, 2015. P.290.

<sup>343</sup> 58/1985 de 30 abril. RTC 1985\58, FJ 3.73/1984 de 27 junio. RTC 1984\73, FJ 2.

<sup>344</sup> STC 151/1994, de 23 de mayo de 19, RTC 1994\151, FJ 2.

<sup>345</sup> STC 92/1992 de 11 junio, RTC 1992\92, FJ 4.

<sup>346</sup> Señala repetidamente el declive al que se ve sometida la eficacia normativa del convenio colectivo, MONTOYA MELGAR, A., “El declive de la eficacia normativa del convenio colectivo”. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 161, 2014. Del mismo autor, “Un apunte sobre el declive de la eficacia normativa del convenio colectivo”, GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Coord.), *El derecho a la negociación colectiva: Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014. PP. 309-323. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., “Eficacia y vigencia del convenio colectivo”, op.cit. PP. 301-306. También en esta dirección, GUTIÉRREZ PÉREZ, M., “El deterioro de la negociación colectiva tras las últimas reformas”, GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.), *El derecho a la negociación colectiva*, op.cit. P. 237. Por el contrario, consideran que los



de la postura contractualista como la única alternativa viable para explicar la coherencia del impacto de las mismas sobre la estructura y efectos de la negociación colectiva<sup>347</sup>.

Dentro de la posición normativista existe, por otra parte, una interpretación concurrente avalada por un reconocido sector doctrinal que sostiene que la operatividad del art. 37 CE depende de su desarrollo legal y por ende, de éste nacerá la normatividad de la norma paccionada o su eficacia contractual<sup>348</sup>. En virtud de ésta perspectiva teórica que tiene cierto apoyo jurisprudencial<sup>349</sup>, ha sido el legislador el que le ha otorgado eficacia normativa mediante las reglas previstas en el Título III ET, a pesar de que dicha norma no hace mención a ello entre aquellos artículos sino únicamente en el art. 3.3 cuando se refiere a normas laborales «legales o pactadas»<sup>350</sup>, en materia de permisos cuando se alude a la «norma legal o convencional»-art. 37.2 d) ET- o indirectamente a través de la obligación de dar publicidad a los mismos (art. 90.3 ET), constituyendo éste una exigencia de toda norma integrante del ordenamiento jurídico<sup>351</sup>. Los seguidores de ésta tesis de la configuración legal del derecho a la negociación colectiva tienen razón en cuanto con ella se obedece a la válida opción entre la eficacia normativa u obligacional que se encomienda a la ley respetando en todo caso su fuerza vinculante, que produciría efectos, en todo caso, al margen de un desarrollo legal del precepto<sup>352</sup>. En efecto, ello ha sucedido en la práctica en Italia, donde la ausencia de desarrollo del art. 39 CI que

---

cambios normativos, económicos y sociales no han contribuido a mermar la naturaleza normativa del convenio, VILLAVICENCIO RÍOS, A., “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”. *Revista de Trabajo*, nº 3, 2006 P. 214. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., *Negociación colectiva, igualdad y democracia*. Comares, Granada, 2016. P. 249.

<sup>347</sup> LAHERA FORTEZA, J., “La eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos estatutarios”, MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, N., (Dirs.), *El sistema de negociación colectiva en España*, op.cit. PP. 308-309.

<sup>348</sup> Se afirma que el artículo 37 CE, ni establece la eficacia normativa del convenio colectivo, ni lo caracteriza como fuente del Derecho, ni le otorga carácter *erga omnes*. Ha sido ésta una opción de política legislativa. FERIA BASILIO, F., “La intangibilidad del convenio colectivo tras la reforma laboral 2010-2013”. *Relaciones Laborales*, nº 6, 2013. Recogido en la Ley Digital. P.2. MONTOYA MELGAR, A., “Un apunte sobre el declive de la eficacia normativa del convenio colectivo”, GORELLI HERNÁNDEZ, J., J., *El derecho a la negociación colectiva*, op.cit. P. 309. QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *Los convenios colectivos irregulares*. Consejo Económico y Social, Madrid, 1999. P. 63. SARGADOY BENGOCHEA, J.A., *La eficacia de los convenios colectivos y su contenido en el Estatuto de los Trabajadores*. IES, Madrid, 1981. PP. 23-24. ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Las relaciones Ley-convenio colectivo”, ROJO TORDECILLA, E., (Coord.) *Las reformas laborales de 1994 y 1997*. Marcial Pons, Madrid, 1998. P. 17. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*. CES, Madrid, 2000. P.54.

<sup>349</sup> El TC alude al «carácter normativo que tienen legalmente reconocido los pactos sustanciales del Convenio», SSTC 105/1992, de 1 de julio. RTC 1992/105, FJ 6; 238/2005 de 26 septiembre. RTC 2005/238, FJ 4.

<sup>350</sup> VALDÉS DAL RÉ, F., “El paradigma legal en la negociación colectiva”. *Relaciones Laborales*, nº 6-7, 1990. P. 113. También en *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*. Acarl, Madrid, 1989. PP. 25ss. ROMERO DE BUSTILLO, S., “Voluntad colectiva e individual en la relación laboral”. AA.VV. *La administración de los convenios colectivos y su valor normativo*. III Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva. MTSS, Madrid, 1991. PP.17ss. MONTOYA MELGAR, A., “Un apunte sobre el declive de la eficacia normativa del convenio colectivo”, GORELLI HERNÁNDEZ, J., J., *El derecho a la negociación colectiva*, op.cit. P. 310. Alonso Olea, quien se adscribió a la tesis que equipara eficacia vinculante y normativa, posteriormente vino a asumir las diferencias entre ambos conceptos, ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, op.cit. PP. 117-118. Contrarios a hacer desprender la normatividad del art. 3.3 ET LAHERA FORTEZA, J., “La eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos estatutarios”, op.cit. PP. 302-303. Del art. 3 ET, deficiente en su técnica jurídica, no puede hacerse desprender su normatividad, DURÁN LÓPEZ, F., “Los convenios colectivos, el sistema de fuentes y las relaciones laborales”, op.cit. P. 97.

<sup>351</sup> Un análisis del efecto de la publicación del convenio en PASTOR MARTÍNEZ, A., *La vigencia del convenio colectivo estatutario: análisis jurídico de su dimensión temporal*. Lex Nova, Valladolid, 2008. PP.128ss. Sin embargo, algunos advierten que este requisito no resulta siempre imprescindible a efectos de reconocimiento de su normatividad, CORREA CARRASCO, M., *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*. Aranzadi, Pamplona, 1997. PP. 149-150, mientras que los convenios extraestatutarios, es factible su depósito voluntario de las partes, ex. DA 2ª Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

<sup>352</sup> CARMONA CUENCA, E., “Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica”. *Revista de Estudios Políticos*, nº 76, 1992. P. 108. Menos defendida, la tesis intermedia o de la subsidiariedad defiende la fuerza vinculante del convenio consagrado constitucionalmente solo si el legislador no hubiese desarrollado el precepto en cuestión. GALIANA MORENO, J.M., “La eficacia de los convenios en el derecho español de trabajo”, GALIANA MORENO, J.M., LÓPEZ LÓPEZ, J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *La eficacia de los convenios colectivos*, op.cit. P. 50.

consagra el derecho a la negociación colectiva y prevé los cauces para que ésta adquiera eficacia general no ha impedido el desarrollo de un modelo de negociación articulado sobre bases propiamente sindicales, cuyos convenios son de eficacia personal limitada pero automáticamente aplicables e inderogables por las partes de forma individual<sup>353</sup>.

Finalmente, una tercera corriente doctrinal, que cobra paulatinamente mayor fuerza en la doctrina, avala una interpretación mixta del convenio en cuanto a su naturaleza y eficacia, siendo considerado como un «contrato con eficacia real»<sup>354</sup>, es decir, un tipo sui generis de contrato en cuanto a la eficacia adquirida. Así, Lahera Forteza, en su insistente intento por demostrar que el convenio colectivo es un «contrato con eficacia real» y no un producto con eficacia normativa, acude al Derecho comparado para afirmar que la intervención estatal que convierte en vinculantes a los convenios colectivos no altera la naturaleza contractual del producto negociado<sup>355</sup>. Según el autor, la tesis del «contrato colectivo con eficacia real» está capacitada para ofrecer un género que abarca todas las especies de negociación colectiva, una teoría que afirma haber asumido en algún pronunciamiento el propio TC y también en la jurisprudencia ordinaria que se ha referido en alguna sentencia reciente al convenio como «norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa»<sup>356</sup>. En síntesis, se defiende que el contrato colectivo con eficacia real incorpora, tanto desde el plano constitucional como del legal, los rasgos esenciales de todas las manifestaciones de la negociación colectiva: inderogabilidad in peius y automaticidad en el ámbito personal al que sea de aplicación<sup>357</sup>.

---

<sup>353</sup> Art. 2.113 del Código Civil italiano, que reconoce que las cláusulas convencionales también disciplinan el contrato individual de forma análoga a las normas imperativas de ley, GIUGNI, G., *Diritto sindacale*. Cacucci, 8ª Ed., Bari, 1986. P. 144.

<sup>354</sup> VALDÉS DAL RÉ, “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”, op.cit. P. 37. No obstante, asegura el autor, «la garantía de la eficacia real, entendida como contenido indisponible para el legislador en el ejercicio de sus funciones normativas, queda protegida, desde luego, por la caracterización del convenio colectivo como una norma jurídica, por su incardinación en el sistema formal de fuentes del Derecho y su consideración de fuente de derecho objetivo; pero esa garantía también es compatible con la configuración del convenio colectivo como un contrato» P. 55.

<sup>355</sup> En la Europa continental surge la enunciación del convenio como contrato normativo. Vid. GIUGNI, G., *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, op.cit. PP.87-88. Cita doctrina alemana e italiana en nota 147. El autor reconoce su naturaleza contractual pese a la eficacia normativa que pueda desplegar el convenio, incluso si fuese debidamente desarrollado el art. 39 CI. VARDARO, G., *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*. Franco Angeli, Milán, 1985. En Francia la doctrina creó la teoría de la naturaleza dual del convenio colectivo, como contrato con efectos normativos, DURAND, P., “Le dualisme de la convention collective de travail”, op.cit. PP. 353ss. Sostiene que nada obsta para reconocer eficacia normativa a la negociación colectiva sin que sea incompatible con su naturaleza contractual y ello gracias a la representación legal de todos los trabajadores de la que gozan los sindicatos representativos ALIPRANTIS, N., *La place de la convention collective....*op.cit. PP. 75-76. En Portugal también se reconoce su eficacia normativa de los convenios adoptados al amparo de lo dispuesto en el art. 56-3-4 de la Constitución y de las normas legales que lo desarrollan y concretan, a pesar de su inicial eficacia personal limitada, mientras los restantes carecen de fuerza normativa vinculante GOMES CANOTILHO, J. J. MOREIRA, V., “Nota XI al art. 56”. AA.VV., *Constituição da República portuguesa Anotada*. 3.ª edición, Coimbra Editora, Coimbra, 1993. P. 308. LEITE, J., “El sistema de negociación colectiva en Portugal”, AA.VV., *Experiencias de la Negociación Colectiva en Europa y sus puntos críticos*. XVIII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005. PP. 57ss.

<sup>356</sup> STS 443/2016 de 18 mayo, RJ 2016\3259, FJ 4 en el que reproduce el FJ 4 de la SAN 49/2015 de 23 marzo (AS 2015\465).

<sup>357</sup> LAHERA FORTEZA, J., *Normas laborales y contratos colectivos*. Reus, Madrid, 2008. PP.114. Del mismo autor, “La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español”, op.cit. P. 6. MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, N., *El sistema de negociación colectiva en España*, op.cit. PP.294-295. Los autores franceses con carácter general admiten una naturaleza mixta, en tanto dotan de eficacia normativa a los convenios que poseen efectos imperativos y automáticos sobre el contrato reconociendo, no obstante, su origen contractual. DESPAX, M., *Négociation, conventions et accords collectifs*, op.cit. P. 77ss. DURAND, D., *Le dualisme de la convention collective de travail*, op. cit. P. 353. ROUAST, A., “La nature de l’efficacité de la convention collective”. *Dr. soc.*, 1960. P. 693. La aplicación automática al contrato de trabajo, salvo disposición más favorable de éste último se dispone por el art. L2254-1 del Código de Trabajo francés y la jurisprudencia ha confirmado la nulidad de la cláusula contractual contraria al convenio y su sustitución por la disposición correspondiente. Sent. Cass., de 20 de noviembre de 1986. Bull, V, nº 552. P. 418. Se rechaza pues la aplicación de la teoría de la incorporación del convenio al contrato. Vid. OLLIER, M., *Droit du travail*. A. Colin, Paris, 1972. P. 347. En tanto que, de admitir lo contrario, produciría la confusión entre contrato y convenio colectivo, RODIERE, P., *La convention collective du travail en droit international*. Thèse, Paris I, 1980. P. 126. ALIPRANTIS, N., *La place de la négociation collective...*op. cit. PP. 262ss.

Debe ser ésta última posición la más acertada, desde nuestra opinión, habida cuenta de la naturaleza intrínseca del convenio y de los efectos que produce, concordando con Valdés dal Ré al definir el contenido esencial de la fuerza vinculante mediante la cual se trata de asegurar a las reglas y disposiciones de los convenios, garantía que debe procurar la ley y del modo en que ésta estime más oportuno, una vinculabilidad más fuerte y diversa de la que resulta de la mera aplicación de los principios rectores de la libertad contractual<sup>358</sup>. En efecto, los autores que apelan a la eficacia normativa como elemento consustancial a los mismos en aplicación del art. 37 CE, se basan en una jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, cuyo origen se sitúa en el FJ 3 de la STC 58/1985 de 30 de abril<sup>359</sup>, en la que el Alto Tribunal no está admitiendo tal premisa, sino definiendo la fuerza vinculante como el efecto automático e inderogable de las cláusulas normativas o reguladoras, estas son, aquellas que regulan las relaciones individuales y colectivas de trabajo denominadas en tal modo por oposición a las obligacionales, encargadas de gestionar compromisos de carácter instrumental asumidos por las partes<sup>360</sup>. A ésta dicotomía aludía expresamente el Estatuto de los trabajadores al mantener la ultraactividad de las cláusulas normativas y no de las obligacionales una vez perdida la vigencia del mismo-ex. art. 86.3 ET- y por tanto, existente cuando se emitió el pronunciamiento del TC en 1985. En la actualidad, la referencia a contenido normativo y obligacional ha desaparecido pero encontramos una reminiscencia a éste desdoblamiento en el art. 82.2 ET que se refiere en primer lugar a la función reguladora de las condiciones de trabajo y de productividad de los convenios –contenido normativo-<sup>361</sup>, mientras que, seguido de punto y coma advierte que en el mismo se podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten-contenido obligacional-. Por lo tanto, a nuestro modo de ver, el Tribunal no trató entonces de concebir una eficacia normativa ex constitutione, sino admitir que del art. 37 CE se deriva la facultad de representantes de trabajadores y empresarios de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva con carácter imperativo y automático para las relaciones profesionales individuales. Aunque algún autor ha pretendido que la diversificación en contenido normativo y obligacional en la que se divide el convenio colectivo en su aspecto material, traiga consigo la atribución, así

<sup>358</sup> Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la 8/2015 de 22 enero (RTC 2015\8) al que se adhieren la Magistrada Doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado Don Luis Ignacio Ortega Álvarez, apartado segundo.

<sup>359</sup> Por ejemplo a ella se remiten las SSTC 177/1988 de 10 octubre, RTC 1988\177, FJ 4 o 92/1992 de 11 junio, RTC 1992\92, FJ 4.

<sup>360</sup> Ésta dualización del contenido convencional proviene de la doctrina alemana, concretamente se atribuye a Lotmar, seguido por Sinzheimer. Vid. LOTMAR, P. “Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern”. *Archiv für soziale.Gesetzgebung und Statistik* 1900, PP. 1-122; RAMM, “Il contratto di tariffa di Philipp Lotmar: Introduzione”. *Dir.lav.rel.ind.*, n.º. 22, 1984. Vid. VALDÉS DAL RÉ, F. quien considera que existe una colonización de lo «normativo» de prácticamente la totalidad del espacio del contenido del convenio colectivo, “La recreación por la jurisprudencia del concepto de contenido normativo del convenio colectivo”. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2008, PP. 51-59. También en *Relaciones Laborales*, n.º 19, Sección Editorial, 2008. P. 51, tomo 2, Editorial La Ley. Recogido en laleydigital.es. GARCÍA MURCIA, J. “Contenido normativo y obligacional de los convenios colectivos laborales”. *Actualidad Laboral*, n.º 23-24, 1988. También, en AA.VV. *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional*. MTSS, Madrid, 1990. Advierte la disminución de operatividad en la distinción entre ambos, MALDONADO MOLINA, J.A., “Contenido normativo de los convenios colectivos: aspectos novedosos”, MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., (Dir.), *El sistema de negociación colectiva en España*, op.cit. PP. 449-455.

<sup>361</sup> Es contundente a estos efectos el FJ 3 de la STC 280/2006 de 9 octubre. RTC 2006\280 en la que se afirma: «El citado convenio es un pacto del título III de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), que obliga a todos los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación, como el actor en el proceso, según dispone el art. 82.3 LET ( RCL 1995, 997) . *Su contenido normativo, por tanto, se imponía a las relaciones individuales de trabajo concernidas de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales*» (la cursiva es nuestra). Las cláusulas normativas son definidas por el TS como aquellas destinadas a regular los derechos y obligaciones de las personas y entidades afectadas por dichos pactos -STS de 1 junio 2007, RJ 2007\6349, FJ 5-, a las que se añaden la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos y las reglas que definen los ámbitos del Convenio, -STS de 26 de abril de 2007, RJ 2007\3771, FJ 2-.

mismo, de distinta eficacia jurídica –normativa y contractual respectivamente-, no cabe identificar la eficacia del pacto con la función que cumplen las cláusulas que lo componen y el contenido de éstas<sup>362</sup>. Por tanto, el convenio tendrá efecto normativo/real o contractual, pero no ambos simultáneamente.

Quizás el mayor obstáculo para la defensa de ésta tesis no se sitúa en lo proclamado en 1985 por el TC sino en 1994 y las sentencias que siguen a ésta cuando advierte «los Convenios Colectivos, expresión del derecho a la negociación colectiva reconocido a los representantes de los trabajadores y los empresarios en el art. 37.1 CE, constituyen fuentes de regulación de las condiciones de trabajo que tienen reconocida, desde dicho precepto constitucional, una «fuerza vinculante» que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas, sometidas al principio de publicidad» (la cursiva es nuestra). Sin embargo, consideramos que, de nuevo, se refiere implícitamente a su configuración legal como norma pues indica que el art. 37 CE conduce-al legislador-a reconocer su carácter de norma y por ese motivo queda sometido al principio de publicidad que no afecta al convenio colectivo extraestatutario puesto que no se trata de un elemento configurador de la fuerza vinculante. De lo contrario, todos los convenios, al margen del procedimiento de negociación y aprobación, tendrían constitucionalmente tal carácter, lo que es constantemente negado por la doctrina y la jurisprudencia.

Por otra parte, en lo que respecta a la preferencia de la última de las tesis descritas con respecto a la que reconoce la eficacia normativa del convenio por determinación legal, cabe señalar que ésta última no encuentra un fundamento muy sólido al basar la normatividad de aquellos en la interpretación literal del art. 3.3 ET o 37.2 d) ET. La redacción de ambos preceptos en tales términos puede corresponder con el uso de un criterio economicista del lenguaje pretendiendo englobar con un mismo concepto los instrumentos de regulación de las relaciones profesionales. A tal entendimiento contribuye la lectura de la Exposición del Motivos del Proyecto de Estatuto de los Trabajadores en el que se sostiene que el modelo constitucional del Derecho del trabajo se asienta sobre tres pilares básicos, a saber, la contraposición de intereses en el mundo del trabajo, la autonomía colectiva de las partes sociales y el otorgamiento al Estado de la correspondiente potestad normativa en materias laborales, cuidando de independizar la regulación normativa de las instituciones laborales atribuida al Estado de la existencia de un espacio determinado a la autonomía de la voluntad colectiva. Ello se evidenciaba en un proyecto de ley que no se refería originariamente al convenio como una norma equivalente a la ley, ni en el art. 3.3 ni en el 37.3 d), posteriormente enmendados en el sentido que conocemos, aunque su espíritu sí se mantiene en una referencia del Estatuto en materia de compensación y absorción de salarios en que debe aplicarse «el orden

---

<sup>362</sup>Advierte que la dualidad entre contenido normativo y obligacional no afectará al valor jurídico del convenio unitariamente considerado VALDÉS DAL RÉ, F., “La división dualista del contenido del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórica sistemática y comparada”. *Relaciones Laborales*, nº 14, 2008, P. 19, tomo 2, Editorial LA LEY. En parecidos términos, VICENTE PALACIOS, A., “Evolución y tendencias en el contenido de la negociación colectiva: mínimo y posible. Normativo y Obligacional”, en AA. VV. *Perspectiva de la negociación colectiva en el marco comparado*, XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Cinca, Madrid, 2015. P. 160.

normativo o el convencional» en virtud de cuál sea en su conjunto más favorable para los trabajadores-art. 26.5 ET-.

Sentadas las tres corrientes doctrinales en liza y habiéndonos decantado por la última de ellas debemos reconocer que en la actualidad el máximo intérprete de la Constitución que, quizás muy influido por la tradición convencional en la España preconstitucional, va a dejar claro que el convenio colectivo, al menos en lo que respecta a la más importante de sus manifestaciones, esto es, el que se adecua en su negociación y aprobación a las normas estatutarias, adquiere eficacia normativa, se somete a los criterios que rigen para la ordenación normativa en nuestro sistema jurídico, y por ende, en virtud del principio de jerarquía normativa, el convenio colectivo ha de someterse a la Constitución y a la ley<sup>363</sup>. Mientras que en otros países, como en Francia, se reconoce la relación de delegación entre la norma legal y la convencional<sup>364</sup>, el alto juez español quiso aclarar, como ya se pusiera de manifiesto páginas arriba, que no puede desprenderse que la relación existente entre la norma legal y la norma convencional sea la misma que la que existe entre una norma legal y una delegada o entre una norma legal y un contrato, pues entre ambos instrumentos normativos solo media el principio de jerarquía normativa<sup>365</sup>. Ésta concreción del convenio colectivo, su naturaleza y eficacia en el ordenamiento español resulta determinante en cuanto a la resolución del interrogante planteado acerca de la vinculación de la igualdad y la no discriminación a la negociación colectiva en España, sobre lo que nos adentraremos en posteriores páginas, no sin antes referirnos a la existencia de otro tipo de convenios colectivos a quienes no alcanza la interpretación dominante sobre la eficacia de tales pactos a nivel interno.

### 3.1.2.2. Convenios colectivos extraestatutarios

Tanto el Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia ordinaria y la doctrina mayoritaria coinciden en admitir la existencia, junto a los convenios colectivos regulados al auspicio del Título III ET, de otros pactos colectivos negociados al margen de las exigencias legales<sup>366</sup>. Quiere esto decir que el convenio colectivo dotado de

---

<sup>363</sup> Entre otras, STC 145/1991, RTC 1991\145, FJ 6; 27/2004 de 4 marzo, RTC 2004\27, FJ 4; 36/2011 de 28 marzo, RTC 2011\36, FJ 2.

<sup>364</sup> Se ha afirmado que el reparto tradicional de las competencias normativas entre el legislador y las autoridades reglamentarias es perturbado por la intervención de un tercer actor, los interlocutores sociales, MATHIEU, B., "Précisions relatives au droit Constitutionnel de la négociation collective", D. crhon. Recueil Dalloz. 1997. P. 125. Se considera, por una parte de la doctrina francesa, que los interlocutores sociales poseen un poder normativo que proviene directamente de la Constitución, en interpretación de la Decisión del Conseil Constitutionnel de 25 de julio de 1989 Dec. 89-257. Sin embargo, la doctrina dominante le atribuye poder normativo en tanto les ha sido concedido o delegado por la ley. Por el contrario, sostiene que el poder normativo de los interlocutores no deriva de la Constitución. ODOUL-ASOREY, I., *Négociation collective et droit Constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, op. cit. PP.54ss. OGIER-BERNAUD, V., *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica, PUAM, Paris, 2003. P. 126.

<sup>365</sup> Vid. nota 248 La constitucionalización del derecho a la negociación colectiva permite concebir al convenio como instrumento no subordinado o subalterno de las normas legales y reglamentarias, GARCÍA-PERROTE, I., *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, op.cit. P.121. Una crítica de las teorías subyugacionistas del convenio a la ley en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El valor cuasi-legal de los convenios colectivos". *Relaciones Laborales*, I, 1987. P. 4.

<sup>366</sup> La STC 108/1989 (RTC 1989\108) de 8 junio, ha sido usualmente considerada como «el detonante que forzó la legalización de los convenios colectivos «extraestatutarios», MARTÍNEZ GIRÓN, J. "La negociación colectiva «extraestatutaria». *Revista del*

eficacia personal general tras completar el procedimiento legal, no agota la virtualidad del precepto constitucional<sup>367</sup>. Se trata de un tipo de convenio no regulado por el ordenamiento español de modo que tanto su denominación como sus características más reseñables son fruto de la elaboración doctrinal y jurisprudencial de forma tal que lo que entendamos por convenio colectivo extraestatutario y sobre todo, cuál sea su eficacia, está sujeto a los vaivenes propios de la imprecisión jurídica<sup>368</sup>.

La principal característica de los mismos estriba en que su ámbito personal de aplicación se limita a la empresa o empresas afiliadas a la asociación empresarial firmante y sindicatos y trabajadores cualificados al mismo, así como a quienes se adhieran voluntariamente al pacto por cualquiera de los medios legítimos a tales efectos<sup>369</sup>. Precisamente el TC señala como la diferencia entre ambos productos negociales el «plus de eficacia» reconocida a los convenios colectivos «estatutarios» por su carácter erga omnes, es decir, el alcance subjetivo de lo pactado se constituye como el principal elemento de distinción entre la eficacia de unos y otros<sup>370</sup>. Tanto es así que en cuanto a su estructura y contenidos, resalta su similitud formal y material con los convenios regulados en concordancia con el ET por cuanto a que la apariencia de unos y otros coincide y contemplan materias redactadas de forma abstracta y general, no nominativas, que regulan las condiciones de trabajo así como otras de contenido obligacional<sup>371</sup>, aunque su contenido, a falta de norma de desarrollo, se encuentra limitado por la jurisprudencia que le impide regular materias de alcance general o de lo contrario, devendría su nulidad<sup>372</sup>.

La jurisprudencia, además de la existencia simple y llana de estos pactos admite, bajo ciertas premisas, la conversión de los convenios que, comenzando a ser negociados de

---

*Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 68, 2007. P. 187. Aunque su reconocimiento es anterior para el TS reflejadas en las SSTC 39/1986, 104/1987, 9/1988 y finalmente la de 8 de junio de 1989, que vino a reconocer sin reservas la validez de los convenios extraestatutarios», STS de 18 de febrero de 2003, RJ 2008/1634, FJ 7.

<sup>367</sup> Lo que se vislumbraba ya en la STC 73/1984 de 27 de junio, RTC 1984\73, FJ 2; 108/1989 de 8 junio, RTC 1989\108, FJ 2. Un estudio sobre éstos instrumentos jurídicos en GARCÍA MURCIA, J., “Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y la eficacia de los pactos colectivos atípicos” I y II, *Actualidad Laboral*, Editorial la ley, Sección Doctrina, 1992, Tomo 2. Recogido en versión digital en laleydigital.es. ALONSO OLEA, M. *Pactos colectivos y contratos de grupo*, IEP, Madrid, 1995; DIÉGUEZ CUERVO, G., “Nueva lección sobre negociación colectiva informal”, AAVV, *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en homenaje al Profesor Alonso Olea*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990. SALA FRANCO, T., “Los convenios colectivos extraestatutarios”, IES, Madrid, 1981; VALDÉS DAL-RÉ, P., “La negociación colectiva en la Constitución”. *Revista de Política Social*, nº. 121, 1979. PP. 460 ss.; DE LA VILLA GIL, E., GARCÍA BECEDAS, G., GARCÍA-PERROTE ESCANTÍN, I., *Instituciones de Derecho del Trabajo*, op. cit. P. 115. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho Sindical Español*. 3.ª ed Tecnos, Madrid, 1991. P.315. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Los convenios colectivos extraestatutarios”, AA.VV., *La eficacia de los convenios colectivos*, op.cit. PP. 737 ss.

<sup>368</sup> ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “Vigencia de los convenios colectivos extraestatutarios y condición más beneficiosa. Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009”. *Temas Laborales*, nº. 105, 2010. P. 184.

<sup>369</sup> STC 121/2001 de 4 de junio, RTC 2001\121 FJ 5, entre otras. También en sede ordinaria, SSTS de 8 de junio de 1999, FJ 2 y de 24 de enero de 2002 FJ 3, entre otras.

<sup>370</sup> STC 108/1989 de 8 junio, RTC 1989\108, FJ 2. Entre las más recientes, STC 8/2015 de 22 enero. RTC 2015\8, FJ 4.

<sup>371</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Los convenios colectivos extraestatutarios”, AA.VV., *La eficacia general*...op.cit. P. 774ss. Ello no puede disociarse, además, de la frecuente desconexión de lo dictado por los jueces con respecto a su eficacia contractual y la aplicación efectiva de las normas y principios que rigen para los convenios normativos. En efecto, sostiene el TS que el marco diferencial entre Convenio Colectivo y Pacto extraestatutario no se determina en función de los contenidos sino de la eficacia, aunque indirectamente ésta contribuya a delimitar también las materias susceptibles de regulación sin sujeción a las normas del Título III del Estatuto de los Trabajadores. STS de 13 noviembre 2003, RJ 2004\1773, FJ 2.

<sup>372</sup> STS de 18 de noviembre de 2003, RJ 2003/504, en materia de ampliación de la duración máxima del contrato eventual-art. 15.1 b) ET-, FJ 2, STS de 1 de junio de 2007, RJ 2007/6349 FJ 6. STS de 1 de junio de 2007 sobre el sistema de clasificación profesional-art. 22 ET-, o de promoción profesional –art. 24 ET-, establecimiento y régimen del Comité Intercentro –art. 63.3 ET), competencias disciplinarias- art. 58.1 ET- y en general, considera que la ley se refiere a la negociación estatutaria cuando contempla el efecto del desplazamiento de una norma legal por una convencional, dada su excepcionalidad, lo que solo puede ser garantizado tanto por la representatividad de quienes pactan como por la eficacia general y normativa del pacto. FJ 7. En materia de subrogación empresarial y descuelgue-art. 44 ET-, STS de 11 julio 2012, RJ 2012\9968, FJ 2.

acuerdo con el procedimiento estatutario, no cumplen todas las etapas previas a la obtención de eficacia general<sup>373</sup>. Efectivamente, el Tribunal Constitucional en la primera de sus manifestaciones sobre la existencia y eficacia del convenio extraestatutario sostuvo que el carácter estatutario o no del convenio es, en suma, consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el ET exige para la regularidad del convenio colectivo de eficacia erga omnes<sup>374</sup>. En base a dicho planteamiento, sería el reconocimiento de tal autonomía de índole colectiva a los representantes de trabajadores y empresarios lo que justifica su capacidad normativa. Por ello, se ha reiterado que realmente el único requisito que avala la dotación de dicha eficacia es la legitimación para representar el interés colectivo de los trabajadores, pues del resto de los requerimientos legales contenidos en el Título III ET no se extrae su normatividad<sup>375</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional española no se volvió a pronunciar en los términos aludidos, sino que la ha perfeccionado en el sentido de admitir la normatividad no solo cuando se cumplan las normas en materia de legitimación, sino todos los requisitos procedimentales contenidos en el Tít. III ET<sup>376</sup>. En consecuencia, aquel convenio que incumpla una de tales exigencias, solo tendrá la vía extraestatutaria para asegurar su supervivencia.

En lo que respecta a su eficacia jurídica, de nuevo la doctrina se encuentra dividida. En primer lugar, un sector doctrinal minoritario ha apuntado la conveniencia de otorgar a estos el carácter normativo y por tanto, su inclusión en el sistema de fuentes del Derecho<sup>377</sup>. El Tribunal Constitucional podría haber sustentado, sin pretenderlo, ésta postura cuando dictaminó que los convenios colectivos sin ninguna precisión adicional tienen reconocida desde el art. 37 CE «fuerza vinculante» que conduce a reconocerles el

---

<sup>373</sup> SSTs de 20 de septiembre de 1993 RJ 1993\6889, FJ 4; de 20 marzo 2007, RJ 2007\3245, FJ 3; implícitamente en la STS de 19 de septiembre de 2001, RJ 2001\10021, cuando se refiere a la nulidad del convenio como estatutario y de eficacia general, FJ 6. También reconocido por jurisprudencia menor, por ejemplo STSJ de Madrid, 166/2008 de 25 febrero, AS 2008\1226, FJ 16. 147/2015 de 24 septiembre, AS 2015\2024, FJ 6. Sobre éste asunto, BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “El procedimiento de impugnación de convenios y acuerdos colectivos”, VALDÉS DAL RÉ, F., (Dir.), *Manual Jurídico de negociación colectiva*, op.cit. P.1079. En cambio, considera *contra legem* los pronunciamientos judiciales que declaran el carácter extraestatutario de un convenio colectivo que carece de los requisitos de forma impuestos por el Estatuto aun cumpliendo el régimen de legitimación para llegar al convenio de eficacia general SENRA BIEDMA, R., “Negociación colectiva y principio de igualdad”, op.cit. P. 3.

<sup>374</sup> STC 108/89 de 8 junio, RTC 1989\108, FJ, Mientras tanto ya había declarado el Alto Tribunal que «los requisitos de legitimación traducen el doble significado de constituir una garantía de la representatividad de los participantes y expresar un derecho de los más representativos a participar en las negociaciones, en orden a asegurar la representación de los intereses del conjunto de los trabajadores y empresarios, sin duda porque se piensa que quienes reúnen aquellos requisitos son representativos de un sector de los afectados, de forma que las tendencias significativas de éstos van a tener una efectiva participación en la determinación de las condiciones a que han de ajustarse las relaciones de trabajo.» STC 73/1984 de 27 de junio, RTC 1984\73, FJ 2. 2

<sup>375</sup> La legitimidad para negociar se considera la base de la eficacia normativa por CASAS BAAMONDE, M.E., “¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos? *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1997. P.34.

<sup>376</sup> Por todas STC 8/2015 de 22 de enero, RTC 2015\8, FJ 4. Seguida por la jurisprudencia ordinaria, STS de 15 de abril de 2013, RJ 2013\3838, FJ 2.

<sup>377</sup> En tanto la diferencia entre ellos no es de naturaleza jurídica cuanto de alcance personal, GALIANA MORENO, J.M., “La eficacia de los convenios en el derecho español de trabajo”, op.cit. P. 39. En efecto, reconocía que para evitar postergar el problema de la intangibilidad del convenio estatutario por parte del convenio extraestatutario, la solución más segura es, tal vez, predicar la eficacia normativa del pacto extraestatutario, haciendo descender directamente del art. 37 de la Constitución la eficacia normativa del mismo, GOÑI SEIN, J. L. “La indisponibilidad de derechos reconocidos en convenio colectivo a través de pacto extraestatutario”, *Diario La Ley*, 1991.P. 345, tomo 3, Editorial LA LEY. Recogido en la Ley Digital. P. 9. Por su parte, afirma que los convenios de dicha clase no son contratos y les atribuye verdadera eficacia normativa de lo contrario, no podrían ser llamados «convenios colectivos», aunque se trate de una eficacia normativa limitada, MARTÍNEZ GIRÓN, J., “La negociación colectiva «extraestatutaria»”, op.cit. PP. 189-190. SALA FRANCO, T., *Los convenios colectivos extraestatutarios*. IES, Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, Madrid, 1981. P. 4. Reitera que de las Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC de 23 de mayo de 1994 y de 30 de abril de 1985), es posible deducir la eficacia normativa de los convenios colectivos extraestatutarios en “Los convenios extraestatutarios y los acuerdos colectivos” *Actualidad Laboral*, nº 12, Sección Estudios, Diciembre 2013.P. 1477, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer LA LEY 8774/2013. Versión digital. P. 2. CAMPS RUIZ, L. M., SALA FRANCO, T., “Los convenios colectivos extraestatutarios: eficacia, articulación con los convenios estatutarios e incidencia sobre el deber de negociación”. *Documentación Laboral*, nº 21, 1987. PP 144ss. DE LA VILLA GIL, L.E., GARCÍA BECEDAS, G., GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., *Instituciones de Derecho del Trabajo*, op.cit. P. 183.

tratamiento de auténticas normas jurídicas, aunque con bastante razón se piensa que dicho pronunciamiento se debe hacer extensible solo a los convenios estatutarios. En efecto, antes matizábamos nuestra interpretación de la jurisprudencia constitucional acerca de dicho precepto que entendemos referido a la eficacia que se otorga al convenio colectivo adoptado en virtud de las exigencias del Estatuto de los Trabajadores, a los que a renglón seguido el TC someterá al principio de publicidad, sensu contrario no aplicable al convenio extraestatutario. En ésta corriente doctrinal deberían ser situados, por tanto, quienes han asimilado la fuerza vinculante a la eficacia normativa del convenio, habida cuenta de que se trata aquella del rasgo esencial y oponible de cualquier clase de convenio colectivo.

Mientras tanto, otro sector académico –mayoritario–niega rotundamente la equiparación entre los tipos de convenios en cuanto a su eficacia. Éstos, evidencian el carácter meramente obligacional o contractual de los extraestatutarios, suscritos por quienes carecen de la legitimación institucional mínima para pactar un convenio estatutario, o en definitiva, han prescindido de los trámites procedimentales requeridos en su elaboración. Para que surta efectos, por tanto, ha de ser incorporado al clausulado del contrato de trabajo<sup>378</sup>. Debido a su naturaleza jurídica privada y a la eficacia personal limitada de lo convenido, el régimen jurídico aplicable sería el general de la contratación civil, sin que ello obste a la aplicación de las reglas del Derecho del Trabajo, postura que cuenta con el respaldo jurisprudencial<sup>379</sup>. No obstante, es necesario precisar que el Tribunal Constitucional cuando ha confirmado la existencia de éste convenio, distinto al regulado en virtud del ET, alude a las normas de la contratación civil como aquellas aplicables pero solo a los efectos de exigir la aplicación de la regla general a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código Civil)<sup>380</sup>, mientras que el Tribunal Supremo ha respaldado la aplicación de las normas comunes también en cuanto a la fuerza vinculante, que

---

<sup>378</sup> Así lo sostuvo en ocasiones el Tribunal Central del Trabajo y el Tribunal Supremo, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “Vigencia de los convenios colectivos extraestatutarios y condición más beneficiosa. Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009”, op.cit. Citas 2 y 3. Uno de los principales defensores de esta postura, MONTOYA MELGAR “¿Convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores?”. *Bol. Aedipe*, 1982 y “Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores”, AAVV, *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Acarl, Madrid, 1984.

<sup>379</sup> Por otras, SSTS de 20 febrero 2008, RJ 2008\1634, FJ 2; de 18 febrero 2003, RJ 2003\3372, FJ 7. GARCÍA GARRIZ, A., “El Tribunal Constitucional frente al derecho a la negociación colectiva”, ARAGÓN REYES, M., MARTÍNEZ SIMANCAS, J., (Dir.), *La Constitución y la Práctica del Derecho*. Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 1998. P. 1844. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, op.cit. P.376. SALA FRANCO, T., *Los convenios colectivos extraestatutarios*, op.cit. 1981. PP: 4ss. SALA FRANCO, T., ALBIOL MONTESINOS, I. *Derecho sindical*. 2ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.P. 436.

<sup>380</sup> Advierte que, aunque la jurisprudencia admite explícitamente su naturaleza contractual, de modo implícito los dota de atributos propios de las normas. De ese modo se les aplican algunas normas del ET. En ese sentido, MONTOYA MELGAR, A., “Sobre la viabilidad legal...” op.cit. PP. 63-64. Así lo expresó reiteradamente el extinto Tribunal Central de Trabajo: SSTCT de 8 de mayo de 1984 de 17 de junio de 1986 o 28 de enero de 1988. Del Tribunal Constitucional, entre otras, las SSTC 36/1981 de 12 noviembre, RTC 1981\36; 6 de abril de 1983; STC 121/2001, de 4 de junio, RTC 2001\121, FJ 5; doctrina resumida en la más reciente STC 8/2015 de 22 enero, RTC 2015\8, FJ 4. SSTS de 22 de octubre de 1992, RJ 1992/7856; STS 30 de noviembre de 1998, RJ 1998/10047; de 30 de marzo de 1999, RJ 1999/3779. No es posible, afirma más recientemente el Tribunal Supremo, una equiparación absoluta de ambas especies de pactos puesto que, dada su peculiar naturaleza y el proceso que se sigue para la negociación, no tienen fuerza normativa, sino únicamente obligacional entre quienes lo conciertan y sus representados. STS de 18 de febrero de 2003, RJ 2008/1634, FJ 5. Sin embargo el mismo Tribunal considerará aplicables a la negociación colectiva celebrada al margen de las reglas estatutarias, «en su dimensión básica», las reglas y los principios generales del propio ET, dada su calidad de «concertos» plurales, fruto del ejercicio del derecho a la negociación colectiva. SSTS 11 de marzo de 2003, RJ 2003\3351, FJ 2. De 17 de noviembre de 2003, RJ 2003\9094, FJ 2.



señala que para éstos pactos será la propia de los contratos establecida por el art. 1.091 CC, esto es, fuerza de ley entre las partes contratantes<sup>381</sup>.

En definitiva, aunque la propia jurisprudencia sostiene que el término normativo debe ser definido en el ámbito de la negociación colectiva como «el efecto regulador aplicable a una determinada materia de un conjunto de disposiciones que han sido previstas por la Ley o por los particulares», no es asimilable a la eficacia jurídica que se desprende, como se ha interpretado comúnmente, de los convenios regulados al amparo del Título III ET<sup>382</sup>, lo que en realidad significa que está manejando dos conceptos de normatividad, uno material y otro formal. De éste modo, la característica que une a los convenios estatutarios y extraestatutarios es su origen constitucional, es decir, el reconocimiento de la fuerza vinculante de los mismos más allá de la eficacia jurídica que de ellos se desprenda, normativa y general para los convenios estatutarios y contractual y limitada para los extraestatutarios, en virtud del mayor consenso doctrinal. Excepcionalmente algún autor no comparte ésta postura aludiendo a la necesidad de desarrollo legal del art. 37.1 CE para que surta plenos efectos jurídicos al punto de denegar la fuerza vinculante a los convenios no alcanzados conforme a las reglas del Estatuto de los Trabajadores<sup>383</sup>. En el extremo de ésta posición doctrinal, se sostiene que los convenios extraestatutarios no tienen base constitucional y por tanto solo cabría interpretar la inconstitucionalidad del Tít. III en materia de exclusión de representantes de los trabajadores no suficientemente representativos de la negociación de convenios colectivos con lo que podría ser conculcado el art. 28.1CE<sup>384</sup>. Finalmente, la postura más radical es la defendida por Montoya Melgar quien casi en solitario sostiene lisa y llanamente la nulidad de los pactos de eficacia limitada al atentar a las normas reguladoras del procedimiento de creación de normas convencionales<sup>385</sup>.

Por último, concluyendo con las referencias a la eficacia jurídica de éstos convenios, la doctrina intermedia o de la eficacia real a la que más arriba se ha aludido, serviría para equiparar el convenio estatutario en cuanto a su eficacia a éste producto de la actividad negocial. Es importante advertir que pocas diferencias en cuanto a los efectos del convenio presenta la tesis de la eficacia real aplicada a los pactos extraestatutarios para salvar su carácter constitucional más que las ya advertidas en su eficacia limitada y

---

<sup>381</sup> STS 12 diciembre 2008, RJ 2009\387, FJ 3.

<sup>382</sup> Sobre la definición de la eficacia normativa en los términos transcritos y la falta de unanimidad sobre la eficacia de estos pactos alude la SSTS de 1 junio 2007, RJ 2007\6349 FJ 5; de 16 julio 2014, RJ 2014\4536, FJ 4.

<sup>383</sup> Una síntesis de ésta posición doctrinal en todas sus variantes en VALDÉS DAL RÉ, F., “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”, op.cit. PP. 56ss.

<sup>384</sup> Cuyo efecto sería la inconstitucionalidad parcial de las reglas que limitan el acceso a determinados representantes de los trabajadores a los procesos de negociación, GOERLICH PESET, J.M., “La negociación colectiva en la Constitución: una mirada crítica”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº. 108, 2014.P.271. En cualquier caso, no estima viable postular su ineficacia, reconduciéndolos al ámbito de la autonomía de la voluntad.

<sup>385</sup> Tesis expuesta por primera vez en “Convenios colectivos al margen del estatuto de los Trabajadores”. *Boletín AEDIPE*, 1982. PP. 3-9, reiterada posteriormente en “Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos...”, op.cit. P.168. Esta tesis, tuvo su referencia jurisprudencial en la STCT de 8 de mayo de 1984 (Ar. 4856), la que no obstante no se refiere a la nulidad sino a la ausencia de la fuerza vinculante de la que dota la Constitución a los convenios celebrados conforme a la ley. Sostiene que de no declarar su nulidad, habría que cuestionarse sobre la validez constitucional del Título III del ET, DURÁN LÓPEZ, F., “El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva”. *RL*, nº 15-16, 1990. P. 138.

limitaciones a su contenido<sup>386</sup>, que acaba por convertir a tales pactos como «actos normativos»<sup>387</sup>.

En última instancia, la adhesión a un convenio extraestatutario no puede ser cuestionada ni necesita para ejercitarse que el convenio la prevea<sup>388</sup>. De hecho, es la práctica habitual la adhesión a instancias del empresario o por efecto tácito sin que el trabajador exprese su voluntad en contra de su aplicación, pues ello se admite como expresión de un consentimiento libre y voluntario<sup>389</sup>.

Paralelamente y para cerrar el aspecto formal de la negociación colectiva en España la doctrina se divide en quienes otorgan también a éstos pactos colectivos la categoría de fuente del Derecho laboral y quienes la niegan, según se acepte su eficacia normativa o contractual, siendo la que niega su inclusión entre las mismas la mayoritaria<sup>390</sup>.

### 3.2. Impacto de los derechos a la igualdad y a la no discriminación en la negociación colectiva

#### 3.2.1. La garantía de la autonomía de la voluntad colectiva como freno a la aplicación de la tutela omnicomprensiva frente a desigualdades y a discriminaciones

Al hilo de lo recientemente analizado, una de las principales objeciones a la aplicación horizontal de los derechos fundamentales en los ordenamientos de la Europa occidental

---

<sup>386</sup> Por ello, sostiene que, o se debe reconocer el convenio de eficacia relativa con todas las consecuencias atribuidas en la Constitución o atribuir aquellas que se desprenden de su carácter contractual, de lo contrario, habría que defender su eficacia real, VALDÉS DAL RÉ, F., *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, op.cit. P.23. Defiende ésta postura doctrinal QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *Los convenios colectivos irregulares*, op.cit. PP. 57ss. También defiende que atribuir naturaleza contractual debe asumir todas las consecuencias ligadas a ello, dada la disociación imposible entre la naturaleza jurídica y la eficacia, mientras que a la postre ha adquirido una naturaleza esquizofrénica relacionándose con el convenio estatutario como fuente obligacional y con el contrato individual como fuente normativa, RUIZ CASTILLO, M.M., “Los límites de los llamados convenios colectivos extraestatutarios”. *Temas Laborales*, nº 98, 2009. P. 185-186. Por su parte, sostiene que la eficacia objetiva o función normativa no es privativa de los convenios estatutarios sino que también se desprende de los «contratos normativos de eficacia inderogable o real», MONEREO PÉREZ, J.L., “Modelo constitucional del derecho a la negociación colectiva”, op. cit. P. 105, sin que ello obste a que solo un tipo de convenio prefigurado por la ley tenga acceso al sistema formal de fuentes estatal.

<sup>387</sup> Sobre este tipo de actos vid, MODUGNO, F., “Norma (Teoría Generale)”, Vol. XXVIII, *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè, Milán, 1978. PP.239ss. Realiza un análisis sobre las tres posturas existentes en doctrina acerca de la eficacia jurídica del convenio extraestatutario, decantándose por atribuir eficacia real a tales pactos, ALFONSO MELLADO, C.L., “Los convenios colectivos extraestatutarios”, MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., (Dir.) *El sistema de negociación colectiva en España*, op.cit. PP. 939ss.

<sup>388</sup> STC 108/1989, RJ 2008/1634, FJ 3. De forma crítica considera que éste mecanismo podría soslayar la libertad sindical al permitir al empresario motivar la adhesión de todos sus trabajadores sin preocuparse por la posible antisindicalidad del pacto, CASAS BAAMONDE, M.E., “La individualización de las relaciones laborales”, RL , nº 20-21, 1991. Recogido en la leydigital.laley.es, desde donde se cita. P. 13.

<sup>389</sup> SSTS de 10 de junio de 1998 RJ 1998/4105 , 30 de marzo de 1999 RJ 1999/3779 o de 22 diciembre 2010 RJ 2011/1609. De ésta forma, el Tribunal Supremo parece invertir la tendencia a la regla general, no permitiendo a los trabajadores no afiliados al sindicato/s firmantes que puedan optar por la aplicación o no del pacto informal, sino que el convenio extraestatutario se configura como un pacto de eficacia general cuya única posibilidad de no aplicación es la manifestación expresa de la voluntad contraria de los trabajadores, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “Vigencia de los convenios colectivos extraestatutarios y condición más beneficiosa Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009”, op.cit. P. 187. Un repaso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los aspectos más controvertidos de los convenios extraestatutarios en MARTÍNEZ GIRÓN, J.F., “La negociación colectiva extraestatutaria”, op.cit.

<sup>390</sup> Entre los defensores de la pertenencia del convenio extraestatutario al sistema de fuentes de un ordenamiento constitucional pluralista, MONEREO PÉREZ, J.L., “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, estudio preliminar a la obra de GALLART FOLCH, A., *Las convenciones colectivas de trabajo*. Comares, Granada, 2000. PP. XCI-XCV. Considera que en la STS de 30 de noviembre de 1998 descansa en el convencimiento, no expreso en ningún lado pero patente en la decisión que toma, de que el convenio colectivo extraestatutario es fuente del Derecho, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Convenios colectivos extraestatutarios en la jurisprudencia última del Tribunal Supremo”. *Anuario da Facultade de Dereito*, nº 3, 1999. P. 676.

-al menos en modo directo- es su incompatibilidad con el principio de autonomía de la voluntad, eje central del Derecho privado. Tal controversia resulta especialmente problemática cuando se trata de la igualdad<sup>391</sup>.

Dicha autonomía se define como la libertad de contratación que se manifiesta en forma de decisión positiva sobre el interlocutor del contrato y el contenido del mismo y de manera negativa sobre con quién y qué no estipular<sup>392</sup>. Por consiguiente, se podría afirmar que la imposición de una estricta aplicación del principio de igualdad inter privados es tanto como anular la capacidad contractual que se le ofrece a cada individuo como contenido esencial del libre desarrollo de su personalidad y que nuestra Constitución española reconoce implícitamente en preceptos como el 1.1 (reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico) o 10.1 (el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social), a pesar de la inexistencia de su reconocimiento expreso como derecho fundamental<sup>393</sup>. Por tanto, la mayoría de la doctrina, con razón, se aferra a este principio para asegurar que la igualdad no se aplica entre sujetos privados, incluyendo a los negociadores de convenios colectivos por más que de sus negociaciones nazcan productos con eficacia normativa<sup>394</sup>. Por el contrario, se ha defendido que existe un vínculo indirecto con el principio de igualdad cuando las relaciones son de tipo individual y directo en las relaciones colectivas de trabajo donde se pone en valor el principio de la autonomía de la voluntad colectiva<sup>395</sup>. Finalmente, y sin lugar a dudas, la no discriminación supone un límite constante a todo el ámbito privado por lo que se superpone a los intereses particulares de las partes<sup>396</sup>.

Parece no haber lugar a dudas cuando la relación jurídica es simétrica, en el que la incidencia del principio de igualdad se relativiza enormemente y su respeto pasa a un segundo plano a favor del ejercicio de las facultades que brinda la autonomía de la voluntad. Por ello, se reconoce, como vimos, que el principio de igualdad se impone a los órganos públicos pero no a los privados, en virtud de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad de éstos más que de forma «matizada», entendiendo ésta expresión en el contexto del Derecho del Trabajo como la admisión de un control específico sobre los poderes empresariales pero que no deben anular su capacidad de

---

<sup>391</sup> VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y derecho privado Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, op. cit. P. 111. HUECK, A., NIPPERDEY, H., *Compendio de Derecho del Trabajo (Traducción, presentación y notas de Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y Luis Enrique De la Villa Gil)*. ERDP, Madrid, 1963. PP. 164-165.

<sup>392</sup> SALA FRANCO, T. "La libertad empresarial de contratación", AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980. P.352.

<sup>393</sup> En Francia el Conseil Constitutionnel afirmó que no existe un principio constitucional de la autonomía de la voluntad en su decisión de 3 de agosto de 1994 nº 94-348 DC, mientras que admitió su existencia de forma mediata por conexión con otros principios de fondo en su Decisión nº 97-388 DC de 20 de marzo de 1997 y finalmente su reconocimiento como principio constitucional autónomo con la Dec. de 19 de diciembre de 2000 nº 2000-437 DC. MATHIEU, M., VERPAUZ, M., "Cronique de jurisprudence constitutionnelle", *JCP G*, I, 179, 1998.

<sup>394</sup> RUIZ CASTILLO, M.M., ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y los convenios...* op.cit. P. 125.

<sup>395</sup> Sobre la eficacia mediata de la igualdad en las relaciones privadas, CARRIZOSA PRIETO, E., *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*, op.cit. P. 117.

<sup>396</sup> STC 34/1984 de 9 de marzo, RTC 1984\34, FJ 2. Considera que aplicar el principio de igualdad al contrato de trabajo supondría un límite muy incisivo a la autonomía contractual y al poder de dirección, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Igualdad y no discriminación en el empleo". *Derecho y conocimiento. Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, nº 1, 2001. P. 472. Desde un punto de vista opuesto, sostiene la aplicación por entero del art. 14 CE porque el mismo forma parte del orden público y los tribunales, «no pueden prestar auxilio alguno» a las actuaciones privadas que contraríen el orden público constitucional, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Principio de igualdad y Derecho privado", op.cit. PP. 424-425.

organización y dirección empresarial, que por su parte también se encuentra protegida en el art. 38 CE.

Es precisamente en el plano del Derecho laboral donde encontramos la aparición de poderes privados en continuo crecimiento, representado por empresas o grupos, sindicatos, o asociaciones empresariales donde se ha manifestado con más fuerza la cuestión de hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones horizontales dada la posibilidad de abuso que se suscita ante tales situaciones de preeminencia social<sup>397</sup>. Por éste motivo la igualdad, como derecho fundamental de la persona, también va a suponer un límite a la autonomía de la voluntad. En efecto, el Tribunal Constitucional español ha reconocido la eficacia al derecho de igualdad en las relaciones interprivadas laborales empero no de forma genérica o derivada del primer apartado del art. 14 CE, reconociendo que en materia de relaciones laborales no se ha ordenado «una igualdad de trato en el sentido absoluto» y ello porque existe un margen, pero limitado, para el juego de la autonomía de la voluntad e incluso para la determinación unilateral del empresario<sup>398</sup>. Desde 1984, con algunas excepciones, ha mantenido una línea argumentativa que rechaza la asimilación entre poderes públicos y privados en cuanto a su vinculación a la igualdad derivada de la Constitución. Sigue siendo la más seguida por ella misma, así como por los tribunales inferiores y la doctrina aquella en la que se inclina a exigir su cumplimiento, como ya vimos, solo cuando existe una norma-legal o convencional-, una costumbre, un principio general o la propia jurisprudencia mediante los cuales se le impone la igualdad de trato al sector privado<sup>399</sup>. En éste sentido la legislación laboral no ha ordenado la existencia de igualdad de trato en el sentido generalizado<sup>400</sup>, y por ello, a los contratantes privados en éste ámbito no se somete a una exigencia absoluta de trato igual pues admitido lo contrario, «establecería una extraordinaria rigidez en la contratación y un control exorbitante de la discrecionalidad de la gestión empresarial privada; control que sería además muy difícil de instrumentar en la práctica»<sup>401</sup>.

A pesar de la coherencia empleada con carácter general, algún pronunciamiento puede llevar a equívocos en cuanto al grado de vinculación de los sujetos privados-vg. empresario-a la igualdad. Precisamente, en un ámbito en el que se reconoce la natural capacidad del empresario para establecer diferencias entre los trabajadores como es la asignación del salario ha parecido imponer el respeto no solo por la prohibición de discriminación, sino el debido cumplimiento de la igualdad de trato. En él advierte que la capacidad de diferenciación salarial en virtud de la fecha de contratación resulta limitada, además de por los criterios contemplados en el art. 14 CE y los de intrínseca

---

<sup>397</sup> En la doctrina alemana NIPPERDEY, H., *Grundrechte und Privatrecht*, Archive Für die Civilistische Praxis, 3,1994. P.19.ss; en la doctrina italiana, LOMBARDI, G., *Potere privato e diritti fondamentali*. Università di Torino, 1970.PP. 86ss. En la española, vid., DE VEGA GARCÍA, P., “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales)”. *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, nº 6, 1994. PP. 44-46.

<sup>398</sup> STC 107/2000, de 5 de mayo, FJ 4.

<sup>399</sup> Reconocido por primera vez en la STC 34/1984 de 9 marzo, RTC 1984\34, FJ 2. Posteriormente reiterado por ejemplo, en las SSTC 67/1995 de 9 mayo, RTC 1995\67, FJ 6; 107/2000 de 5 mayo, RTC 2000\107, FJ 4 .Incluye al convenio colectivo entre el elenco de normas aptas para imponer la igualdad de trato entre particulares, STC 22/1994 de 27 enero, RTC 1994\22, 2007/107 FJ4.

<sup>400</sup> Entre otras, SSTC 59/1982, de 28 julio, RTC 1982\59, FJ 3; 34/1984, de 9 de marzo, RTC 1984\34, F J 2; 177/1988 de 10 de octubre, RTC 1988\177, FJ. 4; 161/1991, de 18 julio, RTC 1991\161, FJ 1, 119/2002, de 20 de mayo, RTC 2002\119, FJ 5.

<sup>401</sup> SSTC de 8 mayo 2006, RJ 2006\3034, FJ 7 o de 11 de noviembre 2008, RJ 2008\7043, FJ 4.

inadmisibilidad constitucional análoga a la de los contemplados en el citado precepto, cuando la diferencia de trato fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria, en cuyo caso la autonomía de la voluntad cede a favor del derecho al trabajador al mismo trato<sup>402</sup>. Sin embargo del mismo no se desprende que, por oposición a las causas discriminatorias, el Constitucional haya pretendido vincular a los particulares también a la igualdad en su sentido más general, a lo que no se alude de forma deliberada por tanto atribuir a éste pronunciamiento una suerte de doctrina expansiva del art. 14 CE sería un nuevo ejemplo de imprecisión técnica en la delimitación de los ámbitos de actuación de la igualdad y la no discriminación, describiendo en tal caso una diferencia de trato cuya estructura se asemeja a la segunda de ellas, por ser carente de razonabilidad intrínseca y a la que se refiere por aplicación de otros principios distintos al de igualdad como puede ser el de buena fe-totalmente irrazonable o arbitraria- que rige en las relaciones privadas o el más elemental respeto de la dignidad del trabajador-maliciosa, vejatoria-. Por tanto, será excesivamente arriesgado hacer desprender de un pronunciamiento como tal un sometimiento directo de los sujetos privados a la igualdad directamente derivada del art. 14 CE. En cambio, se relaciona el concreto supuesto de hecho con una de las circunstancias incipientes de discriminación como resulta de las dobles escalas salariales, que instituido como tal, podría vincular al empresario en los términos en que se configure desde la tutela antidiscriminatoria, pero no como supuesto de trato igual.

Aún de mayor calado resulta la problemática sobre la exigencia de respeto a la igualdad en el marco laboral cuando se trata de amparar diferencias de trato que provienen del libre desarrollo de la autonomía de la voluntad colectiva frente a la que cede la autonomía individual. En éste sentido, siempre ha sido admitido que el principio de autonomía de la voluntad colectiva supone una primera limitación «global y genérica» al derecho a la igualdad, imponiéndose a éste la observancia de las peculiaridades que presenta la existencia de sectores diversos, así como ámbitos funcionales o territoriales que reclaman tratamientos diferenciados en razón de los respectivos intereses, elementos intrínsecos a la noción de la negociación colectiva<sup>403</sup>. Solo de esta forma se puede mantener que el convenio sea expresión de un acuerdo que ha sido libremente adoptado por ellos en virtud de dicha autonomía, sin que la misma lo exima, como veremos, de control de constitucionalidad bajo los parámetros de igualdad y no discriminación.

En el ámbito comparado se admite por algunos sectores que la autonomía colectiva, que otorga a los actores profesionales la capacidad de producir normas jurídicas, no está legitimada para establecer un sistema diferenciado de condiciones laborales sin justificación objetiva y razonable ni de forma desproporcionada de manera que resulte contrario a la igualdad<sup>404</sup>. La obligación de tratar de manera igual situaciones iguales, o

---

<sup>402</sup> STC 36/2011 de 28 marzo, RTC 2011\36, FJ 6.

<sup>403</sup> STC 177/1988 de 10 octubre, RTC 1988\177, FJ 4.

<sup>404</sup> En Francia, la jurisprudencia ha señalado la sumisión de la negociación colectiva a las reglas de valor constitucional, Sen. Cass. Soc. n° 93-46.448 de 7 de junio de 1995, Dr. social, 1995, P 835, obs. RAY, J.-E. YANNAKOUROU, S., *L'État, L'autonomie collective et le travailleurs, étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, L.G.D.J., Paris, 1995. P. 3.

dicho en otros términos, de no diferenciar arbitrariamente entre trabajadores confirma un valor de la igualdad que limita al mismo tiempo el valor de la libertad negocial<sup>405</sup>, aunque de la mera lectura de los artículos constitucionales que reconocen éste derecho no se desprenda la voluntad del constituyente de afectar a éste tipo de relaciones colectivo-privadas<sup>406</sup>. Como contrapunto, libertad individual y autonomía negocial reciben una tutela indirecta de la garantía constitucional de la libertad de iniciativa económica privada<sup>407</sup>.

En Italia, la ya citada sentencia de 9 de marzo de n. 103, pareció imponer como límite al contenido de la negociación colectiva en Italia la igualdad en tanto sostenía que para todas las partes, incluso para los interlocutores sociales, rige el deber de respetar los deberes constitucionales en orden a asegurar la igual dignidad de los trabajadores<sup>408</sup>. Sin embargo, la doctrina mayoritaria no ha considerado vinculante dicho argumento, dada la inexistencia de fuerza erga omnes del pronunciamiento judicial que se trataba de una sentencia interpretativa desestimatoria o de rechazo ante censura de inconstitucionalidad<sup>409</sup>, siendo mayoritaria la doctrina y la jurisprudencia que rechaza un posible control de constitucionalidad del convenio que introduzca diferencias de trato arbitrarias, particularmente en aspectos económicos<sup>410</sup>. Dicho límite resulta incompatible con la libertad de acción sindical prevista en el art. 39 CI que recoge un derecho supremo a la autonomía colectiva privada de las organizaciones sindicales<sup>411</sup>. Éstos autores consideran que aunque el precepto constitucional hubiese sido debidamente desarrollado mediante una ley en virtud de la cual bajo determinadas circunstancias un convenio adquiriera eficacia general, no se atribuiría naturaleza pública al convenio colectivo y por ende no se presumiría un vínculo de paridad de las normas de efectos erga omnes, pues ello atentaría al principio de autonomía de la voluntad colectiva sancionada en el mismo precepto constitucional<sup>412</sup>.

En definitiva, la incidencia directa de los derechos fundamentales a la igualdad y la no discriminación en la negociación colectiva desde el punto de vista material se confronta

---

<sup>405</sup> GAETA, L., ZOPPOLI, L. (Coords.) *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive. Commentario alla legge 10 aprile 1991, n° 125*. Giappichelli, Turín, 1992. P. 7.

<sup>406</sup> ALONSO GARCÍA, E. "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", op.cit. P. 87.

<sup>407</sup> MORBIDELLI, G., "Iniziativa economica privata", en *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.

<sup>408</sup> Vid. DEL PUNTA, R., "Parità di trattamento e autonomia collettiva". RIDL, II 1995. PP.325ss. LIEBMAN, S., "Funzione Giuridica del contratto collettivo e principio di parità". RIDL, II 1995. PP.335ss.

<sup>409</sup> Vid. sobre el particular, MAZZIOTTI, M. "Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale". *Giur. Cost.*, 1960. PP. 1100 ss. BALLADORE, G.: "Effetti e natura delle sentenze della Corte Costituzionale". *Riv. It. Dir. Proc.* 1965. P. 161ss. ICHINO, P., *Lezioni di diritto del lavoro*. Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>410</sup> SCOGNAMIGLIO, R., "Parità e libertà di trattamento economico e inquadramento dei lavoratori (a proposito di due recenti sentenze del supremo Collegio)". *MGL*, 1990. P. 161; SANTORO PASSARELLI, G., "Il problema della parità di trattamento retributivo". *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990. PP. 572-573; ANGIELLO, L., "La parità di trattamento nel diritto del lavoro: una svolta?" *DL*, I 1989. P. 313. CASTELVETRI, L., "Fonti collettive e differenziazioni normative tra lavoratori", *DRI*, 1992. PP. 81-107. CARINCI, F., TOSI, P., DE LUCA TAMAJO, R., TREU, T., *Diritto del lavoro. Diritto sindacale*. 7ª Ed. Utet, Turín, 2016. PP.278-279. Es jurisprudencia constante, sentencias de la Corte de Casación de 16 de enero de 1979, n° 325; de 25 de febrero de 1988, n° 2027; de 17 de agosto de 2004, n°16032.

<sup>411</sup> PERSIANI, V. "Diritto del lavoro e razionalità", op.cit. PP. 8ss. Sent. Cass. SU de 29 de mayo de 1993, n° 6030, con nota de SANTORO PASSARELLI, G., "La parità di trattamento nel diritto italiano e nella prospettiva dell'ordinamento comunitario". *Giur. it. I*, 1994. P. 914. BIAGI, M., continuado por TIRABOSCHI, M., *Istituzioni di diritto del lavoro*. 5ª Ed., Giuffrè, Milano, 2012. P. 377. DEL PUNTA, R., "Parità di trattamento e autonomia collettiva", op.cit. P. 326.

<sup>412</sup> SANTUCCI, R., *Parità di trattamento, contratto de lavoro e razionalità organizzative*. op. cit. P.140. nota 55.

en los países de tradición sindical democrática con el dogma de la autonomía de la voluntad colectiva como límite al deber de sumisión a los mismos<sup>413</sup>.

### 3.2.2. ¿Derechos fundamentales enfrentados?

Además de todos los anteriores interrogantes teóricos que doctrina y jurisprudencia llevan años tratando de superar, surge una última idea en torno a la eficacia de los derechos fundamentales analizados en el seno de la negociación colectiva que necesita ser abordada. Se trata de la eventual existencia de enfrentamiento entre los derechos fundamentales, igualdad y no discriminación por un lado y negociación colectiva por otro siempre que ambos sean reconocidos como tales. ¿Son los derechos a la igualdad y la no discriminación frente al ejercicio de la negociación colectiva principios o derechos «contradictorios o irreconciliables entre sí»?<sup>414</sup>. Se trata ésta de una perspectiva poco estudiada hasta el punto de ser definida como «lamentable penuria de análisis» sobre las conexiones entre la igualdad, la discriminación y la negociación colectiva»<sup>415</sup>.

Negociación colectiva y eliminación de desigualdades y discriminación en el ámbito laboral, son dos de los cuatro principios fundamentales que los Miembros de la OIT tienen la obligación de respetar, promover y hacer realidad de buena fe. Se encuentran ambos en éste plano equiparados, sin que exista una jerarquía entre ellos destinados, de éste modo, a ser contrapesados y armonizados<sup>416</sup>. Sin embargo, la exigencia de dirimir las tensiones entre ambos se encuentra mermada en aquellos Estados en los que la Constitución no reconoce el carácter iusfundamental a la negociación colectiva, concebida como atributo inescindible de la libre autonomía sindical, como es el caso de Italia, o se deduce del derecho de los trabajadores a participar mediante sus representantes en la determinación de sus condiciones profesionales, como sucede en Francia, consagrado por la doctrina como un principio general del Derecho del trabajo<sup>417</sup>. En ambos casos, y en todos aquellos países en que no sea configurado como tal, consideramos que el derecho a la negociación colectiva obtendrá la calificación de fundamental en atención tanto a su consagración en el ámbito internacional liderado por

<sup>413</sup> En Alemania es más seguida la teoría que defiende la eficacia de los derechos fundamentales frente al ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Vid. GARCÍA MURCIA, J., *La revisión de los convenios...*, op.cit. P. 74ss. y bibliografía citada.

<sup>414</sup> Se hace esta pregunta enfrentado a la igualdad con la autonomía personal, SABA, R. P., *"Igualdad de trato entre particulares"*. Lecciones y Ensayos, n° 89, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2011.P.218. Defiende la compatibilidad entre ambos principios del individualismo ético, DWORKIN, R., "¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?", BARKER, P. (Coord.), *Vivir como iguales. Apología de la Justicia Social*. Paidós, Barcelona, 2000.PP.57-80. Publicado también en *Actio* 6, 2005.PP.56-70.

<sup>415</sup> BLACKETT, A., SHEPPARD, C., "Conjugar la negociación colectiva y el fomento de la igualdad", op.cit. P.469. Ello en España se une a la escasa atención, si se compara con otras instituciones del Derecho laboral, de los pronunciamientos del TC sobre el derecho a la negociación colectiva. VALDÉS DAL RÉ, F., "El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española", op.cit. P. 129.

<sup>416</sup> Art. 2 a) y d) Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Ginebra, 18 de junio de 1998

<sup>417</sup> Así lo admite el propio Tribunal constitucional francés, entre otras, Dec. 2010-42 QPC de 7 de octubre. LYON-CAEN, A., JEAMMAUD, A., DOCKÈS, E., *Les grands arrêts du droit du travail*. 3ª Ed Dalloz, Paris, 2004. P. 574. ODOUL-ASOREY, I., *Négociation collective et droit Constitutionnel. Construbution à l'étude de la constitutionnalisation des brances du droit*, op.cit. PP. 71ss. La consagración de éste derecho a nivel constitucional exige la aplicación imperativa de éstos instrumentos de la autonomía privada sobre los contratos individuales. Conseil Constitutionnel Dec. 2012-649 D de 15 de marzo de 2012. Destacada doctrina afirmaba su carácter de principio fundamental del derecho del trabajo. LYON-CAEN. G., PELISSIER, J. *Les grands arrêts du droit du travail*. Sirey, 1978. P. 36. Como consecuencia de su proclamación como principio general del Derecho y de la facultad otorgada por el art. 34 de su la Constitución de 1958 se deduce que éste último quien está facultado para regular las reglas de ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Déc. 77-79 DC de 5 de julio de 1977.

la OIT y sus Convenios reguladores, como a la vigencia de la Carta de derechos fundamentales de la UE-art. 28-, dentro de las limitaciones que ello representa.

En España, país que sí reconoce constitucionalmente el derecho a la negociación colectiva, aunque tampoco es unánime la doctrina al respecto en cuanto a su concepción como derecho, mandato al legislador o garantía institucional<sup>418</sup>, partimos de la existencia de distintos niveles de protección de los derechos que reconoce la Carta Magna de tal manera que tan solo algunos de ellos se han considerado verdaderamente fundamentales frente a los que se denominan meramente constitucionales u ordinarios<sup>419</sup>. Entre los primeros encontramos los reconocidos en el art. 14CE, mientras que entre los segundos se ubica el derecho de negociación colectiva. Sin embargo, al margen de la denominación de la sección que los contempla y aunque efectivamente no gozan del mismo régimen cualificado de protección, se les atribuyen a los derechos reconocidos en la Sección II del Capítulo II, Título I, una serie de garantías que los dotan de gran relevancia como el respeto de su contenido esencial o su aplicabilidad inmediata suficiente para asegurar la fundamentalidad de su contenido<sup>420</sup>.

Se precisa pues, cuando ambos entren en conflicto, la correspondiente ponderación, técnica jurídica aplicable como resultado de la inexistencia de ningún derecho fundamental de carácter ilimitado, de modo que todos ellos tendrán que ser conciliados con otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos<sup>421</sup>. En ese sentido, la negociación colectiva está facultada para interponer limitaciones a los derechos individuales en tanto sea estrictamente necesario para preservar la virtualidad de una decisión convencional beneficiosa en su conjunto, siempre que la intensidad de tal limitación no sea desmedida o desproporcionada. Por el contrario, la igualdad y la no discriminación no podrán hacer inoperativa la propia dinámica convencional, por ejemplo impidiendo la selección de un ámbito o unidad de negociación determinado, más que si aquel incurre en vulneración del art. 14CE, por ejemplo, cuando se excluye del mismo a un colectivo de trabajadores provocando así un efecto de segregación del mismo.

---

<sup>418</sup> Una síntesis sobre éste debate doctrinal y las distintas posiciones doctrinales en GOERLICH PESET, J.M., "La negociación colectiva en la Constitución: una mirada crítica", op.cit. P. 255ss.

<sup>419</sup> En cambio, considera que de la lectura de la jurisprudencia constitucional relativa al análisis del art. 37 CE debe someterse al régimen cualitativo de las garantías constitucionales y no de los derechos RUIZ CASTILLO, M.M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, op.cit. P. 152. Vid. nota 470.

<sup>420</sup> Aunque la doctrina mayoritaria admite que precisamente por su ubicación sistemática, no se trata de un derecho fundamental. GARCÍA BLASCO, J., "La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva", op.cit. P. 68. VALDÉS DAL RÉ, F., "El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española", op.cit. P. 131. Son todos los del Capítulo II del Título I derechos fundamentales para CRUZ VILLALÓN, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº25, 1989. P. 39. Contrario a dotar de mayor fundamentalidad a unos y otros, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., "Los derechos fundamentales en la Constitución Española". *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 105, 1999. PP.22ss.

<sup>421</sup> Sobre el origen de la teoría alemana de los límites inmanentes vid. BACIGALUPO, M., "La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal. (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 38,1993. PP.297-315. Cfr. BVerfGE 28.234; 30, 173; 35, 202; 47, 46; 59, 231; 67, 213. Sobre su aplicación por parte del Tribunal Constitucional español vid. AGUIAR LUQUE, P., "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº14,1993. PP. 20ss. En su STC 181/1990 de 15 de noviembre, RTC 1990\181 se recoge la doctrina que afirma que los derechos fundamentales no son ilimitados o absolutos, FJ 3. Un primer balance sobre la jurisprudencia constitucional en SORIANO DÍAZ, R.L., "Las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978", AA.VV. *Derecho económicos, sociales y culturales*. Universidad de Murcia, 1981.



En todo caso resulta ampliamente admitido que, en asuntos en los que se encuentre presente el derecho a la igualdad o la prohibición de discriminación, éstos deberán ser conciliados en la medida de lo posible con las exigencias propias del derecho al que presumiblemente se opone y en todo caso ha de resultar una restricción proporcional<sup>422</sup>. Las diferencias de trato serían, desde éste enfoque interpretativo, tolerables y admisibles en tanto exista una justificación razonable que las ampare y no resulte desproporcionada la lesión del derecho fundamental preterido siendo ambos concurrentes en términos de recíproca limitación<sup>423</sup>.

Sin embargo, cabe destacar que no siempre se cuestiona en términos de enfrentamiento las relaciones entre los derechos aquí enunciados. Por el contrario, también se consideran derechos complementarios en tanto el convenio colectivo, fruto de la negociación, es concebido como un instrumento de igualdad o igualación, toda vez que con él se trata de reforzar la posición de los trabajadores, equiparándolos a los empresarios en el momento de la toma de decisiones<sup>424</sup>. Es, además de ello, un mecanismo idóneo para promover la distribución de justicia y de igualdad, conectado así con la eliminación de barreras y remoción de obstáculos que impiden la consecución de la igualdad real de los grupos de población especialmente desfavorecidos al mismo tiempo que sirve para distribuir la riqueza generada, entre otros, por el factor trabajo.

Se ha constatado la premisa de la que se deriva que a mayor industrialización de un país, más desarrollo negocial ostentan los trabajadores a través de sus representantes y por ende la penetración en todos o casi todos los sectores por parte del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Ello es fundamental en el terreno de la búsqueda por la igualdad sustantiva, en tanto los países menos desarrollados aquejan importantes deficiencias en el desarrollo de la negociación colectiva y la cobertura de trabajadores a quienes alcanza, incidiendo negativamente en los niveles de igualdad que obtienen los distintos grupos de población<sup>425</sup>. Sin todavía avanzar si la igualdad vincula o no en términos negativos a la negociación colectiva, se puede afirmar que ésta incorpora y afecta de manera directa al objetivo de la igualdad en el trabajo<sup>426</sup>.

En cualquier caso, la vía de la «asunción judicial» a la que se aludirá con mayor detalle en apartado relativo al control de la negociación colectiva, ha sido el método mediante el cual hemos podido acceder a la opinión del Tribunal Constitucional español sobre el contenido de las cláusulas convencionales en conexión con los derechos de igualdad y no discriminación poniendo en valor el alcance de uno y otro derechos en orden a su

---

<sup>422</sup> Entre otras, SSTJCE de 15 de mayo de 1986 *Johnston*, asunto C- 222/84, apartado 38; de 26 de octubre de 1999, *Sirdar*, asunto C-273/97; de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, asunto C-476/99, apartado 39.

<sup>423</sup> MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Giffre, Milán, 1996. P.122.

<sup>424</sup> Considera que se trata del instrumento de igualdad por excelencia, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., "Imperativos económicos frente a derechos fundamentales, un nuevo paradigma de relaciones laborales". *Revista de Derecho Social*, n°. 65, 2014. P.50.

<sup>425</sup> La tasa de cobertura de la negociación colectiva en tales países es bastante baja en comparación con España o Francia. [https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=UN\\_DEN](https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=UN_DEN). PAVOLINI E., ASCOLI, U., MIRABILE, M.L., "Introduzione. Gli ambivalenti processi di trasformazione del welfare in Italia fra stato, imprese e sindacato", PAVOLINI, E., ASCOLI, V., MIRABILE, M.L., *Tempi moderni. Il welfare nelle aziende in Italia*. Il Mulino, Bolonia, 2013. P.30. No obstante, en España desde la reforma laboral no cesan de descender las cifras de cobertura de la negociación colectiva RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., *Negociación colectiva, igualdad y democracia*, op.cit. PP.5-6.

<sup>426</sup> BLACKETT, A., SHEPPARD, C., "Conjugar la negociación colectiva y el fomento de la igualdad", op.cit. P.477.

limitación recíproca<sup>427</sup>. Aplicando esta opción de hacer recaer sobre el juez que no ampara adecuadamente el derecho conculcado la lesión del mismo, se permite salvar los principales obstáculos que impiden el control a través de éste cauce procesal de un convenio colectivo, haciendo que pierda en parte razón de ser, como ya fuese previamente anunciado, la polémica que gira en torno a la eficacia de los derechos frente a terceros y tenga plena vigencia el mecanismo de la ponderación entre dos derechos constitucionalmente reconocidos<sup>428</sup>.

### 3.3. Sometimiento de los convenios colectivos al art. 14 CE en virtud de la jurisprudencia constitucional

#### 3.3.1. A la igualdad en la ley

La previa aproximación a la teoría jurisprudencial y doctrinal acerca del alcance del art. 14 CE hecho hasta ahora nos muestra las claves de lo que ahora interesa resolver que no es otro asunto que el de la vinculación de la negociación colectiva a la igualdad y no discriminación.

De la jurisprudencia constitucional ya hemos resaltado que solo es dable afirmar con rotundidad la vinculación absoluta del principio de igualdad en las actuaciones provenientes de los poderes públicos vinculados a la protección de los intereses generales y públicos (arts. 34.1, 44.2, 47,128.2, 149.1 20ª y 24ª, 103.1, 150 y 155 CE). Sin desmerecer tal afirmación, que debe ser matizada por cuanto a que los poderes públicos disfrutan de un margen de discrecionalidad que les permite diferenciar entre distintas situaciones cuando ello no sobrepase el límite de la razonabilidad y de la proporcionalidad, lo cierto es que continuamente el TC español irá ampliando la eficacia de aquel precepto, por analogía, a otros productos normativos, a pesar de que el interés defendido por éste no sea general sino particular, mas colectivo. Así, servirá su jurisprudencia para lograr elevar la igualdad y la no discriminación a derechos subjetivos oponibles frente a instancias privadas, ascendiendo a elemento apto no tan solo para mediatizar la acción de los poderes públicos<sup>429</sup>.

---

<sup>427</sup>En la STC 177/1988 de 10 de octubre, RTC 1988\177, afirma que «el recurso de amparo se dirige en primer término contra la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, (...) pero también va dirigido, *siquiera sea materialmente*, contra el citado Acuerdo de revisión (y contra el Acuerdo colectivo de 1983, que renovó la vigencia del anterior para ese año), puesto que en él tiene su origen la discriminación que se pretende combatir, contraria al artículo 14 CE. FJ 1. Entre otras, SSTC 171/1989 de 19 octubre, RTC 1989\171; 145/1991 de 1 julio, RTC 1991\145; 177/1993 de 31 mayo, RTC 1993\177; 147/1995 de 16 octubre, RTC 1995\147, STC 119/2002, RTC 2002\119 de 20 mayo; 27/2004 de 4 marzo, 280/2006 de 9 octubre, RTC 2006\280; 36/2011 de 28 marzo, RTC 2011\36.

<sup>428</sup> Es contundente la afirmación del TC español que sirve para fundamentar la utilización de ésta vía procesal cuando un derecho fundamental pueda ser socavado por la negociación colectiva dado que «nada de lo que concierna a los derechos fundamentales puede considerarse nunca ajeno a su competencia», STC 163/1986 de 17 de diciembre RTC 1986\163, FJ 1. Un análisis sobre el recurso de amparo como garantía jurisdiccional del principio de igualdad en NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº 25, 2011.PP. 44ss.

<sup>429</sup> En sentido contrario, opina que la igualdad solo vincula a los poderes públicos, quienes defienden el interés general, y no a los sujetos privados aunque éstos tengan la capacidad para aprobar convenios colectivos. A éstos, en cambio, solo vincula la prohibición de discriminación. De éste modo, el Tribunal Constitucional de forma voluntariosa y forzada del modelo de negociación colectiva establecido en la legalidad ordinaria, al que se atribuye fuerza normativa para equipararlo a las normas legales y así vincularlo a la igualdad, CRUZ VILLALÓN, J., “El contenido de la negociación colectiva desde la perspectiva constitucional”. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., GOÑI SEIN, J.L., RAMOS QUINTANA, M., ROJAS RIVERO, G. , (Coords.), *El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*. En prensa.

Ello ha sido posible por una parte gracias a una interpretación in extenso del art. 14CE que a la vista de su redacción permitía esa operación de ensanchamiento en tanto el mismo no se refiere a los poderes públicos, sino solo a la ley, a la que el convenio colectivo se asemeja en su acepción material<sup>430</sup>. De ese modo lo habría asimilado el TC cuando sostiene que el principio de igualdad tal y como se entiende en la actualidad-por aquél entonces, años 90- también se trata de «un derecho frente al legislador (o más generalmente, frente al autor de la norma)»<sup>431</sup>. No es extraña ésta operación de ampliación del ámbito aplicativo de la «igualdad ante la ley», precisamente adoptada en términos amplios para cobijar no solo la igualdad de todos frente a la misma –acepción originaria-sino también en su regulación interna.

Entre los rasgos afines con la ley, de los convenios colectivos también se extraen las notas de generalidad y abstracción, cuya vocación es ser aplicados a un colectivo o categoría indeterminada de trabajadores portadores de un interés colectivo<sup>432</sup>-. Además, se negocian con sujetos con un índice importante de representatividad, de modo que si la retirada de determinados representantes de la negociación impide cumplir con el quórum exigido para su negociación y adopción, el convenio no adquirirá eficacia normativa, como así sucede cuando una ley no alcanza las mayorías necesarias para su aprobación, aunque el primero pueda optar a mantener una vigencia limitada si concurren las circunstancias habilitantes para ello. El convenio colectivo viene a cumplir, en suma, una función reguladora con carácter general y con efectos vinculantes parecidos al de las leyes -rebus sic stantibus-, sin que por ello pierdan su genuino carácter privado<sup>433</sup>, pues no ha sido reconocido por la propia Constitución un carácter público ni los órganos que negocian ni al producto de lo negociado. En virtud de tales características se ha afirmado que los límites impuestos por el precepto 14 CE en el ejercicio de la potestad normativa, se van a desplegar entonces, no solo con respecto de los actos emanados desde el poder público, sino también, en relación con todos aquellos poderes estatales o sociales a los que les está reconocida la facultad de crear normas<sup>434</sup>. Otros países de la Europa Continental también elevan a parámetro de control del convenio el principio de igualdad, como es el caso francés, donde el Tribunal Supremo,

---

<sup>430</sup> Advertía que el art. 37 CE garantiza al convenio colectivo la estructura lógica de una ley material cogente, VALDÉS DAL RÉ, F., “El modelo de negociación colectiva de condiciones de trabajo”, AA.VV., *La negociación colectiva en las Pequeñas y Medianas Empresas*. IMPI-MIE, Madrid, 1982. P. 33. El concepto de ley material está relacionado con la existencia de un sujeto que ostenta el poder de crear normas, esto es, fuente del Derecho en sentido material para ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Las relaciones Ley-convenio colectivo”, ROJO TORDECILLA, E., (Coord.), *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, op.cit. P. 17. Un convenio colectivo que además se asemeja cada vez más en su tratamiento jurídico a la ley, DEL REY GUANTER, S., “Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la refundición de la teoría jurídica de los convenios colectivos”. *Relaciones Laborales*, 1996, T. I. P.186.

<sup>431</sup> STC 68/1991, de 8 de abril de 1991, RTC 1991/68, FJ 4.

<sup>432</sup> Por ello se convierte, en palabras de Alonso Olea, en la «ley de la profesión o industria», ALONSO OLEA, M., *Pactos colectivos y contratos de grupo*. I.E.P., Madrid, 1955. P. 106. Ese interés colectivo es protegido gracias a la imperatividad del convenio, MORIN, M.L., *Le Droit des salariés à la négociation collective: Principe Général du Droit*. LGDJ, Paris, 1994. P. 562 Como consecuencia de ello la «soberanía sindical» ha ido paulatinamente en aumento, BURDEAU, G., *Traité de Science Politique* T. VII, L.G.D.J., Paris, 1957. PP.107-136. La definición más seguida de interés colectivo por la doctrina la propuso SANTORO PASARELLI, F., *Nociones de Derecho del Trabajo*. Estudios de Trabajo y Previsión, Madrid, 1963. PP. 33ss.

<sup>433</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *Eficacia general del convenio colectivo*. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960. PP.189-190.

<sup>434</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Igualdad y discriminación”, op. cit. P.40. María Fernanda Fernández defiende que la cláusula general de igualdad del artículo 14 puede ser utilizada «como instrumento de control de arbitrariedad en el ejercicio de los poderes, públicos y privados, que, de otro modo, escaparían a toda posible indagación» poniendo como ejemplo la vinculación al principio de igualdad de los convenios colectivos. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, op.cit. PP. 213 y 215.

afirma que «se podría argumentar que los negociadores sociales, que actúan sobre la autoridad de la ley, tendrían que verse afectados en la aplicación del principio de igualdad de trato de un criterio similar al Consejo Constitucional reconoce el legislador.... ». De ésta forma advierte, el juzgador debe examinar la existencia de una justificación objetiva y pertinente<sup>435</sup>.

El fundamento jurídico constitucional ha sido asimilado como un dogma irrompible que sujeta al convenio al art. 14 CE por entero, es decir, también a la igualdad. Así debe entenderse, «mucho más» en el ordenamiento español, en el que en que el Convenio Colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones-el regulado conforme al ET-, alcanza una «relevancia cuasi pública», no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la Ley encarga específicamente esa función, sino también-y no solo- porque una vez negociado adquiere eficacia normativa y se incardina en el sistema de fuentes para imponerse automáticamente a las relaciones laborales de su ámbito aplicativo-eficacia que también despliega el convenio extraestatutario-<sup>436</sup>. Razones suficientes, considera, para someterlo a la igualdad y a la no discriminación, amén de rechazar de plano que toda distinción dentro del Convenio colectivo sea «per se» contraria al principio de igualdad, sino solo aquella que no adquiera la cualidad de objetiva y razonable o aquella que introduzca una discriminación<sup>437</sup>.

No podemos olvidar, por tanto, que en el curso de la negociación colectiva, los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando la realidad en la que intervienen y las consecuencias de sus posibles pactos, por lo que es debida la limitación a tan amplias facultades a través de los derechos que más sencillamente podrían ser conculcados mediante unos pactos que por su propia naturaleza segmentan, diferencian<sup>438</sup>. Pero precisamente éste ejercicio de autonomía colectiva como ya hemos visto, también está amparado en una norma fundamental y sirve a su vez de contralímite al establecimiento de una igualdad total, circunstancia de especial relevancia para comprender las «matizaciones» a que sujeta el respeto por la igualdad del convenio colectivo perteneciente al ámbito privado<sup>439</sup>. Por lo tanto, el empleo del conocido test de razonabilidad no tiene en éste ámbito aplicación plena. Tales «matizaciones» a las que alude continuamente el Tribunal Constitucional para amparar la vinculación del art. 14 CE a la negociación colectiva, incita a la confusión y proporciona inseguridad jurídica al intérprete quien de la mera lectura de éste fundamento jurídico no puede asegurar si el art. 14 CE vincula o no a la negociación colectiva y , sobre todo, cual es el alcance de la misma, en tanto no admita sin tapujos

<sup>435</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011 n°10-14.725 y de 8 de junio de 2011 n°10-11.933.

<sup>436</sup> En éste punto la asimilación de la fuerza vinculante con la eficacia normativa ha contaminado la jurisprudencia constitucional, CRUZ VILLALÓN, J., "El contenido de la negociación colectiva desde la perspectiva constitucional". ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., GOÑI SEIN, J.L., RAMOS QUINTANA, M., ROJAS RIVERO, G. , (Coords.), *El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*. En prensa.

<sup>437</sup> Proclamado por primera vez en la STC 177/1988 de 10 octubre. RTC 1988\177, FJ 4 que ha sido repetido casi sin modificaciones hasta la jurisprudencia más reciente como la STC 36/2011 de 28 marzo, RTC 2011\36, FJ 2.

<sup>438</sup> Dado que pues «las diferencias de condiciones de trabajo y empleo son connaturales a la negociación colectiva que se adopte en cada caso a las condiciones e intereses de los diversos colectivos sobre los que actúa», STC 95/1985 de 29 julio, RTC 1985\95, FJ 4.

<sup>439</sup> La aplicación matizada del derecho a la igualdad y la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales privadas en las que el convenio se incardina es jurisprudencia consolidada desde la citada STC 177/1988, de 10 de octubre , RTC 1988, 177 , F. 4.

cuáles son las exigencias de la igualdad y la no discriminación en éste terreno. Aunque se advierte la aplicación de la igualdad en la negociación colectiva, siempre ha estado presente en el TC la idea de que el derecho a la negociación colectiva lleva consigo que las partes puedan establecer, dentro del ámbito territorial y funcional correspondiente, y siempre dentro del marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de los respectivos intereses (privados), porque es ésta una facultad que se extrae de su derecho a regular «las condiciones de trabajo y productividad», y sólo de esa forma podrá decirse que el Convenio es «expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva»<sup>440</sup>.

Ostentan los negociadores la capacidad seleccionar las materias y contenidos a negociar del mismo modo que para de fijar su ámbito de aplicación y excluir del mismo a ciertos grupos de trabajadores. Tales facultades, no obstante, si bien no están condicionadas por la obligación de perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de la empresa o ámbito funcional, ni impide que un grupo de trabajadores dotado con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones, precisan estar basadas en singulares características y otras circunstancias relevantes, es decir, precisan de justificación. De modo inverso, no estarían legitimados para excluir a grupos de trabajadores del ámbito de aplicación de un convenio cuando aquellos carecen de poder de negociación por sí solos dada la precariedad de su empleo o modalidad de su contrato de trabajo, pues en ese caso lo que se vulnera es la prohibición de discriminación de dicho colectivo.

Al respecto, consagra el TC la prohibición de utilizar la modalidad contractual por sí misma para justificar el tratamiento retributivo dispar de los trabajadores fijos y temporales, ya que su impacto o resultado destruye las exigencias de proporcionalidad derivadas de la duración de los mismos, proporcionalidad entendida como uno de los aspectos de la igualdad entre unos y otros. De este modo, advierte que la duración del contrato, si bien no es un factor baladí sobre el que establecer ciertas diferencias en cuanto a su régimen jurídico, solo será respaldado cuando las mismas se fundamenten en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo que las expliquen razonablemente. Ello ha de ser así, pues de lo contrario se hace de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por la eventualidad del empleo, intensificando su situación desventajosa y enmascarando en realidad una infravaloración de su trabajo. Así, el juez constitucional ha valorado siempre la diferencia de trato entre temporales y fijos en orden a la afección del principio de igualdad y no solo eso, sino también desde la perspectiva social que impone esa connotación de nuestro Estado de Derecho en conexión con la igualdad efectiva de individuos y grupos, para conseguir así la justicia que hace caer por su base la referencia formal a la autonomía colectiva<sup>441</sup>. Por ello, no es ésta última vulnerada cuando se anule aquella cláusula que excluya a los trabajadores

---

<sup>440</sup> STC 177/1988 de 10 octubre, RTC 1988\177, FJ 4.

<sup>441</sup> STC 177/1993 de 31 mayo. RTC 1993\177, FJ 3 con cita a las SSTC 123/1992, RTC 1992\123) y 98/1993, RTC 1993\98 Entre las más recientes que recogen una síntesis de la jurisprudencia sobre la exigencia de igualdad entre trabajadores fijos y temporales, las SSTC 104/2004, de 28 de junio, RTC 2004\104FJ 6 o 71/2016, de 14 de abril, RTC 2004\104, FJ 4.

temporales del ámbito de aplicación del convenio en el momento en que aquella solución se ha basado en las limitaciones que el principio de igualdad y no discriminación, reconocido en el art. 14 de la Constitución impone a la negociación colectiva<sup>442</sup>. Ello es así, en tanto toda diferencia de tratamiento debe estar justificada por razones objetivas, resulta incompatible con el art. 14 CE cualquier tratamiento, ya sea general o específico que configure a los trabajadores temporales como colectivo en una posición de segundo orden o segregados en relación con los trabajadores con contratos de duración indefinida -<sup>443</sup>. Esta jurisprudencia es conforme a los postulados del Derecho comunitario, cuyo órgano judicial reiteradamente ha declarado la prohibición de tratamientos desfavorables, desiguales, de los trabajadores con contrato de duración determinada sin que exista justificación objetiva alguna, con respecto a los trabajadores fijos que se encuentren en una situación comparable<sup>444</sup>. No se comprenderá la existencia de dicha justificación «por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una Ley o un convenio colectivo»<sup>445</sup>. Es preciso recordar que la Unión Europea no tiene competencias expresas para desarrollar un sistema homogéneo de negociación colectiva, por lo que se refiere a los convenios colectivos adoptados en cada Estado miembro y con la eficacia que en cada uno se proporcione a los mismos.

Otro de los elementos que continuamente han servido de objeto de demandas por desigualdad de trato es el establecimiento de las denominadas dobles escalas retributivas en función de la fecha de contratación del trabajador. A efectos paradigmáticos, en la STC 27/2004 de 4 marzo, en la que resume la consolidada doctrina sobre la igualdad en su sentido y alcance, se evalúa la adecuación de la distinción retributiva en base a elementos que apriorísticamente no constituyen tachas de discriminación en sentido estricto. En el asunto a resolver en el recurso de amparo se discute la atribución de una cuantificación diferente del complemento de antigüedad en virtud de la fecha de contratación y de la vinculación indefinida o temporal del trabajador- aspecto éste sobre el que nos detendremos más adelante-. En sus fundamentos jurídicos el Tribunal analiza la cuestión solo y exclusivamente desde el punto de vista de la igualdad<sup>446</sup>, como también ha sucedido en la práctica judicial de otros tribunales constitucionales de la Europa continental como la Corte de casación francesa, que estima que el elemento de la fecha de contratación por sí sola no es legítima para sustentar la diferencia de trato<sup>447</sup>.

---

<sup>442</sup>STC 136/1987, de 22 de julio, RTC 1987\136, FJ 5, muy citada por jurisprudencia posterior. Ésta sentencia se ubica entre las que definimos pertenecientes a la primera etapa de interpretación del art. 14 CE en clave unitaria por lo que alude a la igualdad y discriminación como un solo derecho.

<sup>443</sup>STC 104/2004 de 28 junio, RTC 2004\104, FJ 6.

<sup>444</sup>SSTJUE de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, asunto C-307/05, apartados 42 y 47; de 15 de abril de 2008, *Impact*, asunto C-268/06, apartado 126; de 22 diciembre 2010, *Gavieiro Gavieiro*, asuntos C-444/09 y C-456/09, apartado 53.

<sup>445</sup>SSTJCE de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, asunto C-307/05, apartado 57; de 22 diciembre 2010, *Gavieiro Gavieiro*, asuntos C-444/09 y C-456/09, apartado 54. La cursiva es nuestra.

<sup>446</sup>STC 177/1993 de 31 mayo, RTC 1993\177 FJ 3.

<sup>447</sup>En cuya sentencia de 21 de febrero de 2007, Bull. 2007, V, n° 27 advierte que en virtud del principio de «igual trabajo, igual salario» «el mero hecho de que los empleados fueron contratados antes o después de la entrada en vigor de un convenio colectivo no es suficiente para justificar las diferencias de trato salvo dicha medida hubiese estado destinada a compensar los daños sufridos por los empleados que trabajan en la empresa a la entrada en vigor del convenio colectivo». En ese mismo sentido, sentencia de 11 de julio de 2007, Bull. 2007, V, n° 119. Además, de modo implícito en el Código de Trabajo se reconoce la vinculación del convenio al citado principio en tanto se asigna a la Comisión Nacional de la Negociación Colectiva el deber de seguimiento anual de la

De éste modo considera el Tribunal constitucional español que lo realmente contrario a la igualdad de trato es «que se establezca una valoración de la antigüedad para el futuro de modo distinto para dos colectivos de trabajadores, y que se haga exclusivamente en función de la fecha de ingreso en la empresa», pues de lo contrario la diferencia de trato se concibe como una minusvaloración y segregación de todo un colectivo, que en ésta ocasión se define por acceder más tarde al empleo, con lo que en buena medida lo configura desde el punto de vista teórico como un colectivo discriminado<sup>448</sup>. Guardando una importante similitud con el asunto de la temporalidad como causa de distinción arbitraria en la contratación o en las condiciones de trabajo, pone de manifiesto que la diferencia salarial basada en la fecha de ingreso hace «de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo»<sup>449</sup>. Este modo de evaluar las diferencias de trato en convenio colectivo es seguida por el TS en términos de asegurar la eficacia del principio de igual retribución a trabajo de igual valor de manera tal que, en principio, está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación en las que generalmente se inclina por considerar contrarias no solo al principio de igualdad y no meramente discriminatorias<sup>450</sup>. De éste modo advierte que no es aceptable es que, a partir de determinada fecha, se generen derechos distintos en orden al complemento de antigüedad, ya que es rechazable una cláusula de diferenciación que no se limita a conservar una determinada cuantía retributiva ya percibida a modo de condición más beneficiosa, sino que establece dos sistemas diferentes de retribuir la antigüedad<sup>451</sup>. De hecho, la mayoría de sus sentencias tienen en común que la diferencia retributiva se encuentra en el complemento por antigüedad en función de que se viniera, o no, percibiendo la misma, en una determinada fecha y el alcance colectivo de la misma<sup>452</sup>.

---

aplicación de los convenios colectivos del principio de "igual remuneración por igual trabajo. Art. L2271-1, apartado 8. No obstante, ha sido derogado el precepto que contenía la exigencia expresa de negociar a nivel de sector nacional medidas para asegurar dicha igualdad de trato.

<sup>448</sup> STC 27/2004 de 4 de marzo, RTC 2004\27, FJ 6. Comentario de la misma por ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "El derecho a la igualdad en el marco de la negociación colectiva. STC 27/04, de 4 de marzo". *Temas Laborales*, nº 77, 2004. PP. 243-254.

<sup>449</sup> 36/2011 de 28 marzo. RTC 2011\36, FJ 5.

<sup>450</sup> STS de 23 marzo 2005, RJ\2005\6401, FJ 3. El fallo de la sentencia anula el precepto convencional que dispone una doble escala retributiva de la antigüedad por razón exclusiva de la fecha de ingreso en la empresa. Otras sentencias anteriores se pronunciaron en parecidos términos de juzgar contraria al principio de igualdad una diferencia retributiva configurada del mismo modo. SSTS de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000\8659) y de 22 de enero de 1996 (RJ 1996, 118). Entre las más recientes, SSTS de 5 julio 2006 (RJ 2006\6556); de 22 julio 2008, RJ 2008\4345; de 5 noviembre 2008, RJ 2008\7656, FJ 3; de 12 noviembre 2008, RJ 2008\7044, FJ 3. de 14 junio 2010 (RJ 2010\5938); de 21 de octubre de 2014 (RJ 2014\6136), esta última centrada en la exclusión del «tiempo de bocadillo» a los trabajadores de nuevo ingreso en la empresa. Una crítica al modo de proceder al interpretar las razones que justifican la adopción de la medida en DURÁN LÓPEZ, F., *Una visión liberal de las relaciones laborales*, op.cit. PP.157-158.

<sup>451</sup> STS de 18 junio 2010, RJ 2010\3612, FJ 4.

<sup>452</sup> Aunque advirtiera que es posible que « las modificaciones introducidas por la Ley 11/1994, de 19 de mayo que afectó tanto al art. 25.2 y art. 82.4 del Estatuto de los Trabajadores, vino a otorgar al Convenio Colectivo la posibilidad de fijar la promoción económica de los trabajadores, "sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente" y permitió que el Convenio Colectivo que suceda a otro, pueda disponer sobre los derechos reconocidos en el primero en cuyo caso se habrá de aplicar íntegramente lo regulado en el que lo sucede puede hallarse, tal vez, el establecimiento de la doble escala salarial sin que exista un fundamento sólido para ello». Por todas, sentencias de 12 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 1026) , 20 de junio de 2005 (RJ 2005, 9061) y 14 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2307).

Parece que la última sentencia comentada hubiese producido un giro con respecto a un pronunciamiento precedente-STC 119/2002 de 20 mayo -también dedicado a evaluar la legitimidad de una doble escala salarial en la que finalmente el juzgador avala el establecimiento de la misma en función de la fecha de ingreso prevista en el convenio colectivo. Sin embargo, las mismas sentencias convergen en el sentido de valorar y ponderar los intereses en juego, habiendo quedado patente en el primero de los casos sucedidos en el tiempo que la diferente retribución de los trabajadores que acceden al empleo tras una fecha determinada encuentra justificación objetiva y razonable por la existencia de otros factores adyacentes y distintos del elemento temporal que justifican de forma suficiente la medida, como la concreción de una vía dispuesta en el convenio que permitía alcanzar el mismo resultado económico para toda la plantilla con el paso del tiempo, mientras que factores análogos no han sido detectados en el más reciente de los pronunciamientos<sup>453</sup>. Como en España, tampoco el momento de la contratación ha sido admitido en Francia como válido para establecer diferencias de trato a través del convenio colectivo apelando al principio de igualdad<sup>454</sup>.

En relación a la parcialidad del contrato, tampoco se ha asumido ésta como causa independiente de discriminación, a menos que la misma se encuentre relacionada o sirva para enmascarar un auténtico factor de los reconocidos expresamente como tales-como ha sucedido generalmente en el ámbito de género-. De este modo, los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo-ex art. 12.4 d) ET-. Para reforzar éste criterio legal, la jurisprudencia del TC ha descartado que sean adecuadas las diferencias que «se implantan atendiendo sola y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose sólo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos-entre quienes se encuentran los que trabajan a tiempo parcial o los contratos formativos- y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina». En éste último supuesto obviamente el control del convenio que introduzca la diferencia de trato se torna más rigurosa en tanto la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa, pero solo cuando entra en juego la prohibición de discriminación, exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, pero que se sujetan a la razonabilidad de la misma cuando solo se refleje la distinción entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo<sup>455</sup>.

Sin embargo, el enjuiciamiento de las cláusulas que distinguen a trabajadores por la temporalidad y en menor medida, por el establecimiento de dobles escalas salariales

---

<sup>453</sup> En sentido contrario, considera que se produce un verdadero giro jurisprudencial ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "El derecho a la igualdad en el marco de la negociación colectiva", op.cit. P. 247.

<sup>454</sup> Entre otras, Sent. Cas. soc. de 4 de febrero de 2009, nº 07-42.024: "...la única circunstancia de que los trabajadores hayan sido contratados antes o después de la entrada en vigor de un acuerdo colectivo no será suficiente para justificar las diferencias de remuneración entre ellos". Vid. MORAND, M., "Norme collective et principe d'égalité de traitement", op.cit. P.1167. Sent.Cass. Soc. 27 de octubre de 2010, nº 09-41.292. Sent.Cass. Soc. 11 de julio de 2007, nº 06-42.128 à 152. Vid. FABRE, A., "Égalité de traitement et gestion des rémunérations et de l'emploi", BORENFREUND, G., VACARIE, L., Le droit social, l'égalité et les discriminations, op.cit.P.124ss.

<sup>455</sup> STC 22/1994, de 27 de enero de 1994, RTC 1994/22, FJ 4.Cita de la jurisprudencia europea, Sentencias del TJCE, de 13 de mayo de 1986, *Bilka Kaufhaus*, C-170/1984, o de 27 de junio de 1990 *Kowalska*, C-33/89, ambos recogen la discriminación indirecta de trabajadoras contratadas a tiempo parcial.



desde perspectiva de la igualdad, ha sido criticada por un sector doctrinal que reconoce en aquellos factores de discriminación, habida cuenta de que en algún fundamento jurídico el TC admite que en éstos casos la desigualdad se ha convertido en discriminación, pues el único soporte visible que presenta es el de la minusvaloración de las funciones desempeñadas por el grupo que es segregado, marginado o peor tratado, notoriamente débil por su escasa capacidad para la defensa de sus intereses por lo que resulta desprotegido en el momento de la contratación<sup>456</sup>. Ulterior argumento que sirve de apoyo para evaluar la diferencia de trato entre temporales en indefinidos desde el punto de vista de la discriminación proviene del Derecho y la jurisprudencia europeas que lo describen como factor de discriminación, aunque los instrumentos de evaluación para determinar si la diferencia es o no contraria a la normativa comunitaria opera con los parámetros de exigencia de desigualdad, estos son, la exigencia de objetividad y razonabilidad de la misma<sup>457</sup>. En otro caso se admite que la temporalidad o la parcialidad son verdaderos supuestos de discriminación porque se configuran como categorías objeto de segmentación injustificada, señalando como supuesto más delicado el de la doble escala, siempre analizado desde el punto de vista de la igualdad, pero que, en cambio, puede provocar también el efecto típico de segregación, especialmente cuando provoque discriminación indirecta, por ejemplo, entre jóvenes y trabajadores maduros. Tales planteamientos vienen a corroborar la desvinculación de la negociación colectiva con la igualdad genérica<sup>458</sup>.

Es cierto, como se ha señalado, que la definición del grupo de pertenencia se asemeja al que utiliza para describir a los colectivos generalmente discriminados. Pero en tales términos, si la temporalidad, o la atipicidad del contrato, así como el elemento de la fecha de ingreso son elevados a causa discriminatoria autónoma-descartando la relación con otro factor de discriminación como generalmente se ha efectuado sobre todo con el sexo o la juventud-, el juez no debería limitarse a valorar la mera objetividad y razonabilidad de la norma convencional, elementos de evaluación éstos que se conciben como parámetros de legitimidad de las normas desiguales y resultan mucho más

---

<sup>456</sup> CASTRO CONTE, M., "Las desigualdades salariales en la actual negociación colectiva". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 16, 2005, BIB 2005/2433. Recogido en versión digital. P. 13. ALAMEDA CASTILLO, M. T. y PRADOS DE REYES, F. J., "Dobles escalas salariales". ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*. Tirant Lo Blanch-CC OO, Valencia, 2004. P. 383. También, entre otros, MOLERO MARAÑÓN, M. L., "El principio de igualdad en la negociación colectiva: la admisión condicionada de los pactos de doble escala salarial", AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005. P. 8. Sostiene que en estos casos se trata de una discriminación porque produce efectos típicos de la segregación laboral y de segmentación especialmente aplicando la técnica de la discriminación indirecta u oculta: insiders frente a outsiders, jóvenes frente a trabajadores de edad ya insertados en el mercado de trabajo, CRUZ VILLALÓN, J., "El contenido de la negociación colectiva desde la perspectiva constitucional", op.cit.

<sup>457</sup> Así, recientemente retoma su doctrina para apreciar la eventual discriminación que se produce entre trabajadores fijos y temporales prohibida por la Directiva 99/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de la CES, la UNICE y el CEEP analizando el concepto de «razones objetivas» que requiere que « la desigualdad de trato apreciada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Por el contrario, dicho concepto de razones objetivas « no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo» STJUE (Sala décima) de 14 de septiembre de 2016, *De Diego Porras*, asunto C-596/14, apartados 45 y 46. Entre otras anteriores, sentencias de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, asunto C-307/05, apartado 57; de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, asuntos C-444/09 y C-456/09, apartado 54.

<sup>458</sup> CRUZ VILLALÓN, J., "El contenido de la negociación colectiva desde la perspectiva constitucional". ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., GOÑI SEIN, J.L., RAMOS QUINTANA, M., ROJAS RIVERO, G. , (Coords.), *El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*. En prensa.

flexibles en su interpretación. De tal modo, denunciar la presunta discriminación el supuesto de hecho debe admitirse de partida como presuntamente irrazonable y solo de éste modo podrían resultar imponibles en las relaciones privadas.

En todo caso, deben ser delimitados como factores de discriminación, efectivamente, en orden a la ya referida evolutividad de tales criterios asentados en la sociedad como especialmente repulsivos, cuya selección como elemento diferenciador supone un resultado no solo injusto sino lesivo, de subordinación, infravaloración o desventajoso y además se prolongue, -como ya viene consolidándose- en el tiempo. Podrían encajar además entre los factores de discriminación al tratarse, en ocasiones, de condiciones de la persona –no personal, sino jurídica-de la que no son responsables –atipicidad del contrato o fecha de acceso involuntaria -<sup>459</sup>, o que tienen su origen en ejercicio de un derecho personalísimo como es el derecho al trabajo en condiciones de igual dignidad<sup>460</sup>. Finalmente, se advierte que los factores de discriminación consagrados a nivel supranacional o internacional penetrarán en nuestro ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE y de ésta forma, se reconoce la prohibición de discriminación en el Derecho comunitario de los trabajadores a tiempo parcial y de los temporales<sup>461</sup>, al mismo tiempo que se impone la igualdad de trato entre ellos en la legislación ordinaria<sup>462</sup>.

A nuestro parecer, el Tribunal Constitucional de nuevo no aplica de forma rigurosa la diferencia terminológica y, en consecuencia, de régimen jurídico entre igualdad y no discriminación. En lo que respecta a la temporalidad, el TC español no la acoge con todas sus consecuencias como factor de discriminación. Para muestra de ello, en determinados pronunciamientos establece que lo que se produce es la violación del principio de igualdad constitucional en los casos en los que la diferencia de trato laboral no encuentra una explicación objetiva y razonable, «como puede ser el que se establezca diferente retribución en razón del carácter temporal o indefinido del contrato que liga al trabajador con la empresa, siempre que se trata de la realización de una idéntica actividad laboral»<sup>463</sup>. Más aún cuando legitima la anulación en vía judicial de cláusulas que excluyen de su ámbito de aplicación a los trabajadores temporales sin que tal

---

<sup>459</sup> POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*. Andavira, Santiago de Compostela, 2012.P.116ss. Sin embargo el autor no considera viable su consagración como causas de discriminación en nuestro sistema de discriminación constitucional precisamente por carecer la segregación de vinculación directa con la faceta personal o social del trabajador. En ese mismo sentido, GARCÍA MURCIA, J., “Impact et perspectives des normes sociales européennes en Espagne”, Informe final del proyecto *Impact et perspectives des normes sociales européennes Égalité de traitement et restructurations dans neuf pays de l’Union Européenne Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, France, Italie, Pologne, Portugal, Slovénie*. Centre de Recherche en Droit Social (CRDS EA 1664) Université Lumière Lyon 2 France, 2006. P. 287.

<sup>460</sup> En el sentido de considerar derecho personalísimo el derecho al trabajo en tanto realizable por la propia persona titular del contrato laboral, ALONSO OLEA, M., *Derecho del Trabajo*. 15ª Ed. Civitas, Madrid, 1997.P. 52.

<sup>461</sup> Respectivamente, cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial firmado por CES, UNICE y el CEEP incorporado en la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997; cláusula 4 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, incorporado en la Directiva 1999/70/CE DEL Consejo de 28 de junio de 1999.

<sup>462</sup> Ley 12/2001, de 9 de julio, dando una nueva redacción al art. 15.6 ET en el que se dispone que «los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida...». Por su lado, El Estatuto de los Trabajadores impone la igualdad de derechos entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, precepto que vincula del mismo modo a sujetos públicos y privados desde que tal apartado fuese incorporado como fruto de la transposición de la Directiva europea mediante el Real Decreto- Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad.

<sup>463</sup> SSTC 171/1989, RTC 1989, 171; 76/1990, RTC 1990, 76; 28/1992, RTC 1992, 28; 117/1993, RTC 1993, 117. También el Tribunal Supremo defiende «un principio de igualdad de trato entre fijos y temporales sin más excepciones que las contenidas en previsiones legales o en razones objetivas suficientemente justificativas de la diferencia de trato» STS de 23 de octubre de 2002, RJ 2002, 10916. En la misma línea, STS de 17 mayo 2000, RJ 2000\5513, FJ 5; de 16 de diciembre de 2010, RJ 2011\1595.

consecuencia jurídica sea contraria a la libertad concedida a las partes para delimitar el ámbito de aplicación del Convenio por cuanto a que aquella no se fundamenta en un motivo objetivo y razonable, como es la duración del contrato, sin que pueda superar el juicio de «igualdad sin discriminación» –todavía efectuando una interpretación unitaria del art. 14 CE<sup>464</sup>. En ambos casos, con independencia de su reconocimiento legal, se trata de causas de discriminación extraídas directamente del precepto constitucional.

El supuesto más controvertido, como ya apuntásemos, se trata de la fecha de ingreso como motivo en el que fundar una diferencia de trato como factor autónomo de discriminación, es decir, más allá del riesgo de producir discriminación indirecta por razón de edad-entre los más jóvenes-de quienes acceden en determinada fecha al puesto de trabajo. Es ésta la causa más incipiente de discriminación y por ello todavía no existe un criterio unánime sobre su categorización como causa discriminatoria o de mera desigualdad, siendo ausente cualquier alusión legal al respecto. En éste ámbito se ha reproducido la misma mecánica de utilizar, ambivalentemente igualdad y discriminación para definir la diferencia de trato sustentada en la fecha de ingreso<sup>465</sup>. Sin embargo, más recientemente ha tratado de aclarar el TC -corrigiendo así la opinión del TS emitida en algunos pronunciamientos y la suya misma<sup>466</sup>- que la diferencia de trato basada en la fecha de ingreso a la empresa, ni se trata de una de las causas listadas en el art. 14 CE o en el art. 17 ET, ni constituye un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en dichos preceptos, encuadrable en la cláusula genérica del art. 14 CE referida a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», precisamente porque «lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes». Sin embargo, ya vimos anteriormente que tales elementos sí concurren en el grupo de trabajadores que ingresan en la empresa en una fecha posterior a la de otro colectivo diferente por el efecto segmentador que ello provoca entre colectivos de trabajadores, de forma análoga a como ha sido defendido con respecto a la temporalidad o la parcialidad del contrato, pero no se ha mostrado tan contundente, creemos, porque su reconocimiento como causa de discriminación implicaría una importante restricción a la libertad de contratación empresarial y de fijación del salario de forma deliberada, siempre que ello no provenga de una contratación en masa<sup>467</sup>, o que ello no cause discriminación<sup>468</sup>. Sensu contrario, no se podrían calificar como discriminatorias cuando

---

<sup>464</sup> SSTC 52/1987 de 7 mayo, RTC 1987\52, FJ 4 y 136/1987 de 22 de julio, RTC 1987\136, FJ 5.

<sup>465</sup> Admite el efecto discriminatorio aunque alude en sus fundamentos a la igualdad de trato en la STC 104/2007 de 27 de junio, RTC\2004\104, FJJ 7 y 8.

<sup>466</sup> En los que ha sostenido que cuando « a los integrantes de ese colectivo se les aplica un trato salarial peyorativo respecto a los que realizan su mismo trabajo, únicamente por el hecho de la posterior fecha de ingreso en la empresa, debe entenderse que estamos ante un acto discriminatorio prohibido por la cláusula abierta del artículo 14 de la Constitución española». STS de 28 de abril de 2005, RJ 5727.

<sup>467</sup> Que trate de eludir la negociación colectiva y por tanto vulnerando éste derecho fundamental. SSTC STC 105/1992, de 1 de julio, RTC 1992\105, FJ 6 ;238/2005, de 26 de septiembre, RTC 2005\238 ,FJ 4

<sup>468</sup> Por tal motivo, no puede ser admitida como contraria al art. 14 CE una doble escala retributiva por decisión unilateral del empresario. STC 36/2011 de 28 marzo, RTC 2011\36, FFJJ 5 y 6. Un comentario sobre ésta sentencia en SEPÚLVEDA GÓMEZ,

cumplan con los requisitos jurisprudenciales para ser considerada como condición más beneficiosa aplicable a cada trabajador de forma individual, mientras que sería cuestionable cuando ésta tenga un carácter colectivo y provoque el efecto de segregación entre dos grupos de trabajadores<sup>469</sup>. Por su singularidad, se puede afirmar que la resolución del problema resulta bastante casuística cuando se enmarca en una cláusula convencional pero puede admitirse que se abordan como causa de discriminación que pueden quedar justificadas fundamentalmente cuando concurren dos elementos principalmente, a saber, que la finalidad de la medida sea legítima y que se disponga con carácter temporal de modo que no provoque el resultado de segregación perpetua entre colectivos de trabajadores<sup>470</sup>.

Sin embargo, huelga decir que no todas las causas de discriminación han sido y son tuteladas con la misma rigidez y prueba de ello es el supuesto de la edad, sobre el que nos detendremos más adelante, en el que los requisitos de justificación de la diferencia han sido ampliamente flexibilizados y no por ello se contempla éste criterio de diferenciación como una causa de mera desigualdad. Por tanto, el carácter no innato en la persona de la éste supuesto de segregación laboral no impide que por la vía del art. 14 CE penetre como factor de discriminación si bien con un perfil de tutela más dúctil que en lo que respecta a otros factores como el sexo o la raza. En efecto, consideramos que a ésta causa de discriminación específica, habrán de darse soluciones también específicas que no tienen por qué ser tra restrictivas como las más notorias o primigenias causas de discriminación.

Sin embargo, tampoco parece aceptar sin contemplaciones la fecha de ingreso como causa de discriminación el Tribunal Supremo en cuya jurisprudencia ha señalado, en la misma línea recién comentada, que solo se elevarán a la categoría de discriminatorias aquellas condiciones «que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el artículo 14 de la Constitución Española» y es claro, advierte, que esta analogía no concurre, por ejemplo, ante diferencia de tratamiento entre trabajadores en función de la fecha de la contratación o en virtud de la temporalidad del vínculo, que carecen de las implicaciones y el significado de factores de exclusión o marginación típicos como el sexo, la raza, la ideología o la confesión religiosa<sup>471</sup>. De nuevo, no podemos secundar

---

M., “Doble escala salarial por decisión unilateral de la empresa con efectos colectivos. Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2011, de 28 de marzo de 2011”. TL nº 111, 2011. PP. 181-193. Sostiene que a día de hoy pues, la diferenciación salarial por fecha de ingreso no es un problema sobre «discriminación salarial», sino sobre la aplicación del principio de igualdad, con independencia de que en el futuro se posicione al mismo nivel que las restantes causas de discriminación, LUQUE PARRA, M., “Dossier. Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de dobles escalas salariales y aplicación del principio de igualdad”. *Iuslabor*, nº 4, 2005. PP. 1-2. Accesible en <http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/58103>. Un estudio jurisprudencial sobre las dobles escalas en el contexto de la igualdad en FALGUERA BARÓ, M.A., *Las dobles escalas salariales en función de la fecha de ingreso del trabajador y el derecho a la igualdad*. Bomarzo, Albacete, 2007.

<sup>469</sup> Considera, en efecto, que la diferencia retributiva en virtud de la fecha de ingreso por decisión unilateral del empresario resuelta en la STC 36/2011 de 28 de marzo es de carácter colectivo, SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “Doble escala salarial por decisión unilateral de la empresa con efectos colectivos. Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2011, de 28 de marzo de 2011”, op.cit. P. 189.

<sup>470</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “El contenido de la negociación colectiva desde la perspectiva constitucional”. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., GOÑI SEIN, J.L., RAMOS QUINTANA, M., ROJAS RIVERO, G. , (Coords.), *El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*. En prensa. Superando así un pronunciamiento bastante anterior, la STC 171/1989, de 19 de octubre (RTC 1989/171) en la que el convenio estipulaba una diferencia retributiva en virtud de la fecha de ingreso que permitía a los trabajadores ingresados antes de determinada fecha no ver rebajados sus emolumentos ante el cambio normativo que impidió que el trabajador corriera con las cargas fiscales y de Seguridad Social del Trabajador. En ella sostiene el TC que el paso del tiempo no convierte en discriminatorio lo que en su inicio no lo era. FJ 4.

<sup>471</sup> STS de 11 noviembre 2008, RJ 2008/7043, FJ 5; de 17 mayo 2000. RJ 2000/5513, FJ 5.

ésta postura habida cuenta de la aparición de otros factores de discriminación que no por no ser tan antiguos o inherentes a la condición humana o a las condiciones personales más íntimas, se consideran aspiraciones de mera igualdad.

De confirmar la postura jurisprudencial que vincula a la negociación colectiva a la igualdad en su aspecto más general, como puede ser fácilmente adivinable después de analizar la naturaleza y eficacia de los convenios colectivos en España, el convenio extraestatutario no estaría vinculado ni constitucionalmente ni legalmente a la primera parte del art. 14 CE que reconoce el derecho a la igualdad. Como cualquier acto privado, únicamente se encontraría limitado por la prohibición de discriminación y solo respondería de la conculcación de la igualdad si existe un principio jurídico concretado en una norma, convenio colectivo o costumbre del que derive su respeto. En efecto, dada la eficacia contractual atribuida a estos pactos por la mayor parte de doctrina y especialmente por la jurisprudencia, será defendida su independencia a imposiciones que provienen del reconocimiento del derecho a la igualdad<sup>472</sup>. Esta teoría no tendría vigencia entre los partidarios de equiparar en su eficacia normativa a los convenios estatutarios y extraestatutarios, quienes consideran que también éstos obtienen desde su aprobación verdadera eficacia normativa entre los sujetos implicados y afectados por el mismo porque son fruto del mismo fundamento constitucional que les reconoce fuerza vinculante.

Aunque la jurisprudencia constitucional y ordinaria recién analizada conducen a la mayor parte de la doctrina a excluir la vinculación de éstos pactos a la igualdad, existe, en realidad, una jurisprudencia vacilante al respecto tendente a extrapolar las consideraciones en torno a la igualdad genérica como límite al convenio colectivo cuando éste carece de la condición de estatutario. Quizás la causa de la aplicación por analogía de la doctrina dominante sobre el impacto de la igualdad sobre convenios colectivos se puede atribuir a la inexistencia de pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional en el que excluya de forma expresa el sometimiento del convenio extraestatutario a la igualdad. Prueba de ello es que el Tribunal Supremo en una de sus sentencias, tras hacer referencia a la naturaleza jurídica contractual del pacto y la no aplicación del artículo 14 CE a las relaciones privadas, concluye aceptando las pretensiones de la parte demandante en torno a la desigualdad de trato que provoca la exclusión de los trabajadores eventuales y a los de nuevo ingreso de un premio de antigüedad a favor de los trabajadores que ostenten la condición de fijos de plantilla. En aplicación del artículo 14 «como si de un Convenio Colectivo (estatutario) se tratara»- declara la nulidad de la cláusula del convenio extraestatutario denunciada, entendiendo que la elusión de los cauces procesales previstos en el Título III ET para alcanzar eficacia erga omnes, nunca puede acarrear también la del resto a las normas a las que el

---

<sup>472</sup> Precizando, el TS que "... el principio de igualdad... cuando se refiere a relaciones entre sujetos privados tiene aplicación y ha de observarse en relación con el contenido de Convenios Colectivos, porque tienen eficacia general y naturaleza de norma en cuanto que se insertan en el sistema de fuentes y en este sentido los Convenios son equivalentes a un instrumento público de regulación, que, por esta condición, está vinculado por el principio de igualdad, lo que no sucede con las actuaciones unilaterales del empresario, con el contrato de trabajo o con los acuerdos colectivos no estatutarios...". , STS de 26 de octubre de 2009 rcu. 26/2008. Entre otras, de 11 noviembre 2008. RJ 2008\7043, FJ 5; de 9 julio 2012, RJ 2012\10269, FJ 3.

mismo se habría necesariamente ajustado<sup>473</sup>. Sin embargo, si nos fijamos se trata, de nuevo, de una causa de discriminación, con las particularidades que han sido puestas de manifiesto anteriormente. No existe, por tanto, ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el que se evalúe un asunto que afecte a la igualdad de trato en la negociación colectiva, dado que todos los casos analizados en definitiva se insertan en el ámbito de la discriminación.

A mayor abundamiento, cuando el Tribunal Constitucional razona acerca del modo en que la igualdad vincula al convenio colectivo, reitera que, la autonomía colectiva no puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diferenciadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, pero reitera que tampoco en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles<sup>474</sup>. Ante tales premisas no especifica que se trate de un tipo de convenio determinado sobre el que prevalezca ésta sumisión reforzada a la igualdad con respecto al resto de sujetos privados y ello se muestra como resultado de que lo realmente importante para el Tribunal no es que la ley le atribuya el carácter de norma pública, y que ello fundamente la sumisión a la igualdad sino que el convenio colectivo, cualquier que sea su eficacia está sometido a los límites que le impone la Constitución que solo puede vincular, por su propia naturaleza privada, a la prohibición de discriminación tanto a unos como a otros pactos<sup>475</sup>.

En efecto, en nuestra opinión, resulta incoherente desde el punto de vista interpretativo vincular solo al convenio colectivo estatutario a la cláusula de igualdad excluyendo el mismo efecto para los convenios extraestatutarios habida cuenta de la existencia de un mismo fundamento constitucional que consagra la fuerza vinculante entre ambos, mediatizado por el argumento en base al cual el alcance subjetivo de la igualdad ha sido fijado por el legislador vinculando a los convenios estatutarios, aun sin referirlo expresamente, al atribuir a éstos naturaleza normativa<sup>476</sup>. En base a ésta teoría, es el legislador el que habría procedido a la ampliación del ámbito de aplicación de la igualdad prevista en el artículo 14 CE pero de un modo implícito, sometiendo al convenio colectivo estatutario a las reglas más estrictas de igualdad por la mera

---

<sup>473</sup> STS de 13 de noviembre de 2003, RJ 2004\1773 FJ. 3; de 18 de julio de 2011 FJ 3. En esta sentencia el Tribunal aplica la doctrina relativa al respeto por el principio de igualdad y no discriminación por la negociación colectiva, a un convenio colectivo no estatutario, del que reitera, no se desprende eficacia normativa. Sin embargo, la jurisprudencia inferior no es unánime, llegándose a afirmar con carácter posterior a la última sentencia del Tribunal Supremo citada por parte de la Audiencia nacional, que el primer inciso del art. 14 CE -recordemos, igualdad ante la ley- « no despliega efectos en el estricto ámbito de la autonomía privada, en el que se inscriben los acuerdos carentes de valor normativo », en un supuesto en el que igualmente se cuestionaba la legitimidad de la doble escala acordada en el seno de un convenio colectivo extraestatutario alcanzado por la representación unitaria y la empresa. SAN 156/2011 de 17 noviembre, FJ 5.

<sup>474</sup> Entre otras, STC de 20 mayo, RTC 2002\119 119/2002, FJ. 6.

<sup>475</sup> Por el contrario, advierten que la vinculación de la negociación colectiva a la igualdad es consecuencia de la asimilación por parte del TC del convenio colectivo como un acto privado con especial trascendencia social vinculado a la igualdad CARRIZOSA PRIETO, E., *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*, op.cit. PP. 118-119. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Principio de igualdad y Derecho del Trabajo”, AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución Española: XI Jornadas de Estudio*. op.cit. P.1082; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos”. RL, T. I, 1988. PP.395.

<sup>476</sup> Ha sido criticado, no obstante, el prisma legal desde el que se ha interpretado la cuestión, en detrimento de una interpretación desde un punto de vista constitucional, en tanto que se puede deducir de ello que la igualdad no opera en el ámbito de la negociación colectiva extraestatutaria. VALDÉS DAL RÉ, F. “El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española”. *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 5, 2011.P. 141

asimilación del convenio a las normas legales aunque sobre su concepto y eficacia solo determina que ésta última será erga omnes. Desde luego no parecía ser su voluta someter de forma absoluta al principio de igualdad a los convenios habida cuenta de que por dos veces reconoce la prohibición de someter a tratos discriminatorios a los trabajadores y en el segundo de ellos expresamente extiende la prohibición a las cláusulas convencionales—arts. 4.2 c) y 17.1 ET-, sin que se aluda a la igualdad de trato más que en momentos puntuales como en los ya referidos contratos a tiempo parcial o temporales, ambos supuestos, como ya se ha razonado, que entran ya en el ámbito protegido por el Derecho antidiscriminatorio.

Por lo tanto, la vinculación de los convenios a la igualdad responde a una errónea construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Aquella no se desprende de la ley misma, sino de una construcción jurisprudencia que no resulta suficientemente sólida en la interpretación conjunta del art. 14 CE en combinación con el art. 37.1 CE y con el Estatuto de los Trabajadores, olvidando que tras la desaparición del corporativismo, por más que se haya otorgado un plus de eficacia a ciertos convenios, aquellos deben mantenerse en el ámbito privado en el que permanece inconcebible la extensión de la igualdad y consiguiente destrucción del Derecho privado.

### 3.3.2. A la igualdad en aplicación de la ley

Un ulterior elemento que merece ser evaluado es el alcance de otra de las acepciones de la igualdad a la negociación colectiva que permitiría sostener sin fisuras que el art. 14 CE la vincula por entero. Se trata del indiscutido-doctrinal y jurisprudencialmente-sometimiento de la igualdad en la aplicación de la ley de forma análoga a la negociación colectiva. El contenido del que se dota a ésta acepción de la igualdad y los términos en que ha sido interpretado el art. 14 CE podrían propiciar la vinculación del convenio colectivo también a la igualdad en aplicación del mismo por cuanto a que cuando el precepto se refiere a la «ley» lo hace en sentido material para involucrar a toda norma jurídica, cuya naturaleza se acepta es atribuible a dichos pactos. En este sentido parece haberse pronunciado implícitamente el Tribunal Constitucional, -aunque quizás utilizando una terminología errónea fruto de la no escisión por entonces de la igualdad y la no discriminación-, para quien resulta evidente, que «la prohibición de discriminaciones arbitrarias opera también en la aplicación de la Ley y, en general, de cualquier norma jurídica (...).»<sup>477</sup>. Por otro lado, en relación con el reconocimiento de un determinado plus en un convenio colectivo, el TC reconoce que «el principio de igualdad no exige la creación de un determinado plus o complemento, aun cuando se den las circunstancias fácticas precisas para ello, sino la aplicación no discriminatoria del mismo cuando la ley o el Convenio colectivo lo hubieren creado»<sup>478</sup>. En dicho contexto, no se discutía la existencia de una discriminación de las efectivamente tasadas

<sup>477</sup>STC 59/1982 de 28 julio. RTC 1982\59 ATC 28/1984 de 18 enero, RTC 1984\28 AUTO, FJ 2.

<sup>478</sup> STC 177/1988 de 10 octubre, RTC 1988\177, FJ. 5.

como tales, sino la exclusión del cobro de dicho plus a un determinado grupo de trabajadores identificados por el cobro de otro plus específico e toxicidad, penosidad y peligrosidad. De éste modo, el uso del término discriminación se entiende en éste contexto asimilado o referido a la prohibición de aplicación «desigual» de dicho plus. Además ha sostenido el Alto intérprete constitucional que cuando el órgano judicial no aplica un convenio colectivo a un grupo de trabajadores en función del menor número de horas para el que está empleado, pese a que el convenio no establece distinción, se ha producido una diferencia de trato que no es imputable a la norma, sino a la sentencia<sup>479</sup>.

A ésta confusión también da pie la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reitera la vinculación del principio de igualdad -en la ley y en la aplicación de la ley- a los poderes públicos, y al convenio colectivo en la medida en que, en nuestro Derecho, tiene una eficacia normativa que trasciende el marco normal de una regulación privada<sup>480</sup>. En todo caso debemos advertir que no existe un pronunciamiento fehaciente que consagre el debido respeto de la igualdad en aplicación de la ley cuando el instrumento normativo a aplicar sea un convenio colectivo por parte de la doctrina constitucional u ordinaria.

Parece ser pues admitida su vigencia sin mayor dificultad cuando el juez interpreta o aplica un convenio colectivo, pero ello no produce el mismo efecto cuando quien aplica es sujeto privado<sup>481</sup>. Es decir, el principio de igualdad en aplicación de la ley trasladado al convenio colectivo plantea la circunstancia de que su vigencia va a depender de quién sea el sujeto que lo aplica hasta el punto de quedar sin efecto cuando su desigual aplicación provenga del empresario que es quien en puridad aplica el pacto salvo la existencia de una controversia que exija la participación de la autoridad judicial. No se trata aquí de retomar la cuestión de la exclusión de ciertos trabajadores del ámbito aplicativo del convenio, sino de su falta de aplicación aunque del convenio no se derive tal carácter excluyente. En efecto, el empresario que no aplica un convenio a un trabajador por ser consecuencia de una orden pactada en el convenio no transgrede el art. 14 CE. Al respecto debemos recordar que el artículo 82.3 ET otorga eficacia aplicativa general al convenio regulado conforme al cauce previsto en el propio Estatuto, «en su ámbito correspondiente», lo que indica que deberá aplicarse por imperativo legal aquel convenio que se corresponda con el ámbito funcional, personal y territorial propio de la actividad que desarrolla la empresa, por lo que los empresarios no pueden imponer las condiciones de un convenio distinto del ámbito de aplicación ni por ende desaplicar, sin someterse a los procedimientos legales establecidos al efecto, el convenio correspondiente.

No obstante, es una doctrina bastante seguida por los Tribunales Superiores de Justicia Españoles considerar que tal regla o criterio igualatorio se constituye cuando está

---

<sup>479</sup> 22/1994 de 27 enero. RTC 1994\22, FJ 4.

<sup>480</sup> Entre otras, SSTS de 23 septiembre 2003, RJ 2003\8378, FJ 4; 22 diciembre 2010, RJ 2011\40, FJ 2; de 14 mayo 2014, RJ 2014\2808, FJ 2, entre otras.

<sup>481</sup> El Tribunal Supremo ha sostenido que «el principio de igualdad en la aplicación de ley (...) no opera con eficacia horizontal ("Drittwirkung"). Dicho principio es aplicable únicamente a la actuación de los Poderes Públicos - Administraciones Públicas y Administración de Justicia » en su STS 595/2009 de 5 octubre, RJ 2009\4602, FJ 4. El caso se refiere a las admisiones y expulsiones de socios de las asociaciones, concretamente de partidos políticos.



implicado el principio de unidad de empresa, a través del cual se trata de evitar mediante la aplicación de un solo convenio colectivo que dentro de una misma empresa -o centros de trabajo- exista un tratamiento desigual para los trabajadores, y que solamente es inaplicable cuando «la propia estructura empresarial tenga componentes productivos autónomos y que se dediquen a actividades tan dispares que no pueda ofrecer un punto común de encuentro, que de forma sustancial pueda aunarse en la dirección y estructuración», sin que sea posible «aplicar más de un convenio colectivo cuando la empresa tiene una misma forma jurídica, se dedica a actividades conexas y forma una estructura unitaria». Por ello, todo trabajador de la empresa debe estar sometido al convenio colectivo y la exclusión del mismo en la aplicación del convenio implicaría no solo la conculcación del precepto estatutario sino la igualdad prevista en el art. 14 CE en la medida en que existe un principio concretamente el de unidad de empresa, que impone la necesidad de la igualdad de trato impuesta salvo que se demuestre que tal exclusión responde a una causa objetiva y razonable, cumpliendo así la exigencia establecida por el TC para que la igualdad sea impuesta a los sujetos privados<sup>482</sup>.

#### 4. CONVENIOS COLECTIVOS, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

##### 4.1. La igualdad y la no discriminación no son contenido necesario del convenio colectivo

Es cierto que los sindicatos y las asociaciones empresariales cumplen un papel importante en la transformación de la sociedad en orden a promover unas efectivas condiciones de libertad e igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran<sup>483</sup>. De hecho, en materia de tutela de las clases débiles objeto de discriminación, se han intensificado en los últimos tiempos las relaciones de complementariedad y de supletoriedad entre la ley y el convenio colectivo<sup>484</sup>, por lo que se advierte la transformación del contenido convencional en éste ámbito, hoy muy lejos de su concepción originaria como «contrato de tarifas salariales» (Tarifvertrag) o como un mero «acuerdo de bases de trabajo»<sup>485</sup>.

En España, el Estatuto de los Trabajadores no contempla de modo explícito el reconocimiento de la igualdad de los trabajadores ni como mecanismo de tutela frente a cualquier injerencia externa proveniente del convenio o del ejercicio de los poderes empresariales ni, mucho menos, en el contenido mínimo legal necesario de cualquier

---

<sup>482</sup> Entre otras, SSTSJ del País Vasco de 29 febrero 2000, AS 2000\778, FJ 1; de Andalucía 2355/2010 de 16 diciembre. AS 2013\2177, FJ 2; de la Rioja, 131/2006 de 20 abril. AS 2006\1985; de Cantabria 746/2008 de 12 septiembre, AS 2008\2504, FJ 1; de Asturias, 2696/2012 de 26 octubre. JUR 2012\367226, FJ Único.

<sup>483</sup> RIVERO LAMAS, J., “Democracia pluralista y autonomía sindical (Actividad política de los sindicatos y constitución)”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva España)*, nº 16, 1980.P. 198.

<sup>484</sup> BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “Desigualdad de trato retributivo de los trabajadores de nuevo ingreso y autonomía colectiva e individual”. *Relaciones Laborales*, nº 8, 1997, pág. 441, tomo 1, Editorial LA LEY. Recogido en La Ley Digital. P. 1.

<sup>485</sup> Así se denominaba según la terminología española del primer tercio del siglo XX. MARTÍN VALVERDE, A., “Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo”, AA.VV., *Los límites del convenio colectivo: la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*, op.cit. P. 63.

convenio colectivo que pretenda obtener eficacia general. Tampoco exige que reconozcan la prohibición de discriminar por determinadas circunstancias sociales o personales más que de un modo implícito. En ese sentido ya manifestamos que el art. 17.1 CE cumple la función de imponer un contenido en negativo advirtiendo de la nulidad de aquellas cláusulas que provoquen discriminación en el empleo. Junto a éste podemos señalar otros preceptos que reconocen la igualdad de trato entre determinados trabajadores, como los trabajadores temporales y los indefinidos o los a tiempo parcial frente a los a tiempo completo, salvando las diferencias legítimas entre ellos, la igualdad de remuneración o de ejercicio de los derechos a la promoción y formación profesional por razón de sexo. En el mismo orden, las diversas Directivas europeas imponen la nulidad de pleno derecho de las cláusulas convencionales que distorsionen la igualdad de trato en torno a los colectivos protegidos.

Sin embargo, encontramos en el ámbito comparado otros Estados más incisivos que tratan de condicionar el contenido convencional para asegurar el cumplimiento de los fines de igualdad. Concretamente en Francia, el Código de trabajo contempla la exigencia de negociar-no se trata de una obligación de resultado- asuntos relacionados con la igualdad y la no discriminación con carácter anual y con carácter trianual, según el objeto material de que se trate y el ámbito de aplicación. Entre las primeras destaca la obligación de negociar en el ámbito de empresa sobre la igualdad profesional entre mujeres y hombres y la cualidad de vida en el trabajo o las medidas relativas a la inserción profesional y mantenimiento de empleo de personas con discapacidad. Entre las segundas, los contratos formativos y stages o los contratos de generación (contrat de génération), destinados a los trabajadores mayores. Por su parte, los acuerdos sectoriales tienen la obligación de negociar determinadas materias atinentes a la igualdad entre sexos cada año, cada tres o cada cinco para otras, según el contenido a convenir<sup>486</sup>.

Los convenios colectivos no se instrumentalizan en nuestro ordenamiento como un cauce de garantía obligatoria de protección de los derechos fundamentales, es decir, la Constitución no les exige positivamente regular un determinado derecho fundamental como sí lo hace con los poderes públicos-arts. 53.1, 9.2- por más que sea un mecanismo idóneo para promocionar su ejercicio y entablar cauces de protección. Y no queda expresamente constreñido a ello simplemente porque no es un poder público y la normatividad del convenio no se extrae de la Constitución que sí reconoce la facultad del legislador para crear normas habiendo sido derivada aquella normatividad de los convenios de una determinada opción legal. Es en todo caso la ley la que modulará el contenido del convenio, a riesgo de incidir en el contenido esencial de la negociación colectiva, para exigir a la negociación colectiva la puesta en marcha de medidas de igualdad formal y sustancial.

Por lo tanto, el fomento de la igualdad de trato en el contenido convencional parte de su carácter voluntario y prueba de ello es que el Estatuto concluye la necesidad de

---

<sup>486</sup> Arts. L2242-8, L2242-13 y L2242-14; L. 2241-1 a 2241-13 Código de Trabajo.

negociar-que no de pactar- medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad entre mujeres y hombres, incorporando así la llamada de la Unión Europea a los Estados miembros a que fomenten el contenido específico en materia de igualdad entre mujeres y hombres en convenios colectivos<sup>487</sup>.

Junto a ello, no es desmerecedor el papel que ocupan los Acuerdos Interprofesionales en la configuración del contenido de la negociación colectiva en España, tratando de fijar un marco normativo de referencia que incluye exigencias de contenido necesario en términos de igualdad y no discriminación que acota las competencias materiales de los niveles inferiores. Todos los firmados entre los principales actores sociales en el ámbito español contemplan la necesidad de que los convenios colectivos incorporen medidas de fomento de la igualdad de oportunidades<sup>488</sup>.

La inexistencia pues, de medidas de persecución de la igualdad sustancial en la negociación colectiva no sería constitutiva de lo que se ha venido a denominar la «discriminación o desigualdad por indiferenciación» en tanto que la necesidad de diferenciar responde más a exigencias de igualdad material impuestas a los poderes públicos que de tutela antidiscriminatoria<sup>489</sup>. Ésta visión ya fue introducida por el propio Tribunal Constitucional que advierte que una eventual normativa que provoque «discriminación por indiferenciación»-en realidad refiriéndose a la desigualdad por indiferenciación- no se sitúa en el ámbito del artículo 14 CE. La igualdad declarada en este precepto es la que impone que, ante situaciones no disímiles, «la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos», sin que con ella se establezcan distinciones injustas o discriminaciones. Esta afirmación conduce a admitir que el legislador puede y debe introducir diferencias de trato entre situaciones desiguales cuando su acción se orienta a perseguir la igualdad material en virtud de lo dispuesto en el art. 9.2 CE lo que no implica la existencia de un pretendido derecho a la singularización normativa<sup>490</sup>. Por ello, afirma el TC, no puede entenderse como inconstitucional una norma que presuntamente

---

<sup>487</sup> Art. 85 .1 ET que incorpora a su vez las prescripciones incorporadas en la LOIMH. En ellos se transpone el art. 21.3 de la Directiva 2006/54/CE que insta a los Estados a que alienten a las empresas a promover la igualdad entre sexos de forma planificada.

<sup>488</sup> El fomento de la igualdad en el contenido de los convenios colectivos era una constante desde el Acuerdo para la Negociación Colectiva 2002 (ANC en adelante), resolución de 26 de diciembre de 2001 contemplado también en el ANC 2005, resolución de 7 de marzo de 2005 y en el ANC de 2007, resolución de 9 de febrero de 2007. Situado entre los objetivos de Empleo y Contratación del I y II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC en adelante) de 2010-2012 el primero y 2012- 2014 el segundo, resolución de 11 de febrero de 2010 y de 30 de enero de 2012 respectivamente. En el apartado relativo a Igualdad de Trato y Oportunidades en el III AENC 2015.2016 y 2017, resolución de 15 de junio de 2015.

<sup>489</sup> En ese sentido, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., ¿Puede el legislador tratar igual a lo distinto? Igualdad y no discriminación en la indiferenciación”, op.cit. P. 97. Por ello, prefiere utilizar la expresión «desigualdad por indiferenciación», RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Doxa*, nº13, 1996. P.76.

<sup>490</sup> Entre otras, SSTC 86/1985 de 10 julio, RTC 1985\86, FJ 3; 16/1994 de 20 enero, RTC 1994\16, FJ 5; 308/1994 de 21 noviembre, RTC 1994\308, FJ 5; o 88/2001 de 2 abril, RTC 2001\88, FJ 2; STC. Un análisis sobre la cuestión en JIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Bosch, Barcelona, 2004. P.335. Sostiene con matices y con respecto a la actuación de los poderes públicos que una falta de toma en consideración de determinadas circunstancias relevantes vulnera el art. 14 CE, RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, op.cit. P. 33. Por el contrario, considera a la discriminaciones por indiferenciación plenamente existentes en el marco de la protección contra violaciones del principio de igualdad del art. 14 CE, COBREROS MENDAZONA, E., “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, op.cit. P.72.

incumple el mandato de igualdad real prevista en el art. 9.2 CE y con mayor razón, tampoco lo será un convenio colectivo no vinculado por dicho precepto<sup>491</sup>.

Sin embargo se debe destacar que se plantean dudas acerca de la existencia o no de discriminación por indiferenciación sobre todo cuando existe cierto respaldo jurisprudencial del TEDH al reconocer contrario al art. 14 CEDH aquellas medidas que no diferencian lo que debe ser objeto de diferenciación<sup>492</sup>. En su famosa sentencia *Thlimmenos*, declara que el Estado, en aquel supuesto, al aprobar la legislación sin introducir las excepciones correspondientes, es decir, sin introducir diferencias de trato entre las personas acusadas de delito, con independencia de cuál éste sea, para excluirlos del acceso a la profesión de auditor contable, vulnera su derecho a no ser discriminado en el goce de sus derechos –en el caso, en relación a la libertad religiosa puesto que el trabajador, testigo de Jehová, había sido declarado culpable de insubordinación por haberse negado a llevar uniforme en un momento determinado<sup>493</sup>.

Aunque nos parece que más que tal discriminación por indiferenciación, el asunto podía haber sido reconducido a una causa de discriminación indirecta –medida descrita en términos neutros que provoca la discriminación en un determinado colectivo–, de ser admitida ésta doctrina no parece viable argumentar que a los interlocutores sociales alcance la exigencia de diferenciar entre miembros de distintos colectivos por el mero hecho de la concurrencia de una causa de discriminatoria, sobre todo cuando se trata de promocionar o tutelar con medidas de acción positiva, configuradas como alternativas de integración de carácter voluntario dirigidas a colmar la igualdad material. Cosa distinta es que la ausencia de diferencia suponga en sí una discriminación, como sucede con la falta de la debida implantación de ajustes razonables para personas con discapacidad o la inactividad ante el deber de negociar planes de igualdad, que en realidad no afectan al contenido del convenio sino a las obligaciones que imperan frente al empresario cuando el trabajador con discapacidad reclame la necesidad del ajuste, concebido o no por el convenio y a las funciones exigidas a los interlocutores, respectivamente.

---

<sup>491</sup> STC 98/1985, de 29 julio, RTC 1985\98FJ 9.

<sup>492</sup> El TEDH afirmó en su sentencia de 6 abril de 2000, TEDH 2000\122, caso *Thlimmenos contra Grecia* que «el derecho a disfrutar de los derechos garantizados por el Convenio sin ser sometido a discriminación es igualmente transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, el Estado no trata de manera diferente a personas en situaciones sensiblemente diferentes », apartado 44, declarando la nulidad de la medida con respecto a la libertad religiosa reconocida en el art. 9. Como elemento a destacar, se trata de una sentencia adoptada en Gran Sala por unanimidad. Doctrina reiterada en posteriores sentencias como la de 29 abril 2002, 2002\23, Caso *Pretty contra Reino Unido*, apartado 88, aunque finalmente no constata la violación o Caso *Eweida* y otros contra Reino Unido, de 15 enero 2013. TEDH 2013\12, apartado 85, donde constata la discriminación en relación a la libertad religiosa de la trabajadora que fue enviada de vuelta a su casa debido a su negativa a ocultar su cruz, incumpliendo el código del uniforme de la empresa, cuya relevancia se sitúa en que se dilucida un asunto entre particulares.

<sup>493</sup> Es un argumento que algunos autores destacan poco consolidado REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, 2007. P.281. No obstante, esta sentencia no ha caído en el olvido del propio TEDH. Así lo demuestra COBREROS MENDEZ, E., “Discriminación por indiferenciación...”op.cit. P.84. Esp, Nota 33. En doctrina, proclives a una incorporación de la discriminación por indiferenciación en el art. 14 CE, SUAY RINCÓN, J., “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, MARTÍN RETORTILLO, S., (Coord.) Estudios sobre la Constitución Española. (Homenaje al Profesor García de Enterría). Civitas, Madrid, 1991. P. 890; RUIZ MIGUEL, A., La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Doxa*, nº 19, 1996. P.78

#### 4.2. El convenio colectivo como vehículo ambivalente de freno y creación de segmentación laboral

Como se ha visto, el carácter general y abstracto de las normas convencionales no deslegitima de iuris la existencia de diferencias de trato. De hecho, la igualdad se practica tanto en la igualación de iguales como en la desigualación de desiguales, que es lo mismo que admitir la capacidad de éstas normas para diferenciar jurídicamente a los ciudadanos en base a razones de política, económicas o sociales y en definitiva, de justicia. Ceñidos al estricto ámbito laboral de los convenios colectivos, al menos en su genuina configuración, son el instrumento idóneo para marcar las diferencias entre los trabajadores en general y el pequeño sector o colectivo de empleados a los que afectan, en particular. Segregar por sectores, territorios o empresas no genera automáticamente desigualdad ante la falta de identidad del tratamiento entre unos y otros, sino que se encuentra en la propia naturaleza o razón de ser de éstos pactos. Al mismo tiempo, a menudo se ha afirmado que el convenio colectivo desarrolla de por sí una función parificadora de los tratamientos laborales<sup>494</sup>, así como también se ha dicho que el ordenamiento atribuye al convenio colectivo en la parte normativa la función de regular de un modo uniforme, con referencia a estándares mínimos, el conjunto de las relaciones de trabajo, aunque para algunos, ello no comporte en sí mismo el deber de admitir que tal función implique también la sujeción al límite de igualdad de trato<sup>495</sup>.

Es en muchos aspectos la negociación colectiva funciona como el canal de experimentación de nuevas prácticas que hacen viable la tutela de todos los trabajadores por medio del sometimiento de los pactos a los principios de igualdad y no discriminación<sup>496</sup>. Además, es un terreno propicio para pactar técnicas de implementación de medidas integradoras de aquellos grupos de población con mayores tasas de desempleo y altas dosis de inestabilidad en el mismo, a lo que se suman unas condiciones laborales deficientes en comparación con otros sujetos como son las mujeres, los extranjeros, jóvenes o mayores y las personas con discapacidad.

Los convenios colectivos son, por tanto, idóneos para crear las condiciones necesarias de promoción de los intereses sociales para los sujetos específicos a los que se dirigen, pero también incorporan el riesgo de limitar la eficacia de los derechos fundamentales de los trabajadores, y en concreto el derecho a la igualdad y la no discriminación.

De la misma forma, la capacidad para influir en tales condiciones socio laborales de los sujetos vinculados por el convenio ha sido y sigue siendo en ocasiones ha tenido

---

<sup>494</sup> En ese sentido. FLAMMIA, R., *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*. Giuffrè, Milano, 1963. PELAGGI, L., "Autonomia collettiva, individuale e parità di trattamento". *MGL*, 1994. P. 770. Por el contrario cree más acorde utilizar la referencia al rol de realización de una mera uniformidad de tratamiento de las relaciones profesionales individuales como función del convenio colectivo, SANTUCCI, R., *Parità di trattamento, contratto de lavoro e razionalità organizzative*, op. cit. P.126.

<sup>495</sup> VENTURA, L., *Il principio di eguaglianza nel diritto al lavoro*, op.cit.P. 52. SANTUCCI, R., *Parità di trattamento, contratto de lavoro e razionalità organizzative*, op. cit. P. 127.

<sup>496</sup> En ésta línea el TJCE sostuvo en su sentencia de 25 de octubre de 1988, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*, asunto C- 312/86 en la que evaluaba una medida pretendidamente contraria a la Directiva 76/207/CEE en materia de igualdad entre mujeres y hombres que «la negociación colectiva es la más indicada para la adaptación de las cláusulas de que se trata al principio de igualdad de trato, puesto que es más apta que una medida legislativa para influir en el comportamiento efectivo de los interesados y, de esta forma, para poner fin a toda discriminación».

impacto negativo, ya sea de forma intencionada o más comúnmente en términos neutros, provocando segmentaciones artificiosas que escapan a una explicación razonable de la diferencia en términos de igualdad y no discriminación. Éstas son el resultado de un enquistamiento de ciertas tendencias sistémicas así como sobre convicciones arraigadas acerca de la menor capacidad de ciertos individuos para incorporarse en el mercado laboral según las características genéticas o circunstancias personales o sociales en aras a la persecución de la mayor productividad empresarial. Por ello, no resulta paradójico que algunos consideren que el excesivo perfeccionamiento actual de la norma heterónoma en éste terreno es consecuencia, entre otras, de la plasmación todavía hoy de conductas discriminatorias en los convenios dotadas de una capacidad de resistencia incontestable<sup>497</sup>. En último extremo ciertos sectores de opinión observan a la negociación colectiva únicamente como un recurso potencial de diferencias de trato y reclaman un control más incisivo del articulado de este tipo de normas<sup>498</sup>.

A la negociación colectiva en España se le atribuye por ley la preferencia en la regulación de las condiciones laborales y en ausencia de ella se aplicará de forma supletoria la norma legal exceptuando las materias reguladas de forma imperativa por ésta última<sup>499</sup>. El ejercicio de éste derecho lleva consigo que las partes puedan establecer, dentro del ámbito territorial y funcional correspondiente, y siempre de acuerdo con su inserción en el marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de los respectivos intereses a la luz de las consideraciones generales que el Alto Tribunal ha efectuado sobre el contenido y el alcance de la igualdad y de la no discriminación que han sido previamente analizadas.

Partiendo de la premisa de que existe un evidente antagonismo entre la igualdad y la libertad contractual, la negociación colectiva es un cauce idóneo para regular asuntos de igualdad y establecer medidas que combatan las discriminaciones en el empleo, en tanto a ella también le corresponde asegurar el respeto de los derechos fundamentales en el ejercicio de las condiciones de trabajo. Así lo afirma un importante sector de la

---

<sup>497</sup> En ese sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Introducción: la negociación como respuesta y el plano internacional". Doctrina parte del libro de la misma autora, *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, op.cit. También en *La Ley digital*, nº 4082/2010, desde donde se cita. P. 2.

<sup>498</sup> FABRE, A., "Egalité de traitement et gestion des rémunérations et de l'emploi", BORENFREUND, G., VACARIE, I., (Dir.) *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, op.cit.P. 128. En materia de igualdad, se ha considerado a la negociación colectiva como parte del problema y parte de la solución, RUIZ CASTILLO, M.M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, op.cit. P. 161., A., SHEPPARD, C., "Conjugar la negociación colectiva y el fomento de la igualdad", en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 4, 2003. P.477.

<sup>499</sup> En similares términos, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUITIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2016. P. 122. Ello es fruto de una lectura conjunta de los arts. 82.2 ET que define al convenio colectivo como el pacto que regula las condiciones laborales de los sujetos que se encuentran en su ámbito aplicativo y la DA 7ª ET que permite al Gobierno dictar las normas en materia de condiciones laborales en aquel sector-rama de actividad- en el que no exista regulación convencional, teniendo en cuenta que serán utilizados con carácter prioritarios los cauces de la extensión y adhesión convencional establecidos en el art. 92 ET. A ello habrá que añadir todas las normas laborales diseminadas en el Estatuto de los Trabajadores o en normas específicas de carácter inderogable o indisponible por la negociación colectiva. Resulta ésta una tarea que propicia, además, un mecanismo clave para la penetración de la igualdad de oportunidades. BLEIJENBERGH, I., DE BRUIJN, J.DICKENS, L., "Strengthening and Mainstreaming Equal Opportunities through Collective Bargaining" European Foundation for the Improvement in Living and Working Conditions, Dublin, 2001.P. 3. En parecidos términos, LIN, L., AMERATUNGA, S., WHELTON, C., "Introduction", AA.VV., *Promoting Gender Equality: A Resource Kit for Unions*. Gender Promotion Programme, International Labour Office, Ginebra, 2002. P. 10.

doctrina<sup>500</sup>, corroborado además por la jurisprudencia constitucional de la que se advierte que no supone una traba, antes al contrario, constituye un complemento de la reserva de ley en España a la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales que impone el art. 53. 1 CE en tanto que del mismo texto constitucional «no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales», sin socavar con ello los principios de reserva de ley ni de jerarquía normativa<sup>501</sup>. También es ésta la opinión del legislador europeo en cuanto promueve la necesidad de que los Estados «alienten» a los interlocutores sociales a promover la igualdad en el seno de la negociación colectiva<sup>502</sup>. Antes ya el Convenio 111 OIT había exigido a los Estados miembros firmantes a tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación [(art. 3 (a)).

Los negociadores de convenios colectivos se han hecho eco de forma paulatina de todas las prescripciones legales que giran en torno a la igualdad en el empleo y la no discriminación de determinados grupos de población. Por ello, es común que las normas convencionales prevean de una forma más o menos detallada mecanismos y medidas de reconocimiento de la igualdad de oportunidades, integración de los colectivos en riesgo de discriminación, así como la ejecución de acciones o programas tendentes a favorecer el advenimiento material de tales compromisos. Por otro lado, el riesgo de cristalizar discriminaciones en el empleo ha promovido en muchos casos la instauración de organismos paritarios reservados al control de medidas que puedan poner en riesgo al art. 14 CE, como se analizará más adelante. Sin embargo, todavía existen notables carencias o insuficiencias de contenido que precisa un enfrentamiento a éstos asuntos más ambicioso y transversal, que pasa, en primer lugar por una mayor sensibilización y concienciación de los agentes sociales y posteriormente de la propia ciudadanía que traten de paliar la pérdida de poder de negociación en éste terreno producido en orden a las últimas modificaciones normativas. Sigue siendo exponencial la tendencia por parte de la negociación colectiva de acentuar la dualidad del mercado de trabajo, renovando cláusulas y contenidos enquistados en la práctica convencional o introduciendo nuevas propuestas de crecimiento económico que tratan de asegurar la viabilidad de las

---

<sup>500</sup>Representativo de ésta opinión, LOUSADA AROCHENA, J.F., “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres”, LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008. P.28-29. PÉREZ DEL RÍO, T., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op.cit. P- 167.VALDÉS DAL RÉ, F., “Poderes del empresario y...”, op.cit. P. 286; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”. *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1996. PP. 112 y “Los límites constitucionales de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992. P. 558. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., “Ley, convenio colectivo...”. P. 40; GARCÍA BLASCO, J., “La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva”. *Temas Laborales*, nº 76, 2004. P. 74; RIVERO LAMAS, J., DE VAL TENA, A., “El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales”, SEMPERE NAVARRO, A., (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, op.cit. P. 663.

<sup>501</sup> STC 58/1985 de 30 abril, RTC 1985\58, FJ 5; 95/1985 de 29 julio, RTC 1985\95, FJ 2; 217/1991 de 14 noviembre, RTC 1991\217, FJ 6. Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, op.cit. P. 135. Considera que la reserva de ley enunciada en el art. 53. 1 CE vetar la entrada en esta materia a los reglamentos pero no a la negociación colectiva, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Las cláusulas de empleo en los convenios colectivos de Baleares en tiempo de crisis...*, op.cit. P. 59.

<sup>502</sup> El Parlamento europeo ha resaltado este aspecto recientemente en su Resolución de 9 de junio de 2015, sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 (2014/2152(INI)), punto 36.

empresas a costa de la acentuación de las desigualdades entre trabajadores insiders y outsiders, así como sobre otros sectores de la población especialmente desaventajados. De este modo se viene a constatar que la propia conformación del sistema de relaciones laborales es fuente habitual de segmentaciones y diferencias de trato que recepciona comúnmente la negociación colectiva<sup>503</sup>.

Antes de entrar en el análisis más pormenorizado del tratamiento de la igualdad y la no discriminación de determinados colectivos, vale la pena destacar dos tipos de problemas de carácter general que se han detectado con respecto a los convenios que reparan en el establecimiento de medidas que promuevan la igualdad y la no discriminación. Por una parte, una amplia mayoría de las cláusulas que reconocen la igualdad en sus distintas acepciones-igualdad de oportunidades, igualdad de trato, principio de igualdad, etc.-y prohíben las discriminaciones en el empleo, se refieren o dedican únicamente a la paridad entre géneros-como se verá en el capítulo dedicado a la prohibición de discriminación por razón de sexo-, conectado quizás con el hecho de que hasta la aprobación del III AENC de 2015 no se contempla un concepto integral de igualdad instando a los interlocutores de niveles inferiores a promoverla y eliminar cualquier elemento que la perturbe por cualquier circunstancia personal y/o social. Por otra parte, otro tipo de escollo se refleja en que en su mayoría éstas cláusulas no suponen nada más ambicioso que mostrar públicamente un compromiso con las situaciones de disparidad, desigualdad o discriminación en el empleo constituyendo un *fumus boni iuris* carente de contenido o proyección práctica que en definitiva contribuye escasamente al fin pretendido.

#### 4.3.Contenido voluntario en materia de igualdad y no discriminación

##### 4.3.1. Igualdad en el punto de partida

Como decíamos, los convenios colectivos no son ajenos a la importante tarea social que imponen los derechos a la igualdad y no discriminación, especialmente en el terreno de la búsqueda por una verdadera igualdad de oportunidades para todos. En atención a ello, la práctica natural es incorporar cláusulas generales de reconocimiento efectivo de tales derechos fundamentales, además de prever en ocasiones mecanismos de promoción de los mismos en aras a la consecución de una expresa finalidad integradora de los colectivos preteridos y más castigados en el mundo del trabajo.

##### 4.3.1.1.Cláusulas generales de igualdad y no discriminación

En atención a ello, numerosos convenios colectivos españoles contienen cláusulas generales de carácter estático de reconocimiento de la igualdad y no discriminación de un modo más o menos amplio o detallado. No en vano, se recomienda desde el ANC de

---

<sup>503</sup> GARCÍA MURCIA, J. "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales", op.cit. P. 2.



2003 la previsión de las mismas. Dichas cláusulas generales de igualdad son generalmente simbólicas o pedagógicas, pero no por ello innecesarias.

Por poner algunos ejemplos, se vislumbra el compromiso de los interlocutores cuando exigen a las empresas realizar los esfuerzos necesarios tendentes a lograr la igualdad de oportunidades en todas sus políticas y la prohibición de discriminación por todos los motivos destacados en la Constitución<sup>504</sup>. Un paso más dan aquellos convenios que además del compromiso por defender y promover en la contratación y en las condiciones de trabajo el principio de igualdad de trato y la lucha contra la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, prevén la creación de una Comisión Paritaria de Igualdad en el Trabajo que vele por el cumplimiento de tal mandato, como se verá. Mientras tanto, otras cláusulas creen necesario el reconocimiento tanto de la igualdad de oportunidades como de trato, diferenciando entre la exigencia de una igualdad en el punto de partida y la igualdad como elemento de justicia distributiva, cuya custodia se encarga a la Comisión para la igualdad de Oportunidades y la no Discriminación<sup>505</sup>. Además, reconoce algún convenio que empresarios y representantes garantizarán la igualdad entre mujeres y hombres y la no discriminación de conformidad no solo con la legislación nacional vigente sino también y muy importante resulta, con la jurisprudencia y las directivas comunitarias<sup>506</sup>.

Aunque tales cláusulas no crean por si mismas acciones específicas, se constata su idoneidad para visibilizar el problema al que quedan sometidos muchos trabajadores relegados a trabajar en desigualdad de condiciones y por ello resultan positivas. No ha calado del mismo modo en países tan cercanos como Italia, donde resalta la práctica inexistencia de cláusulas de igualdad de tratamiento de carácter general (*parità di trattamento*), más allá de atender a la uniformidad y certeza de los tratamientos normativos y económicos comunes para todos los trabajadores sujetos al mismo<sup>507</sup>, o

---

<sup>504</sup> Art. 54 XXIII Convenio colectivo nacional de *Banca* de 2016. Resolución de 1 de junio de 2016 (en adelante CC *Banca*). Se comprometen asimismo a garantizar la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en los centros de trabajo. DT 3ª VI Convenio colectivo estatal *del sector del corcho, para los años 2015-2016*, Resolución de 30 de septiembre 2015 (en adelante, CC *Corcho*). En parecidos términos, art. 25 CC del Convenio colectivo *estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales* (en adelante CC *aguas potables y residuales*).

<sup>505</sup> Art. 78 CC *conservas vegetales*. A la Comisión incumbe además garantizar el principio de no discriminación. También se otorga ésta función a la Comisión para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación prevista en el Anexo IV del CC *de harinas panificables y sémolas*.

<sup>506</sup> D.A. 3ª CC *Convenio Colectivo de Hostelería de Cádiz*.

<sup>507</sup> Por ejemplo, art. 1 A) CCNL *produzione del cemento, della calce e suoi derivati, del gesso e relativi manufatti, delle malte e dei materiali di base per le costruzioni, nonché la produzione promiscua di cemento, calce, gesso e malte*, entre Feneal-Uil, Filca-Cisl y Fillea-Cgil. renovado para los años 2016-2018 (en adelante CCNL *emento, della calce e suoi derivati, del gesso e relativi manufatti, delle malte e dei materiali di base per le costruzioni*). Art. 3 CCNL *della Mobilità/ Area contrattuale Attività Ferroviarie* de 16 de diciembre de 2016, AGENS, FILT-CGIL, FIT-CISL, UILTRASPORTI, UGLTRASPORTI, FAST. Según los datos del Observatorio sobre contratación de segundo nivel, el tema relativo a la igualdad de oportunidades está poco difundido (3% entre los convenios celebrados entre 2009 y 2014). Fuente: Datos OCSEL (Osservatorio sulla Contrattazione di Secondo Livello, "Caratteristiche e Tendenze della contrattazione di 2º livello negli anni 2013/2014". Dipartimento Lavoro Formazione Contrattazione. CISL P.70. Por su parte resaltan que las voces "igualdad de oportunidades" o "integración" no superan EN EL 2015 el 7% de los convenios sociales territoriales analizados por la CGIL en su "7º Rapporto sulla contrattazione sociale territoriale". P.53.

más comúnmente centrar la atención en la igualdad por razón de género llevando al engaño con títulos que se refieren en general a la igualdad de trato<sup>508</sup>.

Particularmente oportunas resultan aquellas cláusulas que erigen la tutela frente a discriminaciones y la dignidad de las personas en el ambiente de trabajo, instituyendo la necesidad de proveer cuantos mecanismos de prevención sean necesarios para evitar situaciones dicho tenor. Así mismo, se apela a la constitución a nivel empresarial, con la colaboración de empresa y representación sindical, de cuantas iniciativas e intervenciones sostengan útiles para prevenir tal problemática. Éstos se encargarán de trasladar sus decisiones a todos los empleados y aplicarán en su caso, los oportunos procedimientos disciplinarios para castigar comportamientos de este tipo<sup>509</sup>. Por su parte, otros convenios colectivos en Italia de forma muy positiva y variada incluyen el compromiso general con los sujetos socialmente desaventajados en atención a la promoción de toda clase de medidas dirigidas a la inserción laboral<sup>510</sup>, y en otros casos, específicamente pensadas para la promoción y protección de los derechos de colectivos en riesgo de discriminación a las que se atenderá en los siguientes capítulos.

Obviamente se incluye entre los aspectos relevantes de la igualdad en el punto de partida la colocación ajustada de los trabajadores en un determinado puesto de trabajo dentro de la jerarquía profesional de la empresa en virtud de sus capacidades profesionales y personales. En este sentido, la clasificación profesional que el convenio establece, no puede incorporar tratamientos discriminatorios y disimularlos bajo apariencias de neutralidad, pues en la práctica los convenios no suelen reproducir tratamientos discriminatorios directos en éste ámbito a pesar de que se siguen evidenciando efectos discriminatorios frente a determinados colectivos como se verá en los próximos capítulos. Ésta circunstancia se puso hace años de manifiesto por parte del TJUE que afirmó la ausencia de facultad de una empresa en aplicar un sistema de remuneración convencional fijado para las distintas categorías profesionales que no era transparente. Sin embargo, no se concluye que el convenio sea ilegal o que sean los propios redactores del mismo quienes tendrán que demostrar la ausencia de discriminación, sino que será el empresario quien tiene la carga de probar que su práctica salarial no es discriminatoria<sup>511</sup>. Posteriormente, el TC español acogió ésta

---

<sup>508</sup> Art 3 Contratto collettivo aziendale *Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici S.P.A.* de 6 de marzo de 2014 (en adelante CIA *Consap S.P.A.*): “*Pari opportunità*”: dedicado a la igualdad entre sexos. En el mismo sentido, ver art. 3 Contratto integrativo aziendale *gruppo Assimoco* de 24 de abril de 2013 (en adelante CIA *Assimoco*).

<sup>509</sup> Art. 141 CCNL *settore edile ed affini*. Se menciona un compromiso con la tutela de la dignidad de los trabajadores incidiendo particularmente en la eliminación de comportamientos discriminatorios que tiendan a provocar situaciones de malestar: Protocolo 4 el *Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro Sistema Moda Italia per i lavoratori adetti alla produzione in serie di abbigliamento tradizionale, informale e sportivo, camiceria ed altri*, renovado el 4 de febrero de 2014 (en adelante *CCNL Tessile Abbigliamento Moda. SMI y Confindustria*). Art. 69, en el marco de iniciativas sociales, tutela de la dignidad de hombres y mujeres, prohibición de discriminación y emprendimiento de acciones frente a las mismas, art. 69 *Contratto collettivo nazionale di lavoro Per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali*, Abi-Fabi, First-Cisl, Fisac-Cgil, Sinfub, Ugl crédito, Uilca, Unisin, de 15 de marzo de 2015 (en adelante *CCNL Abi*).

<sup>510</sup> El art. 48 *Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per i dipendenti delle imprese artigiane e delle piccole e medie imprese industriali e del consorzi artigiani costituiti anche in forma cooperativista esercenti l'attività produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini* de 26 de marzo de 2013 (en adelante *CCNL Laterizi - manufatti in cotto, in cemento e affini*), se dirige a “categorías en desventaja social”, bajo la premisa de la existencia de de las mismas, podrán promover y sostener iniciativas dirigidas a la inserción profesional, en particular de las personas con discapacidad.

<sup>511</sup> Arts. 3.1 a) Dir. 2000/43/CE ; 3.1 a) Dir. 2000/78/CE ; 4 Dir. 2006/54/CE. Evaluando un asunto en el que la clasificación profesional utiliza criterios como el esfuerzo físico determina que no es discriminatorio cuando se adapta a la actividad para la que es requerido, pero advierte que un sistema de clasificación profesional deberá estar constituido, sin embargo, de tal manera que implique, si la naturaleza de las tareas de que se trata lo permite, otros criterios que no sean diferentes si el trabajo lo realiza un hombre o una mujer. En el asunto se estima la discriminación por razón de sexo tras la valoración del sistema clasificatorio en su

doctrina y tiene establecido que al margen del matiz propio de cada caso, el criterio del esfuerzo físico como criterio único de valoración posee carácter sospechoso por lo que tiene de cualidad predominante masculina<sup>512</sup>.

Por otra parte, cabe resaltar como otro de los elementos esenciales para alcanzar la igualdad de oportunidades o en el punto de partida la introducción de condiciones tendentes a favorecer la conciliación entre la actividad profesional y la familiar o personal de los trabajadores, más allá de aquellas que se fijan en el dato biológico de la maternidad, aunque la jurisprudencia precisamente ha conectado el derecho a conciliar responsabilidades familiares o personales con las profesionales y el derecho a no ser discriminado por razón de sexo<sup>513</sup>. No obstante, los profundos cambios sociales y culturales se vienen produciendo no solo en materia de género y de un reparto de roles necesario, sino también por circunstancias como el aumento de la esperanza de vida, la necesidad de formación continua durante toda la carrera profesional o la integración paulatina de las personas con discapacidad al empleo ordinario. En tales circunstancias, ha nacido una nueva línea de interpretación del derecho de todos a la conciliación haciendo emerger el ligamen existente entre el derecho a la misma con la prohibición de discriminación por otras circunstancias personales o sociales como son la circunstancias familiares, así como con el mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), orientación que ha de prevalecer y servir al objetivo de integración, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional en nuestro ordenamiento que por el momento no ha adquirido independencia como derecho fundamental propio<sup>514</sup>.

En definitiva, las medidas de conciliación suponen hoy día, en atención a la pretendida introducción de la flexibilidad no solo para asegurar la pervivencia económica empresarial, un potente baluarte de promoción de la igualdad de oportunidades para los trabajadores al margen de cuáles sean sus condiciones personales o sociales, pero no solo eso, incluso la omisión de abordar la materia conciliadora de la vida profesional y familiar en convenios colectivos puede general efectos indirectamente discriminatorios alimentando la discriminación sistémica. Ello es comprensible en tanto la ley que otorga a los trabajadores el derecho a adoptar medidas de conciliación a través de la adaptación y distribución de jornada desplaza la concreción de su régimen jurídico a la negociación colectiva o al acuerdo elaborado con el empresario respetando lo dispuesto en aquella - art. 34.8 ET. Por ende, la inexistencia de éstas medidas en convenios colectivos puede

---

conjunto STJCE de 1 de julio de 1986, *Rummler*, asunto C- 237/85. STJCE de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, asunto C-109/88, sentencia que junto a la dictada el 13 de mayo de 1986, *Bilka*, asunto C-170/1984, son las primeras sentencias que utilizan la dimensión estadística que hace aparecer la característica sospechosa de medida discriminatoria.

<sup>512</sup> 250/2000 de 30 octubre, RTC 2000\250, FJ 3.

<sup>513</sup> STC 3/2007 de 15 enero, RTC 2007\3, FJ 6; ATC 1/2009 de 12 enero, RTC 2009\1 AUTO 26/2011 de 14 marzo, RTC 2011\26, FJ 5.

<sup>514</sup> STC 26/2011 de 14 marzo, RTC 2011\26, en la que sanciona que «denegar al trabajador recurrente la concreta asignación de horario nocturno solicitada sin analizar hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para lograr la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, ni cuáles fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios, nos lleva a concluir que no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE)», FJ 7.

revertir y perjudicar en mayor proporción a quienes se encuentran en situaciones desfavorables por circunstancias inherentes a sus propias características personales como las mujeres o las personas con discapacidad o sociales como los inmigrantes. Por ello, deben ser las medidas conciliadoras más promocionadas en tanto sean estrictamente eso, medidas que concilian el trabajo y las responsabilidades familiares, asegurando la integración y la redistribución de roles de asistencia y cuidado, mientras que serán menos eficaces las que comparten el mismo fundamento o finalidad pero no guardan la debida correspondencia—por ejemplo las suspensiones contractuales— al alejar al trabajador de su puesto de trabajo y de las eventuales progresiones de carrera a las que pueda aspirar. No obstante, la negociación colectiva en éste ámbito ha sido criticada por limitarse a recocer el derecho reconocido en el art. 34 ET, desprendiendo una virtualidad como medida de política de empleo más simbólica que real<sup>515</sup>.

#### 4.3.1.2. Legitimidad de acciones positivas para asegurar la igualdad en el punto de partida

El desdoblamiento que venimos efectuado entre igualdad en el punto de partida y en el de llegada o de resultados, no se corresponden plenamente con la igualdad formal y material respectivamente y mucho menos con la idea de que solo las segundas precisan de acciones positivas para su consecución. Antes al contrario, es preciso también llevar a cabo éste tipo de corrección de desigualdades que coloquen a todos los individuos en un punto de partida homogéneo como resultado de estrategias de eliminación de obstáculos de orden fáctico o social para procurar que todos tengan las mismas opciones para acceder a un empleo o progresar en el mismo<sup>516</sup>.

Sin embargo, mientras que las primeras se admiten siempre que no provoquen desigualdad injustificada o discriminación<sup>517</sup>, las segundas parecen no estar disponibles plenamente al acuerdo entre los interlocutores sociales que solo podrán disponer de ellas en tanto así lo permita el legislador de cada Estado. Entre éstas últimas se incluyen las que antes mencionábamos como discriminaciones positivas o inversas que colocan a uno de los miembros de un colectivo segregado en una situación absolutamente predominante en detrimento de quien no ostente esa misma cualidad o característica incluida entre los supuestos que causan discriminación. En definitiva, las medidas de resultado son también acciones positivas que no serán contrarias al art. 14 CE cuando la finalidad perseguida sea legítima y se instituya con el fin de superar una desigualdad de

---

<sup>515</sup> LAHERA FORTEZA, J., GARCIA QUIÑONES, J.C., *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, Albacete, 2009. P. 36.

<sup>516</sup> Son, además, las medidas de acción positivas dirigidas a asegurar la igualdad de oportunidades las que mejor acepta la doctrina y jurisprudencia. BALLESTER PASTOR, M.A., “Los elementos conceptuales de la ley para la igualdad y la herencia comunitaria”. *Temas Laborales*, nº 91, 2007. PP. 113- 114. Siendo contrario a la igualdad la exclusión de determinados candidatos en los procesos de selección previsto en acuerdos convencionales o en desarrollo de los mismos, en orden a razones injustificadas, por ejemplo «el no haber sido despedido ni indemnizado por despido», STS de 9 marzo 2007 ( RJ 2007\1797).

<sup>517</sup> Nuestro Tribunal niega que «puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales» o con expresiones similares desde sus SSTC 3/1983 de 25 enero. RTC 1983\3, FJ 4; 128/1987 de 16 julio, RTC 1987\128, FJ 7; 19/1989 de 31 enero, RTC 1989\19, FJ 4; 229/1992 de 14 diciembre, RTC 1992\229, FJ 2.

hecho, sin que comporte los rasgos negativos de minusvaloración, menosprecio, ni estigmatización que sí conllevan a las discriminaciones genuinas<sup>518</sup>.

Desde la aprobación del Tratado de Ámsterdam se consolidan en la Unión Europea las medidas de acción positiva -adoptadas del sistema estadounidense-<sup>519</sup>, como instrumento de integración laboral de las mujeres, atribuyendo a las mismas una legitimación más sólida de aquella otorgada por primera vez por el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CE que permitía medidas encaminadas a promoverla igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres<sup>520</sup>. Actualmente el art. 157.4 TFUE en relación a la paridad entre sexos y las Directivas del nuevo siglo en materia antidiscriminatoria por razón de raza o etnia, religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, legitiman de modo expreso el instrumento de las acciones positivas a la luz del principio de igualdad sustancial, haciendo referencia a expresiones como la búsqueda de la «completa paridad» o la «plena igualdad»<sup>521</sup>, mientras que la CDFUE solo se refiere a ellas de modo directo para avanzar en la igualdad de género y por razón de discapacidad- Arts. 23.2 y 26-.

El principal escollo que la legislación española plantea a la adopción mediante convenios colectivos de medidas favorables dirigidas a colectivos discriminados se halla en la redacción del art. 17.1 ET. En él se prohíben las cláusulas convencionales que introduzcan discriminaciones 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, excepcionadas en el apartado 4 con respecto al sexo. Por el contrario solo veda las medidas desfavorables por razón de edad o discapacidad. Con respecto a ésta última, fue la ley 62/2003 de 20 de diciembre, de transposición de las directivas europeas del 2000<sup>522</sup>, la que incorporó la discapacidad junto con la edad como rasgos que no pueden fundamentar una medida desfavorable, manteniendo en su redacción la prohibición también de las de tipo favorables para el resto de causas de discriminación.

En 2010 se elimina finalmente la referencia a las discriminaciones favorables por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, etc.<sup>523</sup>, que contemplaba la versión originaria

---

<sup>518</sup> Vid. RUANO RODRÍGUEZ, L. "Acciones positivas y discriminación inversa". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 227, 1995. P. 3. RUIZ MIGUEL, A., "Discriminación inversa e igualdad", VALCÁRCEL, A. (Coord.), *El concepto de igualdad*, op.cit. P. 87.

<sup>519</sup> Sobre su origen en el modelo norteamericano y su adopción en el continente europeo, VENTURA FRANCH, A., "Artículo 11. Acciones positivas", GARCÍA NINET, J.I., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Igualdad*. CISS, Valencia, 2007. PP.165ss. D'ALOIA, A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*. Cedam, Padova, 2002. PP.127-215.

<sup>520</sup> De 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

<sup>521</sup> Arts. 5 de la Directiva 2000/43/CE; 7 de la Directiva 2000/78/CE; 3 de la Directiva 2006/54/CE

<sup>522</sup> Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 30 de diciembre, Transposición efectuada a través de la crítica técnica jurídica de las leyes de acompañamiento. En este sentido, PASCUA MATEO, F., "Cuestiones de técnica normativa de la incorporación de Directivas comunitarias al Derecho español". *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 4, 2002. PP. 649-698.

<sup>523</sup> La mención a las discriminaciones favorables, las describió como una redundancia o una mera especificación aclaratoria, mientras que respecto a la edad la Comisión de Trabajo del Senado, que introdujo la prohibición discriminación desfavorable por éste motivo, contemplaba la diferenciación por edad como medida para conseguir la igualdad de forma efectiva, incluso mediante

del Estatuto de los Trabajadores en el año 1980, pero se mantiene la referencia específica a la prohibición de discriminación directa o indirecta desfavorable por razón de edad o discapacidad y discriminación directa o indirecta por el resto de causas antes mencionadas. Además, el precepto queda modificado en cuanto al objeto de tutela. En su redacción inicial prohibía toda discriminación desfavorable, sin otras connotaciones, por razón de edad. Para el resto de causas especificaba que la prohibición de discriminación favorable o adversa se producía en relación al empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, pareciendo indicar un régimen mucho más amplio de tutela para la edad y posteriormente, la discapacidad. A partir de 2010 se prohíbe con carácter general las discriminaciones que tengan lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo para todos los casos<sup>524</sup>.

La disyuntiva que originariamente establecía el precepto con respecto a la prohibición de medidas discriminatorias favorables debía ser entendida en clave de eliminación de privilegios para ciertos grupos de trabajadores que, al mismo tiempo, desfavorecía o perjudicaba a otro grupo de trabajadores, discriminándolos. Esto era especialmente frecuente en terreno del acceso al empleo por razón de parentesco. También se dieron casos en los que el mecanismo de preferencia por la mujer provocaba, injustificadamente, la discriminación del hombre<sup>525</sup>. De esta forma se negaba, con valor erga omnes, la razonabilidad de ciertas desigualdades. Sin embargo presentaba el inconveniente de impedir medidas activas infralegales.

La idea principal que se extrae de éste apartado es que en su nacimiento, con las excepciones de la edad o discapacidad, para el resto no cabrán medidas discriminatorias tampoco favorables mediante convenio colectivo so pena de nulidad, entendiendo por tal las que aun mejorando la situación de unos, empeoran o perjudican a otros, en razón de una misma condición personal o social. Entendido de tal modo, puede parecer conforme con la Constitución española en la medida en que consagra la prohibición de discriminaciones en el art. 14 CE y solo a los poderes públicos exige perseguir la igualdad material en el art. 9.2 CE.

Sin embargo, éste apartado debe ser leído en clave sistemática<sup>526</sup>, interpretado conforme a otras normas vigentes en nuestro ordenamiento que, de éste modo, suavizan la inicial prohibición de cualquier trato concebido para procurar la igualdad material de un colectivo desfavorecido cuando éste provenga del convenio colectivo. Como premisa inicial, es el legislador el encargado de regular, por ley, el ejercicio de los derechos fundamentales como es el derecho al trabajo (art. 35 CE), correspondiendo a éste

---

restricciones al empleo razonables, como los jóvenes. Medidas no prohibidas en cuanto no vayan más allá de lo razonablemente necesario. Vid. RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "No discriminación en las relaciones laborales", BORRAJO DACRUZ, E., (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983 PP.343ss.

<sup>524</sup> Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

<sup>525</sup> Vid, infra, Cap. II § 1.4.

<sup>526</sup> Ya aventuraba que no cabe una lectura tan radical del precepto en clave de absoluta prohibición de diferenciación RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "No discriminación en las relaciones laborales", BORRAJO DACRUZ, E., (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, op.cit. P. 346-347.

primordialmente establecer límites a los mismos, lo que no excluye, como se verá, la capacidad limitativa de la negociación colectiva en éste aspecto. Además, es competencia del poder legislativo estatal regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles –ex. art. 149.1 CE-; junto con los anteriores, especialmente destacable en lo que aquí interesa es el art. 9.2 CE que señala a los poderes públicos como destinatarios del mandato constitucional de eliminar obstáculos y promover las condiciones para que la igualdad de todos los individuos sean reales y efectivas. En línea con éste pero sancionado en el ámbito internacional, el Convenio 111 OIT obliga a los Estados a promover activamente la igualdad de oportunidades. Una lectura global de los anteriores instrumentos normativos permite apreciar que un mandato de negociación absoluta de participación de la negociación colectiva en la consecución del objetivo de asegurar la igualdad material en el ámbito laboral, podría oponerse al efecto necesario de los anteriores, que radican en su fundamento esencial, en procurar la igualdad material. La prohibición de tales cláusulas, en este sentido, más que desarrollar parcialmente el art. 9.2 CE, contravendría el fin del mismo.

A mayor abundamiento las acciones positivas mediante convenio colectivo estarían avaladas, atendiendo a las normas especiales en la materia. En particular, la ley que transpone al ordenamiento interno las citadas Directivas antidiscriminatorias, permite que en el ámbito privado se instauren acciones positivas también por razón de origen racial o étnico religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual<sup>527</sup>. Con carácter posterior se añadirá un apartado cuarto al art. 17 ET en el que se permiten, de forma específica, medidas de reserva o preferencia en el empleo para garantizar la paridad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo o en la progresión en el mismo.

Sin embargo, antes de que la ley 3/2007, de igualdad entre mujeres y hombres introduciendo una importante excepción expresa al apartado primero. Con respecto a éste, no obstante, hay que destacar que antes de que fuese incorporado el referido apartado cuarto, la jurisprudencia constitucional ya había admitido que el convenio incorpore acciones positivas dirigidas al sexo discriminado siempre que no sean excesivamente «protectoras» o paternalistas, en cuyo caso, serían constitucionalmente ilegítimas. Las mismas debían estar destinadas a compensar una desigualdad de partida<sup>528</sup>. Resalta debido su carácter temporal, en tanto la situación negativa de segregación se prorrogue en el tiempo y dado que con ella se puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales, deberán superar un escrutinio acerca de su razonabilidad y proporcionalidad<sup>529</sup>. Ésta jurisprudencia es anterior incluso a la influencia del Derecho comunitario antidiscriminatorio y de la jurisprudencia emanada de los jueces europeos y toma como referencia principal los derechos a la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, causa prototípica de discriminación en nuestro ordenamiento. Sin embargo, su origen específico en la

---

<sup>527</sup> Arts. 27 y 35 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre; específicamente facultando a la negociación colectiva en materia de género, art. 43 LO 3/2007 de 22 de marzo.

<sup>528</sup> STC 28/1992 de 9 marzo, RTC 1992\28, FJ 3.

<sup>529</sup> SSTC 128/1987 de 16 de julio de 1987; 229/1992 de 14 de diciembre (RTC 1992\229). También se refiere a ellas como medidas necesariamente temporales el art. 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Sobre la aplicación el juicio de razonabilidad y proporcionalidad a las mismas, RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación de resultados”, op.cit. P. 2.

discriminación por razón de sexo no impide extenderla de forma análoga a otros criterios de discriminación en circunstancias semejantes. Por lo tanto, por vía jurisprudencial ya se había producido el deslinde entre la discriminación, prohibida por el art. 17.1 ET y la acción positiva, dirigida a superar la anterior.

Atendiendo a su interpretación sistemática se concluye que el art. 17 ET en su apartado primero se ha de interpretar conforme a la norma interna y europea que avalan el establecimiento de medidas de acción positiva en los términos señalados, cuando con ellas se pretenda favorecer a colectivos discriminados y se empleen los medios adecuados y proporcionados para cumplir con dicho fin. La justificación más rigurosa que se precisa, para no contravenir con ello otros derechos o intereses dignos de tutela – en especial el derecho al trabajo-impediría que puedan ser calificadas como legítimas aquellas que no encuentran su fundamento en procurar la igualdad material de quienes, sistemáticamente, son discriminados en el empleo y, por tanto, resultan también discriminatorias frente a ellos. Éste sería el caso de los familiares de los trabajadores-privilegios por parentesco- o las preferencias del varón sobre la mujer. Con ello no se ha de entender que siempre que traten de favorecer a un colectivo especialmente en riesgo de exclusión por discriminación deban ser admitidas, sino que deberán superar el test de razonabilidad y proporcionalidad impuesto a nivel jurisprudencial. Por ésta razón, el precepto sigue vigente, no ha eliminado su referencia implícita a la prohibición de medidas favorables, pero que ha de ser interpretado conforme al resto de normas y jurisprudencia que avalan las medidas de acción positiva cuya finalidad estriba en proporcionar todos las mismas oportunidades en el mercado laboral.

#### 4.3.2. Legitimidad de acciones positivas para asegurar la igualdad en el resultado

Las acciones positivas son frecuentemente utilizadas para equilibrar la posición de partida, como hemos visto, pero también pueden ser utilizadas como mecanismos tendentes a favorecer a un colectivo de forma exclusiva o preferente, cuya finalidad radica en alcanzar un determinado resultado. Son éstas las acciones positivas más cuestionadas por la jurisprudencia y la doctrina<sup>530</sup>. No obstante, cuando ya el Convenio 111 OIT reconocía en su art. 5 que no serían discriminatorias aquellas medidas destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial, no exceptuaba las que trataban de proporcionar un resultado inmediato que favoreciera la integración laboral de los sujetos beneficiados.

Tales medidas no han sido aceptadas por jurisprudencia europea aunque posteriormente ha sido matizada. En efecto, en el primer supuesto en que el Tribunal se enfrentaba a

---

<sup>530</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., “Los elementos conceptuales de la ley para la igualdad y la herencia comunitaria”, op.cit. P. 113-114. GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, op.cit. P.62.



dicha cuestión, consideró contra legem aquellas que otorgan un determinado beneficio de forma automática a la mujer<sup>531</sup>. Se niega su legitimidad cuando se obvian por completo las circunstancias personales de los candidatos aunque se dispongan a paliar la infrarrepresentación de un determinado sexo. Por tanto, se eliminan del panorama jurídico legítimo las acciones de reserva o preferencia rígida al contrario de lo que ocurre con aquellas que no se otorgan de forma automática, es decir, incorporan una cláusula de apertura que permite tomar en consideración las circunstancias personales de cada trabajador. En definitiva, el Derecho comunitario impide con carácter general el establecimiento de sistemas que supongan una preferencia absoluta e incondicional, siendo necesario como premisa la igual capacitación de los candidatos<sup>532</sup>, o al menos que «posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes»<sup>533</sup>. Excepcionalmente, han sido admitidas reservas de tipo rígido. Sin embargo, es necesario matizar ésta afirmación por cuanto a que las mismas no se dirigen tanto a proveer de una igualdad material de forma inmediata, sino que se enmarcan en el terreno de la igualdad de oportunidades. Además, también éstas están sometidas al escrutinio de razonabilidad en su justificación dada su excepcionalidad. Ejemplo de ello es la compatibilidad con el Derecho comunitario de aquella que diseñaba un cupo de plazas a cursos de formación para las mujeres cuando éstas estuvieran representadas, sin necesidad de hacer concurrir otras circunstancias personales de los candidatos en concurso<sup>534</sup>, o la reserva de plazas en guarderías solo para mujeres trabajadoras cuya principal diferencia con las anteriores radica en que no se trata de reservas rígidas para ocupar puestos de trabajo sino de condiciones de trabajo destinadas a facilitar la continuación y el progreso en su carrera profesional<sup>535</sup>. Sin embargo, no quiere ello decir que el Tribunal resulte más flexible en la admisión de medidas de resultado cuando no se imponen para el acceso al empleo. Más recientemente, en el ámbito de la conciliación entre la vida profesional y familiar consideró contraria a la Directiva una norma nacional mediante la cual se priva a un funcionario de un permiso parental cuando su esposa no ejerza una actividad laboral o profesional, salvo que, debido a una dolencia o enfermedad grave, se la considere incapacitada para hacer frente a las necesidades del cuidado de su hijo, mientras que a la

---

<sup>531</sup> STJCE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, asunto C-450/93, apartado 22, en la que se considera que este tipo de medidas sustituyen las dirigidas a la igualdad de oportunidades que son las consagradas en la normativa europea; en las posteriores va a matizar la legitimidad de sistemas de preferencia cuando no se trate de conceder de forma automática el acceso al empleo o la promoción al sexo menos representado, SSTJCE de 11 de noviembre de 1997, *Marschall*, asunto C-409/95, apartado 33; de 6 de julio de 2000 *Abrahamsson*, asunto C-407/98, apartado 43; Mientras tanto, en la de 30 de septiembre de 2004, *Briheche*, asunto C-319/03, apartado 23, sigue de cerca la doctrina emitida en *Kalanke*, en la que se determina la oposición al Derecho europeo de una norma que otorga la prioridad absoluta e incondicional a las candidaturas de determinados grupos de mujeres, entre las que figuran las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, reservándoles la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación.

<sup>532</sup> Demostrada la igualdad de capacitación, admite una norma que garantiza que las mujeres sean convocadas a entrevistas de presentación en sectores en los que están infrarrepresentadas, o que para puestos de provisión temporal del sector científico o auxiliares científicos se prevea un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente, al menos, a la proporción que las mismas representen entre los licenciados, doctorados o estudiantes de la relativa especialidad. STJUE de 28 de marzo de 2000, *Badeck* y otros, asunto C-158/97, apartados 56 y 44.

<sup>533</sup> STJUE de 6 de julio de 2000, *Abrahamsson*, asunto C-407, apartado 62.

<sup>534</sup> En éste caso bajo pretexto de que la cuota sólo se aplica a las plazas de formación respecto de las cuales el Estado no ejerce un monopolio y que, por tanto, se trata de casos de formación para los cuales también hay plazas disponibles en el sector privado STJCE de 28 de marzo de 2000, *Badeck* y otros, asunto C-158/97, apartados 52 a 55.

<sup>535</sup> STJUE de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, asunto C-476/99, apartado 33 a 38. No obstante, declara en éste último pronunciamiento que sería contraria a la Directiva 76/207/CE si excluyese a los funcionarios masculinos que asumen solos la educación de sus hijos de la posibilidad de acceder a un sistema de guardería subvencionado por su empleador

mujer siempre se reconoce el permiso parental, con independencia de la situación laboral de su marido<sup>536</sup>.

Por otra parte, las normas europeas han reconocido expresamente la posibilidad de utilizar una de las causas de discriminación como requisito de acceso o de exclusión a una determinada profesión cuando este sea considerado esencial y determinante para el desarrollo de la profesión si su objetivo es legítimo y el requisito proporcionado. Mediante esta disposición es admisible no solo que un determinado conjunto de trabajadores sean preferidos para el empleo, sino también que otros sean preteridos del mismo en razón de una de las causas que el ordenamiento reputa como discriminatorias. Por tanto, su licitud se examinará de forma rigurosa y serán valorados de forma casuística y contextualizada<sup>537</sup>. La norma europea será traspuesta al ordenamiento español en el que ya antes que la jurisprudencia europea se habría valorado el establecimiento del sexo (femenino) como legítimo requisito de exclusión de un determinado sector en atención a la penosidad del mismo, la minería. Enjuiciando la norma que excluía a las mismas el acceso a esta profesión admite el Tribunal que a pesar de que son constitucionalmente legítimas las diferencias en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo basadas en el orden biológico natural para las que el sexo no pueda ser irrelevante, para que dicha diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela, teniendo en cuenta, muy en particular, si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos y de los intereses de la mujer<sup>538</sup>.

En España, el ordenamiento jurídico parece impedir a la negociación colectiva, por la vía de la autoreserva de ley, el establecimiento de reservas, exclusiones o preferencias para acceder al empleo. En efecto, el Estatuto de los Trabajadores atribuye a la ley la capacidad para establecerlas éste tipo de medidas en materia de contratación-art. 17.2 ET-. Mientras tanto, permite al convenio la previsión de reservas y preferencias en las condiciones de contratación de mujeres, así como de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas o promocionadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate-art. 17.4 ET-. De este modo, incorpora de forma expresa los criterios jurisprudenciales recién examinados sobre este asunto por obra de la reforma al Estatuto introducida por la LOIMH. La literalidad del precepto haría pensar en la exclusividad de tratamientos rígidos de éste tipo por parte del convenio colectivo solo para superar la desigualdad entre géneros. En éste punto, sin embargo debe ser llevada a cabo una interpretación conforme con la

---

<sup>536</sup> STJUE de 16 de julio de 2015, *Maïstrellis*, asunto C 222/14.

<sup>537</sup> Se admitió conforme a la Directiva 76/2017/CE la reserva del empleo de matronas a las mujeres, aunque el gobierno británico estaba eliminando de forma paulatina dicha reserva, lo que se justificaba en virtud de la sensibilidad de la beneficiaria del servicio y de noviembre de del reparo que le producía ser atendida por un hombre en tan delicada situación de parto. STJCE de 8 de noviembre de 1973, *Comisión contra Reino Unido*, asunto C-165/82, apartado 20. En su sentencia de 1 febrero 2005, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Austria*, asunto C-203/03 estableció que la prohibición general del empleo de mujeres en el sector de la industria minera subterránea establecida en el artículo 2, apartado 1, del Decreto de 2001, aun interpretada en relación con el apartado 2 de dicha disposición, no constituye una diferencia de trato admisible con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207.

<sup>538</sup> STC 229/1992 de 14 diciembre, RTC 1992\229, FJ 3. Se considera contraria al art. 14 las sentencias que deniegan a la actora el derecho a no ser discriminada en el acceso al empleo como ayudante minero debido a su condición de mujer en aplicación de una disposición no formalmente derogada que prohibía el trabajo femenino en la mina.

Directiva europea sin que sea válida una interpretación estrictamente literal del mismo en la medida en que las mismas deberán estar sometidas a la existencia de justificación rigurosa y proporcionalidad necesaria de las mismas, sin que quepan aquellas de preferencia o reserva automática.

El problema surge, como es obvio, del alcance del art. 17.2 con respecto al resto de causas prohibitivas. Aunque no se trata de un asunto muy analizado en la doctrina, un sector doctrinal advierte, de su lectura, la incapacidad del convenio para establecer exclusiones, reservas o preferencias destinadas a colectivos superar la situación de marginalidad de colectivos discriminados, aunque se advierte que ésta limitación se circunscribe a lo atinente al acceso al empleo<sup>539</sup>. A tales efectos el precepto resulta claro en el momento de su aprobación «sólo por ley», haciendo en ese momento el legislador una dejación exclusiva y excluyente a la norma legal que impide tanto a Reglamentos como a convenios colectivos innovar al respecto. Resulta, precisamente con respecto al límite impuesto a la negociación colectiva, el aspecto más incisivo e innovador, sentenciaba Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer<sup>540</sup>. Por lo tanto, si como bien se interpreta que éste segundo apartado viene a cumplimentar al primero de ellos, también las reservas, exclusiones o preferencias al acceso al empleo serían inoponibles como medidas favorables por razón de edad y discapacidad para el convenio, mientras que ya vienen prohibidas en relación a cualquier condición, no solo para el acceso al empleo, con respecto al resto de criterios de discriminación a los que el art. 17.1 protege frente a hipotéticas discriminaciones favorables<sup>541</sup>.

De otro lado, algunos autores no consideran que el mandato legal vede la capacidad de la negociación colectiva para su previsión. Se ha planteado si ello podría suponer una limitación excesiva de la regulación de la autonomía colectiva<sup>542</sup>. Si bien es cierto que aquella ha de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, como el derecho al trabajo cuya regulación está reservada a la ley, puede regular, en tanto no contradiga lo ordenado por la Ley, las condiciones del ejercicio de los mismos. En éste sentido admitiría el TC que del texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a aquéllos a la negociación colectiva<sup>543</sup>. Por tanto, solo sería contrario al derecho al trabajo si el

---

<sup>539</sup> Sostiene que solo la ley puede fijar reservas o preferencias dada la limitación impedimento que proporciona al derecho al trabajo recogido en el art. 35 CE, CRUZ VILLALÓN, J., “Art. 17. No discriminación en las relaciones laborales”, CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA-PERROTE, I., GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, R., (Dir.). *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Lex Nova, Cizur Menor, 2016. P. 215. En parecidos términos, HURTADO GONZÁLEZ, L. “El requisito normativo de un título o capacitación oficial para ser contratado libremente”. *Relaciones Laborales*, nº 6, 2004. PP. 15-38. Considera contundente la reserva de ley al respecto ESTEBAN LAGARREGA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*. Ibidem. Textos Universitarios, Madrid, 1999. P.98.

<sup>540</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo”, BORRAJO DACRUZ, E., (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, op.cit. P. 458 y 464 a 466.

<sup>541</sup> Interpretación avalada por la de 21 junio 1994 (RJ 1994\5465) que anula la cláusula convencional que establece una preferencia a favor de los becarios que son «los hijos e hijas de los trabajadores» pues la misma además de estar protegida por la reserva de ley prevista en el art. 17.2 ET, está incursa en la prohibición del artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, que declara nulas las cláusulas de los convenios colectivos que contengan discriminaciones favorables en el empleo por vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa. FJ 2.

<sup>542</sup> Se cuestiona la eventual lesión al art. 37 CE, pero acaba descartándola por el ámbito material al que se refiere la reserva (derecho al trabajo e igualdad) y por la importancia de un tratamiento global y uniforme de las mismas, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo”, BORRAJO DACRUZ, E., (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, op.cit. PP. 464 ss.

<sup>543</sup> El TC reconoció a la negociación colectiva la capacidad para regular condiciones que pudieran afectar a los derechos fundamentales –como es el derecho al trabajo recogido en el art. 35.1-. Al no reputarse contraria a tal derecho el establecimiento de

precepto legal hubiese sustraído de forma expresa a la negociación colectiva la capacidad para interponer cláusulas tendentes a asegurar la igualdad material tomando la forma de reserva, exclusión o preferencia. Lo más frecuente, en cambio, es que se admita que en realidad, lo que el precepto pretende es excluir al instrumento reglamentario de la regulación de las mismas mas no al convencional<sup>544</sup>. De ésta forma, el apartado tercero del mismo artículo introduce una excepción a la regla anterior habilitando expresamente al Gobierno para regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo circunscrito al objeto de facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. En éste sentido el legislador, para evitar al Reglamento actuar en tales términos, habría tenido que especificar lo ya previsto en el art. 3.2 ET que al regular las fuentes de la relación laboral excluye la actividad reglamentaria para determinar condiciones laborales distintas a las establecidas a la ley a desarrollar<sup>545</sup>.

Además de los anteriores, proponemos otros argumentos que avalan una postura permisiva de las medidas de reserva exclusión o preferencia mediante convenio colectivo. Utilizando el criterio de interpretación gramatical, el precepto no prohíbe a la negociación colectiva de forma expresa amparar reservas, exclusiones o preferencias, como, a modo de ejemplo, sí ha expresado en torno a la existencia de cláusulas de jubilación forzosa para zanjar con ello la controversia jurídica que suscitaron las continuas reformas laborales al respecto. En todo caso, reiteramos que de existir un pronunciamiento jurisprudencial sobre éste concreto asunto en sentido negativo, circunstancia que hasta ahora no se ha producido en la doctrina constitucional, éste se entenderá referida solo al ámbito material del acceso al empleo, como se indica en el mismo. A mayor abundamiento, creemos que no resulta baladí la desaparición de la referencia a la ley de modo exclusivo como único canal de interposición de las mismas (“solo podrán establecerse por ley”), adverbio que servía de elemento expreso de oposición a su establecimiento mediante convenio. De éste modo, quedaría superada la doctrina establecida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la sentencia que con mayor énfasis se ha pronunciado sobre el particular, según la cual «de acuerdo con el art. 17.2º ET, rige el principio de reserva de ley (impropia) para el establecimiento de exclusiones, reservas y preferencias de contratación, que justificaba en la necesidad de prevenir regulaciones que, superando la esfera propia de la negociación, introduzcan limitaciones en las oportunidades de empleo de terceros y por la necesidad de garantizar un tratamiento uniforme de alcance general en esta materia<sup>546</sup>. Aunque el fundamento puede resultar adecuado, sin embargo, ello excede de lo necesario para conseguir el objetivo de alcanzar la igualdad material. De este modo, no es contrario al mismo la intervención de la negociación colectiva cuando con su establecimiento se pretenda

---

una jubilación forzosa por el legislador, tampoco lo sería, dentro de determinadas condiciones, cuando se establezca en convenio colectivo. STC 58/1985 de 30 abril, RTC 1985\58, FJ 5. Esta doctrina es aplicable por analogía, *mutatis mutandis*, al supuesto planteado que afecta no al derecho al mantenimiento del empleo que incluye la prohibición de una extinción injustificada, sino al acceso al mismo.

<sup>544</sup>BALLESTER PASTOR, M.A., “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marshall)”. *Relaciones Laborales*, nº 18, 1998, P-. 725, tomo 2, Editorial LA LEY. PP. 749 a 750. También recogido en La ley Digital.

<sup>545</sup> Interpreta que el art. 17.2 ET contiene una especificación de la reserva de ley, tanto del art. 14 CE, del derecho al trabajo y del propio art. 3 ET, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo”, BORRAJO DACRUZ, E., (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, op.cit. P.462.

<sup>546</sup> De nuevo, STS de 21 de junio de 1994, RJ 1994, 5465, FJ 2.

contribuir a la integración de colectivos altamente discriminados y segregados del mercado laboral.

Por ello, las medidas de acción positiva-también de resultado- que contengan los convenios serán admisibles por un lado, siempre revelen existencia de una finalidad legítima y superen el conocido test de proporcionalidad que evalúa la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por ello incorpora en algún precepto del Estatuto el deber de negociar medidas de igualdad al mismo tiempo que en otras normas antes citadas se permite a la negociación colectiva estipular tales medidas.

Resulta imprescindible, finalmente, adoptar una lectura sistemática de toda la normativa aplicable a éste asunto. Además de la anteriormente citada, huelga recordar que el artículo citado pierde el adverbio modal que permitió considerar que se producía una reserva impropia de ley ( recordemos, «solo por ley...») excluyente también para los convenios, gracias a la reforma introducida por la ley 62/2003 de 30 de diciembre que transpone al ordenamiento español las directivas antidiscriminatorias del año 2000, entre cuyos fines se inserta el de promover medidas de acción positiva destinadas a prevenir o compensar las desventajas que afectan a los colectivos discriminados que en ella se enumeran-por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual-, dentro de un capítulo dedicado a la igualdad y no discriminación cuyo ámbito de aplicación se extiende a todas las personas, tanto en el sector público como en el sector privado. No existe, más allá de la descripción de tales mecanismos de acción positiva, modalidades prefijadas para llevar a cabo tal objetivo. En esa misma ley, pero en otro precepto, se admiten las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas de discriminación enumeradas cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o el contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Con ello se permiten medidas que reserven puestos, prefieran o excluyan candidatos bajo el fundamento de una característica innata en él o adquirida como condición social o personal relacionada con una de las causas de discriminación existentes<sup>547</sup>.

La previsión de instrumentos preferenciales o de reserva en el empleo o en el ascenso dentro del mismo al amparo de diversas circunstancias personales o sociales no es una práctica aislada ni en nuestro sistema de negociación colectiva, ni en el de otros países cercanos<sup>548</sup>. Algunas de ellas se dirigen a preferir el mantenimiento en el empleo o de acceso al mismo de trabajadores cuando les precede una relación profesional con la misma empresa<sup>549</sup>, a reconocer la preferencia para volver a la península de los

---

<sup>547</sup> Arts. 27, 34 y 35 de la ley 62/2003 de 30 de diciembre que reproducen con respecto al género los arts. 2, 5 y 43 de la ley 3/2007.

<sup>548</sup> GARCÍA MURCIA, J., “Las preferencias en el empleo de los convenios colectivos y el principio de no discriminación”, AA., VV., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo: celebradas en Madrid los días 26, 27 y 28 de abril de 1983* en el Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. IELSS, Madrid, 1985. P.753.

<sup>549</sup> Entre otros, art. 28 B 2) n) CC *conservas vegetales*: Los trabajadores fijos discontinuos, en igualdad de condiciones, tendrán derecho preferente, por orden de antigüedad a ocupar las vacantes del personal fijo de carácter continuo que se produzcan en el respectivo grupo o especialidad. En los mismos términos, art. 12.2.3 CCNL *turrone*s y *mazapanes*. Derecho de preferencia en el acceso de quienes hubieran estado vinculados a través de un contrato temporal, art. 11 XVIII *Convenio colectivo general de la industria química*. Resolución de 3 de agosto de 2015 (en adelante CC *industria química*). Preferencia de contratación de

trabajadores trasladados a las Islas o a Ceuta y Melilla o el extranjero<sup>550</sup>, o bien a otorgar preferencia en la promoción profesional, en caso de igualdad de condiciones, a quienes poseyeran superiores capacidades ,cualificación, antigüedad u otras circunstancias profesionales<sup>551</sup>. No es difícil apreciar que en ninguno de los supuestos mencionados se fijan las preferencias en relación con criterios protegidos frente a discriminaciones e incluso alguno de ellos no establecen preferencias en la contratación en si misma sino en condiciones distintas como el ascenso o la cobertura de una vacante, no contraviniendo de ningún modo el art. 17.1 y 2. En cambio, podría plantearse la conculcación del segundo, por ejemplo, en el caso de la reserva de contratación de personal con discapacidad en un porcentaje superior al previsto legalmente, a modo de mejora o la imposición de este deber de reserva a empresas de tamaño inferior. De admitirse la prohibición de que estos pactos incluyan reservas en la contratación, dichas cláusulas devendría nulas, circunstancia que no se ha dado en la práctica.

Además, desde el punto de vista de la finalidad de las normas, una interpretación restrictiva del art. 17.2 ET puede contravenir no solo el efecto útil de las directivas antidiscriminatorias que reconocen un papel importante a los interlocutores sociales en la consecución de sus fines sino también el propio deber que vincula al Estado de remoción de los obstáculos que impidan o limiten la igualdad material de los ciudadanos (art. 9.2 CE), obstáculo que se identificaría con la limitación de la capacidad de los convenios de promover de éste modo la igualdad material. Si bien es cierto, que con el mismo objetivo el legislador podría limitar el uso de las mismas en la negociación colectivas o incluso imponer su previsión<sup>552</sup>, no solo para cumplir con dicho mandato, sino también en virtud de la competencia del legislador estatal en materia laboral.

Sin embargo, tales limitaciones o imposiciones no deberán ir más allá de lo adecuado y necesario para no contravenir el derecho constitucional a la negociación colectiva, que

---

temporales prevista también en la DF cuarta del CC *Nissan Motor Ibérica, S.A. (Centro de trabajo de Los Corrales de Buelna)*: En Italia, el legislador permite a la negociación colectiva suprimir o disponer del derecho de preferencia a la contratación indefinida de los trabajadores temporales con más de seis meses trabajados para la misma empresa. Art. 24 del Decreto Legislativo de 15 de junio de 2015, n. 81, *Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014*, n. 183 Entre otros, art. 79 CCNL per i dipendenti del *settore Turismo e Pubblici Esercizi, de 28 de mayo de 2014*, (en adelante CCNL *Turismo e Pubblici Esercizi*), art. 53 D) CCNL *tessile, abbigliamento, calzaturiero, pulitintolavanderie ed occhialeria*. También se prevé en numerosos convenios la preferencia por la contratación de trabajadores despedidos colectivamente, entre otros, art. 23 CCNL *per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali delle banche di credito cooperativo casse rurali e artigiane*, Dircredito FD y FABI, FIBA/CISL, FISAC/CGIL, SINCRA, UGL CREDITO, UILCA, 30 de junio de 2014 (en adelante, CCNL *delle banche di credito cooperativo casse rurali e artigiane*).

<sup>550</sup> El art. 36.4CC *Banca*.

<sup>551</sup> Art. artículo 25 CC *aguas potables y residuales*. Art. 19 CC *Hostelería y Turismo de Cataluña*: Preferencia para la cobertura de vacantes los trabajadores de la categoría inmediata inferior, si el trabajador lleva desempeñándola 6 meses y demuestra su capacidad. En los mismos términos, art. 16 CC *Hoteles Starman*. Art. 22 XIII Convenio colectivo de *Repsol Química, SA*. Resolución de 20 de julio de 2016 (en adelante CC *Repsol Química*: Los trabajadores afectados, con contrato indefinido, tendrán preferencia para ocupar funciones o áreas de su grupo profesional, cuando se produzcan vacantes dentro de su localidad, siempre que reúnan los requisitos de aptitud profesional e idoneidad física exigidos. Preferencia por acceder a un contrato a tiempo completo de quienes se encuentren a tiempo parcial o con contrato temporal, arts. 21 y 26.4 IX Convenio colectivo nacional de *centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado*. Resolución de 9 de mayo de 2011 (en adelante CC *enseñanza privada*).La misma preferencia para los trabajadores a tiempo parcial, art. 8.8 Convenio para las *Industrias Transformadoras de Plásticos de la Comunidad de Madrid*. Resolución de de 19 de abril de 2016 (en adelante CC *Industrias Transformadoras de Plásticos de la Comunidad de Madrid*). Art. 35 Convenio Colectivo *para la Industria Siderometalúrgica de Huesca*. Resolución de 4 de agosto de 2016 (en adelante, CC *Industria Siderometalúrgica de Huesca*).

<sup>552</sup>Al contrario, considera que resultaría contraria a la propia libertad de negociar colectivamente PÉREZ DEL RÍO, T., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op.cit. P. 187.

implica una autolimitación del poder estatal en la regulación de las materias de índole laboral en orden a preservar la facultad de los interlocutores sociales de negociar en éste mismo ámbito. En éste sentido, la competencia del legislador estatal en el desarrollo del Derecho del Trabajo se reputa exclusiva con respecto a la capacidad de incidencia que podrían tener los legisladores autonómicos pero no puede impedir el ejercicio del derecho constitucional aludida. En este sentido, la competencia laboral es compartida entre la ley y el convenio, a pesar de existir superioridad jerárquica de la primera sobre el segundo.

En definitiva, de la lectura de los preceptos estatutarios y las normas específicas, se advierte que la intención del legislador no se entiende referida a limitar la capacidad de la negociación colectiva de desarrollar medidas de acción positiva ni tampoco imponerlas como contenido necesario. De hecho, el legislador pareció asumir este límite al mantenerse absolutamente abstencionista en la imposición de éste tipo de contenidos y se refiere tan solo al deber de negociar, pero no concluir acuerdos, ni siquiera cuando exige establecimiento obligatorio de planes de igualdad a empresas de más de 250 trabajadores. A tales efectos, el contenido del convenio colectivo solo está delimitado en términos formales, de configuración del convenio o de procedimiento, contemplados en el párrafo 1 del apartado 1 del artículo 85 del ET con carácter de orden público laboral. Sin embargo, la solución impositiva ya fue ensayada cuando solo por ley podían contemplarse tales medidas de reserva, exclusión o preferencia en virtud del originario art. 17.2 ET, norma avalada en términos de legitimidad por el Tribunal Supremo y, en ningún caso, declarada inconstitucional.

Por lo tanto, podemos concluir que los convenios colectivos pueden imponer medidas de acción positiva tanto las referidas en éste apartado como las previstas con objeto de alcanzar la igualdad de oportunidades. Por el contrario, resulta indefendible que queden obligados ex art. 14 CE a contemplarlas como exigencia que deriva de la igualdad material que algunos autores ya incluyen dentro del ámbito aplicativo del art. 14CE<sup>553</sup>, entre otras razones porque no se comparan en éste aspecto a los poderes públicos quienes han de perseguir la igualdad sustancial de los ciudadanos.

A pesar de la existencia de los argumentos señalados mediante los cuales se puede admitir, sin contravenir el ordenamiento jurídico, medidas de exclusión, reserva o preferencia en la contratación en convenios colectivos, sería precisa una modificación del precepto que admitiera en términos expresos que la negociación colectiva se encuentra facultada para establecerlas eliminando así cualquier duda interpretativa.

---

<sup>553</sup> Considera que quizás sea en éste punto en el que deba evolucionar el propio sentido de la igualdad convirtiéndola en un verdadero derecho subjetivo, PÉREZ, PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*. Thomson Reuters, Aranzadi/Civitas/Lex Nova, Pamplona P.41. Vid. nota 207.

#### 4.4. Influencia de la estructura de la negociación colectiva en la promoción de situaciones desventajosas o eliminación de las mismas

Se advierte que el tratamiento, el impacto o la eficacia de los derechos fundamentales aquí tratados sobre la negociación colectiva en un sentido ambivalente de promoción y retroceso, también se ve afectada por la interrelación de otros factores externos al propio contenido de lo pactado entre los que cabe destacar el sistema de estructuración. En España la estructura de la negociación colectiva la configuran los propios agentes sociales, pero en ella influye notablemente la predisposición de unas reglas legales básicas de solución de controversias frente a concurrencias aplicativas de convenios<sup>554</sup>.

Tanto en España como en los países de nuestro entorno –entre otros, Francia, o Italia– por «influencia» europea se ha producido especialmente en los últimos años proceso de descentralización de la negociación colectiva que viene a consolidar aun más nuestro sistema de negociación colectiva dispersa<sup>555</sup>. El impacto de éstas reformas sobre la estructura de negociación colectiva soslaya el reparto funcional que se había distribuido por parte de las leyes, acuerdos Interconfederales y jurisprudencia entre el Estado y los agentes sociales, perturbando la paz social que sobre éste aspecto se había asentado<sup>556</sup>, aunque se tratan de reformas legítimas desde el punto de vista constitucional<sup>557</sup>.

El convenio colectivo nacional de sector suele tener en los sistemas centralizados de negociación, la función de garantizar la certeza del tratamiento económico y normativo común para todos los trabajadores, mientras que el convenio de nivel empresarial mantiene la finalidad de adaptar la disciplina general a las específicas realidades productivas. Ahora, en países como los mencionados, los convenios a nivel empresarial pueden regular de forma prioritaria determinadas instituciones económicas y normativas de carácter básico. Mediante tal técnica jurídica se permite al convenio colectivo de empresa regir de forma preferente y en su caso, con carácter desfavorable, ciertos grupos materiales que establece el convenio colectivo de nivel superior y tanto en Italia como en Francia, con capacidad de afectación incluso a la propia ley sometidos a unas reglas de justificación de las diferencias de trato que se producirán por efecto de inaplicación del convenio de ámbito superior, bastante laxa<sup>558</sup>. De ésta manera, quizás al

---

<sup>554</sup> Pese a que los interlocutores sociales tienen interiorizada su plena capacidad para corresponder el diseño con plena libertad de la estructura negociada, CRUZ VILLALÓN, J., (Dir.) *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva*, Informes y estudios relaciones laborales, MEYSS, 2015. P. 27.

<sup>555</sup> Recomendación del Consejo relativa al programa nacional de reforma de 2011 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad actualizado de España (2011-2014). Bruselas, 7.6.2011 SEC (2011) 817 final. Considerando 13.

<sup>556</sup> Todos los AI que estructuran la negociación colectiva en Italia, país donde hasta 2011 la injerencia del legislador era ínfima, pueden ser consultados en la web del Consiglio Nazionale Economia e Lavoro: [http://www.enel.it/363?shadow\\_schede\\_accordi\\_interconfederali\\_sezione=Assetti%20contrattuali%20-%20Relazioni%20sindacali%20-%20RSU%20-%20Contenzioso](http://www.enel.it/363?shadow_schede_accordi_interconfederali_sezione=Assetti%20contrattuali%20-%20Relazioni%20sindacali%20-%20RSU%20-%20Contenzioso)

<sup>557</sup> Un análisis sobre la constitucionalidad de las mismas en el ordenamiento español e italiano en DOMÍNGUEZ MORALES, A., "La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa: una mirada comparada Italia y España". *Documentación Laboral*, nº 105, Vol. III, 2015. PP. 153-156.

<sup>558</sup> Vid. PELISSIER, J., SUPIOT A., JEAMMAUD, A. *Droit du travail*. Dalloz, 24 ed. Paris, 2008. PP. 1376 ss. LYON-CAEN, A. "Le droit français des relations professionnelles. Mutations récentes", FIORILLO, L., PERULLI, A. (Edits.) *Il nuovo diritto del lavoro*, vol. III. Giappichelli, Turín, 2015. Sobre el modelo alemán, EICHHORST, W., "The Unexpected Appearance of a New German Model". *IZA, DP* nº 6625, 2012; BORZAGA, M. "Contratti collettivi in deroga, crisi economica e dinamiche occupazionali nella Repubblica Federale Tedesca: spunti di riflessione per il caso italiano", BARBERA, M. PERULLI A., (Coords.), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, Padua, 2014. PP. 23-32.



menos en el plano teórico, el convenio colectivo nacional de sector ya no puede ser considerado el «perno» del sistema de negociación colectiva<sup>559</sup>.

En España, se señalan desde hace años los problemas que presenta el panorama de estructuración de la negociación colectiva y las debilidades de dicho sistema estructural también por efecto de la propia práctica negocial<sup>560</sup>. Precisamente una de las consecuencias negativas de la estructura convencional en España reveladas acertadamente por la doctrina y que nutren lo que se califica como «crítica crónica» al modelo, es la excesiva atomización de la misma que no tiende a desaparecer tras las últimas modificaciones introducidas sino más bien al contrario. Esta circunstancia provoca la existencia de innumerables diferencias entre trabajadores que incluso forman parte de una misma empresa con distintos centros de trabajo cuyos convenios colectivos pueden estar vinculados de forma independiente a la igualdad y no discriminación, pero no sirven de término de comparación frente a la denuncia de vulneración de éstos derechos de quienes se ubican en el ámbito de aplicación personal de otro convenio de la misma empresa<sup>561</sup>. Ello se une a otro condicionante, dejando al margen la cuestión del elevado número de empresas que no pueden alcanzar un convenio colectivo propio, como es la escasez de regulación de la materia estudiada en convenios territoriales o empresas de reducidas dimensiones, centrados por excelencia en asuntos económicos, mientras sigue siendo concebida a la negociación en niveles más amplios, especialmente por el sector sindical, como resorte idóneo para la garantía de unas condiciones mínimas decentes de los sectores más desfavorecidos.

Aunque la distribución compleja de la negociación colectiva no condiciona por sí sola la existencia de una mayor o menor segmentación del mercado laboral, lo cierto es que una estructura articulada por imperativo legal dotando de preferencia al convenio empresarial, lejos de proteger al trabajador, puede desembocar en una conculcación de sus derechos<sup>562</sup>. Según el enfoque utilizado, se podrá ofrecer una lectura en clave negativa o en clave positiva con respecto a la relación entre estructura de la negociación colectiva y derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación. Desde la primera perspectiva, la empresa, como baricentro de decisión de condiciones laborales nucleares como el salario o el horario y distribución del tiempo de trabajo tiene capacidad para afectar a las principales vértebras de la tutela antidiscriminatoria como la brecha

---

<sup>559</sup> Así lo definía, en cuanto al sistema italiano, BALLESTRERO, M. V. *Diritto sindacale*, op.cit. P. 275. Una síntesis de la evolución de la estructura de la negociación colectiva italiana en DEL GIUDICE, F., IZZO F., SOLOMBRINO M., *Manuale Di Diritto Del Lavoro*, XXXII Edizione. Aggiornato al cd. decreto Poletti (D.L. 34/2014, conv. in L. 16-05-2014, n° 18). Simone, Napoli, 2014. DE LUCA, M. *Nel rispetto dei reciproci ruoli. Lineamenti di storia della contrattazione collettiva in Italia*, Vita e pensiero, Milano, 2013. Con referencia a la aplicación prioritaria del convenio de empresa en determinados supuestos, PERULLI, A., SPEZIALE, V., “L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro”. *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 132, 2011. GARILLI, A. “L’art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali” *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*. *IT* – n° 139, 2012.

<sup>560</sup> Un recorrido por tales reformas en CRUZ VILLALÓN, J., RODRÍGUEZ RAMOS-VELASCO, P., GÓMEZ GORDILLO, R., FERRADÁNS CARAMÉS, C., “La reforma de la estructura de la negociación colectiva y su incidencia en la segmentación laboral”, CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.) *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. PP. 210ss. CALVO GALLEGÓ, J., “El impacto de las últimas reformas sobre la estructura de la negociación colectiva”. *Temas Laborales*, n° 120, 2013. PP. 123-180. El debilitamiento de la negociación colectiva en los últimos tiempos en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, L., *Negociación colectiva, igualdad y democracia*, op.cit. P. XIII.

<sup>561</sup> Vid. supra § 1.4.3.

<sup>562</sup> En ese sentido, afirma que la presencia de una negociación colectiva compleja no puede ser considerada por sí sola factor de segmentación, CRUZ VILLALÓN, J., “Presentación: Claves de la relación entre negociación colectiva y segmentación laboral”, CRUZ VILLALÓN, J., (Coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral...* op.cit. P.32.

salarial, la adaptación del sistema de clasificación profesional en la empresa, materia que ha escondido en reiteradas ocasiones discriminaciones por razón de sexo, o la distribución flexible de la jornada, que puede impedir que un trabajador con especiales necesidades debido a su discapacidad pueda ejecutar su trabajo en condiciones óptimas si no se llevan a cabo ajustes razonables o adaptación de los contratos de tipo formativo, con efecto perjudicial a trabajadores jóvenes. Una estructura descentralizada puede impedir, en efecto, que penetren en los niveles inferiores aspectos esenciales de la tutela antidiscriminatoria contemplados desde los niveles superiores como marcos o modelos, que procuran que el acuerdo empresarial no se centre exclusivamente en salarios y flexibilidad horaria, grandes bloques a los que se dedica la negociación de empresa sustancialmente. Tanto así, se ha demostrado que en los países con estructuras más centralizadas y coordinadas las condiciones de igualdad y conciliación de la vida laboral y familiar son mayores<sup>563</sup>, mientras que en algunos Estados en los que hace algunas décadas se implantó un régimen similar de descentralización de la negociación colectiva, los resultados son de signo negativo en lo que respecta a grupos de trabajadores vulnerables como las mujeres<sup>564</sup>.

Por el contrario, leído en clave positiva, la prioridad de la negociación empresarial puede servir para perfeccionar mecanismos de tutela en éstos niveles que, por estar más próximos al trabajador, permiten adecuar favorablemente su situación personal y laboral y en todo caso deben ser respetar las normas que emanan de la Constitución, de las instancias supranacionales con potestad para influenciar nuestro ordenamiento jurídico, así como las normas de carácter legal. Precisamente es en éste nivel donde se establecen planes de igualdad entre mujeres y hombres o el nivel idóneo para introducir medidas de ajuste razonable para personas con discapacidad. Es cada mesa negociadora la que decide gracias a la libertad de unidad de negociación qué o cuales mecanismos adoptar, el modo de ejecución y la extensión de los mismos, previo diagnóstico de la situación empresarial.

Junto a ello, pero no menos importante, merece ser mencionada la influencia que tiene sobre el sistema convencional de cualquier Estado la nueva estructura de la economía de mercado cada vez menos homogénea y más fragmentada, en la que las fronteras son casi inexistentes y las empresas se contactan a través de una importante red de relaciones de producción que implica la movilidad constante de trabajadores, lo que dificulta conocer el régimen normativo y convencional aplicable a cada trabajador. Con ello se pone en tela de juicio la eficacia de la negociación colectiva en un entorno económico transnacional<sup>565</sup>, lo que sin duda puede tener efectos nefastos para la igualdad y la no discriminación en el empleo.

---

<sup>563</sup> RUESGA BENITO, S. M., PÉREZ ORTIZ, L., VIÑAS APAOLAZA, A. I., "Negociación colectiva y calidad del empleo en la unión europea". *Revista de Economía Mundial*, nº 29, 2011. P. 114.

<sup>564</sup> Analizando los contextos de negociación colectiva de Australia, Nueva Zelanda y Canadá, BRISKIN, L., *Equity bargaining/bargaining equity*. Centre for research on work and society. York University. 2006. PP. 15-16.

<sup>565</sup> MOREAU, M.A., "Mondialisation et droit social: Quelques observations sur les évolutions juridiques". *Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 16, número monográfico, 2002. P. 394. Un panorama general de la cuestión en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*. Cinca, Madrid, 2010.

#### 4.5. Control de la negociación colectiva en materia de igualdad y de no discriminación

Para cerrar éste capítulo en el que se ha puesto de manifiesto la vinculación en España del convenio colectivo estatutario a la igualdad y la no discriminación, es preciso conocer los canales de control al que se encuentran sometidos y el alcance de resoluciones que evidencien la contrariedad de la cláusula convencional con aquellos derechos fundamentales. Se analizarán dos instrumentos claves para monitorizar el respeto del convenio al art. 14CE que son las comisiones de igualdad que en los mismos instauran y el control judicial de la norma pactada.

##### 4.5.1. Comisiones de igualdad

Para mantener procurar el cumplimiento de los objetivos en materia de igualdad fijados en el convenio supone un importante baluarte junto con el establecimiento de elementos promocionales en los términos en que han sido examinados, la creación a través del propio convenio colectivo de entes bilaterales que se encarguen de monitorizar, controlar y evaluar la puesta en práctica de todas las medidas de integración o acciones positivas que el pacto haya previsto así como de cuantas circunstancias discriminatorias se produzcan o se puedan producir por su aplicación. La implantación de este tipo de organismos, sin duda, favorece además de una comunicación constante y colaborativa entre las partes la garantía de efectividad de los mecanismos de igualdad y no discriminación propulsados por el propio convenio, dada la amplia abstracción que en ocasiones se redactan las cláusulas dirigidas a proteger tales derechos<sup>566</sup>.

No obstante, se da la circunstancia de que en muchas ocasiones la apariencia de funcionamiento para la salvaguarda de la igualdad y no discriminación en sentido amplio se diluye ante un contenido inspirado única y exclusivamente en la proyección de la igualdad por razón de género. Éstas comisiones, que han proliferado en España fundamentalmente después de la entrada en vigor de la LOIMH, ejercen las competencias que les son otorgadas sobre las materias ligadas al sexo de la persona así como el seguimiento de las medidas emprendidas en relación a ello<sup>567</sup>.

Sin embargo, algunos otros convenios otorgan a tales comisiones funciones transversales en materia de igualdad, de seguimiento y monitorización de las medidas

---

<sup>566</sup> Considera muy positiva la incorporación en los convenios colectivos de comisiones de igualdad CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., FERNÁNDEZ PROL, F., LOUSADA AROCHENA, J.F., "Conclusiones", LOUSADA AROCHENA, J.F., *El principio de igualdad...*, op.cit. P. 492.

<sup>567</sup> Por poner algunos ejemplos, Comisión de Igualdad en el ámbito sectorial estatal de hostelería, art. 46 V *Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería*. Resolución de 6 de mayo de 2015 (en adelante V *Acuerdo Sector Hostelería*). Comisión Paritaria Sectorial por la Igualdad de Oportunidades, art. 111 CC *Industria química*. Comisión de Igualdad de Oportunidades, art. 44 *Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios*, Resolución de 17 de marzo 2015(en adelante CC *peluquerías, institutos de belleza y gimnasios*). Comisión Paritaria en materia de igualdad de oportunidades, art. 45 CC *Industria siderometalúrgica Huesca*). Comisión paritaria sectorial por la igualdad de oportunidades, art. 77 CC *Industrias Transformadoras de Plásticos de la Comunidad de Madrid*.

adoptadas por las empresas para prevenir discriminaciones y de fomento del respeto por la igualdad y la no discriminación entre todos los grupos frecuentemente discriminados de población, asesorando a las mismas para la correcta aplicación de cualquier acción o actividad dirigida a la consecución de tales fines<sup>568</sup>. Finalmente, en otros convenios las competencias que corresponderán a tales organismos no están definidas, sino que será el propio acuerdo que instituye a la comisión la que le otorgue las facultades en relación a tales enunciados que se estimen convenientes<sup>569</sup>.

En el ámbito comparado también es usual la creación de éste tipo organismos como en Italia, donde es frecuente que las normas convencionales engendren comisiones bilaterales para la igualdad de oportunidades, que a diferencia de lo que sucede en España, normalmente se encuentran estructuradas a través del convenio sectorial nacional y articuladas según los distintos niveles de negociación, a saber, a nivel nacional, regional y de empresa. De nuevo, se pone en evidencia de la lectura de una muestra significativa de convenios colectivos que la denominación de estos organismos paritarios de igualdad lleva a la confusión pues entre sus funciones se apela casi en exclusividad a la conclusión de medidas destinadas a lograr la igualdad entre mujeres y hombres<sup>570</sup>. Otros, en cambio, las dotan de un contenido amplio de funciones, tales como la estimular en el sector la cultura de la igualdad de oportunidades, o proporcionar a las comisiones de igualdad empresariales indicaciones de carácter general a través de consultas o entablar otro tipo de acciones<sup>571</sup>.

La lógica que envuelve el funcionamiento de éstas comisiones apelaría a una composición plural o mixta de las mismas, entendiendo por tal la que aglutinara, al menos en el banco social, una muestra de los diversos segmentos de la población asalariada que precisa de mayor protección para que aporten una visión práctica de los inconvenientes de pertenecer a una u otra minoría. No obstante, por el momento, los convenios se limitan a distribuir éstos órganos de forma paritaria entre los representantes de trabajadores y empresarios, sin establecer cuotas siquiera de un modo flexible o propositivo, más allá de exigir en algunos casos, paridad de género. Quizás, al

---

<sup>568</sup> Entre otros, Comisión Paritaria de Igualdad en el Trabajo, art. 6.2 CC *Farmacias*. Comisión para la igualdad de oportunidades y no discriminación creada por el art. 79 CC *Conservas Vegetales*. Comisión de Igualdad de Oportunidades creada por el art. 71 del V Convenio colectivo estatal *para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria*, Resolución de 28 de abril 2014 (en adelante CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*). Por su parte, el Anexo 4 del Convenio colectivo *nacional del sector de harinas panificables y sémolas*, Resolución de 3 de julio 2015 (en adelante CC *harinas panificables y sémolas*), instituye la Comisión para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación.

<sup>569</sup> Comisión Paritaria para la igualdad de Oportunidades y la No discriminación, Disposición complementaria 3ª del CC *para las industrias de turrones y mazapanes*.

<sup>570</sup> Commissione permanente per le pari opportunità. Art. 13 Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro *per i dipendenti del Terziario: commercio, distribuzioni e servizi*, de 1 de julio de 2013 (en adelante CCNL *Terziario*). De los nueve apartados que describen sus funciones, solo uno de ellos, contempla la exigencia de promover mecanismos dirigidos a superar cualquier forma de discriminación en el trabajo. Commissione nazionale e paritetica per le "pari opportunità", dedicada, en exclusividad, al fomento del trabajo femenino, art. 10 Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro del settore piccola e media industria del Legno - Mobili - Arredamento Sughero - Forestale, CONFIMI IMPRESA Legno FeNEAL - UIL, FILCA - CISL, FILLEA - CGIL de 13 de mayo de 2013 (en adelante CCNL *Legno, Mobili, Arredamento Sughero, Forestale*). Commissione nazionale/territoriale/aziendale per le pari opportunità, art. 5 Contratto collettivo nazionale di lavoro *per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti*, de 5 de diciembre de 2012 (CCNL *industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti*). Comitato per le Pari Opportunità, art. 1 CCNL *Mobilità/ Area contrattuale Attività Ferroviarie*. Commissione paritetica in tema di parità uomo-donna, art. 3 CIA *Assimoco*.

<sup>571</sup> Commissione nazionale paritetica Pari opportunità, art 18 CCNL *delle banche di credito cooperativo casse rurali e artigiane*. Osservatorio nazionale, Allegato al CCNL *Laterizi - manufatti in cotto, in cemento e affini*. Commissione paritetica di tutela, art. 140 CCNL *settore edile ed affini*. Atribuye las funciones de estimular la cultura de la igualdad de oportunidades, en coherencia con los principios de discriminación directa e indirecta, sin mencionar a ningún colectivo a la Commissione nazionale sulle pari opportunità el art. 14 CCNL *Abi*.

tiempo que las comisiones comiencen a monopolizar todas las circunstancias adyacentes a la igualdad y la no discriminación en el concreto ámbito de actuación que tienen encomendado, se distribuyan los puestos a cubrir en la dirección que aquí se propone.

#### 4.5.2. Control judicial del convenio colectivo

Como venimos anunciando, el reconocimiento del efecto directo o indirecto de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados, no supone una solución sino por el contrario, el planteamiento del problema, que no es otro que el de la garantía de los mismos, tanto en el momento preventivo como en el momento de su restablecimiento una vez vulnerado. De hecho, en ocasiones se ha confundido la propia eficacia horizontal de las normas iusfundamentales con las garantías jurisdiccionales que predispone el ordenamiento jurídico, la apertura o cierre de las vías de acceso para su protección<sup>572</sup>.

Si bien en los convenios colectivos se trata de configurar un sistema de regulación homogéneo y equilibrado con respecto al sector o espacio geográfico y personal en el que se aplican, su carácter unitario y orgánico no pueden ser utilizados para combatir la inimpugnabilidad de una parte o del todo, pues «por encima de esta situación de equilibrio interno producto del pacto, están las normas de Derecho necesario, y muy señaladamente los principios y derechos constitucionales que constituyen un límite infranqueable a la transacción colectiva»<sup>573</sup>. Por lo que aquí interesa, el efecto directo de los derechos fundamentales en la negociación colectiva denota una especial sujeción de control de los convenios colectivos, cualquiera que sea su eficacia, frente a la prohibición de discriminación, mientras que el convenio colectivo de eficacia normativa erga omnes será fiscalizable también por el derecho al trato igual, en virtud de la interpretación llevada a cabo por el TC sobre el art. 14 CE.

Surge así una primera cuestión: si los representantes de los trabajadores velan por la garantía y salvaguarda de los derechos de sus representados, ¿cómo éstos últimos podrán defenderse ante los eventuales ataques a sus derechos fundamentales provenientes del convenio que aquellos pactan? Lo primero que debemos poner de manifiesto es que no se ha instaurado en España, al contrario de lo que ocurre en países como Portugal<sup>574</sup>, un recurso directo a través del cual quepa la impugnación de un convenio colectivo por los trabajadores directamente afectados si no es combatiendo un acto de aplicación del mismo cuando se considere violado alguno de sus derechos<sup>575</sup>. El

---

<sup>572</sup> Consta que «afirmar que un derecho fundamental limita también a los particulares constituye el comienzo de los problemas interpretativos y constructivos, no la solución del problema». BALLARÍN IRIBARREN, J., "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares", op. cit. Nota 9, p. 292. Este problema también es abordado por DÍEZ PICAZO, L. *Sistema de derechos fundamentales*, op.cit. P.153.

<sup>573</sup> SSTC 189/1993 de 14 junio. RTC 1993\189, FJ 7; 51/2003 de 17 marzo. RTC 2003\51 GARCÍA BLASCO, J., "La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva". *Temas Laborales*, nº 76, 2004.P. 81.

<sup>574</sup> Art. 43 Decreto Ley 519-C1/79, de 29 de diciembre, que regula las relaciones colectivas de trabajo.

<sup>575</sup> Cita como problemas que se desprenden de los juicios llevados a cabo por particulares en aplicación de un convenio que en ellos se prescinde de la participación de los representantes de trabajadores y empresarios en estos procesos y entiende que son precisamente éstos los que mejor pueden conocer las circunstancias y sobre todo las razones que justifican la interposición de

TC ha admitido que el art. 24 CE que concede a todos el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con la prohibición de discriminar del art. 14 CE lo que impone facilitar a los sujetos discriminados el acceso a la vía judicial para obtener la cesación de la conducta discriminatoria que proviene de un convenio colectivo<sup>576</sup>. De éste modo, aunque no resulta admisible un recurso de amparo directo frente a aquellos, la legitimidad constitucional de éstos, advierte el TC, incidirá inevitablemente en la legitimidad del acto impugnado<sup>577</sup>. Sin embargo, solo organizaciones sindicales y empresariales, Ministerio Fiscal, Administración Pública e Instituto de la mujer-a efectos de impugnar cláusulas contrarias a la prohibición de discriminación por razón de sexo-y terceros cuando el motivo de la impugnación es la festividad están legitimados para denunciar el convenio ante los Tribunales ordinarios, sin que quepa un control directo de constitucionalidad pues en éste punto el convenio de eficacia normativa no se ha equiparado a las normas de rango legal.

Son varias las razones por las que se admite la exclusión de los propios trabajadores de los sujetos legitimados para la impugnación del pacto, entre las más relevantes, la que se sustenta en evitar que se puedan desestabilizar los equilibrios en el seno de la negociación colectiva, para evitar que se abran vías que faciliten a las posturas obstruccionistas frente a la aplicación de la norma; o en tanto que la impugnación de convenios tiene como objeto satisfacer la necesidad de que exista una correspondencia o adecuación entre el tipo de pretensión y el sujeto que la deduce, la cual no es apreciable, en esa clase de acciones de control abstracto, en los trabajadores individualmente considerados. En el fondo lo que subyacen son dos auténticas razones de peso: el propio derecho a la negociación colectiva y el carácter vinculante de los convenios. Lo contrario, afirmar el TC - quizás de un modo excesivo-, podría poner en duda la mera existencia de la negociación colectiva a que se refiere el art. 37.1 CE<sup>578</sup>.

Dicha ausencia de capacidad impugnatoria directa frente al pacto por parte de los trabajadores se acepta por la doctrina sin grandes disidencias como la opción más pertinente<sup>579</sup>, aunque se admite que con dicha exclusión el problema no quedan del todo resuelto<sup>580</sup>, pues con ello no se asegura de modo pleno el mandato de las directivas antidiscriminatorias de procurar que sean declaradas nulas las cláusulas convencionales contrarias a las mismas. Para superar el riesgo de déficit de eficacia de las normas

---

cláusulas convencionales que puedan atentar contra el derecho a la igualdad de los trabajadores SÁEZ LARA,C., “El control de legalidad del convenio colectivo”. *Temas Laborales*, nº 76, 2004. P. 389.

<sup>576</sup> Aunque se restrinja la vía de impugnación directa de convenios colectivos.STC 145/1991 de 1 julio, RTC\1991\14, FJ 6.

<sup>577</sup> STC 95/1985 de 29 julio, RTC 1985\95, FJ 2; 280/2006, de 9 de octubre, RTC 2006\280, FJ 4.

<sup>578</sup> La legitimación para impugnar convenios se establece en el art. 165 LJS. La legitimación activa para iniciar el trámite de conflicto colectivo que permite impugnar convenios de carácter extraestatutarios se dispone en el art. 154 de la misma ley. Reconocen la constitucionalidad de dicha exclusión, entre otras, las SSTC 47/1988 de 21 marzo, RTC 1988\47, FJ 5; 10/1996 de 29 enero, RTC 1996\10 y 12/1996, RTC 1996\12, ambas de 29 de enero, FFJJ 4 respectivamente; 5/1988 de 13 abril, RTC 1988\65, FJ 3; 56/2000 de 28 de febrero, RTC 2000\56, FJ 3.

<sup>579</sup> Defiende la apertura de la vía de impugnación directa del convenio colectivo también a los trabajadores., GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La impugnación individual del convenio colectivo. Comentario a la Sentencia TC S 81/1990 de 4 de mayo”. *Relaciones Laborales*, tomo 2, 1990. PP. 381ss. Sobre la idoneidad de excluir a trabajadores de la vía de impugnación directa del convenio vid. , ALONSO OLEA, M., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, op.cit. P.39; CASAS BAAMONDE, M. E. “Sobre el cambio de unidad de negociación y sobre legitimación para la impugnación del convenio colectivo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 38, 1989. PP.307-316.

<sup>580</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op.cit. P. 203.

antidiscriminatorias en este sentido, se han perfilado diversas vías que permiten al trabajador defenderse frente los ataques a sus derechos fundamentales que provienen de un convenio colectivo.

En primer lugar nos referiremos al recurso de amparo, precisamente diseñado para la protección y el restablecimiento del derecho fundamental lesionado aunque a priori no es accesible para quienes consideren contrario a su derecho de igualdad o de no discriminación una disposición convencional o en definitiva cualquier acto que provenga de un sujeto particular<sup>581</sup>. Precisamente ha reconocido el propio Tribunal Constitucional que son las exigencias técnico-procesales, y no las de carácter material, las que no permiten hacer eficaces los derechos fundamentales entre particulares en el sistema de garantía creado por el recurso de amparo, limitando su ámbito de actuación a violaciones que parten de los poderes públicos, sin que de ello se haya de suponer que los actos de «particulares» puedan lesionar estos derechos<sup>582</sup>. Por otra parte, este recurso no es susceptible en España frente a normas, como si ocurre en el ordenamiento alemán<sup>583</sup>, por lo que por ésta vía tampoco cabría la impugnación del convenio en su condición de norma jurídica.

La idoneidad del recurso de amparo para controlar el contenido de un convenio colectivo ha sido hartamente discutida en doctrina y jurisprudencia<sup>584</sup>, sin que tal debate haya impedido que finalmente los convenios colectivos se sometan a evaluación de su adecuación al ordenamiento constitucional, siquiera sea de modo indirecto a través de la fictio iuris en virtud de la cual es el acto del juez ordinario que no ha admitido la vulneración del derecho fundamental que produce la norma convencional, el que finalmente será impugnado. En última instancia, lo que conculca la Constitución es un

---

<sup>581</sup> Solo es oponible frente a los actos del poder privado no por prescripción constitucional, sino porque así lo ha previsto el legislador en el art. 41.3 LOTC, circunstancia que produce «una desigualdad que no encuentra fácil explicación», QUADRA SALCEDO, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Civitas, Madrid, 1981. P.13. nota 51. También rechaza la interpretación restrictiva del legislador OLIVER ARAUJO, J., *El recurso de amparo*. Facultad de Derecho Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1986. PP-255-256 y doctrina cit. en las notas 377 a 381.

<sup>582</sup> STC 51/1988, de 22 marzo, RTC 1988\51, FJ 1.No obstante, debemos recordar que en nuestro sistema jurisdiccional de tutela de los derechos fundamentales, la vía procesal principal para su reconocimiento y garantía con independencia de los sujetos intervinientes, es la de la jurisdicción ordinaria según lo prescrito en nuestra propia Constitución -arts. 53.2-. Lo mismo sucede en Italia, sistema de protección de derechos fundamentales carente de un recurso homólogo al amparo español. Un repaso por el sistema de protección de los derechos fundamentales en España y en Italia en ROMBOLI, R. “La reforma del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en España y la introducción de un recurso individual y directo en Italia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11, Enero-Junio de 2009.

<sup>583</sup> Art. 93.1.4 de la Constitución alemana y 90.1 de la ley del Tribunal Federal Constitucional Alemán. En España, algún autor viene ya defendiendo el amparo contra leyes, como medio para consolidar la protección de los derechos fundamentales. BLASCO SOTO, C. “El amparo contra leyes” *Revista de Derecho*, Vol. XII, Valdivia, 2001.P. 160. CRUZ VILLALÓN, P., “El recurso de amparo constitucional”, AA.VV. *Los procesos Constitucionales segundo simposio de derecho Constitucional*. Cuadernos y Debates, nº 41, CES, 1992. PP. 121-123.

<sup>584</sup> En la STC 177/1988, de 10 octubre, RTC 1988\177 advierte que el amparo no es el cauce adecuado para evaluar la licitud de un convenio, FJ 3. Sin embargo, no quiere ello decir que el convenio colectivo quede totalmente al margen del recurso de amparo. Tal y como había determinado en sus SSTC 40/1982 de 30 junio, RTC 1982\40, FJ 2 o 123/1987 de 15 de julio, RTC 1987\123, FJ 1, no es la vía adecuada para sostener la inconstitucionalidad total o parcial de disposiciones normativas de manera que no puede establecerse sobre la mera posibilidad en abstracto de que la violación se produzca. En ésta línea, afirma que los trabajadores individualmente considerados lo único que pueden hacer es reclamar la inaplicación individual de un convenio, no la nulidad del mismo o de alguna de sus cláusulas, MARTÍN VALVERDE, A., “Sobre la diversidad de cauces para impugnar el convenio colectivo y su adecuación a cada supuesto”, *Civitas. REDT*, nº 36, 1988. PP. 633-636. Contrario a la accesibilidad del convenio colectivo al recurso de amparo, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, op.cit.PP.69ss. García Murcia considera que la redacción legal no tiene que ser vista como un obstáculo insalvable para la revisión de los convenios colectivos mediante éste recurso aunque sería necesaria una debida o especial adaptación en este terreno debido a la particularidad del sistema negociación colectiva, características de los sujetos protagonistas de las relaciones colectivas de trabajo y de la herramienta normativa de la que disponen. GARCÍA MURCIA, J., *La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo*, op.cit.PP.151ss.

acto proveniente de un poder público -teoría de la asunción judicial<sup>585</sup>-, cumpliéndose así el requisito de procedibilidad sine qua non para acceder al amparo constitucional<sup>586</sup>.

En cambio, el trabajador está capacitado para acceder a la vía procesal especial ordinaria para la defensa de sus derechos fundamentales que consideren violados por la aplicación del pacto y de forma indirecta sea anulada la cláusula convencional de la que proviene en su origen de la conculcación del mismo. De ese modo, en determinados casos, la impugnación de los actos aplicativos del convenio colectivo por parte del empresario no constituirá un obstáculo para que la reparación de la lesión pueda llevar aparejada la valoración de la nulidad de alguna cláusula convencional<sup>587</sup>.

En cuanto al alcance material del control de lo convenido, se ha reconocido-como vimos anteriormente- la subsistencia de límites internos a los actos de la autonomía colectiva, así como la sujeción de los mismos al control judicial. La evaluación de las cláusulas convencionales se evacúan, del mismo modo que las leyes, a través de la aplicación del juicio de razonabilidad tendente a verificar la existencia de una causa justificativa acorde con los principios fundamentales del ordenamiento y de control de la pertinencia de los medios utilizados con respecto a los intereses que el mismo persigue atendiendo al criterio de la proporcionalidad. Ello se debe, como sabemos, a la categorización del convenio como norma que ha desencadenado la sujeción de su validez a unos presupuestos cuya intensidad va más allá de los límites generales a la autonomía negociada del Derecho privado, y como tal, cauce adecuado no solo para evitar desigualdades y discriminaciones sino también para crearlas de forma injustificada<sup>588</sup>.

Sin embargo, en doctrina, algún autor ha considerado que el control del convenio no ha de versar tanto sobre el contenido del mismo -que puede diferenciar, y normalmente lo hará, por naturaleza-, sino sobre un dato externo a él, como es la corrección del ejercicio por los pactantes de sus facultades de negociación, único elemento al que anudar la razonabilidad de una eventual diferencia de trato. De ahí se desprende la existencia de un control de correcto ejercicio no arbitrario de sus funciones representativas, conservando el paralelismo en relación con otros poderes de normación, donde el

---

<sup>585</sup> En virtud de ésta teoría «las decisiones de los tribunales, si se entiende que no protegen adecuadamente y correctamente los derechos y libertades, pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional por la vía de amparo, puesto que aquí ya tenemos un acto del poder público que ha desconocido un derecho fundamental», QUADRA SALCEDO, T., "El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, cit., nota 51, PP. 96-99. Sobre la misma, GARCÍA TORRES, J., JIMÉNEZ BLANCO, A. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. op.cit. P. 37. También en GARCÍA TORRES, J., "Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales". *Poder Judicial*, nº 19, 1988 P. 28. BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, op.cit. P. 218.

<sup>586</sup> Entre otras, SSTC 51/1988 de 22 de marzo, RTC 1988\51, FJ 1; 171/1990, de 12 de noviembre, RTC 1990\171, FJ 4 o 178/1993 de 31 de mayo, RTC 1993\178, FJ 2. Analiza este aspecto, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Revisión en amparo de la constitucionalidad de los convenios colectivos". *REDT* nº 38, 1990. PP. 317-324.

<sup>587</sup> Sirva de ejemplo la STC 81/1990 de 4 de mayo ,RTC 1990\81, que resuelve un asunto en el que el Tribunal Central de Trabajo había denegado la razón al demandante por falta de legitimación para recurrir una norma general y abstracta como es el convenio colectivo. El TC por su parte considera que si la acción ejercitada por el trabajador interesado hubiera sido de este último carácter o naturaleza (un control abstracto del Convenio), la falta de legitimación hubiera sido consecuencia de una aplicación razonable y justificada de las normas vigentes (criterio sentado en la STC 47/1988 de 21 marzo. RTC 1988\47, FJ 5). Sin embargo, no ha sido una acción de este tipo, sino una acción en defensa de los derechos o intereses propios o particulares de un trabajador presuntamente lesionados por la ilegalidad de un Convenio. En base a las circunstancias fácticas sometidas a su análisis finaliza por « declarar, pues, (la) nulidad de un acto de aplicación del Convenio, que es el ascenso de determinados trabajadores, (por lo que) se ha tenido que declarar también la nulidad de la cláusula convencional que reconocía esa modalidad concreta de ascenso.» (FJ 2).

<sup>588</sup> STC 4/1983, de 28 de enero, RTC 1983\4, FJ 3.



artículo 14 CE se convierte en el cauce para introducir el control judicial como precio a pagar por la extraordinaria eficacia otorgada al Convenio colectivo en nuestro sistema<sup>589</sup>. Esta corriente de pensamiento es contrariada por la doctrina constitucional que sustenta el principio de la insuficiencia de que una diferencia de trato se encuentre establecida en convenio colectivo como elemento de suficiencia en cuanto a su justificación y razonabilidad de acuerdo con las exigencias del art. 14 CE. En otras palabras, el convenio colectivo no está dotado de presunción de legitimidad de todo lo que en él se estipula- como sí sucede en caso de las normas públicas<sup>590</sup>- pese a las características de mayor representatividad de los sujetos que negocian y pactan convenios, por lo que si éste puede ser lesivo del art. 14 CE, la existencia de una previa negociación colectiva entre los representantes de las partes aunque amparadas en un derecho fundamental, no permite concluir que el trato diferente responde «indudablemente a unos motivos que se estimaron de suficiente entidad para servirle de sustento»<sup>591</sup>, sino que en todo caso deberá quedar probada la ausencia de cualquier elemento de diferenciación no válido. En otras palabras, el convenio no podrá enajenar el núcleo esencial del derecho a la igualdad de trato mediante la introducción de distinciones totalmente arbitrarias que no persiguen la búsqueda de un fin legítimo y además resulten inadecuadas e innecesarias y por ello resulten desproporcionadas- conceptos como el de generación de empleo han servido para razonar una medida diferenciadora-, a la vez que se restringe aun más el empleo de razones que justifiquen la apreciación de una medida discriminatoria. En cambio, la interpretación mayoritaria del convenio extraestatutario como convenio de eficacia contractual o real ha conllevado a la exclusión de la aplicación del principio de igualdad en sentido absoluto, más que de la prohibición de discriminación de modo que el control del contenido de éste tipo de pactos se circunscribe al límite de la prohibición de establecer discriminaciones.

En el derecho comparado también ha sido admitida la evaluación de las normas colectivas de trabajo a efectos de verificar el respecto por el orden constitucional preestablecido. Así, el art. 6 del Código civil francés declara la obligación de cualquier convenio inter partes de respetar las normas de orden público y las buenas costumbres. Por ello, los acuerdos colectivos no pueden instituir diferencias de trato entre trabajadores que se encuentren en una situación idéntica salvo que sea justificado por motivos objetivos. En virtud de dicha disposición, el juez puede controlar la realidad de la diferencia y la pertinencia de la misma<sup>592</sup>. No obstante, el propio Tribunal de Casación francés ha explicado que los negociadores sociales, que actúan por delegación

---

<sup>589</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, op.cit. P.217. Para mayor profundidad en el tema, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos”. *Relaciones Laborales*, tomo I, 1988.P.389ss. También recogido en La ley digital.

<sup>590</sup> STC 66/1985 de 23 mayo, RTC 1985\66, FJ 3; Entre los pronunciamientos más recientes, AATC 24/2011, de 3 de marzo, RTC 2011, 24 AUTO, FJ 2; 44/2011, de 12 de abril, JUR 2011, 164409, FJ 2; 239/2012, de 12 de diciembre, RTC 2012, 239 AUTO, FJ 2; y 60/2013, de 26 de febrero, RTC 2013, 60 AUTO, FJ 2.

<sup>591</sup> STC 28/1992, de 9 de marzo, RTC 1992\28. FJ 2.

<sup>592</sup> AUZERO, G., CHONNIER, J.-M., “Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement”. *Droit Social*, nº 1, 2011. P. 52-53. Por ejemplo, sent. Cass.soc. de 28 de octubre de 2009, nº 08-40.457, ha establecido que un acuerdo de empresa no puede prever diferencias de trato entre trabajadores de una misma empresa pero de establecimientos diferentes cuando éstos ejercen un trabajo igual o de valor igual.JCP S 2010,1008, nota de CÉSARO,J.F.

de la ley, deben disponer en la puesta en práctica del principio de igualdad de trato, de un margen de apreciación comparable a aquel que el Tribunal Constitucional ha reconocido al legislador<sup>593</sup>. Los límites a ésta capacidad dispositiva también los marca la jurisprudencia, que ha determinado, entre otras cosas, la exigencia de igualdad de trato incluso entre grupos de trabajadores que se encuentran en distintos niveles de clasificación profesional, cuando la ventaja de unos con respecto a otros no se encuentre debidamente justificada<sup>594</sup>.

En cambio, y como muestra del control del contenido convencional de eficacia limitada imperante en Italia, es interesante traer a colación la jurisprudencia sobre el examen de estos pactos privados que muestra un modo de controlar su contenido radicalmente opuesto al que se expone en nuestro ordenamiento. No puede ser admitida, considera el Tribunal de Casación italiano, una función correctiva frente a un convenio colectivo, sustrayéndose el mismo de cualquier control de razonabilidad en cuanto podría implicar un poder del juez de «romper», sobre la base de las propias convicciones, un equilibrio contractual de carácter global que incluye a todas las cláusulas del convenio colectivo y no puede ser puesto en discusión con referencia a una institución o aspecto singular<sup>595</sup>. La jurisprudencia posterior ha avalado en cierta medida dicha postura pero en cambio da entrada a la valoración de la razonabilidad al fruto de la autonomía contractual si bien aplicando no con la misma eficacia o intensidad que el empleado frente a la ley<sup>596</sup>.

Se abren pues ciertos márgenes de discrecionalidad al juez, dada la elasticidad del juicio de ponderación entre los intereses en juego, circunstancia que ha sido criticada por la doctrina italiana por quienes consideran que la medición entre libertad e igualdad no puede ser exclusivamente confiada a un control judicial de oportunidad y razonabilidad<sup>597</sup>. Tal proceso, sostienen, solo puede pertenecer a la norma jurídica, que puede aprobar los tiempos y modos en los que introducir intervenciones correctivas de las desigualdades sociales<sup>598</sup>. La excepción a ésta regla estaría representada por la existencia de convenios colectivos de gestión a los que la ley directamente se remite

---

<sup>593</sup> Communiqué relatif à l'arrêt n° 120 (13-22.179) de la chambre sociale, de 27 de enero de 2015. El control de razonabilidad de la diferencia supone la regla general para el Derecho francés, en tanto la autonomía colectiva se entiende como un poder concedido más que reconocido por la ley. PÉLISSIER, J., SUPIOT J., JEAMMAUD, A., *Droit du travail*, op.cit. P. 116ss.

<sup>594</sup> Entre otras, Cass. soc. de 1 de julio de 2009 n° 07-42.675; Vid. sobre ésta importante sentencia y sobre las importantes críticas y comentarios en doctrina, FABRE, A., "Égalité de traitement et gestion des rémunérations et de l'emploi", BORENFREUND, G., VACARIE, I., (Dirs.) *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, op.cit.P. P. 118ss. Cass. Soc., 4 de diciembre de 2013, n°12-196. Cass. Soc. de 8 de junio de 2011 n° 10-11.933 et n° 10-14.725. No obstante, la diferencia de categoría profesional constituye en la mayoría de los casos un elemento objetivo y pertinente de diferenciación de tratamiento entre asalariados si dicha diferencia de tratamiento corresponde a la toma en consideración, por el acuerdo colectivo, de las especificidades de las situaciones de los asalariados que dependen de categorías profesionales distintas, particularmente en cuanto a las condiciones de ejercicio de las funciones, la evolución de carrera o las modalidades de remuneración, correspondiendo al juez de instancia dirimir éste último asunto. Sentencia de 1 de julio de 2009, pourvoi no 07-42.675, Bull. 2009, V, no 168; Soc., de 8 de junio de 2011, pourvoi no 10-14.725, Bull. 2011, V, no 155; Soc. y 8 de junio de 2011, pourvois no 10-11.933 et no 10-13.663, Bull. 2011, V, no 143.

<sup>595</sup> Cass. sez. un. n. 4570/1996 de 17 de mayo de 1996. PERA, G., "Sulla parità di trattamento tra i lavoratori". *Riv.it. dir.lav.*, 1989, II.P. 399. Sent. Cass. de 29 de mayo de 1993, n° 6030 y de 17 de mayo de 1996, n° 4570 Considera que el juicio de razonabilidad no puede extenderse al ámbito privatístico y en particular al de la autonomía negocial porque ello excede de la mera verificación de la uniformidad de tratamiento, examinando en cambio si corresponde con la razonabilidad y persecución de una finalidad legítima exigida la parificación o las diferencias de trato entre trabajadores sancionadas por el propio convenio, SANTUCCI, R. *Parità di trattamento, contratto de lavoro e razionalità organizzative*. op. cit. P. 58 y 127. PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiano*. Il Mulino, Bologna, 2000. PP. 178ss. Partidaria de otorgar un terreno de inmunidad a la negociación colectiva, que gozaría de presunción de legitimidad de lo pactado, BARBERA, M., "El desafío de la igualdad", op.cit. P. 251.

<sup>596</sup> Sent. Cass. 9643/2004, de 20 de mayo.

<sup>597</sup> LUNARDON, F. "Ancora sul principio di parità di trattamento nel diritto del lavoro". *Giur. It.* 1999.P. 1148.

<sup>598</sup> MAZZOTA, O. "La resistibile accessa della parità di trattamento nel rapporto di lavoro". *Foro. It. I. P.* 1.794.

para la resolución de circunstancias económicas negativas de la empresa que requieren de la toma de decisiones de tipo traumático para el trabajador. En estos supuestos, el convenio cumple con una función reguladora delegada por la ley y por ello tiene que ser respetado no solo la específica normativa antidiscriminatoria, sino también el principio de racionalidad, objetividad y generalidad y debe ser coherente con el fin de la medida que está siendo tomada, como si de una ley se tratase<sup>599</sup>.

En definitiva, desde un punto más o menos flexible o estricto, se puede concluir que el contenido del convenio debe ser sometido a la verificación de correspondencia con el principio de razonabilidad, como regla de igualdad exigida<sup>600</sup>. Éste sistema de control admite la contestación en la vía judicial ante acusaciones de vulneración de la igualdad de las que se podrá despojar el acusado mediante una carga probatoria suficiente y en cierta medida, bastante flexible o liviana-«soft scrutiny»- tendente a superar el juicio de proporcionalidad. En cambio, cuando una norma introduce una diferenciación en base a motivos subjetivos vetados, el juicio estricto de razonabilidad-«strict scrutiny»- determina la subsistencia de una presunción negativa ante la existencia de una «clasificación sospechosa»-en contraposición con la teoría de la clasificación razonable que genera el juicio de igualdad-, superable a través de la indicación de los elementos que relacionan el factor objetivo con el subjetivo, exigiendo mayor carga de argumentación sobre su razonabilidad<sup>601</sup>, cuyo objetivo sea la persecución de un fin o interés constitucional extraordinario- «compelling state interest»-<sup>602</sup>.

Desde el punto de vista de los efectos, cuando se ejecuta el test de razonabilidad sobre una norma y ésta se estima injusta por contravenir la igualdad, o bien por incorporar medidas discriminatorias, la disposición deberá ser desaplicada por el juez, que tendrá la capacidad de declarar la nulidad del convenio colectivo también si la queja proviene de un particular y no por la vía de impugnación directa del convenio. Por otro lado, ha sido admitido desde la jurisprudencia europea y nacional que el juez podrá extender, bajo ciertos requisitos, el régimen o la condición de la que se había privado inicialmente al colectivo de ciudadanos, lo que no siempre es difícil de practicar.

Un problema que afecta a la materialización de la justicia que no pocas opiniones ha suscitado es la aplicación eficaz de las sentencias que confirmen la capacidad del

---

<sup>599</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 30 de junio de 1994, n° 268 sobre los convenios de gestión de la movilidad de los trabajadores. Le ha conferido el carácter de rectificación de la posición preeminente de la misma Corte contenido en la sentencia 103/1989 de 9 de marzo, en la que se afirmaba un principio general de igualdad frente a la negociación colectiva, reduciendo ahora tal vínculo a los convenios objeto de delegación normativa por parte de una norma legal, PERSIANI, "Diritto del lavoro e razionalità", op.cit. P. 15.

<sup>600</sup> Considera, no obstante, que la regla de paridad opera en éste punto de un modo anómalo con respecto a los caracteres del sistema de referencia, TREMOLADA, M., *Autonomia privata e parità di trattamento fra lavoratori*, op.cit. P. 5. El conocido como «test de razonabilidad» que trae sus raíces de la jurisprudencia del TEDH es aplicado por todos los tribunales constitucionales de los Estados democráticos. Sobre una síntesis de la aplicación del test de razonabilidad en distintos países vid. ALONSO GARCÍA, E., "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", op.cit. P. 37ss. Vid. SSTEDH de 13 junio 1979. TEDH 1979\2, caso *Marckx versus Bélgica* y de 23 julio 1968 TEDH 1968, 3, caso relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica contra Bélgica.

<sup>601</sup> CERRI, A. "L'egualianza nella giurisprudenza...", op.cit. P. 55. Se atribuye la rigurosa aplicación del «strict scrutiny» al juez del Tribunal Supremo Estadounidense Earl Warren que asumió la presidencia de 1953 a 1968, especialmente en asuntos relacionados con la raza. SUAY RINCÓN, J. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, op.cit. P. 111. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., *¿Puede el legislador tratar igual a lo distinto? Igualdad y no discriminación en la indiferenciación*. Justicia laboral, Lex Nova, n°36, 2008. P. 94. Vid. Nota 28.

<sup>602</sup> Principio que proviene de la doctrina Americana. Vid. SIEGEL, S.A., "The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny". *The American Journal of Legal History*, Vol. 48, N°. 4, 2006. PP.355-407.

convenio para transgredir el derecho fundamental. Por un lado el carácter dilatado en el tiempo de los procesos judiciales contrasta con la eficacia temporal de los mismos, lo que dificulta la ejecución del fallo en el momento conveniente. Por otra parte, se cuestiona la viabilidad de las sentencias dictadas en un supuesto de hecho individual que a la postre irradian efectos sobre el resto de trabajadores que se encuentran bajo el ámbito de aplicación del convenio a quienes puede ser soslayado su derecho a la seguridad jurídica<sup>603</sup>.

El principal remedio para restablecer el derecho es pues el de la nulidad del tratamiento desigual o discriminatorio y por tanto ineficacia absoluta del acto prohibido. Se produce entonces la eliminación ex tunc de los efectos negociales y/o materiales del acto discriminatorio, obligando a la restauración, en los límites de la irrepetibilidad de las prestaciones ya realizadas, de la situación anterior y cumulativamente al resarcimiento del daño sufrido<sup>604</sup>.

En cambio, la sanción de nulidad se revela inadecuada en algunos casos en que la disparidad de tratamiento ha sido generada por la exclusión de la aplicación de una cláusula que porta un determinado beneficio. Por ejemplo, cuando el acto tiene como objeto la concesión de un beneficio del que se excluye a ciertos trabajadores, no sería reparable la lesión del derecho fundamental a menos que fuese consentida la extensión de sus efectos a quien se le ha negado ilegítimamente<sup>605</sup>. En sentido formal, esta situación desencadenaría la anulación del acto y no solo no determinaría algún tipo de extensión del tratamiento más ventajoso, sino que haría asimismo caer el derecho del trabajador beneficiado<sup>606</sup>. En efecto, la nulidad total y por tanto la revocación absoluta del beneficio contrasta con la necesidad de respetar la dignidad humana y de mejorar las condiciones de trabajo, que se verían perjudicadas en el caso de la revocación de beneficios por quienes ya lo venían disfrutando si no se encuentran debidamente tutelados<sup>607</sup>. Por ello, la exigencia de elaborar técnicas capaces de garantizar la efectividad del derecho antidiscriminatorio ha inducido a la jurisprudencia en algunos casos a utilizar el esquema de la nulidad parcial que garantiza el principio de conservación del negocio jurídico<sup>608</sup>, aunque la generalización de la prestación, sin embargo, no será siempre la solución al problema planteado, sobre todo si el beneficio fuere injustificado y no razonable en cuyo caso no cabría otro remedio que su nulidad total<sup>609</sup>. De esta forma se flexibiliza en nuestro ordenamiento la prescripción contenida

---

<sup>603</sup> Sobre éste asunto vid. GARCÍA MURCIA, J., La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo, op.cit. PP.220ss.

<sup>604</sup> GHERA, E. "Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative". *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991.P. 650.

<sup>605</sup> ZOLI, C., *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore: dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*. Giuffrè, Milán, 1988.P. 353

<sup>606</sup> BORELLI, S. *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, op.cit. P. 54.

<sup>607</sup> BORELLI, S. *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, op.cit. P.145. SQUIRE, C., "Les exigences du droit de l'Union européenne en matière de sanctions des inégalités et discriminations", AKANDJI-KOMBÉ, J.-F. (Dir.) *Égalité et droit social*. IRJS Ed. Paris, 2014. PP. 409ss.

<sup>608</sup> Vid. al respecto, PÉREZ PÉREZ, M., "La nulidad parcial del convenio colectivo". *REDT*, Civitas, nº 9. 1982.PP.613ss

<sup>609</sup> STC 81/1982 de 21 de diciembre, RTC 1982\81 en la que se establece como solución ante una diferencia de trato discriminatoria por razón de sexo, en el que los sujetos discriminados son los varones, extender a los mismos los beneficios que se les habían negado. FJ 3. También en la STC 3/1993 de 14 enero, FJ 5. RTC 1993\3 y STC 315/1994 de 28 noviembre. RTC 1994\315, FJ 4. PÉREZ DEL RÍO, T., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op.cit.P.217.

en el art. 17.1 ET y el tratamiento de mejor favor es nulo en la parte en la cual excluye a algunos sujetos del goce de un beneficio.

Ésta solución que ha sido apreciable en la jurisprudencia del TC, se sigue adoptando por la jurisprudencia europea mediante la cual, si se constata una discriminación contraria al Derecho comunitario y en tanto no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, únicamente se garantizará el principio de igualdad concediendo a las personas incluidas en la categoría perjudicada las mismas ventajas de que disfrutaban las personas comprendidas en la categoría beneficiada<sup>610</sup>, «equiparación por arriba», que se efectuará en definitiva, cuando resulte razonable su extensión por la propia naturaleza de la medida reclamada.

En lo que aquí interesa, cuando se trata de evaluar la constitucionalidad el régimen regulador de un convenio a quienes se excluía previamente del mismo, en alguna ocasión el Tribunal Constitucional se ha mostrado favorable a extender los efectos de la cláusula ante la evidencia de una incorrecta aplicación del convenio por discriminatoria<sup>611</sup>, mientras que en algunas otras no ha avalado la extensión de la aplicación de determinada cláusula de cuyo ámbito de aplicación se excluía a cierto tipo de trabajadores por razón de sexo, cláusula que debe ser nula y por tanto, su extensión implicaría la creación de una nueva norma, facultad que no le compete<sup>612</sup>.

En el Derecho comparado encontramos asimismo ejemplos de la misma solución resolutoria. Por ejemplo, en Francia se ha admitido el resultado de la extensión de los efectos beneficiosos a los que se había privado al trabajador. En caso de denuncia unilateral de un convenio colectivo por contravenir la igualdad de los trabajadores mediante la aplicación del mismo, el beneficio adquirido por el o los trabajadores demandantes también deberá ser extendido a quienes en principio habían sido excluidos del beneficio de tal ventaja, así como a quienes fuesen contratados con carácter posterior a la denuncia<sup>613</sup>. En distintos términos, el Tribunal de Casación italiano afirmaba que la única vía para producir la extensión de los tratamientos preferentes previstos en un convenio colectivo a otros trabajadores es la de la subsistencia de un uso empresarial, es decir, en razón de la difusión general entre los trabajadores y de la constante reiteración en el tiempo de la aplicación del mismo trato también a éstos trabajadores. De éste modo, la vía escogida por la jurisprudencia es aquella de la subsistencia de una obligación interna del contrato y no de la aplicación del principio de

---

<sup>610</sup> En parecidos términos SSTJCE de 4 de diciembre de 1986, *Holanda-FNV*, asunto C-71/85, apartado 22; de 27 de junio de 1990, *Kowalska*, asunto C-33/89, apartado 20; de 7 de febrero de 1991, C-184/89, asunto *Nimz*, apartado 21; de 15 de enero de 1998, *Schöning-Kougebetopoulou*, asunto C-15/96, apartado 35; de 12 de diciembre de 2002, *Rodríguez Caballero*, asunto C-442/00, apartado 42; de 7 de septiembre de 2006, *Cordero Alonso*, asunto C-81/05, apartado 45.

<sup>611</sup> SSTC 145/1991 de 1 de julio, RTC 1991\145. En ella declara discriminatoria la aplicación de un salario inferior para la categoría profesional «limpiadoras» que para la de «peones» establecida en el convenio colectivo, al ser considerados trabajos de igual valor y considera acorde a Derecho inaplicar la diferencia de trato retributiva sufrida por las trabajadoras asignando la misma retribución superior asignada a los varones.

<sup>612</sup> STC 28/1992 de 9 marzo; RTC 1992\28, que considera discriminatoria la asignación de un plus de transporte establecido en convenio solo a trabajadoras por tratarse de una medida paternalista de protección de la mujer. (FJ 4).

<sup>613</sup> Cass.Soc. 23 de mayo de 1991, nº 99-41300, Bull. civ. V, 1995, 4 de febrero de 2009. En doctrina, vid. DESSEN, H., "La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail", *Dr. Soc.* nº 442, 1995. MORAND, M., "Norme collective et principe d'égalité de traitement". *La Semaine Juridique Sociale*, nº 18, 2010.

igualdad de trato<sup>614</sup>. Solución alabada por el sector doctrinal que considera la extensión de la cláusula contraria al derecho fundamental del trabajador una técnica artificiosa y arbitraria, lesiva de la autonomía negocial por imposición al empleador de un acto que no ha sido voluntariamente dispuesto<sup>615</sup>. Por el contrario, a nuestro entender, ésta solución es la más correcta para cumplir con las exigencias de orden social, mecanismo a través del cual se logra la igualdad<sup>616</sup>.

---

<sup>614</sup> Cass. sez. un. n° 4570/1996 de 17 de mayo de 1996. En ella, el Tribunal sostiene que como consecuencia de la inexistencia en el ordenamiento italiano de la paridad de trato, la atribución injustificada de un beneficio no puede constituir título suficiente para atribuir a un trabajador que se encuentre en la misma posición el mismo beneficio ni puede ocasionar el surgimiento de un daño resarcible. Jurisprudencia reafirmada en posteriores sentencias, entre otras, Cass. 7752/2003; 16179/2004; 8310/2006.

<sup>615</sup> BALLESTRERO, M.V. "I giudici della parità Osservazioni sull'applicazione giudiziaria della legge n. 903/1977". *Politica del Diritto*, 1982.P. 471.

<sup>616</sup> En esa misma línea, BARBERA, M. *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, op.cit.P. 326. La igualación de la retribución en estos casos descende de plano del art. 37 CI, el cual no contempla otra solución que la igualación sobre el alto de las situaciones subjetivas de los dos sexos.

## CAPÍTULO II: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### 1. TUTELA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA EN MATERIA DE GÉNERO

La miscelánea de situaciones desventajosas en las que se sitúa generalmente a la mujer en cualquier escenario de interrelaciones económico-sociales nunca ha resultado ser casual. Por el contrario, se debe ciertamente a un cúmulo de factores históricos relacionados con el reparto social de roles, la función de complemento y apoyo a un buen padre de familia al que se encomienda el sustento económico y material de su esposa e hijos, así como el devenir de una economía de mercado fuertemente capitalista y competitiva que se asienta sobre la hegemonía de los valores y rasgos varoniles.

La sociedad ha sido la encargada de convertir las características innatas de los sexos en uno de los factores legitimadores más claros, formal e informalmente, de una distribución diferenciada de derechos y obligaciones tendiendo a relegar a la mujer a un ámbito marginal<sup>617</sup>. El desequilibrio, la desigualdad patente entre los sexos, se muestran con crudeza en el ámbito laboral del que las mujeres fueron históricamente exiliadas, apartadas o excluidas y del que con sacrificio y esfuerzo constante se pretende su inclusión plena, tratando con ello de alcanzar el advenimiento de una sociedad equilibrada en la que desaparezcan los estigmas y los roles atribuidos al nacer y en el que la mujer deje de ser el sexo débil<sup>618</sup>.

#### 1.1. Factor de discriminación prototípico en el modelo antidiscriminatorio europeo

Es bien sabido, y gran parte de la doctrina se ha dedicado a ello, que después de las tradiciones nacionales comunes y especialmente del tratamiento precursor de la cuestión en los Estados Unidos, la Unión Europea se fija como primer objetivo en materia social antidiscriminatoria la eliminación de barreras, medidas, estructuras sociales y políticas así como cualquier tipo de condicionante que atenten contra la igualdad entre hombres y mujeres<sup>619</sup>. En este contexto la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene un origen anti dumping<sup>620</sup>.

---

<sup>617</sup> MOLLER OKIN, S., *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, Nueva York, 1989, P. 5.

<sup>618</sup> Y con ello, la definición recogida en la RAE sobre «sexo débil»: Conjunto de las mujeres, en contraposición a «sexo fuerte» que define el conjunto de los hombres. La RAE ha anunciado que en la actualización prevista en 2017 añadirá a éste concepto una marca de uso en la que se indicará que esa expresión se utiliza «con intención despectiva o discriminatoria», pero se niega a su eliminación puesto que «su uso está documentado». Fuente: Europa Press, 03/03/2017.

<sup>619</sup> Entre otros, FAVILLI, C. *La non discriminazione nell'Unione Europea*. Il Mulino, Bologna, 2009. ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de distinciones por razón de sexo: derecho comunitario, nacional y autonómico*. Thomson-Aranzadim Barcelona, 2008. BARBERA, M. *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, op.cit.. HOSKYNS, C. *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union*. Verso, London, 1996. LANDAU, E., *The rights of working women in the European Community*. Commission of the European Communities, Luxemburgo, 1985. VON PRONDZYNSKI, F.,

Baste con señalar apenas someramente el sustento normativo de tal encomienda cuyo origen se sitúa en el establecimiento de la exigencia de igualdad retributiva con independencia del sexo de la persona trabajadora inserta en el art. 119 del Tratado de Roma y su desarrollo íntegro mediante la Directiva 75/117 CEE<sup>621</sup>. Desde entonces, han sido añadidos preceptos a los Tratados constitutivos que amplían el radio de actuación del principio de igualdad entre géneros<sup>622</sup>. Asimismo han sido publicadas una batería de Directivas que afectan a parcelas jurídico-sociales de diversa índole que culminan, en lo referido al ámbito laboral, con la Directiva 2006/54<sup>623</sup>. Su consagración final como verdadero fundamental se consolida primero en la Carta Social Europea de 1961 que de nuevo reconoce el derecho a la paridad retributiva entre hombres y mujeres (art. 4.3), a la protección de la trabajadora embarazada (art. 8) y a la formación profesional (art. 10); reconocimiento de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el art. 16 de la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989; y finalmente reconociendo el mismo derecho en el art. 23, al margen de la prohibición de discriminación por razón de sexo contemplada en el art. 21 de la CDFUE.

Ello se complementa con instrumentos de soft law, recomendaciones, declaraciones o acciones en materia de igualdad de la Unión Europea, ampliamente analizadas en doctrina y es a ella a la que nos remitimos para el análisis en profundidad de los mismos con excepción de aquellas a las que se aludirá en las siguientes páginas.

Si bien el ámbito protector y contenidos materiales a los que afecta el Derecho comunitario no alcanza a todo el acervo de regulación de los Estados miembros en el ámbito del Derecho laboral, el principio de igualdad entre mujeres y hombres se extiende y todo lo impregna. Ello se produce en base a una doble causa: la primera de ellas es el acoplamiento entre la normativa interna y la comunitaria por mérito de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo; en segundo lugar mediante la asimilación en la lógica jurídica interna en cada Estado de la transversalidad de género.

Una tercera causa podemos seleccionar como causante de la ampliación del radio de actuación de la igualdad entre géneros que se extiende a la propia auto-organización social, privada. Se trata de aquellos núcleos de poder o decisión de ámbito privado que

---

VERWILGHEN, M., (Coords.), *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté européenne*. Office des publications officielles des Communautés européennes. Bélgica, 1994. PÉREZ DE RÍO, T. "El derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario", en *La Constitución Española en el Ordenamiento Jurídico Comunitario (I): XVI jornadas de estudio*. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995. CRUZ VILLALÓN, J., "Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario", CRUZ VILLALÓN, J., (Coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario. Laboral*. Aranzadi, Pamplona, 1997. PP.33ss. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "El principio de igualdad en el Derecho Social Europeo", AA.VV., *I Jornadas sobre la Comunidad Europea*. Universidad de Sevilla 1994.

<sup>620</sup> BORELLI, S. *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, op.cit. P. 95.

<sup>621</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el art. 119 del Tratado de Roma". *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1986.

<sup>622</sup> Actualmente el art. 2 TUE, que consagra como valor fundamental de la Unión la igualdad entre mujeres y hombres; como elemento a combatir por la Unión, art. 3.3 TUE; y por el que luchar, art. 10 TFUE; mediante acciones adecuadas, art. 19 TFUE; como son las medidas de favorecimiento o acciones positivas, art. 157.4 TFUE.

<sup>623</sup> Con independencia de una norma global en materia de género para el empleo y la ocupación, siguen vigentes otros textos sectoriales como la Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia o sobre permiso parental recogido en la Directiva 2010/18/UE DEL CONSEJO, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES.



interfieren en el estancamiento o la promoción de la igualdad en la medida en que dispongan de herramientas que incidan en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas. En nuestro caso, la implicación de los interlocutores sociales tanto europeos como nacionales, supone un elemento clave para la consecución de objetivos de igualdad entre sexos aunque se muestra de signo ambivalente por cuanto a que a través de sus acciones pueden contribuir a la equiparación social por medio de la igualación en el ámbito del empleo en extremos a los que la ley no alcanza a riesgo de cristalizar, en ocasiones, discriminaciones que debieron estar ya superadas<sup>624</sup>.

## 1.2. Principales hitos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de discriminación por razón de sexo

Tanto o más que la propia legislación comunitaria en materia de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres dirigida a los Estados miembros, la jurisprudencia evolutiva del Tribunal de Justicia de la UE funciona como pieza clave de todo este engranaje que gira en torno a la justa equiparación de la población asalariada a prescindir del sexo<sup>625</sup>, con incidencia no solo en la práctica legislativa sino también convencional desde el momento en que se reconoce el efecto directo del derecho fundamental de igualdad de retribución para hombres y mujeres frente a los convenios colectivos reguladores del trabajo por cuenta ajena<sup>626</sup>.

Desde su origen ligado a la igualdad salarial, pronto el concepto de discriminación se extendió hacia aquellas situaciones desventajosas sobre el sexo femenino en aplicación de normas, criterio o prácticas neutras u objetivos, cuando afectaba en una proporción mayor que a los varones. Ha sido decisiva la interpretación del art. 119 TCEE y de la Directiva que servía de desarrollo al mismo 75/117/CEE, consagrado la igualdad retributiva no solo por el mismo trabajo, sino también por aquel al que se le atribuya el mismo valor, principal germen de la discriminación indirecta que ha de ser perseguida cualquiera que sea el mecanismo que la determine ajenas a toda discriminación por razón de sexo<sup>627</sup>. La normativa nacional y también la negociación colectiva debían también hacerse eco rápidamente de la extensión de la noción de discriminación en lo referido preferentemente a medidas con impacto negativo indirecto sobre el sexo femenino, como los sistemas de clasificación profesional en los que encajaba el sexo

<sup>624</sup> La doble función de los convenios colectivos en estos términos es una realidad a la que alude VALDÉS DAL RE, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*. Reus, Madrid, 2010. PP.53ss.

<sup>625</sup> Vid. sobre la influencia de la jurisprudencia comunitaria al efecto en TRIA, L., *Il divieto di discriminazione tra Corte di Strasburgo e Corti interne*, CNEL, Roma, 2014. Sobre su evolutividad, SANZ CABALLERO, S., “Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”, en RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., AZNAR GÓMEZ, J.A. (Coord.), *Discriminación versus diferenciación. Especial referencia a la problemática de la mujer*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. P. 164.

<sup>626</sup> STJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, asunto C-43/75, apartados 39 y 40; de 27 junio 1990, *Kowalska*, asunto C-33/89, apartado 10; de 15 de diciembre de 1994, *Stadt Lengerich* contra *Angelika Helmig*, asunto C-399/92, apartado 12; de 30 de marzo de 2000, *Jämställdhetsombudsmannen* contra *Örebro läns landsting*, asunto C-236/98, apartado 4; de 26 de junio de 2001, *Susana Brunnhofer*, asunto C-381/99, apartado 32. La trascendencia en la esfera antidiscriminatoria por razón de sexo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es reconocida incluso en la Exposición de Motivos de la Directiva 2006/54 CE.

<sup>627</sup> SSTJCE de 17 de mayo de 1990 *Barber*, asunto C-262/88, apartado 32; de 27 de marzo de 1980 *Macarthys*, asunto C-129/79, apartado 12; de 26 de junio de 2001, *Susana Brunnhofer*, asunto C-381/99, apartado 30; de 28 de febrero de 2013, *Kenny y otros*, C-427/11, apartados 23 y 24; de 3 octubre 2006, *Cadman*, asunto C-17/05 apartado 28.

femenino generalmente en los niveles peor remunerados o en las exclusiones o diferencias de trato entre modalidades de contratación utilizadas comúnmente para ocupar a mano de obra femenina<sup>628</sup>. Para sortear los problemas de discriminación que procedían sobre todo de las de tipo indirecto, no solo irá confeccionando un concepto amplio de retribución<sup>629</sup>, sino también tratará de proteger al colectivo de género discriminado desde el punto de vista procesal el mecanismo de la distribución de la carga de la prueba, tal y como fuese de manifiesto en el anterior capítulo<sup>630</sup>.

Tendente a descubrir nuevos horizontes en una tutela antidiscriminatoria efervescente, una jurisprudencia más restrictiva en la que configurará un concepto de acción positiva acorde con la idea de igualdad entre hombres y mujeres, destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social pero que no se limite a promocionar al sexo menos representado de forma automática excluyendo a candidatos a resultas del género mediante cuotas rígidas<sup>631</sup>, dará paso al abordaje de la acción positiva como principal resorte en ésta ardua tarea social<sup>632</sup>, limitado por el principio de proporcionalidad que exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido<sup>633</sup>.

La situación de la trabajadora embarazada también ha sido especialmente tutelada por las instituciones europeas, protegiéndolas a través de la normativa interpretada por el TJ a la luz del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Entre otros asuntos, merece la pena destacar ahora que en aplicación del Derecho europeo, ha reconocido que nada impide a los interlocutores sociales mejorar las previsiones mínimas que en ella se contemplan como el mantenimiento de todos los elementos de la remuneración a los que tenía derecho la trabajadora embarazada con anterioridad a su embarazo y a su permiso de maternidad sin que ello contravenga la prohibición de discriminación por cuestión de sexo<sup>634</sup>, cuya doctrina será recogida con carácter general por los convenios colectivos.

---

<sup>628</sup> Sentencia *Bilka* de 13 de mayo de 1986, asunto C-170/84, en la que el Tribunal consideró que una medida que excluyese a los trabajadores a tiempo parcial de un régimen de pensiones profesional constituía una «discriminación indirecta» y era, por tanto, contraria al antiguo artículo 119 si afectaba a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres.

<sup>629</sup> SSTJCE de febrero de 1982, *Garland*, asunto C-12/81, apartado 9: bonificaciones de transporte para los trabajadores y sus familiares; de 13 de julio de 1989, *Rinner-Kühn*, asunto C-171/88, apartado 7: bonificaciones de transporte para los trabajadores y sus familiares; de 17 de mayo de 1990 *Barber*, asunto C-262/88, apartado 13: indemnización por despido; de 9 de febrero de 1999, *Seymour-Smith y Pérez*, asunto C-167/97, apartado 28; e 16 de septiembre de 1999, *Abdoulaye y otros*, asunto C-218/98, apartado 14: las prestaciones por maternidad; de 30 de marzo de 2000, *Jäm0*, asunto C-236/98, apartado 40: complemento por horarios incómodos; de 9 de diciembre de 2004, *Hlozek*, asunto C-19/02, apartado 38: asignación de transición prevista en convenio de empresa. Etc.

<sup>630</sup> Vid. supra Cap. I, § 1.1.2.

<sup>631</sup> Vid. supra. Cap. I, § 4.2.2.

<sup>632</sup> Adoptado en primer lugar en el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE e incorporado mediante el art. 6.3 del Protocolo 14 sobre política social comunitaria del Tratado de Maastricht de 1992 solo referido a la retribución y extendido a cualquier materia por el art. 141 del Tratado de Ámsterdam –en la actualidad, art. 157.4 TFUE y 23 CDFUE–.

<sup>633</sup> SSTJCE de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, asunto C-476/99, apartado 39; de 30 de septiembre de 2004, *Briheche*, asunto C-319/03, apartado 24.

<sup>634</sup> STJUE de 13 de febrero de 2014 *YTN*, asunto C-513/11, apartado 37.

### 1.3. Recepción legal de la disciplina antidiscriminatoria por razón de sexo en perspectiva comparada.

La penetración de la tutela frente a la discriminación por razón de género que se impulsa mediante una jurisprudencia contundente del Tribunal de justicia de la Unión Europea, irá calando en el espacio interno de cada Estado, como no podía ser de otro modo, constituyendo una de las señas de identidad de la política social de la Unión, a pesar de que en los países de la vieja Europa ya se había producido una consolidación del derecho fundamental a la igualdad entre mujeres en los textos constituyentes post bélicos.

Por poner algún ejemplo ilustrativo, en Francia la referencia a la igualdad entre hombres y mujeres es previa a cualquier elemento comunitario de regulación. Así, el Preámbulo, hoy día vigente, de la Constitución de la IV República Francesa de 1946 reconocía ya los mismos derechos a las mujeres que a los hombres, incorporado posteriormente en el preámbulo de la Constitución de la V República. En ambos casos tradicionalmente se consideró que esta declaración de igualdad era formal, quedando vedado en todo caso el recurso a técnicas de discriminación positiva<sup>635</sup>, hasta que una ley de 1999, fecha en la que el recorrido antidiscriminatorio por razón de sexo en el espacio comunitario de legislación y jurisprudencia ha adquirido ya un importante peso, incorpora el principio de igualdad material en los arts. 3 y 4 de la norma constitucional, principio al cuyo cumplimiento se involucra en pie de igualdad a los partidos políticos<sup>636</sup>. Por lo tanto, aunque hasta fechas muy recientes no ha sido aprobada en Francia una ley transversal sobre paridad entre hombres y mujeres, la normativa Francesa es muy abundante antes de la propia creación de la Comunidad, ha ido adaptando a través de diversos instrumentos jurídicos el derecho antidiscriminatorio a la normativa interna desde los años 70 destacando la primera ley de armonización del derecho francés y el comunitario en la materia de 13 de julio de 1983, conocida como «Ley Roudy»<sup>637</sup>. Resulta especialmente relevante que desde entonces la participación de los interlocutores sociales en la tutela de la paridad entre géneros es obligada mediante el establecimiento a través del Código de Trabajo de deberes de negociación en los distintos niveles y con una periodicidad determinada en función del contenido material a tratar.

En Italia, por otro lado, se utiliza comúnmente la referencia al género como categoría gramatical lingüística que distingue el masculino del femenino en vez que como un conjunto de caracteres anatómicos y fisiológicos a los que alude el sexo<sup>638</sup>. Las técnicas

<sup>635</sup> BOUGRAB, J., “L'égalité entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des cours suprêmes européennes et nationales”, *Actualité Juridique. Droit Administratif*, nº 31, 2003. P. 1644.

<sup>636</sup> Ley constitucional 99-569, de 8 de julio de 1999, relativa a la igualdad entre mujeres y hombres.

<sup>637</sup> Ley nº 2014-873 de 4 de agosto de 2014 *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*. Dedicada su Título I a la igualdad profesional entre mujeres y hombres, en el que se modifican numerosas referencias de otros textos de aplicación en la materia. Actualizada en algunos puntos por la Ley nº 2015-994 de 17 de agosto de 2015 relativa al diálogo social y al empleo. Vid. BATTAGLIOLA, F., *Histoire du travail des femmes*. 3ª Ed. La Découverte, Paris, 2000, 2008. GÉNISSON, C., *Femmes-hommes, quelle égalité professionnelle?: la mixité professionnelle pour plus d'égalité entre femmes et hommes: rapport au Premier ministre*. La Documentation française, Paris, 1999. SCHWEITZER, S., *Femmes de pouvoir: une histoire de l'égalité professionnelle en Europe, XIX-XXIe siècle*. Payot, Paris, 2010.

<sup>638</sup> GOTTARDI, D. “Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni”. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2003.P.447, nota,1.

de protección y tutela discriminación por razón de sexo en Italia, también ha servido como en el sistema comunitario de Derecho derivado, de prototipo en el desarrollo de un modelo antidiscriminatorio extensible a otras categorías sociales<sup>639</sup>. Aunque la influencia del Derecho comunitario en éste terreno es notable, la república italiana también se anticipó a las normas comunitarias de Derecho derivado y a mitad de los años 70 ya se coloca la discriminación de género en el centro del diseño normativo y del debate social<sup>640</sup>, y si bien su instrumentalización se ha desarrollado en una proporción enormemente mayor cuando se ha tratado del sexo femenino, la desventaja objeto de la discriminación puede incidir indiferentemente a mujeres y hombres, dada la bidireccionalidad de la prohibición de discriminación en estos términos desde la ley 125/1991 de 10 de abril, sobre acciones positivas para la igualdad entre géneros<sup>641</sup>. En la actualidad, principalmente son dos los textos legales que desarrollan la igualdad de derechos y de oportunidades por razón de sexo, así como la prohibición de cualquier tipo de discriminación al respecto. Se trata del «Código de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres» como fruto de la exigencia de reordenación de los textos normativos contemporáneamente en Europa e Italia<sup>642</sup>, así como el texto único en materia de la tutela y el sostenimiento de la maternidad y la paternidad -Decreto legislativo de 26 de marzo de 2001, nº 151-. Ambos textos incorporan las medidas adoptadas en el ámbito europeo, así como introducen el llamamiento a la negociación colectiva para la implementación de determinados factores del régimen legal.

Finalmente en España, la protección frente a la discriminación por razón de género no se origina por la adhesión a la Comunidad Europea, antes al contrario, es una de las materias centrales de la más temprana jurisprudencia constitucional<sup>643</sup>. A partir de ella y poco a poco incorporando las medidas de obligado cumplimiento provenientes de Europa tras la adhesión, ha ido evolucionando la normativa en torno a las cuestiones ligadas al género en aspectos tan relevantes como la maternidad, la conciliación de la vida profesional con la familiar o en Seguridad Social. Con ello, el ordenamiento interno comienza a ser plagado de referencias a la igualdad y no discriminación especialmente evidente en el Estatuto de los trabajadores en ámbitos tales como la formación, la retribución o el fomento en la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres<sup>644</sup>. Destaca del conjunto normativo en ésta materia la ley española para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres de 2007 en la que re

---

<sup>639</sup> LASSANDARI, A. *Le discriminazioni nel lavoro...*, op.cit. P. 38.

<sup>640</sup> Ejemplo de ello, la ley 903/1977 de 9 de diciembre, donde se describen ya las nociones de discriminación directa e indirecta. LASSANDARI, A., *Le discriminazioni nel lavoro...*, op.cit. P. 24.

<sup>641</sup> IZZI, D., *Egualianza e differenze...*, op.cit. P. 34. No obstante, la ley se ocupa de las acciones positivas para alcanzar la paridad entre hombres y mujeres, especialmente dirigidas a fomentar el empleo femenino.

<sup>642</sup> Decreto legislativo de 11 de abril de 2006, nº 198 «*Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*», GUARRIELLO, F. "Il ruolo delle istituzioni e della società civile nel nuovo diritto antidiscriminatorio", en BARBERA, M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, op.cit.P.467.

<sup>643</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Discriminación de género y "otras" discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres", CRUZ VILLALÓN, J., GARRIDO PÉREZ, E., FERRADANS CARAMÉS, C., (Coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo*, op.cit. P. 25.

<sup>644</sup> Art. 4.1 c) sobre derecho a no ser discriminado; art. 11.3 sobre participación de la negociación colectiva en la búsqueda de una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos ;art. 17 sobre discriminación en las relaciones laborales; art. 22.2 sobre sistema de clasificación profesional; art. 23 sobre promoción y formación profesional; art. 24 sobre ascensos; art. 28 sobre igualdad de remuneración por razón de sexo; art. 37 sobre permisos; 45 a 48 sobre suspensión de contratos; art. 54 sobre nulidad del despido; art. 64 sobre derechos de información y consulta y competencias de los representantes de trabajadores; art. 85 sobre contenido de convenios colectivos estatutarios; art. 90.6 sobre respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo.

reproduce fielmente la descripción del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo alejándose de una construcción jurisprudencial de la igualdad y la no discriminación como términos independientes. Por ésta razón no ha estado exenta de críticas por quienes consideran que se produce la implementación de una visión limitada y negativa<sup>645</sup>, que de no ser así en vista de que también se acoge la promoción de acciones positivas como método para revertir las discriminaciones en éste terreno, cuanto menos resulta poco expresiva de la tradición interna de los derechos aludidos.

#### 1.4. La prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 14 CE en la jurisprudencia constitucional

Se ha destacado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el artículo 14 CE se puede dividir en dos etapas, una primera en la cual identifica cualquier discriminación con la genérica protección de la igualdad y una segunda en la que se presupone una distinción tajante entre los dos mandatos expresados en el precepto indicado.

La neutralidad del planteamiento interpretativo de las diferencias de trato correspondiente al primer periodo provocó la aparición de pronunciamientos que admitían la existencia de discriminación del varón ante la existencia de mejores condiciones retributivas de las mujeres con las que se comparaban. Ésta corriente jurisprudencial denominada del «varón discriminado»<sup>646</sup>, se calificó por algún sector doctrinal como «insólita», aunque no es desconocida una fase similar en otros ordenamientos como el italiano<sup>647</sup>.

Aunque aquella etapa convivió con el reconocimiento de discriminaciones que perjudicaban a la mujer<sup>648</sup>, consideramos que la ya citada sentencia emitida 125/1987 de

<sup>645</sup> ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013. P. 81. En la misma línea se sitúa MOLINA NAVARRETE, C. “Del principio al derecho a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”. *RTSS*, nº 251, 2004. P. 157.

<sup>646</sup> Término acuñado por Manuel Alonso Olea, “Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional”. *REDT*, nº 16, 1989. PP. 603ss. También lo utiliza al comentar la STC 81/1982, de 21 de diciembre, RTC 1982\81, en *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1984. P. 124. En dicha sentencia los trabajadores varones reclamantes solicitan el igual tratamiento económico los días festivos que el recibido por el personal femenino. En la STC 83/1983, e 15 noviembre. RTC 1983\98 ante una diferencia de trato entre mujeres y hombres que trabajaban para el Insalud en materia de horario nocturno lo declara discriminatorio por razón de sexo dado que « no se puede privar al trabajador, sin razón suficiente para ello, de las conquistas sociales ya conseguidas». En la STC 103/1983, de 22 de noviembre, que declara la inconstitucionalidad del párrafo 2 del art. 160 LGSS y la voz «viuda» del párrafo primero en cuanto solo reconoce la pensión de viudedad a la mujer en caso de fallecimiento del marido pero solo a éste si se dan las circunstancias específicas que contemplaba la norma. Finalmente la STC 207/1987 de 22 diciembre, RTC 1987\207, declara discriminatoria la diferencia de trato entre auxiliares masculinos y femenino en el acceso a la jubilación anticipada prevista en convenio colectivo justificada en la presencia atractiva que los clientes demandaban de éste servicio.

<sup>647</sup> Con la aprobación de la ley 93 de 1977 sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de trabajo donde ya comienza a pensarse en la fungibilidad de las responsabilidades familiares, el Tribunal constitucional emite una serie de pronunciamientos a favor del hombre discriminado, como es el caso de la sentencia nº 173 de 16 de junio de 1983, que declara ilegítima la exclusión de profesores de sexo masculino en las escuelas preescolares (*scuola materna*) o la nº 1 de 19 de enero de 1987 donde se considera ilegítima la exclusión del hombre del disfrute de la suspensión del trabajo en los primeros meses de vida del hijo (suspensión obligatoria de tres meses y reposos durante el primer año de vida del hijo), ni siquiera cuando exista imposibilidad de la madre de disfrutar de los mismos.

<sup>648</sup> Por ejemplo, en la STC 7/1983 de 14 febrero, RTC 1983\7 Se declara evidente que la suspensión del contrato de trabajo «para el personal femenino» por el hecho de contraer matrimonio constituye una discriminación por razón de sexo. A ésta siguieron otras

16 de julio, va a trazar una línea conceptual divisoria entre el tratamiento de incidencias contrarias a la igualdad o a la prohibición de discriminación. A partir de la misma, se produce un cambio de enfoque menos formalista y neutro tomando en consideración la situación histórica de marginación y segregación ocupacional de la mujer<sup>649</sup>. Ello no es óbice para que se sigan persiguiendo aquellos mecanismos excesivamente protectores del trabajo femenino que puedan poner barreras que dificulten, como efecto no deseado, el acceso al mundo del trabajo en condiciones de igualdad<sup>650</sup>, o que tiendan a reproducir determinados patrones socioculturales y en la práctica perpetúen la propia posición de inferioridad social de la población femenina<sup>651</sup>.

En su tono más restrictivo, la jurisprudencia consolidada en ésta materia advierte que la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio<sup>652</sup>. Es decir, se invalida la opción de ofrecer una justificación legítima que vincule el fin pretendido con la necesidad de diferenciar en base al factor citado. No obstante, cabe la excepción a la distinción entre los sexos como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando un principio también plenamente vigente en materia de empleo<sup>653</sup>.

Algunas de las consideraciones más sobresalientes en torno a la definición del marco protector frente a discriminaciones por razón de género se analizarán con más detalle en otros epígrafes. Baste ahora por mencionar el ejercicio de ampliación del ámbito aplicativo del mismo ante aquellas situaciones que «se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca»<sup>654</sup>, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Tal circunstancia justifica que se haya tenido a bien eximir en los procesos judiciales en materia de discriminación el que hasta entonces resultaba

---

dictadas en supuestos semejantes como las SSTC 8/1983 de 18 febrero (RTC 1983\8) ; 13/1983 de 23 febrero (RTC 1983\13); 15/1983 de 4 marzo (RTC 1983\15).

<sup>649</sup> Al Tribunal interesa resaltar la voluntad unánime de la doctrina científica de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina, una situación que se traducía en aquellos momentos y todavía hoy se produce, en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo y que justifican su menor ausencia en el mercado laboral. STC 128/1987 de 16 julio. RTC 1987\128, FJ 5. Argumento reiterado más recientemente en sentencias como la STC 214/2006 de 3 julio, RTC 2006\214, FJ 3; 3/2007 de 15 enero, RTC 2007\3, FJ 2; 26/2011 de 14 marzo, RTC 2011\26, FJ 4

<sup>650</sup> SSTC 3/1993, de 14 enero, RTC 1993\3FJ 3; 16/1995 de 24 enero, RTC 1995\16, FJ 3.

<sup>651</sup> STC 317/1994, de 28 noviembre, RTC 1994\317FJ 2, 16/1995 de 24 enero, RTC 1995\16, FJ 3.

<sup>652</sup> SSTC 182/2005 de 4 julio. RTC 2005\182, FJ 5; 214/2006 de 3 julio, RTC 2006\214, FJ 3; 74/2008 de 23 junio. RTC 2008\74, FJ 2.

<sup>653</sup> Entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, RTC 1983, 103, F. 6; 128/1987, de 26 de julio, RTC 1987\128, FJ 7; 229/1992 de 14 diciembre, RTC 1992\229, FJ 2; 200/2001 de 4 octubre, RTC 2001\200, FJ 4; 161/2004 de 4 octubre, RTC 2004\161, FJ 3; 171/2012 de 4 octubre, RTC 2012\171, FJ 4.

<sup>654</sup> En las primeras sentencias se evaluaba desde el punto de vista de la igualdad SSTC 94/1984 de 16 octubre, RTC 1984\94, FJ 2; posteriormente se vinculó directamente con la discriminación por razón del sexo, SSTC 166/1988 de 26 septiembre, RTC 1988\166, FJ 2; 173/1994 de 7 junio, RTC 1994\173, FJ 2 182/2005, de 4 de julio , RTC 2005, 182 , F. 4; 214/2006, de 3 de julio , RTC 2006, 214 , F. 3; 17/2007, de 12 de febrero, RTC 2007, 17 , F. 3; y 233/2007, de 5 de noviembre , RTC 2007, 233 , F. 6.

necesario *tertium comparationis*<sup>655</sup>. Ésta jurisprudencia concurre con la que emite el Tribunal europeo quien considera desde jurisprudencia temprana que será discriminatorio por razón de sexo toda medida que solamente pueda oponerse a las mujeres, absorbiendo de éste modo las circunstancias conexas al embarazo<sup>656</sup>.

En esta misma línea, cabe resaltar la inclusión por parte del Alto Tribunal en el contenido esencial de la cláusula de no discriminación por razón de sexo el derecho a la conciliación de la vida profesional y familiar y más concretamente el deber de adoptar medidas o fórmulas más flexibles que impidiesen que la maternidad fuese un obstáculo para el acceso al empleo a la promoción y a la formación profesional de las mujeres. En efecto, el art. 14 CE excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundado en circunstancias relacionadas con la maternidad, hecho biológico incontrovertiblemente ligado a la mujer, por lo que puede causar una vulneración del art. 14 CE la restricción de los derechos asociados con la maternidad o la asignación de consecuencias laborales negativas al hecho de su legítimo ejercicio<sup>657</sup>. En este escenario, el Tribunal considera que corresponde inicialmente al empleador ofrecer medidas alternativas razonables a la situación específica de la trabajadora derivada de la maternidad, que neutralicen una posible vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE, fundamentadas en el principio de proporcionalidad entre la finalidad de la medida y el sacrificio que ello provoca en la mujer trabajadora<sup>658</sup>. No obstante, aquellas vendrán exigidas cada vez con mayor asiduidad por la negociación colectiva que se muestra particularmente atenta con la regulación de permisos y otros derechos que garanticen la conciliación de la vida profesional y familiar en la que se comienza a tomar conciencia, como se verá, de la necesidad de paliar la situación de desequilibrio en las cargas familiares que soporta la mujer trabajadora<sup>659</sup>.

---

<sup>655</sup> Así lo admite, entre otras, en las SSTC 173/1994, de 7 de junio, RTC 1994, 173, F. 2; 20/2001, de 29 de enero, RTC 2001/ 20, F. 4; 41/2002, de 25 de febrero, RTC 2002, 41, F. 3; 17/2003, de 30 de enero, RTC 2003, 17, F. 3; 98/2003, de 2 de junio, RTC 2003, 98, F. 4; 175/2005, de 4 de julio, RTC 2005/ 175, F. 3; 214/2006, de 3 de julio, RTC 2006, 214, F. 3; 342/2006, de 11 de diciembre, RTC 2006/ 342, F. 3.

<sup>656</sup> STJCE, de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, asunto C-177/88 apartado 12 que considera discriminatoria la denegación de contratación por estar embarazada; de 8 de noviembre de 1990, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund* asunto C-179/88; de 30 de abril de 1998, *Thibault*, asunto C- 13 6/95, apartado 32, informe de calificación cada año y, en consecuencia, a poder beneficiarse de una promoción profesional que no se realiza a la trabajadora embarazada la discrimina por razón de sexo. apartado 13 despido de una trabajadora debido a una ausencia por permiso por maternidad, constituye una discriminación directa basada en el sexo.

<sup>657</sup> Por todas, STC 2/2017, de 16 de enero de 2017, RTC 2017\2 FJ 5.

<sup>658</sup> STC 66/2014, de 5 de mayo de 2014, RTC 2014\66, FJ 5. Adopta la jurisprudencia del TJUE emitida en su sentencia de 6 de marzo de 2014, *Napoli*, asunto C-595/12.

<sup>659</sup> Es preferible el uso en éste ámbito de la conciliación laboral y familiar, dado que los derechos que se configuran en las leyes o convenios colectivos tratan de hacer compatible el trabajo de mujeres y hombres con sus cargas familiares y no como derecho a la conciliación por circunstancias personales, término que se suele utilizar como sinónimo pero que se refiere a una realidad más amplia. Sobre éste asunto, CRUZ VILLALÓN, J., “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España”, MELLA MÉNDEZ, L., (Dir.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, Delta publicaciones, Madrid, 2015.P.22ss. También publicado en versión inglesa como “Determining Elements for the Effectiveness of Work-Family Balance in Spain”, MELLA MÉNDEZ, L., (Dir.), *Work-life Balance and the Economic Crisis: Some Insights from the perspective of Comparative Law*. Cambridge Scholar Publishing, Newcastle upon Tyne, 2015.

## 2. IMPACTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SOBRE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN ENTRE GÉNEROS

### 2.1. El deber de negociar en cuestiones de género

La constante europea por implicar a los interlocutores sociales en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres comienza recién inaugurado el presente siglo, y desde entonces lo reitera en diferentes instrumentos jurídicos algunos de ellos de carácter no vinculante o de soft law<sup>660</sup>.

La Directiva europea que rige en la materia, recoge la disposición prevista ya en la antecesora Directiva 2002/73/CE que modificaba a su vez la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la esfera laboral, en la que insta a los Estados miembros a promover el diálogo entre las partes sociales, con el fin de promover el principio de paridad de tratamiento. De esta forma, deberán alentar a los interlocutores sociales, sin perjuicio de su autonomía, a promover la igualdad entre hombres y mujeres, a fomentar normativas laborales flexibles con el objetivo de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, y a celebrar, en el nivel adecuado, convenios que establezcan normas antidiscriminatorias. Al mismo tiempo, la norma hace especial hincapié en la prohibición de elementos diferenciales por razón de sexo en convenios colectivos de naturaleza discriminatoria.

Por su parte, en la ley española de igualdad entre mujeres y hombres ha venido a ser pionera en la implicación de la negociación colectiva en materia de igualdad ya sea en modo facultativo o imperativo, éste último, con matices. Encontramos en la norma tres tipos de referencias a la participación de la negociación colectiva en cuestiones de igualdad que se diferencian en función del grado de vinculación o exigencia.

En primer lugar encontramos un precepto dedicado a la “Promoción de la igualdad en la negociación colectiva”, cuyo contenido se limita a reconocer la facultad de que convenios colectivos introduzcan acciones positivas para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, contenido pues facultativo o de invitación, como así mismo dispone con respecto a la prevención y lucha frente al acoso sexual y por razón de sexo, modificando asimismo el art. 17.4<sup>661</sup>. Ésta supone una primera excepción a lo prescrito en el art. 17.1 ET en el que se priva a la negociación colectiva de discriminar por razón de sexo aunque con ello se persiga un resultado favorable.

---

<sup>660</sup> Decisión 2001/51/CE de 20 de diciembre de 2001 por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005) prorrogada un año por la Decisión 1554/2005/CE de 30 de septiembre de 2005 o Plan de Trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres (2006-2010) aprobado por la Comisión, de 1 de marzo de 2006, Bruselas, COM (2006) 92 Final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de septiembre de 2010, una Carta de la mujer, publicada mediante la Comunicación de la Comisión de 5 de marzo de 2010 titulada «Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres - Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres 2010-2015 COM (2010) 491final. A final de 2016 el Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019. Plan de Acción de la UE en materia de género 2016-2020, Conclusiones del Consejo sobre el Plan de Acción en materia de género 2016-2020, de 26 de octubre de 2015.

<sup>661</sup> Arts.43 y 48.1 LOIMH respectivamente.



En segundo lugar se colocan las de tipo implícito cuando la ley se configura con carácter dispositivo avalando la cooperación de la negociación colectiva cuyo resultado puede provocar impacto positivo en la promoción de la igualdad por razón de género como al entablar régimen mediante el que se podrá ejercer el derecho a la conciliación laboral y familiar o la acumulación en jornadas completas del permiso por lactancia, según establezca la negociación colectiva<sup>662</sup>.

Finalmente y como nivel máximo de exigencia, introduce una reforma al artículo 85 ET que define el contenido de los convenios estatutarios el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad<sup>663</sup>. Esta exigencia se une a la obligación de negociar la equiparación de ambos sexos para asegurar la presencia equilibrada de contratados mediante las modalidades formativas-art. 11.3 ET-, la definición de grupos profesionales sin discriminación entre ellos-art.22 ET- como también en materia de ascensos y la promoción profesional-art. 24 ET-. De las anteriores, exceptuando el deber de pactar sobre el modo de asegurar la presencia equilibrada entre mujeres y hombres contratados en prácticas o en formación, se impone el deber de negociar, pero no de llegar a un acuerdo expreso.

En el sistema comparado podemos distinguir modelos más y menos incisivos que el español. Destaca por su nivel de exigencia y control la legislación francesa en la que desde la entrada en vigor de la ley «Roudy» de 1983 se ha ido implantando progresivamente la colaboración de la negociación colectiva en asuntos sobre la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo. Sin embargo, fue la ley de 2001 conocida como « Génisson » la que impuso la vía de la negociación dedicada específicamente a la igualdad de género que se mantiene hoy y que exige negociar tanto a nivel de sector (cada tres años) como de empresa (cada año o cada tres en caso de acuerdo)<sup>664</sup>. Concretamente, las materias objeto de negociación y de informe anual son las relativas al acceso al empleo, formación, progresión profesional, condiciones laborales, medidas de conciliación entre la vida laboral y familiar, remuneración y salud y seguridad en el trabajo. Se exige, en cualquier caso, que los convenios colectivos o en su defecto, el plan unilateral del empresario fije los objetivos de progresión así como las acciones para alcanzarlos.

En cambio en el caso italiano, en el que el Estado evita interferir en las relaciones colectivas de trabajo cuyo sistema de negociación colectiva se rige por normas autoorganizativas, la ley se limita a obligar a las empresas de más de cien trabajadores a dirigir una comunicación bienal sobre la situación del personal femenino y masculino a los representantes sindicales de los trabajadores, como así recogen algunos

---

<sup>662</sup> Referencias a la modulación en convenio colectivo se encuentran en las reformas introducidas a los arts. 34, 8, 37.4, 38.b).

<sup>663</sup> Vid. *Infra* § 4.3. Sobre el deber de negociar en materia de igualdad por cuestión de sexo vid. VALDÉS DAL RE, F. *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, op. cit., PP. 65ss. El autor considera deficiente la técnica jurídica empleada en la LOI acerca de las previsiones sobre la actividad contractual colectiva y de convenio colectivo.

<sup>664</sup> Ley 2001-397 de 9 de mayo de 2001, Enmendada por la ley 2006-340 de 23 de marzo. Un análisis sobre la cuestión en SANTORO, G., “Réflexions sur l'efficacité du droit de la négociation collective sur l'égalité hommes-femmes”. *Droit social*, n° 1, 2016. PP. 49ss

convenios<sup>665</sup>. No existe obligación de negociar en materia de igualdad más que la posibilidad de establecer mediante convenio las excepciones a la prohibición de discriminación en el acceso al trabajo o durante su ejecución cuando se trate de un puesto de trabajo conexas a actividades particularmente pesadas, aunque si son continuas las referencias de la ley al convenio a efectos de complementar la norma sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres. Por otro lado son admitidas acciones positivas promovidas por empresarios, sindicatos, también previa propuesta de las y se disponen como facultativa la mejora de las condiciones en que la ley regula el régimen de medidas conexas a la maternidad y paternidad<sup>666</sup>.

## 2.2. La transversalidad del género en la negociación colectiva

La visión integral de la tutela de género en el empleo se nos ha proporcionado en Europa tras la adopción de una Comunicación de la Comisión en 1996 posteriormente incorporada al denominado Tratado de Ámsterdam a través de un renovado artículo 3 (actual art. 8 del TFUE), principio que toma en consideración el género en el ámbito de todas las políticas y no como política en sí misma<sup>667</sup>. Ésta visión integradora de las políticas de igualdad inundaron asimismo las políticas nacionales como en España, aunque se critica que las últimas reformas con efectos en el sistema de empleo y ocupación en los Estados miembros parecen haber perdido dicho enfoque<sup>668</sup>.

Se da la paradoja de que mientras en nuestro país disponemos desde 2007 de una ley que de forma integral incorpora el principio de igualdad de mujeres y hombres y prohibición de discriminación por razón de sexo-especialmente se impone la transversalidad en de género en su art. 15-, la negociación colectiva aún se resiente a incorporar esta óptica integradora en los contenidos convencionales aunque la transversalidad de género en políticas convencionales sea uno de las indicaciones marcados por la Confederación Europea de Sindicatos<sup>669</sup>. Entre las causas que pueden amparar dicha situación, hemos de partir de la ausencia de referencia en la ley de igualdad a la transversalidad en las políticas convencionales de promoción de la igualdad, sino que se dispone únicamente como objetivo al fijar los principios de actuación de los poderes autoridades públicos. Además, no existe una cultura sindical

---

<sup>665</sup> Art. 5.4 CCNL *industria metalmeccanica privata e istalazione di impianti*. Art. 18 CCNL *Banche di credito cooperativo casse rurale ed artigiane*, siendo competencia de la Comisión Nacional Paritaria de Igualdad de Oportunidades.

<sup>666</sup> Arts. 27.4 y 43 respectivamente del Código de igualdad de oportunidades; art. 1.2 del Texto único en materia de permisos parentales, Decreto Ley de 10 de abril de 1991, nº 125.

<sup>667</sup> Comunicación de la Comisión, de 21 de febrero de 1996, «Integrar la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias» [COM (1996) 67 final]. En la actualidad recogido en el art 29 de la Directiva 2006/54/CE. Vid. BECCALLI, B., “Donne in quota. La politica delle quote nel lavoro e nella rappresentanza politica”, B. BECCALLI (Coord.), *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Feltrinelli, Milano, 1999. PP. 9 ss. En la doctrina española vid. LOUSADA AROCHENA, J.F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

<sup>668</sup> Vid. VILLA, P., SMITH, M., “Policy in the time of crisis: employment policy and gender equality in Europe”, KARAMESSINI, M, RUBERY, J., (Edits.) *Women and Austerity: The economic crisis and the future of gender equality*. Routledge, Londres y New York, 2014.

<sup>669</sup> PILLINGER, J., Informe “Negociando por la igualdad. Cómo contribuye la negociación colectiva a eliminar la discriminación salarial entre hombres y mujeres que desempeñan el mismo trabajo o trabajos de igual valor”. Confederación Europea de Sindicatos, Bruselas, 2014. P.59.

sobre la transversalidad de género a modo de discernir en qué tipo de medidas se ha de traducir el objetivo pretendido.

Con carácter general, los convenios colectivos en España destinan concretas cláusulas o capítulos a la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, pero no basta con declarar de forma solemne el deseo de concurrir a la eliminación de las desigualdades ocasionadas por el sexo de la persona, sino que se trata de un tratamiento global en cada una de las instituciones, condiciones o materias pactadas. A tales efectos, en ocasiones es el propio Preámbulo del convenio el que se hace eco de la situación no ya laboral, sino que incumbe a toda la sociedad respecto de la igualdad entre hombres y mujeres<sup>670</sup>.

Como cláusula de estilo que igualmente sirve para involucrar cada aspecto de la realidad laboral regulada en el convenio a la superación de la desigualdad por razón de sexo, sirve el uso de técnicas de expresión no sexista, garantes de la presencia de la mujer en plano de igualdad que pudiera representar una dificultad a la lectura y comprensión del Convenio, por lo que en alguno de ellos se manifiesta que toda expresión que defina una actividad o condición, como los de trabajador, empresario, delegado, afiliado, etc. es utilizada en el sentido comprensivo de las personas de ambos sexos, salvo en aquellos casos que por imperativo legal correspondan a la mujer<sup>671</sup>, a también referir en todo momento sus consideraciones a trabajadores y trabajadoras<sup>672</sup>, e incluso desdoblado por géneros cualquier palabra de carácter no neutro como un/una, mismo/a, delegado/a, empleado/a etc.<sup>673</sup>. Con ellas se atiende al objetivo de incorporar un lenguaje correcto entendiendo por tal el no sexista, como una medida de corrección de la situación de discriminación que con el lenguaje se expresaba cada vez más habituales en la negociación colectiva<sup>674</sup>. Sin embargo, desde el punto de vista gramatical debemos señalar que la consagración de un criterio masculino neutro ha sido recientemente avalada por la propia RAE que aprobó en marzo de 2012 el informe titulado «Sexismo lingüístico y visibilidad de la mujer» donde se considera una práctica no discriminatoria, al que algún convenio se refiere<sup>675</sup>, aunque algunos autores siguen

---

<sup>670</sup> Preámbulo CC *Construcción*.

<sup>671</sup> DF 6ª CC *enseñanza privada*. DA 10ª CC *enseñanza privada concertada*. Art. 3 CC *Industrias Transformadoras de Plásticos de la Comunidad de Madrid*

<sup>672</sup> En España: CC *sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña*. Convenio Colectivo de Recolección de Cítricos de la Comunidad Valenciana, Resolución de 8 de mayo 2015 (en adelante CC *recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana*). CC de la empresa *Starman Hoteles España*, SL 2012. Ejemplos de negociación italiana: CCNL *ABI* se refiere en todo momento al binomio trabajador/trabajadora. Con carácter ocasional, no en todo el articulado, CC *Nestlé Italia*, CC *Equitalia*. CC *Grupo Assimoco*.

<sup>673</sup> CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria* en materia de clasificación profesional. , CC para la *Industria Siderometalúrgica de Huesca*. Llama la atención que no haga igualmente el desglose por géneros cuando indica los diferentes tipos de puestos de trabajo en la clasificación profesional de contenido no neutros a los que mantiene su identificación en masculino. Del mismo modo, VI CC para la empresa *Decathlon España S.A.* El CC *Starman Hoteles España*, SL realiza el desdoblamiento por sexos en el Anexo donde reproduce la clasificación profesional y el nivel retributivo asignado a cada puesto.

<sup>674</sup> Vid. un estudio reciente en LUJÁN ALCARÁZ, J., PENALVA, A.S., “Compromisos generales sobre igualdad y lenguaje no sexista”, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016. PP. 51ss. Por ejemplo, contiene una detallada Guía de lenguaje no sexista el Plan de igualdad de RENFE-Operadora

<sup>675</sup> Informe del académico Ignacio Bosque suscrito por el pleno de la RAE el 3 de marzo de 2012. Puede ser consultado en: <http://www.rae.es/noticias/el-pleno-de-la-rae-suscribe-un-informe-del-academico-ignacio-bosque-sobre-sexismo>. Art. 1 CC de la empresa *tranvía de Cádiz a San Fernando y Carraca, S.A.* 2014-2016.

justificando que un uso del lenguaje neutro puede incidir en la segmentación entre mujeres y hombres en el reparto de roles<sup>676</sup>.

Aunque volveremos más adelante sobre la exigencia de neutralidad y no discriminación mediante los sistemas de clasificación convencional, el contexto convencional español, y en otros como el italiano, no cumplen con el objetivo de tender a la uniformidad lingüística algunos convenios que solo realizan el desdoblamiento por géneros con respecto a algunas actividades profesionales y en otras no, denotando así cierta interiorización de la segmentación de género en determinadas actividades generalmente de mayor carga como idóneas para hombres o de responsabilidad, mejor desempeñadas teóricamente por mujeres. Véanse los casos de limpiador/a o enfermero/a<sup>677</sup>, mientras que lo correcto sería efectuar dicha dualidad gramatical en todas aquellas denominaciones profesionales no neutras, como así llevan a cabo otros convenios<sup>678</sup>, o por el contrario, en ninguna.

Se entiende que con el lenguaje se manifiesta un determinado orden valorativo que puede jerarquizar posiciones sociales. Por ello, algunos convenios exigen a las empresas dar cuenta del lenguaje y contenido de las ofertas de empleo y de los formularios de solicitud para participar en procesos de selección, formación y promoción en el diagnóstico previo a la realización de un plan de igualdad<sup>679</sup>. En parecidos términos otro convenio exige que ofertas de empleo se redacten de modo que no contengan mención alguna que induzca a pensar que las mismas se dirigen exclusivamente a personas de uno u otro sexo<sup>680</sup>, o bien en todas las comunicaciones de las empresas, así como los actos públicos que organicen y en las actividades de divulgación, publicidad, rotulación e impresos<sup>681</sup>. Es una práctica aún poco extendida, debemos aclarar, de la que incluso los propios empresarios y representantes son conscientes y en ocasiones confiesan la inexistencia en la empresa de la utilización de lenguaje e imágenes no sexistas<sup>682</sup>. No obstante, de la comparativa entre estudios efectuados sobre muestras convencionales desde los años noventa se evidencia la evolución positiva de éste aspecto central para incorporar la transversalidad de género<sup>683</sup>.

---

<sup>676</sup> Evalúan el posible daño del uso del lenguaje neutro (*blind language*) en convenios colectivos en tanto se postergue la cualidad de la mujer como responsable de ciertas tareas o responsabilidades, SMITHSON, J, STOKOE, E., "Discourses of Work-Life Balance: Negotiating 'Genderblind' Terms in Organizations". *Vender, Works and Organizations*, Vol. 12, nº 2, 2005. PP. 163-165.

<sup>677</sup> Limpiador/a en el art. DT 1ª CC construcción. Enfermero/a art. 12 CC *centros de enseñanza privada*. Sin embargo, otras profesiones podrían también ser referidas en femenino como almacenero/a, letrado /a, psicólogo/a, y sin embargo se mantienen en sus términos neutros.

<sup>678</sup> XVII CC *general de la industria química*. CC *Comercio Vario de la provincia de A Coruña*. V *Acuerdo sector Hostelería*. CC *del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña*. CC *sanidad privada Burgos*.

<sup>679</sup> Entre otros, art. 107 CC XVII CC *general de la industria química que reproduce de forma idéntica* el art. 107 VI *Convenio colectivo del sector de derivados del cemento*. Art. 45 *Industria Siderometalúrgica de Huesca*. Art. CC *industrias transformadoras de plástico*. Configurándose como medida efectiva en planes de igualdad como el de la empresa *Decathlon*. En términos semejantes, cláusula 4 Plan de Igualdad de *Seat*. Objetivo 1.5 Plan de Igualdad de *Fnac* 2012. Plan de Igualdad *Grupo Repsol YPF*. Art. 6

<sup>680</sup> Acuerdo Marco del Grupo Repsol recogido en la DA 1ª CC *Repsol Química, SA*.

<sup>681</sup> Art. 70 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*.

<sup>682</sup> Resultado del diagnóstico Plan Igualdad de *Seat*.

<sup>683</sup> FERNÁNDEZ PROL, F., "Igualdad por razón de sexo/género en la retribución y en los beneficios sociales", LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. CCNCC Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, nº 85, Madrid, 2008. PP. 190-191. PÉREZ DEL RÍO, T., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op.cit. PP. 118-119, 121-122.

### 2.3. La negociación colectiva como cauce de medidas de fomento de la igualdad entre hombres y mujeres y de segregación por el mismo motivo

Sin bien no con carácter imperativo sino eminentemente voluntario, los interlocutores sociales en nuestro país y en la mayoría de Estados industrializados y democráticamente estructurados, son creadores, garantes y partícipes de medidas destinadas a erradicar la discriminación estructural de la sociedad por géneros y a su vez son presuntos cómplices de los mecanismos que imprimen una mayor segmentación por éste mismo motivo. Como representantes de los trabajadores y en beneficio de sus intereses, han participado en el florecimiento de una negociación colectiva volcada especialmente con el colectivo femenino si de defender la igualdad se trataba, en detrimento o, mejor, desplazando en sus aspiraciones por lograr la equiparación en el terreno laboral de otros sujetos especialmente vulnerables.

Desde la propia Unión Europea se fija la fundamentalidad en el ámbito laboral del derecho a la negociación colectiva como cauce o instrumento para concebir medidas tendencialmente igualadoras o erradicadoras de discriminación por razón de sexo mediante la llamada a los Estados a fomentarla y ponerla en práctica<sup>684</sup>. Además de ello, la defensa por un papel activo de los agentes sociales se tradujo a escala europea en la suscripción de un primer marco de acción para la igualdad entre hombres y mujeres en 2005, en el que abordaron la segregación profesional como consecuencia de la existencia de marcados estereotipos y prácticas de contratación sesgadas, la participación de la mujeres en la toma de decisiones, el equilibrio entre vida laboral y personal y la igualdad salarial, dando lugar en años posteriores a informes de de evaluación. A resultados de toda esta trayectoria nace la denominada «Caja de herramientas para la igualdad de género en la práctica»<sup>685</sup>.

Habida cuenta de la movilización que la paridad entre géneros requiere, no es de extrañar que todos y cada unos de los Acuerdos Interconfederales aprobados en nuestro país recojan reiteradas referencias a la ansiada paridad de géneros en el ámbito del empleo<sup>686</sup>. Siguiendo la estela del I Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva

---

<sup>684</sup> Art. 21.2 Directiva 2006/54

<sup>685</sup> 100 iniciativas de interlocutores sociales y en el lugar de trabajo en toda Europa. Un proyecto de los interlocutores sociales europeos con el apoyo financiero de la Comisión Europea. Fuente: <http://erc-online.eu/GENDERTOOLKIT/#/>

<sup>686</sup> Brevemente, la evolución se hace notar de una lectura sistemática de todos los ANC previos. Así, el *ANC 1997* se limita a instar a los interlocutores a poner cuidado en evitar expresiones, medidas o compromisos que puedan implicar discriminación por razón de sexo. En el *ANC 2002* se comprometen ya analizar los factores que provocan desigualdad por géneros haciendo hincapié en el papel de los interlocutores sociales y utilizando como criterio en materia de empleo la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y contribuir a la eliminación de discriminaciones. El *ANC 2003* (prorrogado para 2004) ya le dedica todo su Capítulo VI a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres donde se evidencian los resultados de un estudio elaborado durante la vigencia del *ANC anterior* y proponen nuevos retos, mientras tanto ya el *ANC 2005* (prorrogado para 2006) incorpora un capítulo general dedicado a la igualdad de oportunidades dentro del cual el apartado dedicado a la paridad entre hombres y mujeres reitera lo previsto en acuerdos anteriores y añade la referencia al documento elaborado por ellos en 2003 sobre «Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva» y se hace referencia a la aprobación de la ley en materia de violencia de género. Finalmente el *ANC 2007* se dedica mención expresa a la igualdad por razón de sexo dentro del apartado dedicado a la igualdad por del capítulo general en materia de igualdad de oportunidades donde reiteran lo expresado en los acuerdos previos, incorporando la necesidad de adecuar los contenidos de los convenios a la próxima ley orgánica de igualdad que por aquel entonces se encontraba en fase de tramitación parlamentaria. La prórroga del 2008 incluye un Anexo II dedicado a la igualdad de trato y oportunidades que como novedad hace mención a la entrada en vigor de la ley 3/2007 LOIMH y a los contenidos que afectan a la negociación colectiva así como la firma en el año 2005 del

el IIANC también contenía el mandato dirigido a los convenios colectivos de cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, así como la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Sin embargo, llamativo resulta que éstos objetivos cuyo cumplimiento se recomienda a la negociación colectiva pasaran a formar parte del Capítulo dedicado al empleo, formación, flexibilidad y seguridad y derechos de información y consulta coincidiendo con los peores años de la crisis económica, en vez de ocupar un apartado independiente dedicado a la igualdad como sucedía desde el ANC de 2003. Afortunadamente su inclusión como capítulo específico vuelve a producirse con el III AENC que dedica de forma inédita un apartado especial a la igualdad de género.

Claramente, la implicación de los interlocutores sociales en éste terreno es del todo conveniente en razón al conocimiento de la realidad productiva que pretenden regular y con ello la mejor adaptabilidad a las demandas de género, desde lo general, cubierto por la negociación colectiva de sector a nivel nacional con su habitualmente reseñada labor didáctica, hasta lo más particular que se gestiona a nivel de empresa o inferior<sup>687</sup>. Sin embargo, la situación de desventaja particular de la mujer en el empleo se encuentra a un abismo de ser superada, más bien al contrario, siempre se presenta como frágil en etapas de deterioro de la economía que provoca que la cuestión de género pase a un segundo plano en muchas de las mesas de negociación, cuyas sesiones están abocadas a pactar sobre sistemas de mejora del rendimiento y la productividad, modelos de flexibilidad y contención salarial. Además, se pone de manifiesto cómo los negociadores parecen desentenderse de las exigencias materiales de igualdad cuanto más cercano a la empresa sea el nivel de negociación. Prueba de ello es que muchos convenios de provincia o de empresas siquiera hacen referencia al más elemental principio de igualdad entre ambos sexos<sup>688</sup>. Por otro lado, resulta especialmente negativa la incipiente exclusividad de las medidas de flexibilidad como medio hacia el marcado fin de la sostenibilidad y viabilidad empresarial en éste nivel de negociación, en el que existe una distancia muy marcada entre la flexibilidad en atención a la empresa y aquella prevista para propiciar la conciliación de sus trabajadores.

Pero al margen del efecto de circunstancias coyunturales como la recién mencionada, los problemas de empleo del sector femenino de la población son más que nada estructurales que desembocan en menores tasas de actividad y empleo, mayor nivel de desempleo o alta tasa de temporalidad. Aunque algunas de las dificultades y problemas señalados para la incorporación y mantenimiento en el empleo de los colectivos citados proceden del ámbito familiar o sociocultural, carencias e ineficiencias del sistema formativo y de la intermediación laboral, etc., la propia negociación colectiva es

---

Acuerdo Marco firmado a nivel europeo. Estudia con detalle los ANC señalados, SALDAÑA VALDERAS, E "Diálogo social, Acuerdos Interconfederales para la negociación colectiva e igualdad entre mujeres y hombres" *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* Nº 103, 2010, págs. 129-156. VALDÉS DAL RE, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, op.cit. PP. 46ss.

<sup>687</sup> En ese sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. "Principio de igualdad por razón de sexo y negociación colectiva", AA.VV., *Recopilación de Conferencias. Jornadas del Centro Andaluz de Relaciones Laborales 2006*. Centro Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007. P 43ss. Art. 3.3 Cap. I ANC 2002; art. 2.4 Cap. V ANC 2003.

<sup>688</sup> CC *limpieza de Cáceres*, CC. *Hoteles Starman*, CC *Nissan Buena*, CC *Nissan NDS-D*.

deudora de una situación aun sesgada por sexos de la población asalariada en la que en términos numéricos se produce todavía poca atención sobre la situación de la mujer en las empresas, poca disuasión ante tratamientos discriminatorios por motivos de sexo si nos atenemos a la lectura de la selección de conductas que dan lugar a infracciones o faltas leves, graves o muy graves previstas en los convenios, con la salvedad del tratamiento del acoso, frente a lo que es común incorporar protocolos de prevención y represión de conductas que lo origine.

Ésta propensión a prorrogar en el tiempo la situación que se denuncia, se produce aun teniendo ante ellos en las mesas de negociación una inmensidad de soluciones al alcance y sin embargo generalmente se aquietan al mínimo legal exigido o incluso lo ignoran como contenidos exigibles o mínimos de las negociaciones en materia de igualdad entre géneros. Además, como veremos a continuación, mientras que se animan progresivamente a introducir comisiones u organismos similares de igualdad, preferentemente ocupadas de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, en cambio no se arbitren comúnmente sistemas de composición equilibrada de hombres y mujeres de las mismas como tampoco se prevé la participación necesaria de mujeres en organismos como los Comités de Seguridad y Salud u órganos de prevención, cuya visión sería particularmente favorable en el seno de las mismas, habida cuenta de la trascendencia de su labor de adaptación del trabajo a la mujer embarazada o en periodo de lactancia, situaciones de riesgo o cualquier otro aspecto que interfiera en el desarrollo profesional de la mujer trabajadora. Paralelamente, se da como causa común de segmentación en algunos sistemas jurídicos de relaciones laborales de la Europa continental, la ausencia de empoderamiento y escaso peso del punto de vista de género en las estructuras de representación sindical, que han servido para perpetuar sustancialmente la marginalidad de las cuestiones de igualdad de género<sup>689</sup>.

La propia estructura de la negociación colectiva incide en éste aspecto negativo o freno a los avances necesarios al imponer desde niveles superiores niveles de homogeneización de las condiciones laborales con independencia de las peculiaridades existentes entre la mano de obra femenina y masculina sobre todo en cuanto a la situación de maternidad se refiere. Lo cierto es que la homogeneización de condiciones y neutralidad de conceptos será la pauta a seguir cuando los roles familiares efectivamente disuelvan su imagen actual y atiendan a una visión neutra del sexo de la persona con respecto a las tareas familiares atendibles. Entre tanto, es necesario que desde el más alto nivel se exija a la negociación cercana a la realidad empresarial tomar consciencia de todo cuanto afecta al desarrollo profesional de la mujer desde una inequitativa posición de partida y realidad biológica diversa. Y no solo eso, la petrificación en el nivel superior de lo legalmente exigible a la negociación colectiva, en términos tan generales provoca que instintivamente la práctica convencional más cercana a la realidad no cuente con las herramientas o instrumentos cognoscitivos para

---

<sup>689</sup>Efecto que se produce sobre la vida política y civil italiana en opinión de GOTTARDI D., "Le azioni positive nel settore privato". *NLCC*, 2003. PP. 674-675; GOTTARDI D., "Verifica empirica dei progetti di azioni positive finanziati e conclusi", GAROFALO M. G. (Coord.), *Lavoro delle donne e azioni positive*. Cacucci, Bari, 2002. PP. 33 ss.; BARBERA M., "L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada". *RGL*, 2002. PP. 805 ss.

llevar a cabo la tarea de adecuación a la realidad a la que se enfrentan, más aún si los órganos representativos de la empresa carecen de la adecuada representación de ambos sexos.

#### 2.4. Organismos paritarios de representación de los trabajadores y participación de la mujer

La creación de organismos paritarios con facultades específicas en materia de paridad inter géneros nos resulta esencial para actualizar constantemente las demandas de igualdad y la adecuación a los incesantes cambios productivos o económicos. En la realidad convencional española muchos convenios incorporan entre las funciones de sus órganos de control del convenio el asunto de la igualdad por géneros, incluso son tareas relacionadas con la igualdad entre hombres y mujeres las únicas que acaparan todo el funcionamiento de la comisión de igualdad, como ya vimos páginas arriba. Algunos no crean tal comisión sino que encomienda tareas relacionadas con éste objetivo al organismo paritario general<sup>690</sup>. Se les exige un funcionamiento continuado fijando con carácter general reuniones periódicas. Entre las funciones que generalmente les corresponden están las de relacionadas con la consulta o aplicación de planes de igualdad y seguimiento del mismo, velar por el cumplimiento de la igualdad de oportunidades y condiciones, posibilidad de elaborar dictámenes técnicos sobre aspectos relacionados con la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo o elaborar un código de buenas prácticas. También están facultadas, y esto nos parece esencial para que resulten eficaces, para elaborar un estudio específico en relación con la igualdad de oportunidades en el sector y, en concreto, una evaluación de la situación laboral y de empleo de las mujeres para poder actuar en consecuencia<sup>691</sup>. En cuanto al control de las materias para las que tienen asignadas funciones, se prevé como norma general que se reunirán de forma periódica aunque pueden ser convocadas con carácter extraordinario. Aisladamente algún convenio contempla como circunstancia que propicia una reunión fuera de los plazos acordados a instancia de denuncia de un trabajador o trabajadora<sup>692</sup>, o actuar como mediador en aquellos casos que voluntaria y conjuntamente le sean sometidos por las partes afectadas<sup>693</sup>.

Aunque en España son cada vez más numerosos los convenios que prevén su creación, paradójicamente, es más frecuente la creación de órganos paritarios facultados para

---

<sup>690</sup> El art. 102 CC *textil*, otorga al Observatorio industrial textil-confección, entre otras, la función de realizar un balance anual en el que se recogen los detalles de empleo, desglosado por: a) grupos profesionales y género, y b) diversas modalidades contractuales tendencias y necesidades de futuro.

<sup>691</sup> Art.111 XVIII CC *industria química*. Art. 76 CC *estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio*. Art. 43 CC *industria siderometalúrgica Huesca*. Art. 45 CC *para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios 2014-2017*. Art. 79 CC *básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales 2014-2015*. Art.79 CC *sector de la mediación de seguros 2013-2015*. DA 2ª XI CC *Repsol Química S.A.* Dispone la creación de una Mesa Técnica de Igualdad, entre otras, para facilitar el seguimiento del Plan de igualdad en cada negocio, para lo que los sindicatos firmantes del Acuerdo podrán designar agentes colaboradores en materia de igualdad de oportunidades.

<sup>692</sup> Anexo IV CC *harinas panificables y sémolas*.

<sup>693</sup> Que versen sobre la aplicación o interpretación de los Planes de Igualdad, de las empresas incluidas en el ámbito del convenio, art. 45 CC *peluquerías, institutos de belleza y gimnasios*.



incidir en materia de igualdad de oportunidades en la práctica convencional italiana donde proliferaron desde la década de los ochenta del pasado a pesar de que adolecen de una normativa que imponga el establecimiento de comisiones paritarias de representación de las partes para interpretar el convenio o ejercer otras funciones de forma prescriptiva<sup>694</sup>. En casi la totalidad de los casos detectados, las comisiones en materia de igualdad se ocupan en exclusiva de la problemática relativas a la desigualdad y discriminación por razón de sexo, descuidando otras áreas o colectivos que merecen y necesitan de especial atención. Con carácter general suelen exponer al detalle los asuntos que les incumben y las facultades que le atribuye el propio convenio son más numerosas que las que hemos referido de la práctica convencional española.

A modo de ejemplo, uno de los convenios colectivos del sector textil prevé la instauración de una Comisión Paritaria Nacional compuesta por 12 miembros a los que se atribuyen facultades de control sobre la ocupación femenina y examen de la normativa aplicable europea y nacional, posibles intervenciones en la materia, propuesta de eliminación obstáculos a la integración laboral femenina, prevención de acoso sexual, incorporación de la mujer después de permisos de maternidad o estudiar los esquemas para la promoción de iniciativas de acciones positivas<sup>695</sup>. También se atribuyen a éstos entes paritarios funciones de estudio de la situación ocupacional en el sector y relativas líneas de tendencia con particular referencia al empleo femenino<sup>696</sup>.

Otras materias se atribuyen a las comisiones análogas en convenios colectivos diversos como la de evaluar la ocupación femenina desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, utilizando datos desagregados por sexos, categoría profesional o tipología de relación profesional<sup>697</sup>. También se prevén tareas como la de actualizar constantemente el conocimiento acerca la evolución de la normativa de aplicación a nivel interno e internacional, favorecer la reinserción profesional, individualizar soluciones formativas para salvaguardar la profesionalidad de aquellos que se reincorporan tras periodos de ausencia por causas relacionadas con la maternidad, proponer cualquier iniciativa para eliminar toda forma de discriminación por razón de sexo. A todas las

---

<sup>694</sup> GUARRIELLO, F., “Égalité professionnelle en Italie : cadre juridique et mobilisation des acteurs”. *Travail, genre et sociétés*, n° 7. 2002/1. PP. 59 - 81. Disponible online en [http://www.cairn.info/article.php?ID\\_ARTICLE=TGS\\_007\\_0059](http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=TGS_007_0059). P. 32. La autora subraya que en ocasiones éstos Comités tienen una capacidad de actuación limitada en tanto no se benefician de los medios suficientes para cumplir su misión y en definitiva, su actividad no es capaz de influenciar de modo notable las políticas de acción sindical.

<sup>695</sup> El art. 65 Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria* 2008. *CISL, CGIL, UIL* y *CNA Federmoda, CNA Servizi alla comunità, Confartigianato Moda, Casartigiani, Claii*, renovado en 2014 (en adelante *CCNL Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria*). También el *CCNL mobilità, area contrattuale ferrovia* dispone en su artículo 1 un Comité para la igualdad de oportunidades en una óptica exclusivamente de género. Por su parte, el art. 5 ss. *CCNL industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*. Comisión constituida por 6 miembros de cada sector representativo. Se prevé además la constitución de sendas comisiones a nivel territorial y empresarial en los siguientes apartado. No obstante, se ha dicho de la misma que lamentablemente se trata de una parte del convenio mínimamente valorada y aprovechada, incluso en las empresas grandes, pues se da la circunstancia de que poquísimas de éstas comisiones territoriales o empresariales son creadas y la mayoría de ellas solo se limitan a observar la aplicación de la ley 125/1991 (ahora refundida en el *Codice delle pari opportunità*) sobre acciones positivas. Anna Trovò, segretario nazionale Fim-Cisl en, STEFANOVIČIČ S. “Disabilità e non autosufficienza nella contrattazione collettiva . Il caso italiano nella prospettiva della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020”. P.175

<sup>696</sup> Funciones atribuidas al Observatorio Nacional creado por el art. 9 *CCNL Abi*.

<sup>697</sup> Se atribuye a los Observatorios territoriales de la industria metalmeccánica, art. 2.1 *CCNL per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti* 2. Junto al estudio de la legislación aplicable en materia de acciones positivas, son las funciones que se encarga a la Commissione nazionale e paritetica per le “pari opportunità” del art. 10 *CCNL Settore Piccola e Media Industria Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale* 2013-2016 (a continuación *CCNL Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*). Corresponde el análisis de dicha información al Observatorio nacional, Art. 1. 3 F) *CCNL della Mobilità/ Area contrattuale attività Ferroviarie*.

anteriores en algún caso se atribuye también favorecer la diversificación de la elección de la profesión y el acceso a otras nuevas con particular atención en las circunstancias que se dan con más frecuencia en los últimos años de crisis económica que han provocado un aumento exponencial de los procesos de reestructuración y reorganización empresarial, o también profundizar en la valoración misma del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y no discriminación directa o indirecta a través de las experiencias ya consolidadas en las empresas que pertenecen al sector<sup>698</sup>. Como algunas comisiones previstas en la negociación colectiva española, también en Italia se comprometen a evacuar un informe anual en el que se pongan de manifiesto las actividades realizadas, así como cualquier consideración o propuesta, con periodicidad diversa<sup>699</sup>.

Finalmente es frecuente que los convenios de sector prevean una estructura descentralizada de éste tipo de comisiones, previendo la creación de específicas comisiones mixtas para el análisis y valoración conjunta de las materias de igualdad de oportunidades, pero también para programar acciones positivas tal y como prevé la legislación en materia de información obligatoria a presentar en cada empresa, con el objetivo de valorar los recursos femeninos y evaluar los resultados obtenidos con carácter periódico sobre la situación del personal de la empresa, determinar procedimientos idóneos con el fin de realizar la igualdad de oportunidades para las trabajadoras, cuyos resultados y propuestas podrán enviar a la Comisión mixta nacional. Todas ellas deben reunirse con carácter periódico con objeto de examinar iniciativas sobre la valoración de los recursos femeninos, sobre políticas de conciliación e incluso mediante el uso de la financiación prevista por ley además de elaborar planes de formación dirigidos a las trabajadoras utilizando al efecto los fondos públicos e interprofesionales<sup>700</sup>.

De todos ellos, son muy escasos los que prevén expresamente una composición equilibrada de mujeres y hombres en el seno de las mismas en unos casos comprometiéndose a procurar su presencia<sup>701</sup>, o más excepcionalmente, obligando a que

---

<sup>698</sup> Art. 12 *CCNL Banche di credito cooperativo casse rurale ed artigiane*. Las mismas funciones atribuyen a los observatorios locales del sector. Ello se complementa con la creación independiente de una Comisión Nacional Paritaria sobre Igualdad de Oportunidades y comisiones a nivel local que se reunirán con una periodicidad semestral

<sup>699</sup> Art. 13 *CCNL per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*. Tres meses antes de la decadencia del convenio colectivo, art. 10 *CCNL Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*. Igualmente, art. 5.1 *CCNL industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*.

<sup>700</sup> Art. 15 *CCNL Abi*. También prevé la creación de comisiones de igualdad a nivel nacional y regional encargada de verificar el curso de la ocupación femenina así como promover iniciativas de formación profesional con objeto de favorecer su acceso al mercado de trabajo así como para promover adecuadas trayectorias de carrera para las mujeres a través de cursos de formación. Art. 81 *CCNL settore edile ed affini*. Competencias similares son atribuidas a los interlocutores a nivel territorial, art. 7 y 21 *CCNL Addetti alle aziende che producono occhiali e articoli inerenti l'occhialeria* renovado en 2013-2015 (en adelante *CCNL Occhialeria Anfao*). Art.5.2 comisiones territoriales y 5.3 que serán creadas en las empresas que ocupen en total a más de 1.000 trabajadores de los cuales al menos 300 sean de una misma unidad productiva, a petición de una de las partes, *CCNL industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*. Art. 1 *CCNL Mobilità, area contrattuale attività ferroviarie*, ostentando las mismas finalidades, funciones y modalidad de funcionamiento de la comisión nacional, salvo ulteriores especificaciones en relación a la diversa realidad empresarial. En cumplimiento del mandato a nivel nacional del art. 13 *CCNL per la disciplina dei rapporti fra le Imprese di Assicurazione e il personale dipendente non dirigente*, crea una comisión para la igualdad de oportunidades en el Grupo *Assimoco* 2013-2015, art. 3. En los mismos términos, art. 3 *CCNL Consap*, comisión que se reunirá una vez al semestre además de cuantas veces los requieran al menos dos miembros de la misma.

<sup>701</sup> Art. 79 *CC conservas vegetales*. Art. 22 *Acuerdo Marco Comercio*. En el seno de la Comisión paritaria del art. 46 del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería se constituye una Comisión de Igualdad, compuesta por ocho miembros, designando las cuatro organizaciones empresariales y sindicales firmantes dos miembros cada una ellas, *procurando que sean un hombre y una mujer*, con objeto de propiciar una composición equilibrada y paritaria de mujeres y hombres.

la mitad de los miembros sean mujeres<sup>702</sup>. La escasez de previsiones de éste tipo es una forma más de constatar la generalizada falta de existencia de mujeres en todas las esferas de participación en la toma de decisiones y de ahí se desencadena una suerte de infra representación del sector femenino en cascada. Sobre todo la situación de subrepresentación femenina en los órganos de representación en esencia se asemeja a la realidad de la participación femenina en sindicatos y específicamente sus órganos internos<sup>703</sup>. Tampoco existe paridad en las candidaturas presentadas a elecciones sindicales elemento que el Reglamento de Elecciones Sindicales no exige<sup>704</sup>. Un resultado electoral en el que no se impone la participación de la mujer en un determinado porcentaje provocará es el establecimiento de comités de empresa con escasa presencia femenina, lo que conduce normalmente a la falta de presencia de mujeres en las mesas de negociación efecto que comparten todos los países de la cuenca mediterránea<sup>705</sup>. En este sentido, tampoco es frecuente que se imponga una configuración equilibrada de las mesas de negociación<sup>706</sup>, por más que desde hace tiempo las principales organizaciones sindicales en España son conscientes de la necesidad de aumentar el número de mujeres que participen en procesos de negociación de convenios y apostaran por ello<sup>707</sup>, aunque algún autor haya señalado que su participación en éste ámbito no es garantía de una mejor toma en consideración de los intereses femeninos, con quienes nos encontramos en desacuerdo<sup>708</sup>. En definitiva, tanto en los órganos de representación en la empresa como en las mesas de negociación la participación de la mujer sigue siendo escasa, aunque tratándose de medidas de acción positiva rígidas, su constitucionalidad podría ser discutida<sup>709</sup>.

Se trata, como ha advertido algún autor, de una situación desigual según el sector de actividad y las organizaciones sindicales participantes. Incluso a veces las circunstancias vienen dadas por la propia interiorización de las mujeres a una cierta inercia a la marginación y el desinterés de afrontar por ellas mismas cargos de responsabilidad al respecto, mientras que la norma legal solo apuesta por la representación equilibrada en los consejos de administración de sociedades mercantiles

---

<sup>702</sup> Anexo IV CC harinas panificables y sémolas: «En cuando a la composición de dicha comisión, necesariamente dos miembros serán de sexo femenino, una por cada sindicato representativo en este Convenio, independientemente o no de que ocupen cargo o responsabilidad sindical, de la misma manera la parte empresarial se compromete a que estarán presentes en esta comisión dos miembros de sexo femenino de su asociación si las hubiere».

<sup>703</sup> «Casi el 45% de los miembros de la CES son mujeres. Sin embargo, su representación en los órganos y los puestos de toma de decisión en los sindicatos está lejos de ser proporcional y el progreso es muy lento». Programa de acción de la CES sobre la igualdad de hombres-mujeres. Introducción

<sup>704</sup> Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre Reglamento de Elecciones de Órganos de Representación de Trabajadores en la Empresa.

<sup>705</sup> Se constata también en otros países de nuestro entorno como Italia. GUARRIELLO, F., «Égalité professionnelle en Italie : cadre juridique et mobilisation des acteurs», op.cit. P. 48.

<sup>706</sup> Por poner algún ejemplo, la evaluación del I Plan de Igualdad de la Universidad de Málaga incluye entre sus objetivos el fomento de composición paritaria de género en las mesas de negociación así como en comisiones, comités, tribunales, jurados de premios, y en los órganos de representación. Fuente: <http://www.uma.es/media/tinyimages/file/IPIGUALDAD.pdf>

<sup>707</sup> Manifiesto del 8 de marzo Día de la Mujer de forma conjunta por CCOO y UGT. 2003 y se mantiene vigente en el Manifiesto del 8 de marzo de 2015. Fuentes: <http://portal.ugt.org/Mujer/manifiesto8marzo2003.pdf>, [http://www.ugt.es/Publicaciones/Manifiesto\\_8\\_de\\_marzo\\_2015\\_OK\\_UGT](http://www.ugt.es/Publicaciones/Manifiesto_8_de_marzo_2015_OK_UGT). Ha sido un reto constante para UGT, según destacan en su Informe «20 años no es nada. Sobre la primera Conferencia. Comisiones Obreras, un espacio sindical para hombres y mujeres». Fundación 1 de mayo, nº 80, Madrid, 2014. Igualmente ha sido propuesta constante de UGT, Informe 8 de marzo de 2008 - 100 años trabajando por la igualdad Informe 8 de marzo de 2008 - 100 años trabajando por la igualdad. Secretaría para la Igualdad. Departamento Confederal de la Mujer. UGT. P. 26. Fuente <http://www.urv.cat/media/upload/arxiu/igualtat/100atrabajandomujeres.pdf>.

<sup>708</sup> LAUFER, J., *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*. La Découverte, Paris, 2014. P.71.

<sup>709</sup> Vid. Infra § 4.5.1.

y no de representación de los trabajadores ex. art. 75 LOIEMH. En fin, su participación es más que recomendable, necesaria e incluso beneficiosa en términos de eficiencia incorporando una nueva visión femenina en cualquiera de los órganos de representación que sean creados a nivel convencional y no solo en comités de empresa. Buen ejemplo de ello sería la configuración paritaria de Tribunales de exámenes de capacitación para la promoción empresarial.

### 3. EFECTO DE LAS POLÍTICAS CONVENCIONALES EN LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO

La transversalidad es la meta, pero se antoja difícil en un corto y medio plazo habida cuenta de las realidades convencionales en las cuales las políticas de inserción laboral de la mujer y el debido reequilibrio entre géneros es todavía un reto generalizado. Particularmente descriptiva de la insuficiencia de mecanismos extendidos de fomento de la igualdad real entre mujeres y hombres es la negociación colectiva italiana, donde es difícil encontrar cláusulas de contenido general de prohibición de discriminación particularmente a nivel empresarial o de una visión global de las características del trabajo femenino incorporadas en el convenio de forma integral, a través no solo de remisiones a la normativa de carácter legal<sup>710</sup>, sino sobre todo, innovando sobre ella. No obstante ello, el Codice delle Pari Opportunità insta a la inclusión de todo tipo de medidas (líneas guía, buenas prácticas, etc.) para prevenir todas las formas de discriminación<sup>711</sup>, a la vez que con mayor frecuencia como hemos visto entablan comisiones paritarias dotadas de importantes facultades en éste terreno y avanzan en ello en el marco de la responsabilidad social empresarial.

Las últimas oleadas de convenios colectivos que han sido renovados durante el periodo de la crisis económica y financiera son una muestra de la desaparición del ímpetu que años anteriores se mostraban en las mesas de negociación para fomentar la igualdad por razón de sexo en cada aspecto de la relación laboral. Mientras tanto, son mayoritarias las reflexiones contenidas en las premisas o preámbulos de los convenios colectivos sobre el contexto económico y social en el que se aprueba la norma convencional, atendiendo al aumento de niveles de productividad y enriquecimiento en las empresas, incluso a través, si ello es preciso, de la reducción del coste de la mano de obra en atención a las recomendaciones de la Unión Europea, con muy escasas referencias a la dualidad de géneros<sup>712</sup>. Tal es así que la negociación colectiva se configura más que como freno a situaciones estructurales de desigualdad o instrumento de equiparación

---

<sup>710</sup> Art. 50 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*: “Lavoro delle donne”: L’assunzione e il lavoro delle donne è regolato delle disposizioni di legge in vigore. También referidos a la normativa como objeto cuya protección se encomienda a la Comisión de empresa para la igualdad de oportunidades, art. 5.3 CCNL *Industria Metalmeccanica privata e installazione di impianti*. Art. 18 CCNL *delle banche di credito cooperativo casse rurali e artigiane*.

<sup>711</sup> Art. 50 bis, introducido a través del art.1 gg) del Decreto legislativo de 25 de enero de 2010, n. 5 “*Attuazione della direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego*”.

<sup>712</sup> Paradigmática referencia al personal femenino como elemento que también sirve para potenciar la potencialidad productiva y ocupacional del mercado de trabajo mediante instrumentos que faciliten el encuentro entre oferta y demanda de trabajo y consientan una mayor flexibilidad en el empleo. Premisa ,Tit. I, Secc. IV. *CCNL per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*.

real, como elemento de promoción de la consolidación y desarrollo de las empresas<sup>713</sup>, a través de la acomodación a los constantes cambios e innovación tecnológica<sup>714</sup>.

La situación no es tan desesperante en el contexto convencional español en el que se reconocen con más habitualidad el derecho a todos a la igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo.

### 3.1. Cláusulas de reconocimiento de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo

Las cláusulas de contenido general que instaura el compromiso por la igualdad entre sexos no se configuran ex novo como bien es sabido, en los convenios vigentes en el momento que se escribe, sino que suponen una tónica común en la negociación colectiva europea desde que se asentó la lucha antidiscriminatoria en el ámbito laboral y gracias a acciones como ésta, los avances son más que patentes en el desarrollo de unas relaciones laborales en constante equiparación de los trabajadores subordinados ya sea mediante la erradicación de discriminaciones. En cualquier caso, prevalentemente por su contenido simbólico o pedagógico se mantienen en el mapa convencional más actual<sup>715</sup>.

Los propios interlocutores al más alto nivel reconocen desde el ACN 2003 que las cláusulas generales de igualdad de trato en los convenios son instrumentos adecuados para contribuir a corregir las posibles discriminaciones. Por ello, muchos de ellos recogen el compromiso con la igualdad de género de forma variopinta, aludiendo en algún caso a la igual dignidad entre mujeres y hombres<sup>716</sup>, o considerando que es necesario un esfuerzo en el sector que regulan para avanzar en las políticas de igualdad y prestar especial atención a la conciliación de la vida familiar y laboral, para fomentar una mayor responsabilidad en la asunción de obligaciones familiares entre mujeres y hombres y lograr así la igualdad real y efectiva<sup>717</sup>. Los hay también que estiman necesario establecer un marco normativo general de intervención a nivel sectorial para garantizar que el derecho fundamental a la igualdad de trato y oportunidades en las empresas sea real y efectivo y por ello aluden al deber de confeccionar planes de igualdad en los términos previstos por la ley<sup>718</sup>, o simplemente cumplen con su

---

<sup>713</sup> En ese sentido, premisa de *Ipotesi di accordo* 25 de julio de 2013 per il rinnovo del c.c.n.l. per i dipendenti della piccola e media industria dei settori chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro (en adelante CCNL chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro).

<sup>714</sup> Art. 1 CC *Luxottica*.

<sup>715</sup> Analizan la función simbólica o pedagógica de la norma antidiscriminatoria ÁLVAREZ ALONSO, D., Y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. "Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº132, 2006. LOUSADA AROCHENA, J.F., "Cláusulas generales de igualdad por razón de sexo/género en la negociación colectiva", LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. op.cit. P. 74.

<sup>716</sup> Art. 44 V Acuerdo Sector *Hostelería*. Recoge pormenorizadamente en el art. 45 titulado « No discriminación en las relaciones laborales» medidas para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres, incluidas las de acción positiva aplicables al sector de la hostelería en materia de acceso, promoción, formación, retribución, tiempo de trabajo, protección frente al acoso y demás condiciones de trabajo.

<sup>717</sup> Art. 101 CC *industria textil*.

<sup>718</sup> Art. 70 CC *Calzado*. Art. 38 CC *recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana*.

obligación legal aludiendo al debido respeto de la prohibición de discriminación en la determinación de los grupos profesionales, condiciones de trabajo o remuneración entre trabajadores de uno y otro sexo y precisando la aplicación igualitaria del convenio de acuerdo con las disposiciones vigentes en cada momento<sup>719</sup>.

Se hace notar cómo el compromiso por la igualdad de sexos está más extendido en la negociación colectiva en comparación con otros colectivos necesitados de mayor protección y así, no resulta extraño el tratamiento solo y exclusivo de la igualdad entre mujeres y hombres dentro de capítulos titulados con carácter general «Igualdad» o «Igualdad de oportunidades», dentro del cual incluyen compromisos, principios rectores y bases de políticas activas de promoción de la igualdad de oportunidades en la empresa en cuanto al acceso al empleo, a la formación, a la promoción, a la protección a la maternidad y en las condiciones de trabajo referidos a la cuestión de género<sup>720</sup>. En otro caso, igualmente bajo la tutela general de la igualdad de oportunidades para todos, se refieren a la asunción en su integridad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres rechazando todo tipo de discriminación y reconociendo el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades en los términos que se regulan en la LOIEMH. En aplicación de dicha normativa y para el logro de una igualdad de oportunidades sistemática y planificada se fijan los objetivos de promover la igualdad de oportunidades en cuanto al empleo, la formación, la promoción y el desarrollo en su trabajo, que ambos reciban la misma remuneración por trabajos de igual valor, igualdad en sus condiciones laborales, adecuación tanto a hombres como a mujeres de los puestos de trabajo, las prácticas laborales, la organización del trabajo y las condiciones laborales y todo ello utilizando en general un lenguaje no sexista en cualquier comunicación o información, aunque no se indican el método de materialización de éstos propósitos<sup>721</sup>.

El dispar contenido de las cláusulas generales, así como de su ubicación en el texto convencional hace imposible identificar la lógica y el compromiso general con la igualdad en materia de género que subyace a la intención de los interlocutores sociales. En puridad se trata de valorar, después de esta síntesis de lo que recoge un sintético número de normas convencionales y lo que con ello se aporta como novedad. El resultado de la valoración es negativo, poco o nada innovadores ni efectivos si tratamos de llevar a la práctica unas cláusulas cristalizadas de año en año, inmovibles o estáticas a las que se deben seguir exigiendo concreción y desarrollo<sup>722</sup>.

---

<sup>719</sup> Art. 54.2 CC Banca.

<sup>720</sup> Por ejemplo, el Título IV del CC *construcción*, dedicando solo un artículo, el 115 a la Igualdad de oportunidades y no discriminación; o el Capítulo XV *Igualdad* que solo incluye al art. 61 denominado de la misma forma del CC de *aguas potables y residuales*. DA 3ª CC *Corcho* sobre Igualdad de oportunidades.

<sup>721</sup> Art. 42 CC *industria siderometalúrgica Huesca*. Art. 24 CC *Umano de Seguridad, SL*. Impulsando una cultura de pleno respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, art. Cap. XII, art. 1. Convenio colectivo de *Compañía Española de Petróleos*, Resolución de 4 de diciembre de 2013 (en adelante CC *Compañía Española de Petróleos*). Más sucintamente, *el art. 74 CC Conservas Vegetales*: concienciados en hacer cumplir la ley 3/2007 Ley Orgánica), las empresas están obligada a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres

<sup>722</sup> Como ya era denunciado años atrás por, PÉREZ DEL RÍO, T., “La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres 3/2007. Los Planes de Igualdad en las empresas”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extraordinario de Igualdad, 2007. P. 265-266.

Si bien en Italia, los convenios a nivel nacional instauran con carácter general el principio de igualdad de oportunidades, su integración efectiva en los acuerdos de nivel inferior y la aplicación del mismo dependerá en gran medida de la disponibilidad de cada empresa y de la sensibilidad y determinación de la representación sindical empresarial sobre éste tema. Como advertíamos, de la muestra analizada, pocos convenios en Italia dedican una cláusula independiente al reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres, aunque las excepciones detectadas son un buen ejemplo a seguir por el resto de ellos. Así, el convenio de la potente empresa italiana fabricante de material óptico Luxottica, pone énfasis en su cláusula dedicada a la “Igualdad de oportunidades” en la valoración de la empleabilidad del sector femenino de la población a través de instrumentos como el trabajo a tiempo parcial, exenciones en materia de flexibilidad o a través del uso de los mecanismos de bienestar empresarial (*welfare aziendale*). Para ello además se comprometen a proyectar las adecuadas actividades formativas. Lo anterior será controlado por una concreta comisión que trabajará de forma autónoma con respecto al resto de instituciones de carácter bilateral ya existentes<sup>723</sup>. Sin embargo, pocos se refieren, como decimos, de modo concreto al principio de igualdad profesional entre mujeres y hombres basado en criterios de absoluta paridad aplicable en todo el curso de la carrera profesional de forma transversal<sup>724</sup>.

### 3.2. Elementos de discriminación presentes en la negociación colectiva.

Las dinámicas discriminatorias que impactan por lo general contra el género femenino, se manifiestan a todos los niveles del recorrido realizado por la relación laboral: desde el acceso al empleo, retribución, encuadramiento profesional, pasando por la formación profesional o el ascenso de carrera. Los factores como la organización del sistema formativo, la estructura salarial, el régimen de conciliación entre la vida familiar y laboral, la carencia de representación de las mujeres en los sindicatos, en los cuerpos representativos, entre otros, etc., son aspectos que tienen influencia en la existencia y permanencia de discriminaciones por razón de sexo. Son todas ellas circunstancias que residen dentro de cuatro variables fundamentales que repercuten a efectos de segmentación laboral, a saber, individuales, organizativas, culturales y contextuales<sup>725</sup>.

La negociación colectiva no es una realidad independiente o paralela permeable a los condicionantes externos unido a factores tales como la falta de sensibilización, formación o activismo hacia la materia que ahora nos ocupa. Todo ello favorece la implementación de situaciones discriminatorias a manos precisamente de los negociadores transcritas en convenios colectivos, o bien como producto de sus dificultades de remover las existentes

---

<sup>723</sup> Dedicar a la igualdad de oportunidades cuyo contenido material se limita a promocionar la igualdad entre sexos en su art. 7 k). En el mismo sentido, art. 3 CC *grupo Assimoco*, disposición sobre “*pari opportunità*” CC *Coca Cola Italia* en la que regula el contrato a tiempo parcial, la conciliación entre vida profesional y familiar y la propia igualdad de oportunidades.

<sup>724</sup> A cuyo fin velará la «*Commissione aziendale per le pari opportunità*» Art 3 CC *Consap* “*pari opportunità*”.

<sup>725</sup> TUORTO, D., *Il lavoro difficile. Discriminazione e gruppi discriminati in Italia*, op.cit.P. 68.

### 3.2.1. Discriminación de tipo directo

Serán directamente discriminatorias aquellas medidas que incluye un convenio colectivo en virtud de la cual la persona sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra situación comparable<sup>726</sup>. Es decir, la discriminación puede ser efectiva ya en el momento de su denuncia, tanto si se ha producido, o incluso si existe un riesgo inmanente a una futura discriminación dado los términos en que se configure la cláusula convencional, dando cabida a la figura que se conoce como el «comparador hipotético»<sup>727</sup>. Junto a ello, poco a poco se ha ido evanesciendo la necesidad de seleccionar un término de la comparación válido, que en éste marco resulta rápidamente identificable con una persona del sexo opuesto, ante la existencia de circunstancias que de un modo objetivo y ajeno a comparaciones tiende a colocar a una situación de desventaja a las personas con características que pertenecen de forma natural a uno de ambos sexos como es el embarazo<sup>728</sup>.

Los convenios colectivos escasamente incluyen en su articulado definiciones de éste tipo de discriminación tomando como referencia el concepto legal vigente<sup>729</sup>. Además las formas directas de discriminación laboral hacia las mujeres suelen ser residuales en los textos de los Convenios. Ello es así en tanto la existencia de discriminaciones directas ha sido prácticamente erradicada con no pocas dificultades, gracias en parte a la abundante gama de ejemplos detectados de cláusulas de tal carácter en los primeros años de vigencia de la CE de 1978<sup>730</sup>.

La discriminación directa admite, como se ha analizado, dos grandes excepciones. En primer lugar, la norma comunitaria excluye el efecto discriminatorio cuando sexo de la persona sea esencial para el desarrollo de la actividad laboral y el objetivo perseguido sea legítimo como también lo deben ser los medios utilizados, apropiados y necesarios<sup>731</sup>, interpretables por tanto de un modo restrictivo dado que está en juego un derecho fundamental<sup>732</sup>.

El objeto de la controversia se centrará, en efecto, no en la inexistencia de discriminación, sino en demostrar por qué las actividades profesionales que requieren el empleo de una persona de un sexo determinado en orden a su naturaleza o al contexto en que se realicen. Sin embargo, la excepcionalidad del principio de no discriminación se dirige en principio a los Estados sin que se extienda en principio dicha capacidad a la

<sup>726</sup> Art. 2 Directiva 2006/54/CE; Art. 6 LOIHM.

<sup>727</sup> Figura que describe BALLESTER PASTOR, M.A., “Desigualdades y discriminaciones retributivas. Ultraactividad contractual, comparador hipotético, transparencia salarial y otros fenómenos”. *Trabajo y Derecho*, nº 6, 2015. Versión online. PP. 12ss.

<sup>728</sup> Vid. Cap. I. § 2.3.1.3.

<sup>729</sup> Art. 54.2 CC *Banca*. Solo los menciona, art. 19 *Acuerdo Marco del Comercio o en el art. XII.1 del CC Compañía Española de petróleos*; arts. 11 y 19 CC *sector químico* en materia de ingresos y ascensos respectivamente, del mismo modo que los arts. 6 y 14 CC *industrias transformadoras del plástico de la Comunidad de Madrid*. ; en materia de acciones formativas art. 96 CC *sector textil*; en materia de clasificación profesional, art. 11 CC *sector hostelería* y Cláusula Final Décima CC *industria siderometalúrgica de Huesca*.

<sup>730</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op.cit., PP. 118ss.

<sup>731</sup> Apartado 38 de la STJCE de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, asunto C- 222/84. El asunto resuelve la exclusión de la mujer de la actividad de policía armado. SÁEZ LARA, C., “Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario”, AAVV, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, op.cit.P.341.

<sup>732</sup> Considerando 19, art. 14.2 Directiva 2006/54.



negociación colectiva. Se plantea entonces el interrogante acerca de la capacidad del convenio colectivo de introducir un régimen diferenciador basado en el sexo cuando la actividad de que se trate precise ser desempeñada por hombres o mujeres de forma exclusiva habida cuenta de la tajante prohibición de discriminar por razón de sexo prescrito en el art. 17 ET y que tampoco encajan en las de fomento de la igualdad a las que se refiere el mismo en su apartado cuarto. De nuevo debemos acudir a una norma externa al Estatuto de los trabajadores- art. 5 de la LOIMH aplicable al ámbito público y privado- que modifica la prescripción absoluta de establecer diferencias de trato por ésta causa cuando en razón 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. No existe en la norma española un elenco de circunstancias que avalan dicha excepción que sí se ha dispuesto en la normativa italiana en la que se permite excepcionar el principio de prohibición de discriminación directa por razón de sexo en los ámbitos de la moda, del arte o del espectáculo, así como también cuando se trata de efectuar funciones de trabajo particularmente pesadas cuando sea así indicado por la negociación colectiva<sup>733</sup>.

En segundo lugar, la Directiva de 2006 se refiere a la capacidad de los Estados para prever medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas de cualquiera de los sexos en base a las razones descritas, esencial para la promoción y equilibrio entre ciudadanos trabajadores igualmente justificables. Estas medidas de preferencia o exclusión se incluyen en la categoría de acciones positivas cuyo reconocimiento por parte de pactos convencionales está reconocido y legitimado como instrumento de promoción de la igualdad, como fue puesto de manifiesto en páginas anteriores y se volverá a retomar a continuación<sup>734</sup>.

En otro orden de cosas, podría ocasionar una discriminación de tipo directo si se excluye o no se contemplan las ausencias en el trabajo debidas a incapacidad temporal por embarazo, parto o lactancia natural o suspensión del contrato obligatorio post parto, por adopción o acogimiento o permiso de paternidad de entre las suspensiones contractuales que otorgan derecho a disfrutar de ciertos beneficios como las vacaciones en periodo distinto al pactado aun habiendo finalizado el año natural impuesto por el art. 38 ET<sup>735</sup>. Aunque por la forma en que está redactado podría pensarse que las vacaciones se tienen que disfrutar inmediatamente después de finalizar el periodo de suspensión- derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta...al finalizar el periodo de

---

<sup>733</sup> Art. 27.4 del D. Legs. nº 198 de 2006.

<sup>734</sup> Vid. Cap. I § 4.2.1.2.

<sup>735</sup> Como fuera reconocido por la STJCE de 30 de abril de 1998, *Thibault*, asunto C- 136/95, apartado 29 o *Merino Gómez*, de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01. No lo especifica, dando lugar a una aparente discriminación el art. 30 CC *sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña* que solo excluye el cómputo del periodo en que el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal distintas a embarazo, parto, maternidad, paternidad o lactancia. Curioso resulta la disposición de la cláusula 18.36 del CC Convenio Colectivo *Interprovincial de la Empresa Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana*, Resolución de 16 de septiembre 2016 (en adelante, CC *Interprovincial de la Empresa FGV*), que en alusión a lo previsto en el art. 38 dispone la posibilidad de disfrutar del tiempo restante de vacaciones cuando se produzca el fin de la suspensión del contrato por maternidad, adopción o guarda prevista en el art. 45.1 d)ET, al que no se refiere el propio 38 ET y no se hace mención a los periodos de suspensión que sí otorgan éste derecho de disfrute alternativo de las vacaciones - apartados 4 y 5 del artículo 48- salvo en caso de paternidad que cabrá el disfrute posterior y continuado solo si suspensión se realiza a jornada completa. Por el contrario, se aquietan a la regulación legal la mayoría de ellos. A modo de ejemplo, art. 37 CC *industria textil.*; Art.47 CC *industria química*; art. 73.5 CC *Construcción*; art. 26.4 CC *sanidad privada Burgos*; art.14 D) CC *industria siderometalúrgica de Huesca*.

suspensión-, ellas también se tendrán que acordar con el empresario<sup>736</sup>. Sin embargo, consideramos que la negociación colectiva debe incorporar como medida de acción positiva que el momento en que deba ésta disfrutarse sea el escogido por la trabajadora ante lo que el empresario solo pueda denegar de forma muy justificada, sin necesidad de que se disfruten inmediatamente después de recibir el alta, lo que en todo podrá ser objeto de límite temporal<sup>737</sup>. Por tanto, para evitar tales riesgos se reconoce en algún convenio como principio general el de recoger que las ausencias debidas a la maternidad no perjudiquen a las trabajadoras a la hora de percibir determinados pluses (permanencia, asistencia, etc.) y algunos complementos salariales que pueden originar discriminación (disponibilidad, antigüedad, etc.)<sup>738</sup>.

Al margen de los elementos excepcionales brevemente descritos, lo más común es que el convenio colectivo incluya cláusulas tendentes a discriminar a un determinado sexo sin invocar o exponer un motivo aparente de justificación. Como se advirtió, las cláusulas discriminatorias han desaparecido prácticamente del panorama convencional, con excepción de algunas cláusulas que atesoran una idea de inferioridad de la mujer trabajadora mediante la atribución de puestos ubicados en un nivel profesional de baja cualificación y escasa remuneración. Se trata por lo general de puestos de trabajo descritos en femenino que cristalizan una práctica habitual y que es asimilada con normalidad en la sociedad<sup>739</sup>. Por ello, es preciso trabajar más incisivamente por la eliminación de los estereotipos que siguen provocando la utilización de la fuerza laboral de la mujer en puestos de trabajo de responsabilidad inferior, o en tareas definidas como básicas o cotidianas, de atención o cuidado o destreza manual. Para ello, es necesaria una labor igualmente incisiva en la sensibilización al respecto de los aplicadores de la normativa sobre empleo y ocupación, especialmente de los empresarios y de los propios interlocutores sociales del nivel empresarial.

### 3.2.2. Discriminación de tipo indirecto

La discriminación indirecta supone la colocación de un sexo determinado en una posición de particular desventaja efectiva, es decir, si la desventaja ha afectado al trabajador en razón a su género se ha producido-no se refiere a la discriminación potencial, como la discriminación indirecta- razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato sobre la base de una finalidad legítima y además si los medios para

---

<sup>736</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”. *Relaciones Laborales*, nº 1, 2017. P. 28. Así lo establece el art. 32 CC *enseñanza privada concertada*.

<sup>737</sup> Como ejemplo, el art. 25 CC *empresa Decathlon España S.A.* prevé que la trabajadora podrá unir su período vacacional al período anterior o posterior a la baja por maternidad, aún siendo fuera del año en curso, reconociendo el mismo derecho a los trabajadores con respecto al permiso de paternidad previsto en el art. 48 bis ET. En el mismo sentido, art. 16 CC *del sector del comercio de alimentación de A Coruña*. Resolución de 11 de junio 2013.

<sup>738</sup> Art. 46.6 Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, Resolución de 8 de mayo 2013 (en adelante CC *sector de limpieza de edificios y locales*).

<sup>739</sup> Vid. *infra* §3.3.

alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios<sup>740</sup>. La discriminación de tipo indirecto puede efectuarse, no obstante, frente al trabajador individualmente considerado, pese a que la demostración de su existencia se facilitará cuando la medida pueda afectar desproporcionalmente a más mujeres que hombres o viceversa<sup>741</sup>. Mientras que las normas españolas reproducen fielmente el contenido de la directiva en éste punto, el ordenamiento italiano endurece la justificación de la diferencia de trato. En efecto no será discriminatoria no solo cuando venga sustentada en un objetivo legítimo y los medios empleados para su consecución sean apropiados y necesarios, sino que la misma se ha de fundamentar en requisitos esenciales para el desarrollo de la actividad, requisito que se ha considerado excesivamente restringido viniendo a anular incluso la valoración acerca de la proporcionalidad o idoneidad del medio empleado<sup>742</sup>.

La discriminación, como es sabido, puede provenir de un régimen convencional que estructure una determinada condición o derecho de modo objetivo o neutro que, sin embargo, tiende a producir desventajas en un determinado sexo<sup>743</sup>. En la práctica, es frecuente que surjan dudas de discriminación de tipo indirecto por razón de sexo derivada de la aplicación de cláusulas convencionales. Tal efecto perjudicial puede provocar el sistema de cómputo de trabajo real a efectos del disfrute de determinados derechos del que se detraen los días que el empleado hubiese consumido por IT u otro tipo de suspensión derivadas de embarazo o maternidad/paternidad. En éste orden, causa discriminación indirecta aquel sistema de remuneración complementaria flexible, por el tiempo efectivamente trabajado o de asistencia en el puesto de trabajo, cuando no computen los periodos de incapacidad temporal o disfrute de permisos y licencias justificados cuando entre aquellos se sitúan los que la trabajadora disfruta por causas relacionadas con la maternidad<sup>744</sup>. La negociación colectiva que podría ser clave en la solución de éste tipo de discriminaciones, según afirma el TS, en ocasiones elimina del cómputo de presencia real las jornadas de inasistencia durante cualquier tipo de suspensión<sup>745</sup>, o directamente no se refiere a ello, colocando una posible causa de

---

<sup>740</sup> Art. 2.1 b) Directiva 2006/54/CE. La ley italiana recoge la discriminación indirecta también si la desventaja no se ha materializado según se estableció en el decreto legislativo 145/2005 de 30 de mayo que modificaba la ley de 10 de abril de 1991, n. 125, en materia de acciones positivas. Vid. GUAGLIANONE, L. “Le discriminazioni basate sul genere”, op. cit. P. 269. En la actualidad, art. 25.2 del Código de igualdad de oportunidades. En España el concepto se incorpora a través de la STC 145/1991 de 1 de julio. Posteriormente reiterado en las SSTC 147/1995, de 16 de octubre de 1995, 240/1999, de 20 de diciembre de 1999, 250/2000 de 30 de octubre de 2000, 253/2004, de 22 de diciembre de 2004, 3/2007, de 15 de enero de 2007 etc. Solo referido a la desventaja actual en la ley española, art. 6 LOIMH.

<sup>741</sup> SSTJCE de 13 de julio 1989, asunto *Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung*, asunto C- 171/88; de 7 de febrero de 1991, *Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, asunto, asunto C-184/89; de 27 junio 1990, *Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg*, asunto C-33/89.

<sup>742</sup> En ese sentido, BALLESTRERO, M.V. “Igualdad de género y relaciones laborales. La protección antidiscriminatoria en el derecho laboral italiano”. *Relaciones Laborales*, nº 1, Sección Crónica internacional y comunitaria, tomo 1, Editorial LA LEY 2009.P. 1025ss.

<sup>743</sup> En la jurisprudencia española resulta relevante la STC 145/1991 de 1 de julio FF JJ. 2 y 3, primera en acoger la denuncia de discriminación indirecta por la distinta retribución que un convenio establece entre las categorías de limpiadoras y peones, a pesar de que se le atribuye el mismo valor a las funciones desempeñadas, sin que existan elementos objetivos que justifiquen la diferencia de trato retributivo.

<sup>744</sup> STS de 27 mayo 2015. RJ 2015\3148, en la que se estima contrario al Derecho antidiscriminatorio por razón de sexo la ausencia de cómputo de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto a efectos del cálculo de la retribución flexible.

<sup>745</sup> Así, Anexo 7, sección 1 del CC *Nissan Buena*, aplicable en los centros de Cantabria, no considera a efectos de devengo del premio de puntualidad o asistencia la ausencia de cualquier tipo aunque sea por causa justificada o comporte el abono de retribuciones o prestaciones económicas como en caso de determinados permisos o licencias.

discriminación indirecta sobre las mujeres que durante el año en que dan a luz o dispongan la reducción de su jornada, no percibirán el premio o el aumento referido<sup>746</sup>.

Similares circunstancias también sobresalen en el análisis convencional en Italia especialmente en los convenios colectivos de empresa que regulan en amplia proporción la atribución de premios de productividad o resultado para cuyo cálculo se utiliza como criterio de determinación la presencia real del trabajador. Aunque en muchos casos los criterios de determinación de la parte variable de la retribución no se refieren a la presencia efectiva del aquel, en ocasiones prevén expresamente que no computarán los periodos de ausencia ante la suspensión por maternidad al montante final<sup>747</sup>, mientras que oportunamente algún otro declara prohibido que los periodos de suspensión obligatoria por embarazo y maternidad puedan constituir motivo de exclusión de los premios de productividad empresarial<sup>748</sup>.

Indicios de discriminación indirecta sugieren igualmente aquellos sistemas de promoción aparentemente neutros pero que adoptan un sistema de selección último que recae única y exclusivamente sobre el empresario sin que sus decisiones puedan ser objetos de control. Para evitar así sospechas de discriminación de tipo indirecto como la que se cierne por el sistema de promoción para funciones de mando o para el desempeño de puestos de confianza de la empresa sin establecer ningún criterio siquiera de prohibición de discriminación<sup>749</sup>, sería preciso en éstos casos permitir la entrada a la representación de los trabajadores en la evaluación de candidatos, así como someter a un carácter restrictivo los puestos que indefectiblemente se someten a la libre voluntad de elección empresarial<sup>750</sup>.

En línea con lo anterior, aunque es patente en muchos convenios el compromiso por procurar la igualdad entre mujeres y hombres también en materia de ascensos y promociones en aras a convenir el patente «techo de cristal» que impide la promoción vertical de la mujer, incluso interponiendo si es necesario acciones positivas<sup>751</sup>, resulta

---

<sup>746</sup> No se refiere a ello para el cómputo del tiempo de trabajo a efectos del Premio de presencia, art. 6, apartado II CC *compañía española de petróleos*.

<sup>747</sup> Por poner algunos ejemplos, art. 48 CCNL *ABI*; Solo computan 5 meses de ausencia por permisos relacionados con el embarazo o el parto; art. 19.4 CC *SMA, S.p.A.* Exclusión del periodo de ausencia obligatoria por maternidad y otros permisos que la negociación colectiva nacional de sector previese como retribuidos; en parecidos términos, art. 34.1.6 CCNL *Mobilità, area contrattuale attività ferroviarie*; Art. 12 b) *Accordo territoriale per i dipendenti degli Studi professionali nella provincia autonoma di Bolzano-Südtirol entre Confprofessioni Südtirol / Alto Adige y ASGB Commercio, FILCAMS CGIL/AGB, FISASCAT SGB /CSIL, IULTUC/UIL, Trentino Alto Adige, Südtirol de 2014-2016* (en adelante *AT estudios profesionales Bolzano*) que excluye del derecho al premio de productividad territorial durante el tiempo que el trabajador disfrute del permiso parental. Art. 13.3. II A) CC *Luxottica*, premio de resultado individual: No computan a efectos de determinar el premio individual las horas de ausencia por permiso de maternidad facultativo, así como de excedencias no retribuidas. No computan los periodos de ausencia por permisos retribuidos, suspensión obligatoria y /o anticipada por maternidad, lactancia, permisos previstos por la ley, en la determinación del premio de resultado del art. 14 bis CC *Rome International School*. El art. 5 del CC del *banco di Brescia*, firmado en 2015, solo incluye entre los destinatarios del premio de empresa a quienes por causa de enfermedad se ausentan de la empresa durante un periodo no superior a 10 meses.

<sup>748</sup> Art. 3 CC *Consap*.

<sup>749</sup> Anexo IV, 1.1, 1º CC *Nissan Motor Ibérica NDS-B*.

<sup>750</sup> El art. 26 CC *aguas potables y residuales*, prevé la participación de las y los representantes de los trabajadores y trabajadoras para velar por su imparcialidad del proceso de selección para ocupar la vacante o promocionar, siempre que se trate de un cargo que no dependa de la libre designación del empresario. También precisa la participación en la elaboración de las bases para las pruebas, como en los Tribunales de calificación la representación de los trabajadores el art. 14 CC *para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios*. El comité de empresa debe velar porque en procesos de selección de personal se cumpla con el principio de igualdad de sexo, Anexo I G) CC *Harinas panificables y sémolas*.

<sup>751</sup> El art. 24.2 ET establece que las reglas en materia de acceso a categorías profesionales y ascensos deben ser comunes para ambos sexos, sin discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva. Mandato que considerado poco operativo en tanto no existen procedimientos adecuados para garantizar un sistema objetivo de valoración de

indirectamente discriminatoria por razón de sexo la imposibilidad de participar en procedimientos de ascenso cuando se encuentre el trabajador en situación de excedencia voluntaria o forzosa, o en la de incapacidad provisional en la fecha de finalización del plazo de admisión de solicitudes. Éste tipo de discriminación será sufrida por mujeres que de forma proporcionalmente mayor se adhieren al disfrute de los periodos previstos para el cuidado de hijo o padecen circunstancias incapacitantes como consecuencia del embarazo o el parto, siempre que no se dispongan de los medios necesarios para hacer partícipes a éstas trabajadoras en procesos de ascenso y los motivos que excluyen su toma en consideración son objetivos, razonables y los medios utilizados proporcionados<sup>752</sup>.

### 3.3. Medidas de acción positiva en materia de género

Son los poderes públicos a los que por mandato legal y constitucional corresponde el deber de remover las barreras para que la igualdad en sentido sustancial sea plena o cuanto menos alcanzable por el sexo menos representado en la realidad laboral<sup>753</sup>. Sin embargo, aunque el art. 17.1 ET parecía claro en el sentido de vetarlas a los instrumentos convencionales, no ha existido impedimento a la participación de la negociación colectiva en la búsqueda por la igualdad sustancial por razón de sexo y por ello ya habían sido contempladas incluso antes de que el ET se alineara con los planteamientos de la Unión de dar más protagonismo a los interlocutores sociales en éste ámbito, incorporando en su apartado cuarto un permiso expreso a la inclusión de las mismas<sup>754</sup>. Efectivamente, fueran toleradas por el Tribunal de justicia de la UE y concretadas por las instituciones europeas<sup>755</sup>, así como por el propio Tribunal Constitucional, viniendo a avalar las medidas que se funden la presencia de ese elemento diferenciador ante lo cual se debe llevar a un más cuidadoso análisis de las causas subyacentes en la diferenciación<sup>756</sup>. De éste modo, son previstas como mecanismo de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres ya en el ACN 2003, que exhorta a la negociación de los niveles inferiores a introducirlas para fomentar el

---

puestos de trabajo por BALLESTER PASTOR, M.V., *Diferencia y discriminación por razón de Sexo en el Orden Laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.P.54.

<sup>752</sup> Se excluye del proceso de selección para promocionar en el empleo el trabajador solicitante que se halle en situación de excedencia voluntaria o forzosa, o en la de invalidez provisional en la fecha de finalización del plazo de admisión de solicitudes, Anexo IV, 2.2.2 b) *Nissan Motor Ibérica NDS-B*.

<sup>753</sup> Así lo establece la ley española en su art. 11 LOIMH; o la italiana en su art. 42 D.Legs. 198/2006 *Codice delle pari opportunità*.

<sup>754</sup> Incorporado en España mediante el art. 42 LOIMH. En Italia, art. 43 D. Legs. *Codice delle Parti Opportunità* permite que los actores sociales las impulsen. En Francia están permitidas las medidas temporales dirigidas solamente a beneficio de la mujer, art. L1142-4 del Código de Trabajo.

<sup>755</sup> Primero con medidas no vinculantes, como la resolución del Consejo de 12 de julio de 1982 acerca de la promoción de la igualdad de oportunidades, la Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984 para el inicio por parte de los Estados miembros de programas de acción afirmativa a favor de las mujeres o la Recomendación del 24 de noviembre de 1987 con relación a la especial importancia de la formación profesional para la integración laboral igualitaria del colectivo femenino. BALLESTER PASTOR, M.A., "Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marshall)" *Relaciones Laborales*, Nº 18, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 16 al 30 Sep. 1998, pág. 725, tomo 2, Editorial LA LEY. P. 749.

<sup>756</sup> STC 28/1992 de 9 marzo, RTC 1992\28, por primera vez admite la previsión de acciones positivas en materia de género en un convenio colectivo siempre que se establezcan para favorecer la promoción del trabajo de la mujer, finalidad que no cumple la atribución de un plus de transporte nocturno, medida proteccionista que no justifica la exclusión de los hombres en su disfrute.

acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones, a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentadas<sup>757</sup>.

La ley las contempla como disponibles, circunstancia que ha sido criticado porque no se apuesta por su uso intensivo, sino que se refiere a ellas con carácter general y como mera opción a ejecutar de forma voluntaria por los interlocutores sociales<sup>758</sup>. Así, se destaca que en ningún caso se podrán imponer al empresario, a menos que lo hubiese asumido voluntariamente como obligación al negociar un convenio colectivo<sup>759</sup>, pues en todo caso el art. 85 ET impone el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres pero no a acordar sobre ellas y desde luego no se exigen en virtud del art. 17.4 ET<sup>760</sup>. Algo similar sucede en el ámbito comparado. En Francia desde la ley de 1983 en materia de igualdad de género en el ámbito laboral son viables las medidas de acción positiva de éste tipo y pueden ser previstas en el seno tanto de convenios colectivos de sector o acuerdos colectivos extendido como en aplicación de planes de igualdad profesional entre mujeres y hombres<sup>761</sup>.

Si bien el establecimiento de acciones positivas solo es exigible a las empresas obligadas a la elaboración de un Plan de Igualdad, el establecimiento de las mismas trata de ser fomentado a través de la dotación de subvenciones públicas que incluyan la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes<sup>762</sup>. No es extraño en los países de nuestro entorno que el Estado promueva activamente su adopción como sucede en Italia donde los sindicatos y empresarios podrán solicitar la financiación correspondiente para el pago total o parcial de proyectos de acciones positivas presentados en base al programa-objetivo que contempla el Código de Igualdad de Oportunidades<sup>763</sup>. Concebidas como medidas de carácter voluntario, sobre todo por las posibilidades de financiación, se han convertido en aquél país en una de las manifestaciones típicas de la negociación colectiva aunque se sigue señalando la debilidad del modelo de acción positiva en la realidad convencional italiana probablemente causada por el escaso empoderamiento de los actores sociales en materia de igualdad entre mujeres y hombres<sup>764</sup>. En algunos de los

<sup>757</sup> Incluidas en los ANC 2005 y 2007, desaparecidas de los I AENC y II AENC y señaladas de nuevo en el III AENC.

<sup>758</sup> El grupo parlamentario mixto propuso una enmienda al precepto que las contempla en el sentido de hacerlas exigibles, no solo posibles, por considerarlo más conveniente. Enmienda nº 29 BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 92-10, de 22/11/2006.

<sup>759</sup> En los términos que admite la LOI, art. 43 FABREGAT MONFORT, G. *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, op.cit. PP 29ss.

<sup>760</sup> A ello se refiere, por ejemplo, el art. 70 CC *Calzado*; Art. 78 CC *Perfumerías y afines*; DA 2ª CC *sector de la industria hostelería y turismo de Cataluña*.

<sup>761</sup> Arts. L1142-3 y 4 del Código de trabajo.

<sup>762</sup> Art. 35 LOIMH.

<sup>763</sup> Arts. 44. y 45.

<sup>764</sup> GOTTARDI D., "Verifica empirica dei progetti di azioni positive finanziati e conclusi", GAROFALO, M. G., (Coord.), *Lavoro delle donne e azioni positive*, op.cit. PP.33ss. Algunos convenios nacionales de sector que las contemplan son Art. 1.7, Parte Primera CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*. Precisamente para valorar el cumplimiento de la recomendación europea así como la normativa nacional al respecto, las partes podrán solicitar encuentros a nivel de empresa, art. 7 CCNL *Occhialeria Anfao*. Art. 21 CCNL *tessile, occhialeria, industria, Anfao*. En parecidos términos, Art. 65 CCNL *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavandería, Occhialeria 2008*. renovado en 2014. Sucintamente el art. CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso* se comprometen a realizar encuentros entre las partes para examinar acciones positivas que puedan derivar de la aplicación de la normativa nacional. En parecidos terminos, art. 12 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti in cotto, cemento ed affini*. Art. 56 *Contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori dipendenti delle imprese esercenti attività nel settore metalmeccanico ed affini artigiani, CESAC, FAP y FESICA CONFSSAL, CONFSSAL FISAL 2010* renovado en 2013 hasta 2016 (en adelante CCNL *Metalmeccanico-Artigianato*).

convenios que las prevén se incluyen como propósito de las partes que concuerdan en la necesidad de realizar estudios e iniciativas sobre la introducción de acciones positivas para fomentar la igualdad entre hombres y mujeres a favor de éstas últimas mediante encuentros con el fin de examinar las acciones positivas que pueden entablar para el ámbito de aplicación del convenio colectivo<sup>765</sup>. Para llegar a dicho objetivo, en otros, proponen la creación de un grupo de trabajo que podrá disponer esquemas de proyectos de acciones positivas, tras verificar la existencia de presupuestos de factibilidad, a los que posteriormente darán difusión y realizarán evaluaciones de su impacto<sup>766</sup>. En esta misma línea, otros convenios atribuyen a las partes sociales a nivel territorial, provincial o empresarial el deber de celebrar encuentros periódicos con el fin de realizar acciones positivas a favor de la ocupación femenina, a cuyo fin se crearan comités de igualdad de oportunidades, encargados de proyectar y realizar las iniciativas que hayan sido dispuestas en este sentido, utilizando para ello los recursos públicos disponibles<sup>767</sup>. Por último, algunos convenios atribuyen a las comisiones de paridad entre hombres y mujeres la función de coordinar las actividades de las comisiones territoriales, entre las que señalan las medidas de flexibilidad horaria legitimadas por la propia ley<sup>768</sup>.

En España la normativa convencional al respecto resulta más escasa. Además de las que veremos en el siguiente apartado, son más abundantes las referencias en convenios de sector como medidas adoptables<sup>769</sup>, viniendo a ser contempladas por lo general como contenido de los Planes de Igualdad<sup>770</sup>, mientras que son casi inexistentes las referencias en convenios empresariales o provinciales. Algunas comisiones para la igualdad tienen encomendadas las funciones de proponer medidas específicas a las empresas a las que se aplica el convenio<sup>771</sup>. En comparación pues, podemos advertir que las carencias en la práctica convencional española se identifican con la ausencia de actuaciones periódicas, de control o participación continua de las partes sociales en la implantación de medidas de igualdad como así se perfila en la práctica convencional italiana, a menos que la empresa haya aprobado un plan de igualdad.

### 3.3.1. Cuotas de participación obligatoria vs. preferencias

Sin bien, la exigencia de paridad en las candidaturas –entre el 40% y el 60%- ante las agrupaciones políticas establecidas en la norma son perfectamente acordes con la

<sup>765</sup> Art. 49 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e geso*.

<sup>766</sup> art. 12 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*.

<sup>767</sup> Art. 97 CCNL *settore edile ed affini Conflavoro e C.I.L.S.*. La misma función se encomienda a los comités paritarios que articulan el Observatorio Nacional en el sector al que se aplica el CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*, dispuesto en el art. 1.

<sup>768</sup> Art. 5.1 CCNL *industria metalmeccanica privata e istalazione di impianti*.

<sup>769</sup> En materias como el acceso al empleo, clasificación, promoción, formación, retribución, etc. art. 20 *Acuerdo Marco del Comercio*. En materia de promoción, art. 20 *Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería*.

<sup>770</sup> A modo de ejemplo, parte del contenido predeterminado del plan de igualdad; art. 71 *CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria*; art. 74 *CC elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio*, art. 75 *CC industrias transformadoras del plástico de la Comunidad de Madrid*; art. 45 *CC Industria Siderometalúrgica de Huesca*; DA 2ª *CC Repsol Química*.

<sup>771</sup> Art. 71 *CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria*.

Constitución según declaró en la STC 12/2008, de 29 de enero<sup>772</sup>, en tanto aquellas responden a un criterio de desarrollo de la igualdad material ex. art. 9.2 CE, la imposición a través de la negociación colectiva no podría encontrar el mismo fundamento en el entendido de que solo a los poderes públicos corresponde la labor de corregir, promover y dar efectividad a la igualdad material en los términos en que la configura la norma constitucional. El fundamento de su legitimidad no se extrae de dicho precepto, sino de la libertad de negociación contemplada en el art. 37 CE y de forma expresa sobre la base del art. 17.4 ET que permite establecer reservas y preferencias-pero no exclusiones-en las condiciones de contratación clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado.

La habilitación legal a un sistema de tipo rígido que trate de integrar al sexo menos representado no ha estado exento de críticas por quienes consideran que el establecimiento de cuotas supone el abandono del principio de mérito y capacidad en aras a la justicia redistributiva y suponen la eliminación del derecho a ser juzgado como individuo para serlo como perteneciente a un grupo<sup>773</sup>, o bien quien sostiene que la fijación de cuotas en el acceso al empleo infringiría la concepción de igualdad de oportunidades fijada en las instancias judiciales, debiendo limitarse por tanto la acción afirmativa a tratos preferenciales<sup>774</sup>. Si bien a tal sector doctrinal no le falta parte de razón, su adopción se justifica en la desigualdad real cuya rectificación demanda la prohibición de discriminación pero por su carácter restrictivo solo es viable cuando no existe otra medida que facilite el acceso de la mujer al trabajo menos restrictiva de la igualdad formal y son por ello necesariamente aplicables de forma temporal<sup>775</sup>.

Como se ha visto, el Tribunal de Justicia de la UE ha avalado la legitimidad de las medidas de acción positiva preferenciales por razón de sexo dentro de convenios colectivos a través de una jurisprudencia evolutiva que pasa por considerarlas en principio contrarias a la igualdad formal, para después concebirlas como una excepción a la misma hasta finalmente configurarlas como una concreción de la igualdad material compatible con el derecho a la igualdad formal en tanto se respeten determinados límites y requisitos<sup>776</sup>. En consecuencia, la normativa comunitaria fue reformada con el fin de asegurar la compatibilidad de las medidas de acción positiva de establecimiento de cuotas o preferencias con el derecho antidiscriminatorio lo que hizo al Tribunal revisar sus consideraciones y avalar la existencia de dichas medidas en aplicación de un

---

<sup>772</sup> Que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, y recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, en relación con el art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General así como de otros preceptos relacionados tras las modificaciones introducidas por la LO 3/2007, que imponen la composición equilibrada de mujeres y hombres de las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

<sup>773</sup> GOZALEZ POSADA MARTINEZ, E. "Bases para una discusión sobre el concepto de igualdad y no discriminación en el derecho comunitario", en AA.VV. *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de las relaciones laborales, op.cit. P.515.

<sup>774</sup> ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, op.cit. 127.

<sup>775</sup> En ese sentido, MERCADER UGUINA, J. "Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales", CRUZ VILLALON, J., MERCADER UGUINA, J., GOERLICH PESET, J.M. (Dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011. P. 2671.

<sup>776</sup> Vid. supra. Cap. I, § 4.2.2.



principio de igualdad sustancial siempre que se dé la equivalencia de méritos y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tome en consideración las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos<sup>777</sup>.

Nuestra legislación en éste sentido es bastante ambiciosa, más que la de otros países vecinos como Italia donde el legislador se limita a incluir entre los contenidos de las acciones positivas la promoción de la incorporación de la mujer en las actividades, sectores y niveles en los cuales se encuentran subrepresentadas y en particular en lo tecnológicamente avanzados y en los niveles de mayor responsabilidad<sup>778</sup>. El ordenamiento español es incluso más permisivo que el europeo que, interpretado por el TJ el sistema de cuotas rígidas, solo las ampara cuando permitan que sean tenidas en cuenta otras circunstancias personales y no se impongan de un modo automático. De hecho, cabría someter a la legislación española a un juicio de conformidad con el Derecho europeo ante la permisibilidad en el establecimiento de reservas mediante una ley o un convenio sin exigir la demostración de la idoneidad de la contratación o promoción del sexo menos representado, requisito únicamente exigible ante la disposición de preferencias en la negociación colectiva, pero no cuando las instaure el legislador ni cuando se trate de una cuota de reserva.

En todo caso, el legislador ha entendido que la negociación colectiva es un cauce adecuado para establecer acciones positivas de preferencia por el sexo infrarrepresentado o de reserva por razón de sexo siempre que sean razonables y consagradas de acuerdo con los valores e intereses que deben tenerse en cuenta en el ámbito de las relaciones laborales, el sector o rama al que se aplicarán, sobre todo necesarias en aquellos sectores como el de la construcción o la siderurgia mayoritariamente ocupado por hombres. En cambio, resulta llamativo que no incorpore las exclusiones por razón de género entre las medidas de acción positivas adoptables en un convenio, pese a que se recoge en la LOIMH la opción legítima de excluir a quienes no porten la característica relacionada con el sexo exigida como requisito profesional esencial y determinante para acceder a un empleo cuando la exigencia se deba a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo y siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Desde un punto de vista jurídico pues, se deberá hacer una lectura sistemática entre el art. 17.4 ET y el art. 5 LOIMH a los efectos de amparar una medida basada en el sexo que excluya a uno de los dos géneros del acceso al empleo, pero solo cuando exista ésta justificación expresa y no cuando con ella se discrimine de forma injustificada y desproporcionada al sexo preterido, resultando contraria tanto al art. 17.1 ET como al 14 CE<sup>779</sup>.

Por ahora, la negociación colectiva, al menos dentro de la muestra de convenios analizada, se suele limitar al impulso de una presencia equilibrada de la mujer en los

---

<sup>777</sup> SSTJCE C-158/97, de 28 de marzo de 2000, asunto *Badeck.*, 6 de julio de 2000, 407/98, Asunto *Abrahamsson* y de 19 de marzo de 2002, C-476/99, Asunto *Lommers*. Las contemplan de éste modo los arts. 23 de la CDFUE, 157.4 TFUE y 3 de la Directiva 2006/54.

<sup>778</sup> Art. 42.2 e) D. Legs. 198/2006, *Codice delle pari opportunità*.

<sup>779</sup> Vid. supra. Cap. I, § 4.3.2.

ámbitos de la empresa<sup>780</sup>, solo referido a puestos de responsabilidad<sup>781</sup>, apuesta por la paridad entre sexos dentro del grupo profesional dando preferencia al sexo menos representado pero en las mismas condiciones de idoneidad para ser contratado en prácticas o para la formación<sup>782</sup>, preferencia por el género subrepresentado en caso de empate para el acceso a determinados puestos<sup>783</sup>, o simplemente reproduciendo el tenor literal del art. 17.4 ET en cuanto al establecimiento de preferencias del sexo menos representado en el acceso y condiciones laborales<sup>784</sup>. En otras ocasiones la técnica jurídica puede resultar ineficaz cuando se alude a que la acción positiva se concreta en un deber del empresario de establecer exclusiones, reservas y preferencias en las condiciones de contratación o ascensos sin que se interpongan los medios mediante los cuales se hará efectiva<sup>785</sup>.

Huelga decir que el cumplimiento de las mismas se encuentra prácticamente a la deriva pues de entre todas estas disposiciones originales, ninguna de ellas aparece un mecanismo de control o seguimiento<sup>786</sup>. Ciertamente se trata de un sistema de promoción de la paridad, pero que introduce cierta dosis de inseguridad al dejar en manos del empresario la decisión acerca del método cualitativo y cuantitativo en que materializar el deber de otorgar preferencias a la contratación. Es deber de los representantes de los trabajadores en cualquier caso, velar por que la solución discriminatoria no sea llevada a cabo, incluso elaborando informes periódicos al respecto que evalúen el nivel de cumplimiento de ésta medida de acción positiva.

En el Derecho comparado, en Italia, a pesar de que la jurisprudencia constitucional habría aceptado el establecimiento de cuotas o preferencias en el marco del derecho privado y que las mismas no se encuentran expresamente prohibidas por la ley de igualdad de oportunidades<sup>787</sup>, en cambio de la muestra de convenios italianos tomada, podemos afirmar que no son frecuentes las referencias a acción positiva de preferencia del sexo menos representado y mucho menos aún el imponer cuotas de contratación mínima, salvo algún caso aislado en que las partes permiten a las empresas, previo acuerdo, definir porcentajes mínimos de acceso a través de determinadas modalidades

---

<sup>780</sup> Art. 115.1 d) CC *construcción*.

<sup>781</sup> El art. 46.5 CC incluye como principio general del convenio colectivo el establecimiento de cuotas en términos de porcentajes de mujeres y hombres para lograr una distribución más equilibrada en los puestos de responsabilidad.

<sup>782</sup> Art. 19 y 20 CC *enseñanza privada*.

<sup>783</sup> Plan de Igualdad de Oportunidades Entre Mujeres y Hombres de F.G.V., Anexo III CC *Interprovincial de la Empresa FGV*.

<sup>784</sup> Art. 44 CC *peluquerías, instituto de belleza y gimnasios*. Art. 46 CC *sector de limpieza de edificios y locales*. Arts. 18 y 19.2 CC *industria química*. En los mismos términos art.53 CC *para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines*. Contempla medidas de acción positiva a favor del sexo menos representado que puedan establecerse en el ámbito de la empresa en materia de acceso, promoción profesional y ascensos, art. 45 *Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería*. Art.13 CC *industrias transformadoras del plástico de la Comunidad de Madrid*.

<sup>785</sup> Art. 11 en materia de ingresos y 19.2 en materia de ascensos *CC general de la industria química*. Permite establecer cupos o reservas en materia de formación, art. 45.4 V *acuerdo sector Hostelería*. Arts. .6 en materia de contratación y 14 sobre ascensos CC *industrias transformadoras del plástico de la Comunidad de Madrid*.

<sup>786</sup> Considera que las medidas de acción positiva tienen escasas posibilidades de prosperar mientras se mantenga la discrecionalidad empresarial, ESTEVEZ GONZÁLEZ, M.C., "El tratamiento del género y la no discriminación en el empleo. Balance de situación", ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*. Cinca, Madrid, 2008. P. 228.

<sup>787</sup> Por analogía consideramos que son admisibles porque el TC italiano cuando advierte que si bien la ley no podía imponer cuotas rígidas reservadas a la mujer en el electorado pasivo concretamente en las elecciones a consejeros en ayuntamientos, las admitiendo sean adoptadas por partidos políticos, asociaciones o grupos que participen en las mismas y lo prevean en sus estatutos o reglamentos internos. Sent. Cort. Cost. 422/1995 de 12 de diciembre de 1995. Conforme con el principio de igualdad sustancial contenido en el art. 3 CI, BALLESTRERO M.V., "Igualdad y acciones positivas: problemas y argumentos de una discusión infinita". *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 29, 2006. P. 74.

de contratación y asumiendo ciertos requisitos que han de establecerse en sede empresarial<sup>788</sup>.

### 3.3.2. Planes de igualdad

También en la normativa comunitaria se encuentra el origen de la articulación planificada de una política antidiscriminatoria al nivel de empresa, aunque prescindiendo de toda referencia a su previa negociación con los interlocutores sociales<sup>789</sup>. La adaptación de la directiva a la legislación española, en cambio, otorga un rol fundamental a los mismos en la configuración del deber de negociar planes de igualdad. Se trata de acuerdos adoptados en el seno de un convenio colectivo, de un acuerdo ad hoc o en ausencia de pacto en los supuestos en que la ley lo exige, por decisión del empresario. En él, como es bien sabido, se han de plasmar un conjunto de medidas coherentes con la realidad empresarial en la que se aplica, después de haber efectuado un diagnóstico de la situación, que incluirá además técnicas de la gestión y control de los objetivos propuestos y los resultados obtenidos de forma periódica.

Otros países miembros, como Francia, se contemplan exigencias similares a través de dos mecanismos. En primer lugar, es obligatorio negociar de forma anual acuerdos para la igualdad profesional y salarial entre mujeres y hombres a nivel de empresa cuando la empresa emplea al menos a 50 trabajadores incluyendo las medidas que serán dispuestas en atención a los objetivos marcados. En defecto de pacto, las empresas deben elaborar cada año un plan de acción de contenido similar en lo que a la promoción de la igualdad entre sexos se refiere. En todo caso, el incumplimiento de la elaboración del acuerdo para la igualdad profesional o en su defecto del plan de acción, está condicionado por el establecimiento de una sanción de tipo económico<sup>790</sup>. Pese a todo, algún autor apunta a la ineficacia del establecimiento de la obligación de negociar por parte de las empresas planes de igualdad en materia de género<sup>791</sup>.

En España, la ley de igualdad entre mujeres y hombres de 2007 introdujo el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en la LOIMH. La introducción de un deber de negociar plantea dudas interpretativas que giran en torno a dos asuntos principales. En primer lugar, la eventual lesión del principio de libertad negocial, que impide injerencias externas a la

---

<sup>788</sup> En cumplimiento del art. 42 del Código de Igualdad de Oportunidades, art. 17.7 CCNL *Mobilità, area contrattuale attività ferroviarie*.

<sup>789</sup> Art. 8 ter Directiva 2002/73 recogido en el art. 21.3 Directiva 2006/54/CE.

<sup>790</sup> Art. L2242-8 Código de trabajo respecto al deber de negociar un acuerdo en el ámbito de la empresa. El art. L2242-9 dispone la sancionabilidad del incumplimiento.

<sup>791</sup> URTEAGA, E., "Las políticas de discriminación positiva en Francia". *Revista de Sociología*, vol. 95, nº 1, 2010. P. 163.

<sup>792</sup> A favor de la posibilidad de contemplar la obligación de negociar un plan de igualdad en convenio extraestatutario, LOUSADA AROCHENA, J.F., "El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad", op.cit. p. 44. En sentido contrario, RUANA ALBERTOS, S., VICENTE PALACIO, A., "Artículo 45. Elaboración y aplicación de los planes de igualdad", GARCÍA NINET, J.I. (Dir.), *Comentarios a la ley de igualdad*. CISS, Valencia, 2007.PP. 362-364. Por el contrario, al remitir la norma a la regulación que de ello realice la norma laboral y habiéndose introducido la modificación al art. 85 ET, parece claro que se refiere a la negociación estatutaria.

propia voluntad de los sujetos negociadores y por otro lado se plantea la duda de la acomodación tolerable del art. 45 LOIEMH y el 85 ET con la Directiva 2006/54/CE en tanto ésta solo exige al Estado alentar a los interlocutores sociales a negociar medidas de igualdad, mas no imponerlas. En todo caso, la introducción por dicha norma del deber de negociar no ha sido constitucionalmente impugnada por violar el contenido esencial del art. 37 CE. En nuestra opinión no parece que sea contraria al reconocido derecho fundamental pues si bien exige la obligación de entablar negociaciones al respecto, no impone llegar a un acuerdo. Aunque algunos pretenden derivar de tal exigencia el deber de cerrar el pacto, es la propia norma la que disipa las dudas al respecto en tanto se refiere al «deber de negociar, y en su caso, acordar» tales medidas. Tampoco se establece la obligación de adoptar un plan de igualdad, sino de negociarlo y en última instancia, en caso de desacuerdo, será adoptado unilateralmente por el empleador. No obstante, a la empresa le quedará siempre la obligación de su adopción siempre que supere los doscientos cincuenta trabajadores empleados, a adoptar como medidas de igualdad a las que acabamos de aludir o si el convenio superior lo impone. Sin perjuicio de lo anterior, su ausencia en el contenido final, eso sí, podría poner de manifiesto una sintomática existencia de discriminaciones ocultas, sistémica o estructural.

Otra cuestión será si esas medidas pueden ser negociadas en convenios extraestatutarios, entendiendo que, salvada la exigencia de negociación a la que alude el art. 85 ET, nada lo impediría. Parte de la doctrina, en cambio, considera que la norma se refiere a un convenio estatutario y no a uno extraestatutario, mientras que algún autor defiende la capacidad de los convenios de eficacia limitada para acometer este tipo de pactos<sup>792</sup>. En todo caso, no serán adoptables aquellas medidas contenidas en el pacto cuyo contenido pueda trascender del ámbito personal de aplicación al contener medidas de carácter general-como son las referidas a la clasificación profesional, promoción y formación o retribuciones-, si bien es cierto que al ser únicamente el empresario quien obligado o no a perfeccionar un plan de igualdad, podrá extender su aplicación a todos los trabajadores sin que sea necesaria una adhesión al mismo, siempre que con ello no se trate de defraudar el derecho a la libertad sindical y a negociar planes de igualdad en el seno del convenio colectivo.

Su negociación y aprobación en España será voluntaria, previa consulta con los representantes de los trabajadores, cuando la empresa no supere el total de 250 trabajadores siempre que no se contemple de forma prescriptiva en el convenio colectivo aplicable. Por último, es de obligada elaboración cuando la autoridad laboral así lo determine en sustitución de sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan. Si como el tejido productivo español representa un pequeño porcentaje de empresas que superan los 250 trabajadores, se esperaba que se generalizara la adopción

---

<sup>792</sup> A favor de la posibilidad de contemplar la obligación de negociar un plan de igualdad en convenio extraestatutario, LOUSADA AROCHENA, J.F., “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad”, op.cit. p. 44. En sentido contrario, RUANA ALBERTOS, S., VICENTE PALACIO, A., “Artículo 45. Elaboración y aplicación de los planes de igualdad”, GARCÍA NINET, J.I. (Dir.), *Comentarios a la ley de igualdad*. CISS, Valencia, 2007.PP. 362-364. Por el contrario, al remitir la norma a la regulación que de ello realice la norma laboral y habiéndose introducido la modificación al art. 85 ET, parece claro que se refiere a la negociación estatutaria.

de los mismos también en empresas de menor dimensión no vinculadas a un convenio que exija su elaboración, incentivadas con apoyo económico y técnico así como impulsados por la promesa de recibir distintivos de parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales<sup>793</sup>. Lo cierto es que normalmente los convenios colectivos de sector recogen el deber de negociar planes de igualdad limitándose a reproducir los términos de misma la ley, sin que se adopten pautas específicas a desarrollar<sup>794</sup>. Por otra parte, algunos convenios sectoriales exigen la realización de un plan de igualdad a empresas que no alcanzan los 250 trabajadores unido a la exigencia de una tasa de empleo femenino inferior al 50%. El compromiso es aún mayor cuando además se prevé que en el supuesto de que las empresas no tengan medios propios para la tramitación correspondiente, la Comisión de Igualdad Sectorial, establecerá los mecanismos para conseguir las ayudas y las formalidades necesarias para elaborar dichos planes<sup>795</sup>. Otros menos impositivos solo recomiendan que en las empresas de menor dimensión se negocien medidas similares a las que se refiere el plan de igualdad<sup>796</sup>. En fin, otros convenios de empresa imponen el deber de negociar un plan de igualdad en el centro de trabajo en el que se aplica el convenio colectivo en desarrollo del art. 45 LOIMH<sup>797</sup>.

Sin embargo otros destacan por su nivel de detalle y concreción no solo del procedimiento de diagnóstico de la situación y el contenido del mismo, sino también determinando los objetivos que debe contener el plan de igualdad o las competencias de las empresas y los representantes de los trabajadores en la elaboración de los planes de igualdad, como es el caso del Convenio Colectivo nacional de Industria Química<sup>798</sup>. Pese a ello, llama la atención que dentro del mismo se hagan eco de una división sesgada de roles laborales dentro de las empresas considerando que la Ley Orgánica 3/2007 «deberá ser interpretada siempre en términos de razonabilidad teniendo en cuenta que las plantillas de las empresas son producto de una decantación natural en el tiempo que obedecen a unos antecedentes conectados con los del propio mercado de trabajo y el empleo y una menor participación histórica de las mujeres en las tareas de producción». Ello no obsta, sigue la cláusula, para que a partir de entonces los empresarios procuren y faciliten la plena incorporación de la mujer a todas las tareas o puestos de trabajo existentes, previo recordatorio de la inexistencia de discriminación 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. Son éstas evidencias que, a nuestro modo de ver, no resultan positivas y tienden a justificar la prórroga o cristalización de la existente segmentación laboral por cuestión de género.

---

<sup>793</sup> Las medidas de fomento de planes de igualdad en PYMES están recogidas en los arts. 49 y 50 LOIMH.

<sup>794</sup> Reitera el deber de confeccionar planes de igualdad en empresas de más de 250 trabajadores en los términos previstos en la ley, art. 54.3 CC Banca. En los mismos términos, art. 115 CC Construcción; DF 7ª CC enseñanza privada. Anexo III CC sanidad privada Burgos.

<sup>795</sup> Art. 101 CC industria textil. Empresas con más de 100 trabajadores. Empresas con más de 150 trabajadores, art. 44 CC peluquerías, institutos de belleza y gimnasios.

<sup>796</sup> Art. 54.3 CC Banca o 70.3 CC Calzado.

<sup>797</sup> DF 9ª Nissan Motor Ibérica NDS-B.

<sup>798</sup> Arts. 104 a 109. Bastante pormenorizado resulta igualmente la descripción acerca del concepto, diagnóstico de la situación, objetivos, competencia de la Empresas y la representación legal de los trabajadores y trabajadoras en la elaboración de los Planes de Igualdad y funciones de la Comisión Paritaria en materia de igualdad de oportunidades, del art. 43 del CC de la industria Siderometalúrgica de Huesca. Del mismo modo, art. 72 a 75 CC industrias transformadoras de plástico de la Comunidad de Madrid. Arts. 47 a 50 V Acuerdo Sector Hostelería.

Particularmente completa resulta también la regulación de los planes de igualdad que deberán confeccionar cada empresa del grupo Repsol YPF, estableciéndose al efecto no solo un conjunto de objetivos a perseguir y contenido mínimo a contemplar, sino también la necesidad de elaborar una memoria bianual en materia de igualdad encomendada a la mesa de igualdad que recoja los resultados de las operaciones llevadas a cabo por el conjunto del grupo, así como la realización con carácter anual de informes sobre los principales índices en materia de igualdad y conciliación. En cualquier caso, la financiación para las actividades propuestas provendrá de los recursos aportados por el grupo Repsol YPF, al margen de las ayudas o subvenciones públicas que pudiesen obtener. Precisamente en cumplimiento de los objetivos contenidos en anteriores planes de igualdad elaborados en el seno del Grupo Repsol YPF, la mesa de igualdad ha elaborado el código de buenas prácticas en materia de igualdad y conciliación con el objetivo de evitar discriminaciones y favorecer la igualdad de oportunidades en las empresas de dicho grupo<sup>799</sup>. Es importante señalar, en suma, que las partes no determinan una vigencia temporal limitada a dicho acuerdo, pues su vocación y compromiso va más allá de una vigencia concreta. Lo que pretende el Plan no es otra cosa que establecer una cultura en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, que forme parte de los valores de las empresas en su conjunto y que, por tanto, sus positivos resultados se proyecten con una duración indefinida.

Las carencias que en los contenidos de éstos planes, salvo excepciones como las aquí señaladas, ponen de manifiesto la necesidad de procurar la actualización y formación constante de los miembros de la mesa que intervienen en el desarrollo del plan, para cualificarlos en materias como políticas sociales y Derecho de la Unión Europea, legislación y normas de aplicación en nuestro país o políticas generales y de igualdad en materia de género propuestas por las organizaciones Sindicales Europeas.

Los problemas aplicativos que pueden surgir con ocasión de la adopción de planes de igualdad en el seno de la estructura de la negociación colectiva son fácilmente detectables. En primer lugar, por la ausencia de mecanismos de revisión y control llevados a cabo por la persona o personas designadas para ello. Por otra parte, si la exigencia de elaborar un plan de igualdad es fruto de un convenio colectivo de empresa, cabría preguntarse si pueden ser inaplicados cuando existan causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que imposibiliten la consecución de los objetivos contenidos en ellos -ex art. 82.3 ET-. Esta posibilidad, no obstante, queda eliminada por la propia norma al especificar que el procedimiento de inaplicación no podrá afectar ni a las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género ni a las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la misma. Sin embargo, pueden ser imaginables determinadas vías de elusión al mismo cuando contengan disposiciones sobre condiciones generales sometidas al poder de modificación sustancial unilateral como puede ser el sistema salarial o el horario de trabajo desde un punto de vista del efecto discriminatorio indirecto que podría provocar. Asimismo, el procedimiento de

---

<sup>799</sup> VIII Acuerdo Marco Grupo Repsol, DA 1ª XI CC *Repsol Química, SA*.

inaplicación se contempla como necesario cuando se inaplica un convenio de eficacia general, es decir, será teóricamente intocable en cuanto a incorporado a un convenio de tales características mas no si es fruto de un acuerdo ad hoc o de la voluntad unilateral del empresario.

Para corregir este tipo de situaciones, algún convenio determina la imposibilidad de que el acuerdo por el que se adopte la inaplicación de un convenio en la empresa suponga el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o en el Plan de Igualdad<sup>800</sup>, o más restrictivamente ceñido a cuanto dispuesto para evitar discriminaciones retributivas<sup>801</sup>. Sin embargo, éste deber solo será susceptible de cumplimiento cuando efectivamente exista un plan acordado colectivamente, pues la negociación colectiva de sector igualmente impone un deber de negociar, mas no de acordar a niveles inferiores.

En definitiva, debemos confiar en que se produzca en éste contexto una suerte de «corresponsabilización empresarial»<sup>802</sup>, que al parecer, no está todavía en su momento más álgido dado que ha quedado patente en la práctica la baja predisposición de las empresas en la negociación de planes de igualdad. En efecto el establecimiento de éstos planes ha tenido desde su implantación un desarrollo desigual –según sectores de actividad–, a pesar del importante incremento del número de los ya negociados y acordados, pero de momento alejado de lo que posibilita la ley o convenios sectoriales que acordaron extenderlos a empresas con plantilla inferior a lo indicado por la ley<sup>803</sup>. Éstos datos negativos se justifican en parte por el alcance de las sanciones por incumplimientos de las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio de aplicación señalado como infracción grave con una multa aparejada en cuantía variable de 626€ a 6.250 €, cuantía poco disuasoria para quienes se niegan a negociar o lo llevan a cabo de mala fe<sup>804</sup>.

#### 4. ACCESO AL EMPLEO Y CONDICIONES LABORALES

Es precisamente la etapa precontractual la más expuesta a riesgos de discriminación de la mujer dada la libertad que concierne al empresario para contratar personal y la escasa

---

<sup>800</sup> Art. 35 XVII *industria química*. Prohíbe afectar al cumplimiento de obligaciones relativas a discriminaciones retributivas por razones de género así como las establecidas en materia de «jornada» y «horario y distribución de tiempo de trabajo» en la Ley para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres el art. 31 CC *Convenio Colectivo para la Industria de Aserrió y fabricación de envases y paletas de madera para la región de Murcia*. Resolución de 11 de febrero 2013 (en adelante, CC *Aserrió y fabricación de envases y paletas de madera Murcia*).

<sup>801</sup> Art.17.3 CC *construcción*.

<sup>802</sup> Tarea de la implicación del empresario de gran calado, define ESCUDERO RODRIGUEZ, R. “Márgenes y retos de la negociación colectiva...”, op. cit. P. 198. Sobre los problemas de contenido, aplicativos y de control, LUJÁN ALCARAZ, J., SELMA PENALVA, A., “Planes de igualdad”, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. op.cit. PP. 455ss.

<sup>803</sup> Punto 326, Programa de acción y documentos aprobados en el 10º Congreso de CCOO, Madrid, 21 a 23 de febrero de 2013.

<sup>804</sup> Arts. 7.12 que lo señala como infracción grave y 40.1 b) donde se fija la cuantía. La sanción será la correspondiente a faltas muy graves cuando el incumplimiento se produzca de la obligación de realizar un plan de igualdad como medida sustitutoria a la sanción accesoria impuesta ante la existencia de incumplimientos muy graves en caso de discriminación directa o indirecta por razón de sexo que ascienden a 6.251€ en su grado mínimo y 187.515 € en su grado máximo. Arts. 46 bis.2 y 40.1c). A Vid. FABREGAS MONFORT, G. *Los planes de igualdad como obligación empresarial*. 2 Ed. Bomarzo, Albacete, 2009. PP. 92ss.

participación de los representantes laborales en los procesos de selección en los que medien sistemas de control y verificación de la neutralidad del proceso de contratación. Evitar la discriminación en éste momento resulta crucial además mediante técnicas convencionales de fomento de la contratación femenina y acceso a un empleo digno y estable<sup>805</sup>, preferentemente de tipo indefinido y tratando de eliminar el sesgo profesional que se produce en determinadas profesiones dominadas fundamentalmente por mano de obra femenina. Es en éste momento cuando cobran plena eficacia las medidas de resultado y las que tratan de fomentar el acceso al empleo de la mujer en condiciones de igualdad mediante la exigencia de criterios de selección objetivos y adecuados al perfil del trabajador que se busca.

#### 4.1. Contratación

En nuestro país, como en muchos otros, industrializados o no, es patente una estructura laboral fuertemente dividida por sexos en relación sobre todo con ciertos sectores de actividad y con determinadas profesiones, pero también se evidencia la segmentación en el modelo de contratación preferido para las mujeres, donde con diferencia, ocupan un alto porcentaje de contratos a tiempo parcial así como temporales. La libertad de contratación matiza el contenido del derecho a ser tratado de forma igual pero no obsta a la aplicación de una tutela discriminatoria de tipo negativo y positivo. En cuanto al primero se trata de introducir mecanismos que eviten el acceso al empleo por la condición de género y para dar contenido al segundo, medidas de fomento del empleo estable de calidad y atención a las circunstancias personales del trabajador que se adapten a la ejecución del trabajo y no al contrario.

En páginas anteriores ya nos referimos a las acciones positivas de reserva o exclusión del sexo menos representado. Ahora es el momento de qué forma se materializan, si es el caso, medidas de fomento a la contratación de personal femenino o en búsqueda de un equilibrio entre géneros.

##### 4.1.1. Contrato indefinido

El nivel Interconfederal ha mostrado preocupación por el fomento del empleo indefinido de las mujeres trabajadoras. La primera manifestación al efecto la encontramos en el ACN 2005 que recoge la consideración de que los convenios colectivos incidan en la conversión de contratos temporales a contratos fijos adoptando de criterios que favorezcan a las mujeres que, en igualdad de condiciones y méritos, se encuentren afectadas en mayor medida que los hombres por el nivel de temporalidad,

---

<sup>805</sup> Por ello considera contenido necesario de los Planes de Igualdad medidas de fomento de acceso de las mujeres al empleo MONFORT FABREGAS, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial*. Bomarzo, Albacete, 2009. P. 55.



mientras que el ACN 2007 insiste en que los convenios colectivos deberán seguir avanzando en la asunción de las competencias que la legislación laboral traslada a la negociación colectiva en materia de contratación indefinida de grupos de población con mayores dificultades en el ámbito laboral como las mujeres. Sin embargo, el problema de la temporalidad une a otros colectivos en riesgo de exclusión social y quizás por éste motivo, los últimos AENC abandonan el anterior enfoque de género.

En ocasiones se acude a la contratación indefinida de la mujer gracias al establecimiento de bonificaciones públicas establecidas al efecto<sup>806</sup>, y aunque las estadísticas arrojen en los últimos tiempos una tendencia a la equiparación del nivel de contratación indefinida a tiempo completo con respecto a los nuevos asumidos, la realidad demuestra una menor tasa de empleo indefinido a tiempo completo de la mujer. Ésta circunstancia desgraciadamente no se ve combatida por la negociación colectiva que no establece en sus convenios medidas positivas dirigidas a la contratación indefinida de la mujer o a la conversión de contratos temporales o parciales en indefinidos.

#### 4.1.2. Contrato temporal

La crisis económica muestra asimismo una tendencia hacia el equilibrio de la temporalidad entre hombres y mujeres favoreciendo a su vez la «flexibilidad en el margen» referida a la tendencia a la desregulación de este tipo de contratos a la vez que se ha flexibilizado el despido de contratos indefinidos<sup>807</sup>. No obstante, en todo el mundo la tasa de empleo temporal es levemente superior entre mujeres que entre hombres<sup>808</sup>.

En ocasiones las normas legales han previsto modalidades de contratación bonificadas para el acceso al empleo del personal femenino. En Italia, el contrato de inserción (contrato de inserimento), derogado por la reforma laboral italiana de 2015 introducía la reducción del 50% de la contribución del empresario por la contratación por tiempo determinado de mujeres con más de 6 meses en desempleo si residían en determinadas zonas del país o veinticuatro meses con independencia de la zona en la que habitaran. Tras la inserción de ésta liberalización de la contratación temporal surge el problema de la eficacia de convenios colectivos que todavía exigen el cumplimiento de un

---

<sup>806</sup> Por conversión en indefinido del primer contrato de empleo joven y también si proceden de una ETT, conversión en indefinido del trabajador en prácticas o para la formación y el aprendizaje de la propia empresa o si proviene de ETT, contrato a jóvenes de entre 16 y 30 y mayores de 45 años inscritos en las oficinas de desempleo cuando se trata de una mujer subrepresentada en la ocupación a ocupar, víctimas de violencia de género, mujeres con discapacidad, conversión de trabajo en prácticas, de relevo y sustitución en empresas de menos de 50 trabajadores. Fuente: Bonificaciones / reducciones a la contratación laboral. Gobierno de España, Ministerio de Empleo y Seguridad social, Servicio Público de Empleo Estatal, enero 2017.

<http://www.empleo.gob.es/es/informacion/contratos/contenidos/cuadrocontratosfomentoempleo.html>. en Italia, incentivos para la contratación de la mujer, tanto a tiempo determinado como indeterminado cuando sean desempleadas más de 24 meses, o de 6 meses si residen en áreas desventajosas, o son empleadas en un sector económico o en una profesión caracterizados por una disparidad ocupacional de género, art. 4.12 ley 92/2012 en materia de reforma del mercado de trabajo en una perspectiva de crecimiento.

<sup>807</sup> OTAEGUI, A. “El deterioro laboral de las mujeres como efecto de la crisis”. Fundación 1º de Mayo, Madrid, 2014. P.11. ORTIZ GARCÍA, P., “Flexibilidad laboral en el mercado de trabajo español”. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, nº 32, 2013. P. 97.

<sup>808</sup> En todos países europeos encontramos diferencias porcentuales rondan los dos puntos de diferencia entre hombres y mujeres en cuanto a temporalidad. Fuente:[http://noi-italia.istat.it/index.php?id=7&user\\_100ind\\_pi1\[id\\_pagina\]=98](http://noi-italia.istat.it/index.php?id=7&user_100ind_pi1[id_pagina]=98)

razonamiento objetivo y causal para estipular contratos temporales. Doctrina y jurisprudencia parecen ir en la línea de considerar vigentes tales cláusulas a las que no le afecta una suerte de nulidad sobrevenida en atención al principio de la autonomía de la voluntad colectiva y bajo la premisa de la intangibilidad del convenio colectivo<sup>809</sup>. Algunos convenios, de hecho, señalan a grupos de trabajadores que preferentemente han de ser contratados bajo la modalidad temporal acausal entre los que destacan las mujeres con más de 40 años de edad<sup>810</sup>. No obstante, siempre cabrá la aplicación discrecional del nuevo régimen legal por sujetos no adheridos a las partes firmantes del convenio<sup>811</sup>.

En España, en cambio, las medidas de fomento de la contratación temporal acausal que se introdujeron en 1984 hoy están superadas<sup>812</sup>. No existen contratos estrictamente acausales, aunque es frecuente que entre aquellos se incluyan los que no se justifican en orden a causas organizativas o productivas (formativos, de fomento del empleo de jóvenes o personas con discapacidad, de relevo, algunas relaciones laborales de carácter especial, regímenes singulares vinculados a la investigación pública o de personas en riesgo de exclusión social por empresas de reinserción)<sup>813</sup>.

Los convenios no reparan apenas sobre el modo en que los contratos temporales pueden favorecer o desfavorecer por razón de sexo, más que referirse a determinadas condiciones que puedan tener un impacto indirecto sobre aquellos. A modo de ejemplo, podrá suponer un beneficio indirecto para las mujeres que cuyo porcentaje de temporalidad es superior al de los hombres la inclusión de éste personal en los planes de formación de las empresas<sup>814</sup>. Particularmente necesarias son las técnicas de corrección de la situación de precariedad de los contratados temporales dirigidas a proteger los derechos derivados de la maternidad con independencia de la duración del contrato. Siendo ésta la finalidad, algunos convenios recogen la norma legal que exige la interrupción del cómputo de la duración del contrato en prácticas o para la formación debido a situaciones de riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento o riesgo durante la lactancia y paternidad<sup>815</sup>. En cambio, en Italia la suspensión del contrato de aprendizaje está concebida como una posibilidad asumible

---

<sup>809</sup> GRANDI, G.Z., SFERAZZA, M., “La storia progressa: continuità e discontinuità nel contratto a termine”, CARINCI, F., GRANDI, G.Z. (Coords.) *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78. P.21.* Adapt Labour Studies E-Book Series, nº30, 2014. P. 21. TIRABOSCHI, M. TOMASSETTI, P., “Il nuovo lavoro a termine alla prova dei contratti collettivi”, TIRABOSCHI, M., (Coord.), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in. 16 maggio 2014, n. 78.* Adapt Labour Studies E-book Series, nº 25, 2014. P. 28ss. Entre otros muchos, art. 1 Sección 3ª, Título II CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti* o art. 9 CC *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini.*

<sup>810</sup> Art. 26 A), a) CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale.*

<sup>811</sup> D'ANTONA, M., “Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione oggi”. *Dir. Lav. Rel. Ind.* 1998. PP.665 ss.

<sup>812</sup> Vid. TAHORIA CORTÉS, L., “El modelo español de contratación temporal”. *Temas Laborales*, nº 64, 2002. PP. 117-139.

<sup>813</sup> CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de Derecho del Trabajo.* 9ª Ed. Tecnos, Madrid, 2016. PP. 181-183. Recogidos en la Guía de Contratos publicada por el Servicio de Empleo Estatal en Enero de 2017.

<sup>814</sup> En desarrollo del art. 15.7 ET, art. 88 XVII CC *industria química.*

<sup>815</sup> Art. 18 CC sector *fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados.* Resolución de 12 de febrero 2016 (en adelante CC *yesos, escayolas, cales y sus prefabricados*); Art. 25.4 CC *Construcción*: Art. 6 CC *Aserrío y fabricación de envases y paletas de madera Murcia*; Art. 34 CC *Industria Siderometalúrgica de Huesca*; Art. 15. VI CC *empresa Decathlon España S.A*; Art. 9 Convenio Colectivo *para la empresa Barnett Hoteles SL*, resolución de 29 de abril 2015 (en adelante CC *Barnett Hoteles S.L.*)

por la negociación colectiva o el contrato individual refiriéndose a los casos de suspensión involuntaria de duración superior a 30 días<sup>816</sup>.

#### 4.1.3. Contrato a tiempo parcial

Atendiendo a la duración reducida de la jornada, tradicionalmente el sexo femenino se ha encargado de acaparar el empleo a tiempo parcial que representa una de las principales formas de flexibilidad en el mercado de trabajo en España, realidad extendida a todos los países europeos en mayor o menor medida<sup>817</sup>. Ha sido éste un terreno abonado por la jurisprudencia del tribunal de Luxemburgo en torno a la discriminación indirecta por razón de sexo que provoca el establecimiento de condiciones de trabajo diferenciadas entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial cuando afecta negativamente un porcentaje mayor de mujeres<sup>818</sup>. Además, con independencia de la tutela antidiscriminatoria, una directiva específica acoge el Acuerdo celebrado por los interlocutores sociales europeos en el que se prohíben la discriminación de trabajadores con contrato a tiempo parcial en sus condiciones de empleo<sup>819</sup>. No obstante la realidad de lo afirmado anteriormente, los estudios de la EPA elaborados en los años de la crisis económica muestran una fuerte subida en el empleo a tiempo parcial del personal masculino<sup>820</sup>. De forma paralela, crece además el porcentaje de jornada parcial involuntaria<sup>821</sup>.

Parte de la doctrina considera insatisfactoria la solución que ofrece el trabajo a tiempo parcial para la incorporación de la mujer al mercado laboral dado que estos trabajadores se encuentran poco integrados en la empresa y tienen dificultades para participar en los procesos de promoción profesional<sup>822</sup>. Sin embargo, en España sigue siendo una modalidad contractual preferida por muchas mujeres para llevar a cabo la conciliación

---

<sup>816</sup> Art. 42 g) D.lgs. 81/2015 de 15 de junio. Sin embargo, existe un Decreto del Presidente de la República de 25 noviembre de 1976, n. 1026 que impone en su art. 7 la ausencia de cómputo de los periodos de abstención obligatoria y facultativa derivada de la maternidad de la duración del contrato de aprendizaje que contrasta con ésta nueva norma. Se refiere a la suspensión por embarazo y maternidad, por ejemplo, el art. 31. b) CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI*. Fuente Eurostat, LFS, serie anual. Datos actualizados a agosto de 2015.

<sup>818</sup> Entre las más destacables, SSTJCE STJ de 31 de marzo de 1981, *Jenkins*, asunto 96/80, discriminación indirecta por el establecimiento de diferencias retributivas entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial; de 13 de mayo de 1986, *Bilka*, asunto 170/84, discriminación indirecta por diferencias retributivas entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial; de 13 de julio de 1989, *Rinner-Kühn v. Fww Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. Kg*, asunto 171/88, sobre salarios por enfermedad pagados por el empleador del que se excluye a los trabajadores a tiempo parcial; de 13 de diciembre de 1989, M.L. *Ruzius-Wilbrink*, asunto C-102/88, discriminación indirecta de la disposición del ingreso mínimo social reservado a los asegurados afectados por una incapacidad laboral transitoria que hayan trabajado precedentemente a tiempo parcial y limite el importe de la prestación al salario percibido con anterioridad; de 27 de junio de 1990, *Kowalska*, asunto C-33/89, discriminación indirecta ante la exclusión del pago de un subsidio transitorio, en caso de extinción de la relación laboral, a los trabajadores a tiempo parcial; de 7 de febrero de 1991, *Helga Nimz*, asunto C-184/89 discriminación indirecta por el cómputo no íntegro de la antigüedad de los trabajadores a tiempo parcial; de 23 de octubre de 2003, *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main y Silvia Becker v. Land Hessen*, asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02, discriminación indirecta por el cálculo de la pensión de jubilación de los funcionarios a tiempo parcial distinta que a los trabajadores a tiempo completo; de 10 de marzo de 2005, *Vasiliki Nikoloudi*, asunto C-196/02, discriminación indirecta por exclusión de las trabajadoras a tiempo parcial del servicio de limpieza de la posibilidad de formar parte del personal estatutario y por la exclusión total del empleo a tiempo parcial en relación con el cálculo de la antigüedad

<sup>819</sup> Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 Relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, cláusula 4.

<sup>820</sup> Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

<sup>821</sup> Entre las razones alegadas por los trabajadores a tiempo parcial, un alto porcentaje afirma que se debe a no poder encontrar trabajo a tiempo completo (71,9€ hombres y 60,1% mujeres). Razones del trabajo a tiempo parcial según grupos de edad en España Fuente INE actualizado hasta 2015.

<sup>822</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., *Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo*, op.cit. P. 22.

de su vida profesional con el cuidado de su hogar y familia en atención a un reparto de roles que asigna preponderantemente a la mujer las tareas anteriores<sup>823</sup>. Es por ello que se incentivan este tipo de contratos como supuesta fórmula de conciliación, que a la postre ocasiona que la mujer obtenga menos ingresos, más dificultades en el desarrollo profesional o menor nivel de protección social tanto en lo que respecta a la cantidad a recibir en concepto de prestación por desempleo o de pensión de jubilación<sup>824</sup>. En efecto, la línea guía de los interlocutores sociales se debe articular en base al reconocimiento del trabajo a tiempo parcial como instrumento funcional a la flexibilidad y articulación de la prestación laboral favorable tanto a exigencias de la empresa como a las necesidades del propio trabajador<sup>825</sup>. Por ello resulta conveniente su promoción bajo el presupuesto de un uso sostenible con la intención de facilitar la solución de a problemas de carácter social como puede ser el trabajo de la mujer, pero no como perjuicio para la misma<sup>826</sup>.

Precisamente para lograr aquel cometido de la conciliación mediante éste tipo de contratos, el Estatuto permite renunciar al pacto de horas complementarias para atender a necesidades familiares una vez cumplido un año desde su celebración. En algunos convenios se mejora éste régimen añadiendo a la posibilidad de renuncia total el derecho a su exclusión parcial con un máximo de 2 meses al año y siempre que esos meses no coincidan con los de mayor actividad del centro<sup>827</sup>. En otro caso se reconoce el derecho de dejar en suspenso el pacto de horas complementarias, sin renunciar a él o anularlo, por circunstancias tales como la realización de estudios oficiales, realización de exámenes, enfermedad grave, operación o fallecimiento de familiares hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad o por causa de concurrencia acreditada de realización de otro trabajo. Para este supuesto no se precisa un periodo mínimo de ejecución del pacto, por lo que es viable en cualquier momento, precisando solo la previa comunicación a la empresa y la acreditación suficiente del hecho que faculta al trabajador para suspender dicho pacto<sup>828</sup>. Además, la norma permite al convenio modular el porcentaje máximo de horas complementarias que pueden ser pactadas con el trabajador cuyo contrato de trabajo supere las 10 horas semanales en cómputo anual, con un máximo del 60%, que a falta de acuerdo se sitúa en el 30%, entendiendo que cuanto mayor sea el porcentaje, más flexibilidad puede ser introducida al contrato de trabajo en beneficio del empresario. Es común que los convenios fijen el tope inferior a la cifra más alta permitida<sup>829</sup>. Finalmente, algún convenio utiliza como límite de su aumento al 50% siempre que las mismas se realicen como continuación de la jornada

---

<sup>823</sup> Según los datos ofrecidos por el Informe el deterioro laboral de las mujeres como efecto de la crisis, mientras que un 21% de mujeres afirma realizar una jornada a tiempo parcial de forma voluntaria para compatibilizar el trabajo con el cuidado familiar, éste mismo motivo solo causa el cauce del trabajo a tiempo parcial entre hombres en un 2.01%. P. 15.

<sup>824</sup> Una crítica a la idea de la parcialidad como medida de conciliación en ORTÍZ GARCÍA, P., "El trabajo a tiempo parcial ¿una alternativa para la mujer en tiempos de crisis?". *Sociología del trabajo*, N° 82, 2014. PP. 73-92.

<sup>825</sup> Finalidad sancionada por la Directiva europea 97/81/CE en su considerando quinto undécimo y por el segundo párrafo del preámbulo y cláusula primera del Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial y la jurisprudencia del TJUE.

<sup>826</sup> En ese sentido, art. 22 *Occhialeria Anfao*.

<sup>827</sup> Art. 20.5 *elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio*.

<sup>828</sup> Art. 16 CC VI CC *Decathlon España S.A.*

<sup>829</sup> Art. 13.7 CC *industria química*. Art. 8.8 CC *Sector de Industrias Transformadoras de Plásticos de la Comunidad de Madrid*, Art. 16 VI CC *Decathlon España S.A.* El art. 19 B CC *de la industria textil* lo eleva a 40% y también el art. 20 del CC del sector de *elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio*, mientras que el art. 32 CC *peluquerías, institutos de belleza y gimnasios* lo fija en el 30% legal. En ese mismo sentido, art. 21 CC *enseñanza privada* o el art. 15 CC *Limpieza Cáceres*.

diaria inicialmente pactada, limitando de ésta forma la excesiva flexibilidad con las que pueden ser impuestas las horas complementarias por parte de la empresa<sup>830</sup>.

Con las excepciones que han sido mencionadas, la negociación colectiva en España se remite en bloque al régimen estatutario en el que también se avala la transformación del contrato a tiempo parcial con carácter voluntario, de acuerdo con lo previsto por la directiva europea de aplicación<sup>831</sup>. El empresario solo está obligado a informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes y tomar en consideración las solicitudes de transformación, en la medida de lo posible.

En todo éste régimen legal los convenios solo están llamados a promover medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional tras haber sido eliminadas las referencias a la capacidad de la negociación colectiva sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior, para establecer requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, cuando ello estuviere motivado principalmente por razones familiares o formativas aunque algún convenio prevé la prioridad de transformación a tiempo parcial de quienes formen parte del sexo menos representado<sup>832</sup>. También desaparece la referencia a la negociación colectiva para establecer el procedimiento y requisitos para hacer efectiva la preferencia de transformación a los trabajadores que habían modificado previamente su contrato de tiempo completo a parcial o los ya empleados por la empresa durante tres o más años en términos de parcialidad, aunque en algún convenio vigente ésta se mantiene<sup>833</sup>. Tales cláusulas, aunque hubiese desaparecido la referencia expresa, a nuestro modo de ver, no resultan contrarias al art. 17.2 ET que remite a la ley para establecer reservas, exclusiones o preferencias a la contratación, no solo por las razones que fueron en su momento expresadas<sup>834</sup>, sino porque el mismo no se refiere a la transformación del tipo contractual. Pero el argumento más convincente a éstos efectos se halla en que las medidas de reserva o preferencia en el empleo o en condiciones de éste a través de convenio colectivo, cuando el propósito sea promocionar al sexo infrarrepresentado-art. 17.4 ET-.

La oportunidad de medidas de acción positiva en éste sentido se desprende de la posible discriminación que puede provocar una regulación neutra de la modalidad de contrato a tiempo parcial en el momento de su aplicación. Muestra de ello es la declaración de

---

<sup>830</sup> Art. 24 CC *Hostelería y Turismo de Cataluña*.

<sup>831</sup> Art. 12 ET y Directiva 97/81/CE. No obstante, declaró el abogado general Sr. Nils Wahl en las Conclusiones del presentadas el 22 de mayo de 2014 en el asunto C-221/13, *Teresa Mascellani Contra Ministero della Giustizia*, que el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, *no debería* por sí mismo constituir un motivo válido de despido, salvo que éste se justifique en motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento. Apartados 35-38, argumento acogido por el TJ en la sentencia de 15 de octubre de 2014, apartados 23 y 24.

<sup>832</sup> El art. 46.3 CC *sector de limpieza de edificios y locales*, prevé la fijación de criterios de conversión de contratos temporales a fijos que favorezcan al género menos representado, en igualdad de condiciones y méritos.

<sup>833</sup> Citemos como ejemplo el art. 16 CC *farmacias*: «El personal contratado a tiempo parcial, que hubiera prestado servicios durante tres o más años en la misma Oficina de Farmacia, tendrá derecho preferente a ocupar la primera vacante a tiempo completo que se produzca en su centro de trabajo en el mismo grupo y subgrupo profesionales». El art. 13.2 CC establece que « los trabajadores con contrato a tiempo parcial podrán optar a pasar a desarrollar su actividad a jornada completa cuando así lo permita la organización del trabajo y de la producción de la empresa, y tendrán preferencia para cubrir vacantes a jornada completa. Asimismo, los trabajadores a jornada completa podrán optar a desarrollar su actividad a tiempo parcial siempre que ello sea compatible con la organización productiva». Ambas preferencias son recogidas por el Art. 15 Convenio colectivo de *Empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales en la provincia de Cáceres*, Resolución de 24 de julio 2015 (en adelante CC *limpieza Cáceres*).

<sup>834</sup> Vid. Cap. I § 4.2.1.2.

existencia de discriminación por razón de sexo por la inaplicación del criterio de preferencia frente a terceros en aquellos casos en que la empresa tenga necesidad de realizar nuevas contrataciones, con el objeto de que el contratado a tiempo parcial pueda incrementar el número de horas de prestación de servicios a una trabajadora que lo solicitó después de su incorporación a la empresa tras el cumplimiento del periodo de baja por embarazo de riesgo y posterior maternidad, habida cuenta de que en el momento en que se había producido durante el cual se produce la nueva contratación, la trabajadora se encontraba ausente<sup>835</sup>.

En cambio en Italia, donde la negociación colectiva no recibe por ley el encargo, es frecuente que los convenios colectivos prevean un régimen bastante acabado sobre la contratación a tiempo parcial. En cuanto a la posibilidad de transformación del tipo contractual, algunos prevén sistemas de transformación del trabajo a tiempo parcial por solicitud del trabajador cuya decisión final recaerá sobre la empresa, bajo la premisa de no ocupar bajo esta fórmula contractual un porcentaje determinado de trabajadores. A fin de posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, el empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que aquellos puedan formular solicitudes de conversión voluntaria<sup>836</sup>. De acuerdo con la ley, otros reconocen la preferencia a la transformación de su contrato a los trabajadores que aporten comprobados motivos personales o familiares de relevante gravedad<sup>837</sup>, mientras que otros obligan al empresario a conceder la transformación cuando exista motivación suficiente y debidamente documentadas para cuidar a hijos hasta que cumpla una determinada edad o de asistir a los mismos ésta vez sin determinación de edad máxima<sup>838</sup>.

---

<sup>835</sup> STC 2/2017, de 16 de enero, RTC 2017\2, FJ 6.

<sup>836</sup> Se alza al 8% en el art. 40 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI*. El 5% según el art. 59 CCNL settore *costruzioni*. Se trata de un contrato a tiempo parcial reversible, en lo que a éste último convenio colectivo respecta. No podrá superar el 25% del la plantilla a tiempo completo. Art. 15 CCNL *dipendenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi*. No podrán superar contratos a tiempo parcial y temporales en empresas de hasta 50 trabajadores el 35 %, reduciéndose al 25 % en empresas que empleen entre 50 y 500 trabajadores y 20% si supera los 500 , asegurándose en todo caso un número mínimo de 5. Art. 26 CCNL *Mobilità, area contrattuale attività ferroviarie*. Art. 35.6 CCNL *ABI* establece que en función de las necesidades productivas y organizativas, la empresa podrá acoger la petición de transformación a tiempo completo si el trabajador lo solicita antes de llegar al término fijado para la duración de la prestación a tiempo parcial.

<sup>837</sup> Art. 8.5 y 7 D.Lgs. de 15 de junio de 2015, n. 81 *Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*. Art. 20.11 CCNL *Mobilità, area contrattuale a attività*, dando prioridad a quienes tengan hijos con graves patologías o enfermedades oncológicas y otras situaciones de necesidad y en segundo lugar a los trabajadores con hijos de edad no superior a 13 años o con discapacidad. Art. 88 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi* exige que la empresa deberá acceder a la petición hasta un máximo del 3% de la fuerza de trabajo ocupada en la unidad productiva en función de la fungibilidad del trabajo realizado. Hasta los 3 años en el límite de 1 por cada 25 trabajadores y se estipula con carácter temporal hasta un máximo de 10 meses, art. 2 Allegato E CCNL *Banche di credito cooperativo casse rurale ed artigiane*. Art. 6.8.4 CC *Inforcert S.P.A.* 2013-2015, con carácter determinado por un máximo de 18 meses prorrogables, sin que se pueda superar el 11% de los trabajadores ocupados a tiempo completo. Hasta los tres años, art. 88 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*. Art. 36 CCNL *Legno-Mobili-Arrendimento-Sughero-Forestale*: Hasta los 10 años y dentro del límite ulterior al 2% con respecto al límite general fijado en el 8% del empleo a tiempo parcial; Art. 7 CC *Nestlé Italia*, hasta alcanzar el límite del 7% cuando el hijo no alcance la edad de 3 años o si se trata de un menor de edad en acogimiento o adopción. Hasta el límite del 4% cuando el hijo sea menor de 3 años salvo que la empresa emplee entre 16 y 33 trabajadores en cuyo caso solo se atenderá a la solicitud de transformación de uno; art. 12 CC *SMA S.p.A.* Se concederán de forma prioritaria a trabajadores con hijos de edad hasta 13 años y 364 días con preferencia a los padres solteros, sin que pueda superar el global de contratos bajo esta modalidad el 15% de la fuerza de trabajo a tiempo completo, y por un máximo de 12 meses prorrogables, Art. 4 P) CC *Luxottica*.

<sup>838</sup> Siempre que la empresa supere los 100 trabajadores y hasta un máximo del 4% del personal de plantilla, de lo contrario, solo se prevé la valoración positiva de la solicitud por parte del empresario y hasta alcanzar el 3% de fuerza de trabajo a tiempo completo. Art. 4 C) Sección 4ª Tit. II, CCNL *Industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti*:Será admitida la solicitud por necesidad de asistir a hijos gravemente enfermos o con discapacidad o para cuidar de hijos en edad de enseñanza obligatoria. Art.9.3 CC *Grupo de empresas Assimoco*: será admitida la transformación para trabajadores para asistir a padres, cónyuge hijos y otros familiares/conviviencias con grave enfermedad o discapacidad o por necesidad de cuidar de hijos en edad escolar o por otros motivos

También la legislación italiana permite la ampliación del número de horas de trabajo de los mismos previo pacto pudiendo ser regulado por el convenio colectivo. Sin embargo, a falta de convenio, el empresario puede imponerlas hasta en un máximo de 25 h salvo que el trabajador pueda demostrar razones de salud, familiares o de formación profesional que justifique su negativa a realizarlas. Algún convenio incluye ésta dispensa al aumento de horas suplementarias de aquellos trabajadores o trabajadoras a tiempo parcial por documentados y comprobados motivos familiares<sup>839</sup>. Por otro lado cabe estipular lo que se denominan horas flexibles o elásticas relativas a la variación de la colocación temporal de la prestación laboral (modificación horizontal) o con respecto a la variación en aumento de su duración (modificación vertical). Aquellas tienen que respetar en todo caso lo dispuesto por el convenio colectivo que en ocasiones impide la aplicación de horas flexibles o elásticas a quienes hubiesen transformado su contrato de tiempo completo a tiempo parcial por circunstancias familiares o tras la incorporación de periodos de ausencia por maternidad obligatoria, facultativa o excedencia derivada de la misma<sup>840</sup>. Por último, resulta interesante que se prevea la participación de los representantes de los trabajadores en el control del uso o abuso de ésta modalidad de ejecución laboral y el cumplimiento del principio de igualdad. En ocasiones los representantes de los trabajadores pueden controlar que la empresa no use de modo indebido la modalidad contractual en cuestión y para ello se disponen derechos de información acerca de la utilización de la modalidad a tiempo parcial, de las solicitudes de transformación admitidas o de las denegaciones efectuadas<sup>841</sup>. Referencias de éste tipo son inexistentes en la negociación colectiva española.

La parcialidad como forma de conciliación debe asegurar además la igualdad de derechos profesionales relativos a la promoción profesional, formación o derechos prestacionales. Para favorecer un empleo de calidad en su modalidad de tiempo parcial, debe eliminarse cualquier negociación desventajosa para el colectivo de trabajadores a tiempo parcial a modo de exclusión de regímenes beneficiosos como pueda ser el reintegro de pluses de productividad o premios de empresas o determinados sistemas de pensiones adoptados en el seno de una empresa, como así zanjase el Tribunal Europeo pues ello puede tender a introducir discriminación indirecta hacia la mujer<sup>842</sup>. Por lo tanto, resulta positiva cualquier iniciativa que incida sobre el mantenimiento del principio de igualdad entre el personal a tiempo parcial y a tiempo completo a nivel práctico. En Francia, por ejemplo, se exige desde la reforma introducida por la ley de paridad entre hombres y mujeres, que con carácter previo a la obligación de negociación obligatoria anual de empresa se incluya información sobre el empleo a tiempo parcial. También se contempla como objeto de negociación obligatoria a nivel de sector cada

---

personales según el orden expuesto y solo para el primero de los casos la petición no será condicionada a la existencia de condiciones técnicas u organizativas compatibles con la transformación.

<sup>839</sup> Art. 26 CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*. Lo impide para todos los trabajadores a tiempo parcial el art. 9 CC *Consap*.

<sup>840</sup> Art. 22 C) *Occhialeria Anfao*. El motivo por el cual se solicita la transformación de la relación contractual supone un impedimento individual a las mismas, art. 4 C) Sección 4ª Título II CCNL *Industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti*.

<sup>841</sup> Art. 4 C) Sección 4ª, Título II CCNL *Industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti*.

<sup>842</sup> 13 de mayo de 1986 (Bilka, 170/84, As. C-170/84)

tres años en materia de igualdad entre hombres y mujeres, las condiciones de empleo de trabajadores a tiempo parcial<sup>843</sup>.

#### 4.2. Igualdad salarial

La igualdad retributiva por razón de sexo se encuentra entre los principios rectores de la política de protección laboral a nivel mundial reflejado ya en el Convenio OIT sobre igualdad de remuneración nº 100 de 1951 y quizás uno de los conceptos peor comprendidos en el ámbito de las medidas para luchar contra la discriminación<sup>844</sup>.

El Tribunal de Justicia reconoció tempranamente el efecto directo del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras recogido en el Tratado de Roma de 1957 y desarrollado por la directiva 117 de 1975 que obligaba a los Estados miembros a incorporar el principio fundamental europeo a sus legislaciones internas<sup>845</sup>. Su efecto no se impone solo frente a los Estados, sino que se extiende también a todos los convenios que tengan por objeto regular con carácter colectivo el trabajo por cuenta ajena, de manera tal que el actual artículo 157 TFUE que recoge el principio de igualdad salarial a trabajos de igual valor es directamente oponible frente a las cláusulas convencionales que dispongan lo contrario<sup>846</sup>, aunque todos los Estados miembros los contemplan en sus legislaciones internas<sup>847</sup>.

Por todos es conocido que hoy día sigue siendo un importante hándicap para la mujer trabajadora, por lo que se requieren mayores esfuerzos en orden a asegurar una mayor transparencia en la determinación del salario y la erradicación de la brecha salarial. En tales términos se ha demostrado insuficiente la Directiva 2006/54/CE para abordar tal problemática<sup>848</sup>. Por ello, no cesan las llamadas a los Estados para que impulsen a los interlocutores sociales a debatir y prestar mayor atención a las cuestiones de igualdad de retribución en la negociación colectiva<sup>849</sup>, habida cuenta de que se trata del factor que mayor impacta sobre la segregación y segmentación de la mujer que depende en gran medida de la regulación del salario en los convenios colectivos. Además, se estima que la cobertura elevada de la negociación colectiva produce un efecto de nivelación

<sup>843</sup> Arts. L2242-8 y L2241-3 del Código de trabajo respectivamente.

<sup>844</sup> Informe VI OIT *Protección de los trabajadores en un mundo del trabajo en transformación*. Documento para el debate de la Conferencia Internacional del Trabajo 104.ª reunión, 2015 ILC. P. 58.

<sup>845</sup> Artículo incluido a resultas de la petición hecha por el gobierno francés que ya en su Constitución preveía la el principio de igualdad de remuneración entre mujeres y hombres. Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946. Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975.

<sup>846</sup> STJUE de 8 de abril de 1976 *Defrenne II*, asunto C-43/75, apartados 39 y 40; de 27 de marzo de 1980, *Macarthy*, asunto C-129/79, apartado 10, y de 31 de marzo de 1981, *Jenkins*, C- 96/80, apartado 17, de 27 de octubre de 1993 C-127/92 *Enderby*, apartado 19. Consagra la noción de trabajo de igual valor con objeto de eliminar discriminaciones salariales la citada STC 145/1991 de 1 de julio, aplica el derecho comunitario así como el art. 2.1 del Convenio 100 OIT, art. 7 a), i, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y art. 4.3 de la Carta Social Europea.

<sup>847</sup> En Francia, arts. L1142-5, L1225-26, regulado mediante la ley nº 2006-340 de 23 de marzo de 2006; en Italia, art. 28 del Código de Igualdad de Oportunidades. Art. 28 ET español.

<sup>848</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 (2014/2152(INI)), punto 48. Según los últimos datos estadísticos publicados por la Comisión Europea, en Italia se constata un porcentaje reducido de la diferencia salarial de salario/hora entre mujeres y hombres del 7,3 %, frente a España con un 19,3% o Francia con el 15,1% Fuente: Secretaría de Igualdad UGT, a partir de datos de Eurostat. Publicado en el Informe UGT 8 de marzo de 2016.

<sup>849</sup> Considerando 19 de la Recomendación de la Comisión 2014/124/UE de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia.



salarial<sup>850</sup>. A ello se han referido constantemente los Acuerdos Interconfederales adoptados en España con excepción del II AENC.

La igualdad retributiva se refiere no solo a la equidad en la remuneración del trabajo independientemente del sexo del trabajador, sino además la atribuida a trabajos considerados de igual valor. Para ello, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores como son la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y de trabajo, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable, tal como declaró el Tribunal de Justicia en su ilustre sentencia de Defrenne II<sup>851</sup>. La disminución de una segregación horizontal que mide el nivel de penetración de las mujeres en los distintos sectores productivos que destierre de una vez la cultura organizativa sexista imperante se debe acompañar de una análoga y rotunda reducción de la «segregación vertical,» cuyo efecto es el de la persistente disparidad salarial entre hombres y mujeres, manteniéndose todavía el conocido «techo de cristal»<sup>852</sup>, pese a que algún informe apunta a la tendencia hacia la segregación vertical inversa en algunos sectores masculinizados donde tienden a ocupar en mayor medida que los hombres puestos de mando<sup>853</sup>. La estructura social y económica que perjudica a la mujer se acompaña, tristemente, con una negociación colectiva que no ha conseguido, junto con las imposiciones legales, reducir la brecha sexista. Se piensa que éste objetivo no se cumplirá a corto y medio plazo en atención a las últimas reformas mediante las que son avaladas políticas empresariales de flexibilidad que viene acompañada por acuerdos a nivel Interconfederal que apuestan por una estructura salarial con complementos variables para tratar de paliar los efectos devastadores de una crisis económica que se alarga en el tiempo en sus efectos en el mercado de trabajo.

#### 4.2.1. El papel de la negociación colectiva en la reducción de la brecha salarial

La política antidiscriminatoria aplicada al sistema retributivo, sanciona la igualdad salarial ante la realización de trabajos de igual valor. ¿Es éste uno de los factores que condicionan la persistencia de la brecha salarial? La respuesta, en una primera aproximación debe ser claramente afirmativa. La equiparación salarial no puede venir en primera instancia alcanzada si no es otorgando un valor homogéneo a distintas funciones laborales sistemáticamente desarrolladas por hombres o por mujeres siendo las que llevan a cabo éstas últimas las peores valoradas. En éste contexto, los

---

<sup>850</sup> PILLINGER, J. N *Negociando por la igualdad. Cómo contribuye la negociación colectiva a eliminar la discriminación salarial entre hombres y mujeres que desempeñan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor.* Confederación Europea de Sindicatos. 2014. P. 9.

<sup>851</sup> SSTJCE de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75, apartado 20.; de 31 de mayo de 1995, *Royal Copenhagen*, C-400/93, apartados 32 y 33; de 11 de mayo de 1999, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, asunto C-309/97, apartado 17; de 26 de junio de 2001, *Susana Brunnhofer*, asunto C- 381/99, apartado 43.

<sup>852</sup> DUBIN, K. A. “¿Contradicciones traidoras? Las implicaciones de la ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres para las estrategias empresariales”, GARCIA -PERROTE ESCARTIN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. (Coords.), *La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa.* Lex Nova, Valladolid, 2007. PP. 51ss. CIVITA, A. “Mutamenti nel mondo del lavoro e disuguaglianza di genere” ,CIVITA, A. Y MASSARO, P. (Coords.), *Devianza e disuguaglianza di genere.* Franco Angeli, Milan, 2011. P. 58ss.

<sup>853</sup> OTAEGUI, A. “El deterioro laboral de las mujeres como efecto de la crisis”, op.cit. P 17.

ordenamientos internos de los Estados miembros suelen involucrar a los interlocutores sociales quienes disponen de la facultad de adaptar el salario al contexto productivo y valorar los condicionantes a tener en cuenta en la definición de los grupos profesionales. Podría resultar modélico a tales efectos el Derecho francés que exige, ante la existencia de una brecha salarial constatada en el examen quinquenal de la clasificación profesional establecida en convenios de sector o acuerdos profesionales, que las organizaciones sometidas a los anteriores hagan de su reducción una prioridad. Además, incluye entre las materias objeto de negociación anual a nivel de empresa la definición y programación de medidas dirigidas a su supresión, imponiendo al efecto la obligación de redactar un informe sobre la situación comparada de salarios, sobre la base de la cual poder establecer un diagnóstico de la eventual brecha salarial<sup>854</sup>.

En España, algunos convenios se remiten sin más al art. 28 que impone la paridad retributiva entre mujeres y hombres<sup>855</sup>, mientras otros innovan en cuanto al texto pero no a su contenido, exigiendo a las empresas pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, salarial o extra salarial ya sea directa o indirecta, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de sus elementos o condiciones<sup>856</sup>. Más sucintamente declara otras norma convencional que el salario de hombres y mujeres en todas las categorías es el mismo<sup>857</sup>.

En Italia, en cambio, se ha dicho que la disparidad salarial entre géneros no ha sido una de las principales preocupaciones de los actores sociales<sup>858</sup>. Aunque ya figuraba entre los objetivos principales del primer Congreso de la CGIL de 1945<sup>859</sup>, durante los primeros años de la democracia resultaban plenamente admitidas las tablas salariales diferenciadas por sexos, admitida la tesis de la paridad de trabajo como paridad del rendimiento medio, fundándose entonces la diferencia salarial en el menor rendimiento medio de las mujeres bajo la premisa de «los datos de la experiencia común»<sup>860</sup>. Además, la jurisprudencia italiana respetaba la diferencia salarial por la naturaleza consensual de los mecanismos de fijación de la retribución y la valoración de las diferencias de las figuras profesionales llevadas a cabo por la negociación colectiva<sup>861</sup>. No obstante, la paridad retributiva entre mujeres y hombres empezaría a calar en los

---

<sup>854</sup> Art. L. 2241-7, L. 2242-5 y L. 3221-6 respectivamente del Código de Trabajo, en la redacción dada por la ley de igualdad entre mujeres y hombres de 4 de agosto de 2014, n° 873. Mientras que la negociación a nivel de empresa deviene trianual si el empresario firma el acuerdo efectuado en materia de igualdad de mujeres y hombres, con respecto a la puesta en marcha de medidas dirigidas a suprimir la brecha salarial la exigencia de negociación permanece con carácter anual.

<sup>855</sup> Sorprendentemente dentro del art. 18 titulado “Acción positiva” del XVII Convenio colectivo general de la industria química.

<sup>856</sup> Art. 59 CC industria textil. Del mismo modo, art. 13 CC industrias transformadoras del plástico de la Comunidad de Madrid.

<sup>857</sup> Art. 22 CC Recolección de Cítricos de la Comunidad Valenciana.

<sup>858</sup> VILLA, P., *Differenziali retributivi di genere. Come misurare e come leggere il differenziale salariale tra uomini e donne*. Progetto DIRE Provincia Autonoma di Bolzano, 2010. P. 15-16. <http://www.donne-lavoro.bz.it/download/284dextJH0A5O.pdf>

<sup>859</sup> Aunque el año siguiente firmase la renovación del convenio Interconfederal sobre la asignación por contingencias, donde se diferenciaba por sexo cerca de un 13%, y algunos de los sucesivos acuerdos de categoría que mantenían clasificaciones separadas para hombres y mujeres. BARBERA, M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, op.cit. PP.270-271.

<sup>860</sup> La jurisprudencia de los años 60 por su parte, sostendrá la necesidad de respetar las valoraciones operadas en sede sindical en cuanto a resultado de un procedimiento consensuado y verificado empíricamente. De lo contrario se produciría una violación de la autonomía colectiva, a la que la propia Constitución atribuye la determinación de la medida de la retribución. La doctrina por su parte llegaba a la misma conclusión en base a la construcción de la teoría de la diligencia debida, en cuanto criterio de valoración media de la prestación. BARBERA, M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, op.cit. PP. 278-279.

<sup>861</sup> Sent. Cass. De 16 de enero de 1979, n 325. Sostiene como razonable la presunción del carácter no discriminatorio de los criterios de clasificación de un convenio estipulado por organizaciones sindicales mayormente representativas de ICHINO, P. “Il contratto di lavoro”, CICU, A., MESSINEO, F., *Tratato di diritto civile ed commerciale*. Tomo I, Giuffrè, Milan, 2000. P. 596.

interlocutores sociales quienes lo pusieron de manifiesto mediante acuerdos a nivel confederal desde los años 60<sup>862</sup>. Aunque es cierto que los convenios se refieren a las normas aplicables en materia de igualdad entre mujeres y hombres y atribuyen a comisiones específicas funciones de control y propuestas de mejora, no suelen referir principios generales de igualdad retributiva entre mujeres y hombres quizás por herencia del pasado<sup>863</sup>.

#### 4.2.2. Clasificación profesional

Sobresaliente son, sin lugar a dudas, los problemas discriminatorios a los que se han tenido que enfrentar comúnmente las trabajadoras derivados de la estructura de los sistemas de clasificación profesional pactados a través de convenio colectivo. Su singularidad merece dedicar un apartado específico dado el impacto de los mismos en la percepción de condiciones laborales tan relevantes como el salario.

Al hilo de la implementación de un lenguaje no sexista han ido desapareciendo las voces que se refieren al género femenino con respecto a determinados oficios o sectores. Lamentablemente aún se detectan en los sistemas de clasificación profesional elementos discriminatorios cuando se utiliza para describir un puesto o cargo profesional atendiendo a su denominación en femenino como es el supuesto de subgobernantas, encargada de lencería y lavadero, camareras de piso, lenceras, lavanderas y limpiadoras<sup>864</sup>. Algún ejemplo se sigue manifestando de igual modo en la práctica negocial italiana<sup>865</sup>, prohibidas desde hace tiempo las clasificaciones separadas por sexos<sup>866</sup>.

Ejemplificativo de la existencia del denominado techo de cristal, puede ser apreciado un elemento de aparente discriminación indirecta que se consolidó durante la vigencia del anterior I Convenio de la Banca aprobado en 2012, que incluye dentro del mismo grupo profesional de servicios generales al personal dedicado a realizar servicios y trabajos no específicamente bancarios, tales como conserjería, vigilancia, conservación,

---

<sup>862</sup> En desarrollo del art. 37 de la Constitución Italiana, del Convenio n° 100 OIT y del art. 19 del TCCE, *Accordo interconfederale per la parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici* de 16 de julio de 1960 y *Accordo interconfederale per la parità di retribuzione per le categorie impiegate* de 22 marzo 1962. En el sector de la agricultura, *Accordo Nazionale per l'applicazione della parità salariale in agricoltura* de 25 de julio de 1961

<sup>863</sup> Por ejemplo, se refiere entre las competencias de la comisión permanente para la igualdad de oportunidades la de proponer iniciativas dirigidas a superar toda forma de discriminación, en particular la salarial, art. 13 CCNL *per i dipendenti del terziario: commercio, distribuzione e servizi*.

<sup>864</sup> Anexo II CC *Barnet Hoteles*. El acuerdo de inaplicación del *Convenio de la Hostelería par(a) la provincia de Cádiz efectuado en la empresa Hoteles con Encanto* 09/03/2012, incluye una tabla de salarios asignados en función de las categorías incluyendo en la que menor salario percibe, entre otros, a las "limpiadoras" (Grupo V), inferior al percibido en otros puestos de trabajo como pueda ser el de camarero/a de piso (Grupo IV). Los grupos profesionales en los que se divide la clasificación ofrecida por el *CC Convenio Colectivo de Hostelería de Cádiz*, Anexo II, incluyen puestos en femenino como gobernanta, Subgobernanta, Encargada de Lavandería/Lencería Comercial.

<sup>865</sup> Referencia a secretaria en el Área II y III Art. 11 para el sector químico del CCNL *chimica, conca e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*. Parece ser un descuido pues con carácter general se cuida el uso de términos neutros e incluso en la clasificación profesional para otros sectores regulados por el mismo convenio colectivo se utiliza la expresión « labores de secretaria» (plástico y goma, Área II, Nivel IV y Área III, Nivel V).

<sup>866</sup> Prohibidas para el sector industrial por el Acuerdo Interconfederal de 16 de julio de 1960, aunque las diferencias salariales se reflejaban de la clasificación del trabajo femenino en las categorías con niveles retributivos inferiores. BARBERA, M. *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, op.cit. P. 271.

limpieza y cualesquiera otros de análoga naturaleza, pero únicamente el personal de limpieza se coloca en el último nivel retributivo, tareas comúnmente desarrollada por mujeres . No solo eso, además supone el único nivel retributivo que utiliza el cómputo horario y no anual así como un complemento de antigüedad de nivel bastante inferior que el establecido para el resto de la plantilla. Si bien la aprobación de un nuevo convenio en 2016 establece un nuevo sistema retributivo, consolida el anterior para el año 2016, además de no contemplar expresamente la nueva ubicación del nivel reservado para quienes se dedican a la limpieza, sin que se aclare si para ellos pervive el sistema retributivo anterior o se incluyen en el último de los niveles retributivos, al margen de que mantiene para ellos el complemento de antigüedad en cantidad inferior<sup>867</sup>.

Sin duda, la mayor fuente de conflictos que plantea el sistema de clasificación se origina cuando provoca discriminación de tipo indirecto que solo se evidencia cuando de su aplicación resultan desfavorecidas un importante número de mujeres frente a clasificaciones aparentemente imparciales. Para evitar el efecto perverso frente a las trabajadoras, los sistemas de clasificación deben ser estructurados de forma neutra y sobre criterios comunes a ambos sexos, según dispuso el ordenamiento comunitario desde la primera de las Directivas en materia de igualdad entre mujeres y hombres y así se recoge en la normativa interna<sup>868</sup>. De ésta forma, debe valorarse en modo objetivo el trabajo que va a ser desempeñado por los trabajadores de cada grupo profesional y estar en su conjunto diseñado en base igualmente a factores perfectamente exigibles a cualquier trabajador y que valore todas las circunstancias concurrentes de forma equitativa. Ante tal planteamiento, se deben desterrar aquellos que favorezcan a un sexo, sin que puedan ser tomados como elementos determinantes de la estructura de un sistema clasificatorio y en su caso, deben estar compensados con otros factores preferente atribuibles al otro sexo incorporado a actividades a las que se atribuya igual valor<sup>869</sup>.

Tras los pronunciamientos más señalados del TJCE en este ámbito, los jueces nacionales están expresamente obligados a valorar el sistema de clasificación profesional de un modo global, basado en datos extraídos del contenido objetivo de las funciones a desarrollar. Así, la jurisprudencia exige que convenio describa con carácter neutro las distintas categorías salvo que en circunstancias excepcionales y por razón de la específica naturaleza del trabajo, se requieran criterios diversos para la referida evaluación. No obstante, la prohibición de discriminación por sexo en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que sólo han sido tomados en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los

---

<sup>867</sup> Arts. 7, 10.2 y 13 XXII CC *Banca* y DT XXIII CC *Banca*.

<sup>868</sup> Párrafo 2 del artículo 1 de la Directiva 75/117/CE. En la actualidad, art. 4 Directiva 2006/54/CE y art. 22 ET. Art. 28.2 del Código de Igualdad de Oportunidades en Italia; art. L1132-1 y L 1142.1 como precepto específico del Código de Trabajo francés.

<sup>869</sup> STJCE de 1 de julio de 1986, asunto C- 237/85, *Rummler*, apartado 15. Reitera la necesidad de transparencia y justificación objetiva del sistema clasificatorio en aras a la igualdad retributiva entre sexos, SSTJCE de 17 de mayo , *Barber*, asunto C-262/88, apartado 33; de 3 de octubre de 2006, *Cadman*, asunto C-17/05. Los criterios de clasificación deben ser considerados en el complejo del sistema de encuadramiento en los que se insertan, a la luz de otros criterios usados para la determinación de los niveles retributivos. En especial, SSTJCE 1 de julio de 1986, *Rummler* asunto C- 237/85 y de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, asunto C-109/88. . BARBERA, M. *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, op. cit. P.315.

sexos. Tratándose de un convenio a nivel de empresa, aunque las categorías no se feminicen, lo cierto es que los interlocutores atienden a las concretas circunstancias concurrentes en aquella -que los negociadores debían de conocer- y, muy especialmente, a la efectiva feminización de ciertas categorías. De esta forma, el convenio podría encubrir u ocultar la realidad de categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno y otro sexo. Para descartar la discriminación será preciso entrar a controlar la valoración de los puestos de trabajos para confirmar que su diferencia motiva la retribución desigual, ajena por tanto a cualquier ánimo discriminatorio<sup>870</sup>. De hecho, se afirma que a la existencia y permanencia de la discriminación retributiva han contribuido siempre los convenios colectivos de un modo más o menos consciente el principio de igualdad retributiva por trabajo igual o de igual valor fuera consagrado y se dirigía a prohibir discriminaciones convencionales de éste tipo y alentar a los interlocutores sociales a negociar en este sentido<sup>871</sup>.

En cuanto a la descripción de los criterios que rigen el contenido de la clasificación profesional realizada por los convenios se deben fijar en aquellos comunes a todos como y que se valoren de forma complementaria como el nivel de conocimientos, la iniciativa, la autonomía, la responsabilidad, el mando o la complejidad de las tareas a desarrollar<sup>872</sup>, atributos desvinculados del género del trabajador y que miden distintos elementos que influyen en la ejecución del trabajo a desempeñar, excluyendo otros como el de la fuerza física o la penosidad y en definitiva, teniendo como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres<sup>873</sup>. A tal efecto algún convenio colectivo en Italia recoge el compromiso por buscar soluciones tendentes a superar la división profesional entre trabajos tradicionalmente femeninos y tradicionalmente masculinos, en aras a la correcta aplicación de las leyes en materia de igualdad<sup>874</sup>.

Por tanto, la clave a estos efectos es valorar antes o durante la ejecución del convenio el impacto discriminatorio directo pero oculto que las normas convencionales de aplicación pueden provocar<sup>875</sup>, a modo de evitar que un sistema de clasificación neutro, que, a la postre, incluye categorías feminizadas una vez puestas en aplicación<sup>876</sup>. Por ello, los interlocutores sociales en España recomiendan desde el ACN 2003 incorporar sistemas de valoración de los puestos de trabajo que permitan evaluar periódicamente el encuadramiento profesional en base al género. Aunque desapareciera toda referencia a los mismos en los tres últimos AENC, los convenios principalmente de sector, asignan e funciones de vigilancia periódica del mismo a organismos paritarios de control en

<sup>870</sup> STC 58/1994, de 28 febrero, RTC 1994\58, FJ 3.

<sup>871</sup> FERNÁNDEZ PROL, F., "Igualdad por razón de sexo/género en la retribución y en los beneficios sociales, LOUSADA AROCHENA, J.F., (Coord.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, op.cit. PP. 182-183. QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva (diferencias salariales por razón de sexo)*. Marcial Pons, Madrid, 1996. P.222.

<sup>872</sup> Art. 14 CC *aguas potables y residuales*. Cláusula final 10ª CC de la *industria siderometalúrgica para la provincia de Huesca*. Art. 8 VI CC para la *empresa Decathlon España S.A.*

<sup>873</sup> Art. 11.1 V *Acuerdo Sector Hostelería*.

<sup>874</sup> Premisa del sistema clasificatorio sector abrasivos y cerámica CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*. Como crítica cabría poner de relieve que el mismo convenio incluya declaraciones de éste tipo solo aplicables a ciertos sectores, guardando silencio con respecto a otros igualmente incluidos en su ámbito de aplicación.

<sup>875</sup> Parte de la doctrina considera que se trata de supuestos de discriminación directa oculta o encubierta. En ese sentido, FERNANDEZ PROL, F. "Igualdad por razón de sexo/género en la retribución y en los beneficios sociales", en LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, op.cit. P.191.

<sup>876</sup> Tal y como sucedía en los hechos que dieron lugar a la STC 145/1991 de 1 de julio.

materia de igualdad así como de resolución de las discrepancias suscitadas por la aplicación de la clasificación profesional<sup>877</sup>. Este tipo de comisiones o al menos la atribución de funciones en materia de valoración, control y evaluación del sistema clasificatorio también es prevista en algunos convenios colectivos italianos. A modo de ejemplo, , ha sido detectado el compromiso de las empresas en buscar soluciones tendentes a superar divisiones profesionales entre trabajos tradicionalmente masculinos y trabajos tradicionalmente femeninos<sup>878</sup>, o se incluye entre las competencias asignadas a una Comisión paritaria técnica encargada de adoptar el sistema clasificatorio a las circunstancias productivas y organizativas de la empresa en constante cambio , que deberá poner especial atención en los obstáculos que impiden valorar adecuadamente al personal femenino velando porque así sea<sup>879</sup>. A mayor abundamiento, algunos planes de igualdad contemplan el deber realizar análisis periódicos de la estructura salarial fija por sexo y grupo profesional para, en el caso de detectarse diferencias salariales por razón de sexo, se deban establecer medidas de acción positiva para corregirlas<sup>880</sup>.

En éste aspecto la norma podría ser más garantista y exigir que se negocien fórmulas para controlar la ausencia de discriminación por razón de sexo producidas por el sistema de clasificación profesional acompañando al derecho reconocido en el art. 64 ET a la representación de los trabajadores de ser informados sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales. Con buen criterio la normativa francesa exige a los interlocutores el análisis y la revisión periódica de los criterios de clasificación profesional a fin de corregir los que induzcan a discriminación entre mujeres y hombres cuando haya sido constatada una brecha salarial entre los mismos<sup>881</sup>.

Para finalizar, se debe destacar que, aparte de los indicados, uno de los factores que puede haber influido positivamente como medio de neutralización de profesiones masculinizadas o feminizadas es externo a la negociación colectiva. En efecto, se confirma que en una situación de crisis, como la que se viene padeciendo en los últimos años, las mujeres y los hombres pueden escapar a sus roles socialmente determinados. Integrarse en profesiones «masculinas» como la construcción o la mecánica, elevar su grado de instrucción, compartir necesariamente las responsabilidades familiares son algunos de los resultados de la coyuntura económica negativa generalizada con impacto en el mercado laboral en general y en la materia tratada en particular<sup>882</sup>. Sin embargo, la modificación del reparto de roles que media en la atribución de un valor inferior a las profesiones que precisan de cualidades que se asignan de forma mecánica a las mujeres no se han desterrado tampoco en los últimos años. La valoración de la mano de obra

---

<sup>877</sup> Comisión ad hoc prevista por ejemplo en la DT 4ª CC *enseñanza privada*; art. 24 CC *Industria Química*; art. 10 CC *peluquerías, institutos de belleza y gimnasios*; art. 11 CC *Hostelería y turismo de Cataluña*.

<sup>878</sup> Art. 4 CCNL *químico ed affini e GPL*.

<sup>879</sup> Art. 52 B) *Tessile Abbigliamento Moda. SMI*. Siguiendo la misma lógica, determina que las partes constituirán un grupo específico de trabajo en el que trataran de remover los obstáculos relativos al encuadramiento profesional que impidan la valoración real del trabajo femenino, con el objetivo de valorizar su empleabilidad, incluso a través de medidas específicas de formación. Art. 21 CCNL *Tessili-Occhialeria, Industria. Anfao*.

<sup>880</sup> Plan de Igualdad de *Fnac*, Plan de Igualdad de *Kiabi*, Plan de igualdad de *Iliturgitana de Hipermercados, SL*.

<sup>881</sup> Las organizaciones ligadas por un convenio de sector o un acuerdo profesional se reunirán cada cinco años para examinar la necesidad de revisar el sistema de clasificación profesional, arts. 2241-7 b). La remisión del informe está prevista en el art.y L. 3221-6 Código de Trabajo.

<sup>882</sup> “La hora de la igualdad en el trabajo”. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 91. a reunión 2003.

femenina sigue incidiendo en la sobrerrepresentación de las mujeres en empleos de baja productividad y con menores remuneraciones, afianzando así la segregación ocupacional de tipo horizontal<sup>883</sup>. Si bien es verdad que en todos los países industrializados las mujeres consiguen títulos de estudios superiores y cualificaciones de alto nivel con un porcentaje en constante aumento, elementos que han contribuido al aumento de las ambiciones profesionales, continúan generalmente a ser ocupadas en puestos de menor prestigio<sup>884</sup>.

#### 4.2.3. Salario y complementos

La igualdad salarial entre hombres y mujeres debe corresponderse con la determinación de cualquier percepción económica recibida por el trabajador en contraprestación de su actividad. La determinación del salario y los complementos retributivos dependerán, en todo caso, de la estructura salarial adoptada en el seno del convenio colectivo. Sin embargo, a todo trabajador encuadrado en el mismo grupo profesional no ha de corresponder forzosamente la misma retribución si se toman como referencia distintos complementos salariales atinentes a la propia actividad o a la propia persona sin que la diferencia en su cálculo o cantidad se pueda hacer depender de circunstancias que provoquen discriminación entre trabajadores y trabajadoras, circunstancia sumamente difícil de detectar asumido el necesariamente carácter neutro que se ha de emplear no solo en la descripción de los distintos grupos profesionales a los que se asigna un salario base determinado sino también de la asignación de distintos complementos, pluses u otros beneficios económicos que completen la retribución total del empleado.

Con naturalidad se ha ido imponiendo, entre otros, el criterio de la antigüedad para fijar complementos o para calcular determinados premios o pluses a pesar de una notable tendencia en la negociación colectiva a la desaparición de los complementos de antigüedad una vez eliminada la exigencia legal de incorporarlos entre las cláusulas de aquellos<sup>885</sup>. Se trata de un criterio que por sí solo no provoca efecto discriminatorio directo ni tampoco indirecto por razón de sexo, como así advirtiera el TJUE en la sentencia a cuestiones prejudiciales suscitadas en el asunto Danfoss. En ella admitía que el empleador no tiene que justificar de manera especial su uso en tanto que recompensar la experiencia adquirida supone una finalidad legítima de política salarial, a sabiendas del posible efecto desventajoso sobre las mujeres que normalmente acceden más tarde y con jornadas parciales al empleo, salvo que el trabajador afectado pueda aportar fundadas dudas de discriminación<sup>886</sup>.

En España, también la jurisprudencia avala el uso específico de la antigüedad como criterio que justifica de forma razonable la asignación de determinados beneficios

---

<sup>883</sup> OTAEGUI, A. "El deterioro laboral de las mujeres como efecto de la crisis", op.cit.P12.

<sup>884</sup> TUORTO, D. *Il lavoro difficile. Discriminazione e gruppi discriminati in Italia*, op.cit. P. 67.

<sup>885</sup> FERNÁNDEZ PROL, F., "Igualdad por razón de sexo/género en la retribución y en los beneficios sociales, LOUSADA AROCHENA, J.F., El principio de igualdad...op.cit. PP. 194-195.

<sup>886</sup> STJCE de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, asunto C-109/88, apartado 24.

materiales u organizativos al trabajador<sup>887</sup>. A tal efecto, la mayoría de convenios analizados contienen sistemas de asignación de complementos que ponen en valor la antigüedad y atribuyen equivalentes económicos a la experiencia adquirida como consecuencia del periodo trabajado. En cambio, para evitar la discriminación por razón de sexo que pueden provocar no computan los periodos no trabajados por causas derivadas de la maternidad como la suspensión por maternidad u otra circunstancia ligada al embarazo<sup>888</sup>. Por otro lado, es frecuente que el acceso a determinadas opciones laborales como los ascensos, los traslados voluntarios y otros solo sean accesibles para quienes acumulen cierta antigüedad, o cuando las controversias entre trabajadores para acceder a permisos, vacaciones<sup>889</sup>, etc., se resuelvan utilizando el criterio de la antigüedad que puede provocar discriminación sobre todo en sectores en los que la mano de obra femenina se hubiese incorporado más recientemente, sobre lo que también influye el alto índice de temporalidad de éste colectivo. Se ha de procurar que en tales casos la antigüedad no sea el único criterio a tomar en consideración pues puede en buena medida inhabilitar las preferencias por el sexo menos representado en igualdad de condiciones de idoneidad que se dispone con frecuencia en materia de ascensos.

Otro de los criterios cuyo uso ha originado conflictos de discriminación por razón de sexo es el del mayor esfuerzo físico como cualidad del trabajo que proporciona superioridad salarial originando diferencias salariales entre grupos profesionales así como en un la determinación de un determinado complemento de salarial<sup>890</sup>. La jurisprudencia ha destacado la clara falta de neutralidad del mismo y la necesidad de que el juez valore con rigor la esencialidad del criterio para el desarrollo de la tarea que contacte con otros criterios válidos de valoración del trabajo, aislándolo de cualquier forma de discriminación para que el mismo sea válidamente oponible<sup>891</sup>. Se admite, pues, aunque con carácter muy restrictivo, su posible operatividad supeditada a dos condiciones, a saber, que sea un elemento esencial en la tarea de que se trate y que en la valoración de ésta no se tenga en cuenta el esfuerzo como criterio único de valoración,

---

<sup>887</sup> SSTs de 17 enero 2002, RJ 2002/2510 o de 13 de octubre de 2004, RJ 7083. Sostiene el juzgador que « la antigüedad es un criterio que justifica de modo objetivo y razonable la desigualdad en la retribución del trabajo y cuya regulación puede y debe realizarse en Convenio Colectivo ».

<sup>888</sup> El art. 20 CC *Banca* se refiere a ello cuando aclara que no hay que confundir antigüedad con tiempo efectivo de trabajo, que no restará en ningún caso la disminución del cómputo de aquella. El punto 4.2 del Capítulo VII del CC de Compañía Española de Petróleos indica que dentro del porcentaje de absentismo fijado para el cálculo de la participación en resultados de los trabajadores no computarán licencias retribuidas, riesgo para el embarazo o para la lactancia y descanso por maternidad y paternidad. La empresa Carrefour fue condenada por no abonar un complemento previsto en convenio a la trabajadora al entender que no había prestado servicios el mismo número de domingos y festivos que sus compañeros, base del cálculo para la determinación del citado complemento. STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) 36/2015 de 21 enero.

<sup>889</sup> Art. 28.6 CC *Banca*: «Cuando concurren dos o más personas que pretendan disfrutar sus vacaciones en las mismas fechas, dentro del período de vacaciones escolares, elegirá siempre en primer lugar la de mayor antigüedad en la Empresa, siempre que quienes tienen descendientes en edad escolar y preescolar, puedan disfrutarlas dentro del período de vacaciones escolares y de entre estos tendrá preferencia el de mayor antigüedad»

<sup>890</sup> Por ejemplo, el art. 31 CC *Corcho* determina como criterio para el establecimiento y cálculo del trabajo remunerado con incentivo el esfuerzo físico y la dureza del mismo en segundo y tercer lugar respectivamente entre los factores habilitantes. Por su parte, el art. 10 CC *Calzado*, utiliza para determinar el establecimiento del rendimiento normal en un sistema racionalizado, entre otros, el coeficiente de fatiga, por necesidades personales, la base por fatiga o el esfuerzo físico. En base al mismo, se determinará la línea de incentivos.

<sup>891</sup> STC 58/1994, de 28 febrero, RTC 1994/58. En este caso, se constata que la diferencia salarial se basa exclusivamente en el criterio del esfuerzo físico como único explícito y relevante para justificar la diferencia salarial siendo considerada por tanto, discriminatoria. Procede la equiparación del complemento salarial anulado a todas las categorías profesionales.FJ 6.



sino que se combine con otras características más neutras en cuanto a impacto en cada uno de los sexos<sup>892</sup>.

Finalmente cabe destacar como importante arma para discriminar entre géneros la previsión de complementos personales ad personam que el empleador otorgue al trabajador de forma unilateral o como consolidación de situaciones más beneficiosas adquiridas anteriormente sobre las que el convenio se abstiene de limitar<sup>893</sup>. Aquellas son determinables según criterios variables y desconocidos pero su práctica discriminatoria puede conocerse cuando de ello resulta una notoria desproporción entre el importe de dicho complemento percibido en promedio por los hombres respecto del percibido por las mujeres<sup>894</sup>. En estos casos se precisa de un mayor control por parte de la negociación colectiva que inste a los empleadores a abstenerse de reconocer complementos ad personam que puedan resultar discriminatorios por razón de sexo, derecho a cuyo respeto también está sometido directamente el empresario.

#### 4.3. Medidas de conciliación entre la vida laboral y familiar

El porcentaje de inactividad laboral debido a la asunción de responsabilidades familiares o personales como la dedicación a las tareas del hogar, sigue siendo notable entre la población femenina aunque ya se preconizaran desde la OIT sistemas en los que se tratara de solventar los problemas de adecuación entre el trabajo y las responsabilidades de trabajadores y trabajadoras con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato<sup>895</sup>. La tendencia a la segregación ocupacional no se ha revertido a pesar de los esfuerzos y de las transformaciones sociales que se han producido en las últimas décadas, sino más bien al contrario. Se posterga la idea de una distribución de roles o estereotipos en la división de tareas entre hombres y mujeres entre la población más joven, a pesar del enorme cambio cultural y el notable aumento de los niveles formativos entre las mujeres<sup>896</sup>, que se resiste incluso al impulso que la

---

<sup>892</sup> Resulta necesario que criterios como «esfuerzo» y «penosidad» se utilicen de modo no vinculado al diferente sexo de los trabajadores, STC 147/1995 de 16 octubre. RTC 1995\147, FJ 6. La STC 250/2000 de 30 octubre, RTC 2000\250, resuelve un supuesto en el que el uso del criterio del esfuerzo físico en convenio colectivo es legítimo porque se utiliza de forma excepcional y justificada para atribuir diferencias de trato entra categorías de trabajadores –feminizadas y masculinizadas, extremo sobre el que no se pronuncia el Tribunal.

<sup>893</sup> Por poner un ejemplo, art. 7 CC *aguas potables y residuales: Garantía «ad personam»*: «Se respetarán las condiciones más beneficiosas que las personas trabajadoras tengan reconocidas, a título personal, por las empresas, al entrar en vigor este convenio colectivo, consideradas en su conjunto y cómputo anual»; CC *Calzado*: Art. 3 B. *Aplicación y garantía personal*: «Todas las condiciones económicas y de otra índole, contenidas en el presente Convenio estimadas en su conjunto, tendrán la consideración de mínimas, por lo que los pactos, cláusulas o situaciones actuales implantadas en las Empresas, que impliquen condición más beneficiosa en relación a las condiciones convenidas por el personal, subsistirán como garantía «ad personam» para quienes vengan gozando de ellas». Definido por el art. 29.1 XVII CC *general de la industria química* de la siguiente forma: «Cualquier cantidad que se perciba en jornada ordinaria y a actividad normal, distinta a estos dos conceptos (SMG y Plus Convenio) y a los pluses de antigüedad, turmicidad, nocturnidad, peligrosidad y toxicidad».

<sup>894</sup> En esas circunstancias fue declarado discriminatorio el sistema de atribución de un complemento por el Corte Inglés S.A. en uno de sus centros de trabajo, previsto convencionalmente pero fijado por la empresa. Sentencia T.S.J. Castilla y León 1197/2013 de 19 de junio, pronunciamiento confirmado por el TS confirma mediante auto de 24 de abril de 2014.

<sup>895</sup> Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, n° 156 y Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, n° 165.

<sup>896</sup> OTAEGUI, A. «El deterioro laboral de las mujeres como efecto de la crisis», op.cit. P. 7.

Unión Europea lleva años fomentando la fungibilidad y la redistribución de las cargas familiares<sup>897</sup>.

Desde ésta perspectiva, la introducción o refuerzo de las medidas de conciliaciones neutras o dirigidas indistintamente a hombres y mujeres se colocan en la senda correcta de la corresponsabilidad. A ella deberá contribuir de manera más eficaz el propio Estado habilitando ayudas y beneficios por razón de la maternidad/paternidad equilibrados que contribuya a su socialización<sup>898</sup>. No obstante, se advierte un bajo nivel de aprovechamiento del permiso parental a nivel europeo, considerando la gran influencia que mantienen los roles y estereotipos de género en la división de tareas entre las parejas<sup>899</sup>. Quizás, una buena propuesta para solventar el rechazo de los padres a utilizar éstos mecanismos de conciliación sería el de corregir ésta situación con medidas dirigidas específicamente a los hombres y de éste modo fomentar la normalización del uso de formas de conciliación independientemente del sexo de la persona que las ejerce<sup>900</sup>.

Algunos estudios económicos muestran cómo las políticas familiares impactan en la empleabilidad del sector femenino como ocurrió en España con la aprobación de la ley 39/1999 de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en la que se introdujeron mecanismos de flexibilidad de la relación laboral a favor de los padres. No obstante, algún autor destaca el efecto perverso de estas medidas por cuanto a que disuaden al empresario de activar mujeres en edad fértil y que las mismas vengán promocionadas<sup>901</sup>. Por otro lado, supone un riesgo de relativización de los avances alcanzados en materia de conciliación el empleo de los niveles de rédito y productividad como estímulos a la consecución de la finalidad conciliadora, en la

---

<sup>897</sup> Destaca la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar (2000/C 218/02). Resolución del Consejo y de los ministros de trabajo y asuntos sociales, reunidos en el seno del Consejo de 6 de junio de 2000 relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar [Diario Oficial C 218 de 31.7.2000]; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar" [COM(2008) 635]. Más recientemente se incluye éste propósito en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores", Bruselas, 26.4.2017 COM(2017) 252 final. En ella se contienen medidas legislativas y no legislativas como la adopción de una nueva directiva sobre la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, con la que se mantendrán los derechos existentes y se utilizarán como base para unos derechos nuevos y mejorados tanto para las mujeres como para los hombres así como otras medidas no legislativas. El paquete de medidas aprobadas por la Comisión incorpora la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo Bruselas, 26.4.2017 COM(2017) 253 final 2017/0085 (COD). Además, la concepción y el reparto equilibrado entre las mujeres y los hombres de los permisos relacionados con la familia y las fórmulas de trabajo flexible como parte del Semestre Europeo y en el informe anual sobre la igualdad de género.

<sup>898</sup> En ese sentido se manifiesta FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., "Los derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras", LOUSADA AROCHENA, J.F., (Coord.) *El principio de igualdad...* op.cit. P.301.

<sup>899</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015, 2014/2152(INI), considerando R.

<sup>900</sup> Así lo han considerado precedentemente DICKENS, L., "Collective Bargaining and the Promotion of Gender Equity at Work: Opportunities and Challenges for Trade Unions." *Transfer. European Review of Labour and Research*, Vol. 6, nº. 2, 2000. P. 201. SMITHSON, J, STOKOE, E., "Discourses of Work-Life Balance: Negotiating 'Genderblind', op.cit. P. 163.

<sup>901</sup> FERNÁNDEZ KRANZ, D., RODRÍGUEZ-PLANAS, N. "Can Parents' Right to Work Part-Time Hurt Childbearing-Aged Women? A Natural Experiment with Administrative Data Discussion". Paper nº.7509, IZA, Bonn, 2013. PP.7ss. También destacan el elemento negativo de la implantación de medidas de conciliación dirigidas preeminentemente a la mujer DICKENS, L., "Collective Bargaining and the Promotion of Gender Equity at Work: Opportunities and Challenges for Trade Unions", op.cit. PP. 200-201. BRISKIN, L., "Equity bargaining/bargaining equity", op.cit. P.34.

medida en que se traslada el foco de interés de la persona a la empresa cuando se contemplan como retos para el progreso social y el rendimiento económico de los negocios<sup>902</sup>. En cualquier caso, según un ranking efectuado por la OCDE, España se sitúa entre los países que menos favorecen las prácticas de flexibilidad laboral desde una óptica de género<sup>903</sup>.

No obstante, particularmente avanzada resulta la tendencia a la implantación de una óptica menos paternalista con la que desde la legislación española e italiana contemplan a las medidas de conciliación definidas como aquellas relativas a la organización, condiciones y tiempo de trabajo dirigidas a favorecer el equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales y mejorar un reparto de tales responsabilidades entre los dos sexos, y no específicamente pensadas para la mujer trabajadora<sup>904</sup>. Bien es verdad que en estos momentos fijan expectativas u objetivos cuya meta parece todavía algo lejana y que las anteriores siguen siendo puestas en práctica generalmente por las mujeres. Se ha de ser cuidadoso en la elección de los medios para la promoción de la paridad entre géneros, medidas que más que de acción de tipo positivo, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental<sup>905</sup>.

Por tanto, se trata de evitar el acceso a medidas excesivamente proteccionistas no solo por ley, sino también por convenio colectivo y para ello habrá de valorarse si la medida responde a «una consideración no igual de la mujer como trabajadora y que, por ello, sería constitucionalmente ilegítima» mientras que responderá al objetivo conciliador si tiene a «compensar una desigualdad de partida y que trata de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón»<sup>906</sup>. En definitiva, no es pacífica la idea de que son positivas las cláusulas convencionales que atienden específicamente a la mujer trabajadora cuando tratan de incorporar sistemas de conciliación de la vida laboral y la familiar<sup>907</sup>. Pero ello, no debemos olvidarlo, sigue siendo un importante cauce de fomento de la integración de la mujer en el mercado laboral por la peculiar incidencia que respecto de la situación

---

<sup>902</sup> Así lo define el art. 3 del ANI francés de 2013 sobre políticas de mejora de la calidad de vida en el trabajo e igualdad profesional, al que precede una declaración de 6 de marzo de 2013, efectuada con ocasión del día de la mujer trabajadora, en la que la igualdad profesional entre mujeres y hombre y la conciliación se enlazan como elementos que participan en el más general concepto de calidad de vida.

<sup>903</sup> GUNER, N., KAYA, E., SÁNCHEZ-MARCOS, V., "Gender gaps in Spain: policies and outcomes over the last three decades". *Series, Journal of the Spanish Economic Association* vol. 5, 2014. P. 72.

<sup>904</sup> Art. 42.2 f) D. Legs. 198/2006, *Codice delle pari opportunità*. Art. 44 LOIMH.

<sup>905</sup> STJUE de 16 de julio de 2015, *Maïstrellis*, asunto C-222/14, apartado 50. El Tribunal rechaza que una disposición en virtud de la cual se priva a un funcionario (hombre) del derecho a un permiso parental en el supuesto de que su esposa no ejerza una actividad laboral o profesional, salvo que, debido a dolencia o enfermedad grave, se la considere incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo, mientras que sí se otorga el derecho si el funcionario es mujer, no constituye un mecanismo de acción positiva sino de discriminación por razón de sexo.

<sup>906</sup> STC 28/1992, de 9 de marzo, RTC 1992/28, FJ 3. En el ámbito europeo STJCE de 25 de junio de 1991, *Stoekel*, asunto C-249/91, que declara que el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, es lo bastante preciso como para imponer a los Estados miembros la obligación de no consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, aunque esta obligación permita excepciones, de modo que los objetivos de protección de la mano de obra femenina sólo pueden admitirse legalmente, a la luz de los principios antes mencionados, en el caso de que la necesidad de una diferencia de trato entre hombres y mujeres esté justificada.

<sup>907</sup> Concebidas como de desastrosa factura técnica por CABEZA PEREIRO, J. "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras", J.F., (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, op.cit. P.247. Sin embargo reconoce que sería positivo como medida de acción positiva que la cláusula que permite la preferencia de turno en nuevas contrataciones por cuidado de hijo menor de 3 años dé prioridad a los casos en que el solicitante sea una mujer.

laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, tratando de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la misma o para reincorporarse en el mercado laboral habiendo permanecido durante una temporada fuera de él<sup>908</sup>.

Por el contrario aún son pocos, pero ya resulta positivo, como se acaba de advertir, que los interlocutores afronten la conciliación de la vida laboral y familiar desde el punto de vista del fomento de la corresponsabilidad de las tareas familiares y no solamente desde el estricto ámbito del favorecimiento de medidas que acoplan el trabajo a la mujer madre<sup>909</sup>. Muchos de ellos vienen reforzando los apartados relativos a la conciliación asumiendo de forma general la filosofía y contenido de las normas legales en materia de concesión de permisos, derechos a periodos de lactancia, cuidado de menores, suspensiones de contrato por maternidad riesgos durante el embarazo, adopción o acogimiento, parto y excedencias<sup>910</sup>, mientras que otras solamente se refieren a la legislación vigente a las que las partes firmantes se obligan a desarrollar<sup>911</sup>.

En Italia es frecuente pactar incluso dentro del marco de la denominada Responsabilidad Social de las Empresas, compromisos de fomento de las medidas de conciliación, institución que va adquiriendo un papel preponderante en los últimos años con respecto a la protección de los derechos sociales de trabajadores y trabajadoras, así como en materia de tutela de los grupos de población más desprotegidos<sup>912</sup>. Dentro del abanico de medidas incluidas en tales apartados algunos convenios introducen programas de bienestar empresarial en el que se comprometen a identificar la forma en que conjugar la vida personal y laboral de todos sus trabajadores haciendo especial hincapié en aquellas que sean idóneas para favorecer el crecimiento cuantitativo y cualitativo del empleo femenino incluso a través de iniciativas dirigidas a incentivar el reequilibrio de roles en el ámbito familiar y a facilitar las exigencias del cuidado de los hijos<sup>913</sup>. En ocasiones se crean específicas comisiones paritarias cuya labor consiste en realizar posibles iniciativas en tema de igualdad de oportunidades y conciliación del tiempo de vida y trabajo bajo el esquema de la responsabilidad social empresarial<sup>914</sup>.

---

<sup>908</sup> STC 203/2000 de 24 julio, RTC 2000\203, FJ 6.

<sup>909</sup> Así, el nuevo art. 53 CC de *Banca*, modifica su anterior cláusula de «Conciliación de la vida personal, familiar y laboral» que apuntaba a la toma en especial consideración las circunstancias de la mujer para fomentar en las empresas cubiertas por el mismo, la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares y evitar toda discriminación laboral por su ejercicio. En el mismo sentido, Plan de Igualdad de Renfe operadora o el ya citado art. 101 CC *industria textil*.

<sup>910</sup> Art. 53 CC *Banca*. Tít. V CC *administraciones de loterías*. Permiso por lactancia, reducción de jornada, permisos de maternidad y paternidad y otros permisos no retribuidos están regulados por un único precepto del CC de *Repsol Química*, SA, el art. 43 titulado «Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», junto con otras medidas en aras a la conciliación predispuesta como el teletrabajo, permisos no retribuidos por motivos personales o reducciones de jornada por otros motivos. Cap. VII *Decathlón*, titulado «Políticas corporativas. Conciliación de la vida laboral y familiar»

<sup>911</sup> Como el art. 35 CC *Aserrío y fabricación de envases y paletas de madera Murcia* que se remite a las leyes 3/2007 LOIMH y 39/1999 de conciliación de la vida laboral y familiar o el art. 5 CC *estatal de la empresa distribución y gestión de tiendas de frutos secos L.B.S.L.*

<sup>912</sup> Se incluye entre los instrumentos adoptables en la empresa en concepto de RSE, Protocollo n° 9 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI*. También incluyen entre el contenido de la RSE la conciliación de vida laboral familiar y familiar, art. 7 CC *Luxottica*, comprometiéndose para ello a solicitar los fondos económicos disponibles para proyectos financiados a nivel europeo.

<sup>913</sup> Especialmente cuando no sobrepasan la edad de 12 años o 15 años en caso de adopción y acogimiento Art. 7 CC *Nestlé Italia*, bajo la referencia de "*Welfare aziendale, promozione delle opportunità e work-life-balance*".

<sup>914</sup> Art. 134 CCNL *Banche di credito cooperativo casse rurale ed artigiane*.

### 4.3.1. Maternidad

La protección de la maternidad está asegurada a nivel europeo, actualmente reconocida en relación con el derecho a la conciliación en el art. 33 CDFUE al margen de la protección que se brinda mediante las normas de Derecho derivado<sup>915</sup>. En el plano Constitucional se encuentra asegurada mediante la atribución de responsabilidades a los poderes públicos de garantía y tutela<sup>916</sup>, mientras que también la legislación incorpora de modo específico la prohibición de discriminación por cuestiones ligadas al embarazo o la maternidad<sup>917</sup>, circunstancia altamente discriminante para la mujer sobre la que el TC ha dedicado importante doctrina.

En el ámbito laboral, la mujer ha de ser protegida desde dos vertientes, estas son, como mujer y como madre. El nacimiento de un hijo se contempla en la mayoría de los casos como uno de los puntos más críticos en el recorrido profesional de las mujeres que desde ese momento encuentran por duplicado los prejuicios sobre la menor productividad de las mismas<sup>918</sup>. La intermitencia en la carrera laboral tiene un impacto que produce consecuencias particularmente relevantes para las mujeres. La falta de resolución de una política de conciliación eficaz para desterrar la atribución de las cargas familiares de la mujer se encuentra en la base de las dificultades que encuentran las mismas tanto en el acceso como en la progresión en el mercado laboral. Tal es así que, a pesar de la implantación de modelos garantistas de tutela de la mujer durante el periodo de embarazo y postparto no se ha erradicado la salida forzosa y discriminatoria de la mujer del mercado de trabajo cuando comienza a disfrutarse de un periodo de maternidad o por imposibilidad de conciliar en ausencia de estructuras sociales adecuadas<sup>919</sup>. Sin embargo, los modelos neutros de conciliación deben conjugarse, por el momento, con medidas de acción positiva que tiendan a favorecer la compatibilidad del trabajo y las responsabilidades que pertenece a la mujer en vista de la realidad que hoy vivimos.

Nos encontramos en una etapa de transición, a nuestro modo de ver, que todavía se aquieta a la distribución tradicional de roles. Paradigmática resulta la referencia en el art. 37 de la Constitución italiana al deber de protección de la mujer como pilar

---

<sup>915</sup> Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Directiva 2006/54/CE, arts. 1.2 c), 6, 9.1 g), 15 y 28.1. Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BusinessEurope, la UEPAME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

<sup>916</sup> El art. 39.1 CE, exige a los poderes públicos asegurar la protección integral de los hijos y de las madres ; el art. 31 CI, prescribe que la República protegerá la maternidad ; el punto 9 del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 reconoce a todos, especialmente al niño, a la madre y a los antiguos trabajadores, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio; El art. 6.6 de la Constitución alemana reconoce a toda madre tiene el derecho a la protección y a la asistencia por parte de la comunidad.

<sup>917</sup> En España, el art. 8 LOIMH establece como discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad. En Italia, el art. 3 del texto único sobre la maternidad y paternidad reconoce la prohibición de discriminación por razón de sexo, con especial referencia a cualquier tratamiento menos favorable en razón del estado de embarazo así como maternidad o paternidad.

<sup>918</sup> CAMERLENGO, Q. *Cosituazione e promozione sociale*. PP 164 y 186.

<sup>919</sup> TUORTO, D. *Il lavoro difficile. Discriminazione e gruppi discriminati in Italia*, op.cit.P. 46.

fundamental de la familia<sup>920</sup>. Así, sus condiciones de trabajo deben consentir el cumplimiento de las esenciales funciones familiares tendentes a asegurar a la madre y al hijo una especial y adecuada protección. Anclada en una visión sesgada de la división histórica de roles que ha venido a ser parcialmente superada por la legislación cuando pretende redistribuir las cargas familiares mediante medidas de conciliación y por ello hoy se recoge en un texto único la tutela a la maternidad y a la paternidad.

Los convenios colectivos, del mismo modo, han de hacer una lectura contemporánea del derecho a la conciliación tal y como hoy no solo se rememora en las Constituciones como realidad biológica diferencial objeto de protección<sup>921</sup>, advirtiendo las necesidades específicas de la trabajadora madre, pero también configurando sistemas de conciliación que incentive a los empleadores a contratar mano de obra femenina sobre la idea de que las responsabilidades familiares no solo son atendibles por mujeres, sino indistintamente por unos u otros progenitores<sup>922</sup>.

#### 4.3.1.1. Suspensión o permiso de maternidad/paternidad

Adentrándonos ahora en el tratamiento convencional de medidas tendentes a conciliar la vida profesional, familiar y personal por el nacimiento o adopción de un hijo, destacamos prima facie que casi la totalidad de convenios analizados regulan de forma más o menos pormenorizada los efectos de la maternidad sobre la relación laboral. Hemos preferido utilizar las diversas instituciones desde la perspectiva del Derecho español utilizando el método comparado integrador y así haciendo coincidir las instituciones análogas previstas en la norma y en la realidad práctica convencional italiana, aunque en ocasiones, los términos empleados en uno y otro ordenamiento no son coincidentes.

La ley española determina en el art. 48 ET el periodo de suspensión con reserva de puesto por maternidad de dieciséis semanas ininterrumpidas- conocido generalmente como permiso de maternidad-, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada que incluso podrá optar a que una parte del mismo lo disfrute el padre, salvo las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, siendo posible asimismo el disfrute a tiempo parcial previo acuerdo con el empresario y en los términos que se fijen reglamentariamente. Esto último lo recoge algún convenio aportando en ocasiones limitaciones a su ejercicio, a saber, que la empleada cumpla con

---

<sup>920</sup> El carácter de «esencial» de la función de la mujer en la familia fue discutido en el iter parlamentario del art. 37 de la Constitución italiana, defendido por la derecha por entenderlo no sinónimo de «exclusivo». Sobre éste debate, DE CRISTOFORO, *M.L. Tutela e/o parità?*, Cacucci, Bari, 1979, PP: 153-166. Rechaza el establecimiento de acciones positivas –todas ellas- a favor de la mujer, en referencia al rol que el art. 37 de la Constitución italiana atribuye a las mismas OMAGNOLI, U., “L’uguaglianza delle opportunità”. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989. PP. 958-959.

<sup>921</sup> Por lo que cualquier medida que se disponga a favor de la trabajadora madre no es automáticamente discriminatoria para el varón, SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, RTC 1992/229, FFJJ 3 y 4; 109/1993, de 25 de marzo RTC 1993,109, FFJJ 3 y 4.

<sup>922</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “La aplicación de la Directiva 92/85 en España”, CRUZ VILLALÓN, J., (Coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. op.cit. P. 260. LOUSADA AROCHENA, J.F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, op.cit. P. 91.

el requisito de dos años de antigüedad, excluido con respecto a las seis semanas posteriores al parto, sin que sea acumulable con otras situaciones como lactancia, reducción de jornada o excedencia por motivos familiares. Además, el teletrabajo podrá ser compatible con la situación de permiso por maternidad a tiempo parcial al 50% en las últimas cuatro semanas del permiso de maternidad<sup>923</sup>. Aunque muchos convenios hayan obviado esta facultad, parece sensato afirmar que el precepto no permite a la negociación colectiva limitar el derecho sometido al acuerdo individual y a las normas de desarrollo. Por el contrario, estaría habilitada para mejorar la disposición legal mediante ampliaciones del periodo máximo aunque rara vez se detecten cláusulas de éste tipo<sup>924</sup>. Lo más frecuente es que el convenio colectivo se limite a reconocer el derecho de suspensión por maternidad<sup>925</sup>, pero en ocasiones-escasas<sup>926</sup>- incluso mejoran la previsión legal, como en el caso de la atribución del complemento necesario para alcanzar el 100% de los conceptos retributivos referenciados en el convenio durante el periodo en que la relación permanezca en suspenso<sup>927</sup>. Finalmente otros extienden el ámbito subjetivo de aplicación del permiso de maternidad a las empleadas que asumieran la tutela sobre un menor, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al mismo<sup>928</sup>.

Junto a la suspensión por maternidad, que puede ser disfrutada por ambos progenitores con las peculiaridades reseñadas, la legislación reconoce el permiso de paternidad dirigido al progenitor que no se haya beneficiado de la suspensión por maternidad, independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso. La duración hasta el 1 de enero de 2017 estaba fijada en 13 días mientras que desde la mencionada fecha ha sido ampliado a cuatro semanas, haciendo coincidir las cuatro semanas obligatorias posteriores al parto natural que disfrutaría la madre<sup>929</sup>. Al margen de su duración, se protege al trabajador que disfrute del mismo en los mismos términos que al que ejercite el permiso por maternidad-suspensión de los contratos formativos, del periodo de prueba, despido objetivo por alta morbilidad, nulidad objetiva del despido-. Existe una propuesta no de ley aprobada por el Congreso de los Diputados en las que se solicita que aquella diferencia en el régimen jurídico media entre ellos también desaparezca<sup>930</sup>.

---

<sup>923</sup> Art. 43.3.2 CC *Repsol Química S.A.*

<sup>924</sup> El art. 12 b) CC *personal laboral del Excmo. ayuntamiento de Castellar de la Frontera* las eleva a 19 o 21 en caso de parto múltiple.

<sup>925</sup> Art. 90 d) CC *Construcción*. Art. 50 XVII CC *industria química*. Art. 38 CC *industria textil* que recoge literalmente el art. artículo 48, apartado 4 del ET. Art. 51 CC *Enseñanza privada no subvencionada*, atribuyéndole erróneamente la denominación de excedencia forzosa con mantenimiento del puesto. Art. 27 B. a). CC *sanidad privada Burgos*.

<sup>926</sup> Distintos estudios analíticos sobre negociación colectiva ha obtenido las mismas conclusiones al respecto. QUINTANILLA NAVARRO, B., "Igualdad y no discriminación en función de género: Estudio específico de la conciliación de la vida familiar y profesional y del acoso", ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (Coord.), *La negociación colectiva en España. Una visión cualitativa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. P. 681.

<sup>927</sup> Art. 44 Art. CC *centros de enseñanza privada*. Art. 40 CC *enseñanza concertada* asegura el derecho a su retribución total durante la suspensión derivada de maternidad, paternidad, adopción, acogimiento permanente o preadoptivo, o riesgo durante el embarazo o lactancia natural siempre que se cumplan los requisitos que establece la legislación vigente en cada uno de los casos. Artículo 26. I *Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos*. 43.3.1 *Repsol Química, S.A.* Art. 5.3 CC *Compañía Española de Petróleos*.

<sup>928</sup> Art. 43.3 XI CC *Repsol Química, S.A.*

<sup>929</sup> Recogido en el art. 48.7 ET vigente tras la entrada en vigor la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida cuyos efectos habían sido bloqueados hasta el 1 de enero de 2017 por motivos presupuestarios.

<sup>930</sup> El 18 de octubre de 2016 se aprobó una proposición no de ley que recoge entre sus objetivos que «el permiso sea de igual duración para cada progenitor/a, intransferible en su totalidad, con una prestación del 100% de la base reguladora, y con igual protección del puesto de trabajo durante el ejercicio de los derechos de maternidad y paternidad».

Mientras tanto, no resulta inconveniente que los convenios puedan ampliar la duración máxima reconocida por la ley a cargo del empresario aunque en ninguno de los examinados se lleva a cabo. Por el contrario, todo aquel que se refiera a la regulación anterior devendrá inaplicable en éste punto<sup>931</sup>. Además, pueden provocar discriminación aquellas que predeterminen determinados derechos para quien se encuentre en suspensión por maternidad pero no por paternidad, o en todo caso, incidir de forma negativa en una visión del reparto de roles sesgada. Esto sucede, por ejemplo, cuando se entiende como tiempo efectivamente trabajado el periodo de maternidad pero no paternidad al objeto de fijar los días de vacaciones correspondientes<sup>932</sup>, o para el cálculo de determinados pluses<sup>933</sup>, pérdida de los derechos generados por el trabajador fijo discontinuo que no responda afirmativamente al llamamiento, salvo causa justificada de enfermedad común, maternidad o accidente<sup>934</sup>, la sustitución de la ausencia por lactancia de por un permiso retribuido de 15 días naturales a continuación del descanso de maternidad y no de paternidad<sup>935</sup>, o el derecho a reducir la jornada sin solución de continuidad tras la suspensión por maternidad pero no por paternidad<sup>936</sup>. Otras contravienen la ley como aquella que no introduce la paternidad entre las causas que garantizan el completo disfrute de vacaciones en fechas distintas<sup>937</sup>, no incluir la paternidad entre las situaciones que no determinan la suspensión del periodo de prueba, salvo pacto<sup>938</sup>, o el que exige un periodo de preaviso de 15 días<sup>939</sup>. Finalmente, algunos convenios ni siquiera se refieren a la paternidad<sup>940</sup>.

En Italia algunos convenios colectivos, con carácter general realizan un reenvío a la normativa vigente en materia de tutela física y económica de la mujer embarazada, así como de permisos parentales<sup>941</sup>. En cuanto al régimen legal de suspensión por

<sup>931</sup> Entre otros, art. 32 CC *Banca*; art. 31.2 CC *Calzado*; art. 64 CC *Corcho*; art. 17 CC *harinas panificables y sémolas* aunque añadía cinco días a los trece reconocidos por la ley, en cualquier caso inferior al fijado por la ley; art. 37 CC *Industrias Transformadoras de Plásticos de la Comunidad de Madrid*; art. 14.1 b) CC *Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA*.

<sup>932</sup> Art. 15 CC *harinas panificables y sémolas*. En el mismo sentido art. 32 CC *Industrias Transformadoras de Plásticos de la Comunidad de Madrid*. El art. 18 CC *Interprovincial de la Empresa FGV* Solo permite el desplazamiento del disfrute de las vacaciones al finalizar el permiso por paternidad si la suspensión se realiza a jornada completa.

<sup>933</sup> Art. 46.6 CC *limpieza de edificios y locales*.

<sup>934</sup> Art. 2.2.3.3 d) CC *turrónes y mazapanes*.

<sup>935</sup> Art. 31.3 CC *Banca*. También destina el uso alternativo del derecho a la mujer el art. 46 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*; art. 36 CC *Comercio Vario de La Coruña*.

<sup>936</sup> Art. 36 CC *Decathlon*.

<sup>937</sup> Art. 17 *estatal de las administraciones de loterías*.

<sup>938</sup> Art. 17 CC *industria de hotelería y turismo de Cataluña*.

<sup>939</sup> Aunque la ley permite que se utilice desde que finaliza el permiso por nacimiento de hijo, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. Art. 64 CC *Corcho*.

<sup>940</sup> Entre ellos el CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*, el CC *industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales*, el CC *limpieza de edificios y locales*, el CC *turrónes y mazapanes*, el *I Acuerdo Marco del Comercio*, el CC *Recolección de Cítricos de la Comunidad Valenciana*, el CC *industria de hotelería y turismo de Cataluña*, el CC *del Banco de España* (tampoco la maternidad), de forma idéntica que el CC *de la empresa Nissan Motor Ibérica, S.A. (Centro de trabajo de Los Corrales de Buelna)*.

<sup>941</sup> Art. 56 CCNL *setore abrasivi* 2014. Art. 19 CCNL per i dirigenti dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali renovado en 2012. Art. 24 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*. Arts 4 y 5, Tit. VI, Secc IV, CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*. Art. 61 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*. Art. 53 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*. Art. 87 CCNL *Metalmeccanico-Artigianato*. Art. 57 *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro* Art.87 CCNL *metalmeccanico artigianato*, art. 71 CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*. Art. 56 CCNL *dipendenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi*. Pero referido a la normativa ya derogada, art. 24 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*. Art. 35 CCNL *Metalmeccanico-Artigianato*. art. 61 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*. Art. 53 CCNL per i dipendenti PMI delle società cooperative e delle aziende artigiane del settore chimica ed affini CEPA-A e UGL 2013-2016 (en adelante CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*). Art. I/O-2 CCNL *setore costruzioni*. Art. 81 CCNL *setore edile ed affini*. art.



nacimiento de hijo, en Italia se configura lo que se denomina permiso de maternidad obligatoria que se reconoce desde la perspectiva de la prohibición de emplear a la mujer durante los dos meses anteriores a la fecha presunta de parto, incluyendo el periodo que transcurre entre la fecha presunta de parto y el día efectivo del mismo, y durante los tres meses siguientes al parto, al los que se añade el periodo no disfrutado debido a anticipación del parto. Este permiso solo es accesible al padre en caso de muerte de la madre o de grave enfermedad de la misma, abandono o tutela exclusiva del hijo al padre. Cabe cierta flexibilidad en el tiempo de disfrute permitiendo que comience solo un mes antes del parto cuando el médico competente confirme que ésta opción no plantea importantes riesgos para la madre siempre que la profesión no coincida con una de las incluidas en el elenco del ministerio competente a efectos de inaplicar la flexibilidad en la concreción del permiso de maternidad. Aumentará a tres meses de permiso previo al parto si la trabajadora se encuentra expuesta a trabajos que pueda suponer perjuicios o sean peligrosos para su estado avanzado de gravidez, o incluso podrá extenderse a todo el periodo de embarazo cuando se den las causas legalmente previstas<sup>942</sup>. En atención a dichas circunstancias en algún convenio se prevé que el periodo máximo se ampliará hasta un máximo de 7 meses de edad del niño, o previamente a todo el tiempo del embarazo<sup>943</sup>.

También en ocasiones se dedican los convenios en Italia a mejorar las condiciones retributivas. La norma legal prevé que durante el periodo de abstención del trabajo obligatoria la empleada recibirá el 80% de la retribución diaria mientras que normalmente la empresa abona el 20% restante, siempre que la mejora sea prevista por el convenio colectivo<sup>944</sup>. En ocasiones el convenio lo reconoce de forma parcial, como es el caso de aumentar la retribución hasta el 100% solo durante los dos meses previos al parto excluyéndose el complemento retributivo para los meses posteriores al mismo<sup>945</sup>, así como aquellos que prevén solo el complemento del 20% respectivo a la retribución de la paga extraordinaria (tredecimesima mensilità) durante el periodo de permiso obligatorio<sup>946</sup>. Por el contrario, otros extienden la aplicación de todos los permisos previstos en la negociación colectiva dentro del límite máximo de 10 meses dentro del año de edad del hijo<sup>947</sup>.

---

34 CCNL *Mobilità, area contrattuale attività ferroviarie*. Se refiere a la normativa para la tutela de la trabajadora madre, art. 30 CC *Rome International School*.

<sup>942</sup> Arts. 16 a 27 Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151.

<sup>943</sup> Sobre la base de lo dispuesto en los arts. 6.1 y 7.6 D. lgs. 151/2001, art. 178 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*; art. 87 CCNL *Metalmecanico-Artigianato*. Facultad de la trabajadora de suspender en vía cautelar la relación laboral dadas dichas circunstancias, art. 59 CCNL *settore costruzioni*.

<sup>944</sup> Como realizan el CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI: De* aplicación a los operarios, Art. 93; art. 100 para los trabajadores con cualificación especial o intermedia y 110 para empleados. Art. 91 CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale* aplicable a trabajadores intermedios y 108 para empleados, sin que se exija a las empresas acumular a lo anterior eventuales mejoras empresariales extra. Art. 81 c) CCNL *settore edile ed affini*. Art. 56 CCNL *dipendenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiane del settore abrasivi*. En éstos mismos términos, art. 54 CCNL *Occhialeria Anfao*. art 34.2.1 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*. con un máximo de 5 mensualidades Art. 19 CCNL *per i dirigenti dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali* renovado en 2012 ; art. 48 CCNL *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria* ; art. 56 CCNL *dipendenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiane del settore abrasivi*, disponiendo la misma integración hasta alcanzar al 100% durante el permiso parental post parto correspondiente al padre.

<sup>945</sup> Art. 178 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*.

<sup>946</sup> Art. 35 CCNL *Metalmecanico-Artigianato*. Art. 59 CCNL *settore costruzioni*. Art. 87 CCNL *Metalmecanico-Artigianato*. art. 61 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*. art. 54 CCNL *Banche di credito cooperativo casse rurale ed artigiane*.

<sup>947</sup> Art. 46 CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*.

Los periodos de ausencia por maternidad/paternidad obligatoria deben ser tenidos en cuenta con relación al cómputo de antigüedad, incluidos los efectos relativos a las vacaciones, a la paga extraordinaria en concepto de treceava mensualidad o a la paga por navidad<sup>948</sup>.

Por último, en Italia el permiso de paternidad combina dos tipos, el obligatorio y el facultativo. La ley de 28 de junio de 2012 n°92 instituyó de forma experimental un permiso de paternidad obligatorio (congedo papà) de un día así como un permiso facultativo de dos días más alternativo al que se reconoce a la madre. Su disfrute ha aumentado en 2016 a dos días de permiso obligatorio que ha extendido a 2017. Éste puede ser disfrutado dentro de los cinco meses de vida del hijo y se reconoce de forma acumulativa con el permiso de paternidad reconocido por el art. 28 del decreto legislativo de 26 marzo de 2001, n. 151 (congedo di paternità) que permite la abstención de trabajar durante toda la duración del permiso de maternidad o por la parte residual que correspondería a la trabajadora solo en caso de muerte o grave enfermedad de la misma, abandono, tutela exclusiva del padre sobre el niño o cuando la madre sea una trabajadora autónoma. Los convenios en Italia tampoco recogen menciones al permiso de paternidad obligatorio<sup>949</sup>. Algunos lo contemplan sin mediar la actualización normativa, fijado en un día<sup>950</sup>. Finalmente otros prevén permisos retribuidos para el trabajador padre por el nacimiento de hijo<sup>951</sup>. Como en España, la superación del permiso de maternidad otorga algún derecho a la trabajadora madre no previsto para el padre en caso de que sea éste quien disfrute del mismo. La ley reconoce el derecho de la madre a solicitar una ayuda para guarderías cuando finaliza el permiso de maternidad como sustitutivo a la excedencia por razones parentales y así lo recoge algún convenio<sup>952</sup>. También se prevé la promoción de medidas que faciliten la reincorporación de la trabajadora después de la ausencia por maternidad para salvaguardar su profesionalidad, mientras que debería reconocerse también al padre si

---

<sup>948</sup> Así lo recogen algunos convenios Art. 93, 100 y 110 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI*, tratamiento para operarios, cualificados especialistas o intermedios y empleados respectivamente. Con la excepción de que el cómputo a efectos de antigüedad no está prevista para el primero de los grupos; Art. 48 CCNL *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria*. Art. 56 CCNL *dipendenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiane del settore abrasivi*, reconoce el mantenimiento de todos los institutos contractuales con un máximo de 10 meses; misma limitación temporal en el art. 53 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*, con la exclusión del permiso anticipado y lactancia. Art. 57 CCNL *produzione del cemento, della calce e suoi derivati, del gesso e relativi manufatti, delle malte e dei materiali di base per le costruzioni, nonché la produzione promiscua di cemento, calce, gesso e malte*.

<sup>949</sup> Entre otros, CCNL *Banche di credito cooperativo casse rurale ed artigiane*, si bien se refiere al trabajador o trabajadora cuando se refiere a los permisos de maternidad. Del mismo modo CCNL *Abi. CCNL Chimica, gomma e vetro. CCNL metalmeccanico artigianato. CCNL Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria. CCNL metalmeccanico ed affini artigiani. CCNL per i dipendenti delle imprese artigiane e delle piccole e medie imprese industriali e dei consorzi artigiani costituiti anche in forma cooperativista esercenti l'attività produzionelaterizi, manufatti in cotto, di manufatti in cemento e affini, 2013-2016* (en adelante CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*). Ninguno de los provinciales analizados lo contemplan.

<sup>950</sup> Art. 178 CCNL *per i dipendenti del terziario: commercio, distribuzione e servizi*. Art. 81 d) CCNL *edili ed affini*. Art. 55 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI*

<sup>951</sup> Un día art. 40 a) CCNL *Legno, Mobili, Arredamento, Sughero, Forestale*. En el mismo sentido, art. 56 CCNL *dipendenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiane del settore abrasivi*, art. 53 CCNL *chimica ed affini*. Dos días. art. 38 CCNL *operai agricoli e florovivaisti. En ese sentido, CC integrativo infocert S.P.A.* Cuatro días, solo si no se acoge la permiso de maternidad, art. 31 CC *Institut Français, centro de San Luis de Roma*; Permiso retribuido de cuatro días CC *Equitalia S.P.A.* De cinco días, art. 7, a) CC *Luxottica*.

<sup>952</sup> Previsto en el art. 24.4 b) de la ley 92/2012 de 28 de junio, que ha sido prorrogado para el bienio 2017-2018. Entre otros, art. 167.9 CCNL *per i dipendenti del settore turismo e pubblici esercizi* de 28 de mayo de 2014 entre Sistema Comercio e Impresa y FESICA- CONFISAL y CONFISAL- FISALS. En los mismos términos, art. 179 CCNL *per i dipendenti del terziario: commercio, distribuzione e servizi*.

es que éste es el que ha disfrutado del permiso referido<sup>953</sup>. Por último, creemos que no se puede reservar la prohibición de perjudicar a la madre en cualquier aspecto de la relación profesional tras superar el periodo de maternidad cuando éste también puede ser disfrutado por el padre<sup>954</sup>.

#### 4.3.1.2. Otros permisos

En atención al momento anterior al nacimiento del hijo, la norma legal fija en España el derecho de ausentarse del trabajo para la realización de exámenes prenatales, para realizar técnicas de preparación al parto o visitas médicas, sin pérdida de retribución, durante el horario de trabajo<sup>955</sup>. El ET no puntualiza si se dirige solo a la mujer o a ambos progenitores –en el caso del padre o pareja de la trabajadora embarazada, por acompañamiento–, aunque parece dirigido con carácter eminente a las mujeres tal y como se desprende del precepto de la directiva por la que se introduce a la legislación española, así como del art. 26.6 LPRL y así lo interpreta algún pronunciamiento jurisprudencial<sup>956</sup>. Además, otros ordenamientos lo acogen como derecho privativo de la madre<sup>957</sup>. No obstante, existe algún sector doctrinal que con toda razón defienden su extensión al otro progenitor para contribuir así a una mayor conciencia social sobre la responsabilidad compartida de ambos y evitando perjuicios para la contratación de mujeres por hechos como la previsión de permiso exclusivamente atribuibles a las mismas<sup>958</sup>. Desde un punto de vista intermedio, podría señalarse la posibilidad de aceptar que los exámenes prenatales se reserve solo a ésta, como así lo determina la directiva europea, mientras que las técnicas de preparación al parto introducidas de forma espontánea por la norma española, se otorguen a ambos progenitores. Algunos convenios, en cambio, los engloban entre los permisos que pueden ser concedidos a trabajadores y trabajadoras<sup>959</sup>.

Una vez nacido el hijo, además del reconocimiento de dos días de permiso retribuido

---

<sup>953</sup> Entre las funciones de la Comisión para la igualdad de oportunidades sectorial y de las territoriales y empresariales, art. 5.1.2 b) y 5.2 c) y 5.3 CCNL *metalmecánica privada e installazioni di impianti*.

<sup>954</sup> Como así lo reconoce el art. 3.1 CC *aziendale Consap S.P.A.*

<sup>955</sup> Así lo disponen, entre otros, el art. 30.1 CC *Banca*, el art. 32.4 CC *Calzado*, el art. 43 c) CC *empresas de gestión y mediación inmobiliarias*, art. 25.1 g) CC *peluquerías, institutos de belleza y gimnasios*, art. 46 g) CC *enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado* o el art. 89. 5 CC *industria textil*, art. 38 CC *limpieza de edificios y locales de Huelva*, art. 22.4 CC *limpieza de edificios y locales en la provincia de Cáceres*, apartado III, 1.1 CC *Compañía Española de Petróleos*.

<sup>956</sup> Art. 9 de la Directiva 92/85/ CEE, de 19 de octubre, que establece, que “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas... disfruten... de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que dichos exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo”, aunque si bien, la norma española amplía dicho permiso para acudir a recibir «técnicas de preparación al parto». En jurisprudencia, SSTSJ Andalucía 1431/2007 de 23 abril. AS 2007/3027 STSJ de Madrid de 17.1.2005, AS 2005/636.

<sup>957</sup> Art. 14 D. lgs. de 26 de marzo de 2001, n.º. 151, condicionado a la previa certificación médica. Pocos convenios se refieren al mismo, como por ejemplo, art. 35 CCNL *Metalmecánico-Artigianato*. Art. 59 CCNL *settore costruzioni*. Art. 19 CC *Equitalia, S.p.A.*

<sup>958</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., “El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto”. *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 19, 2006. P.30. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. “Permisos retribuidos”, ARGÜELLES BLANCO, A.R. MARTÍNEZ MORENO, C., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares: estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*. CES, Madrid, 2004. P. 201. Postura semejante en ARGÜELLES BLANCO, A.R., *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. P. 78.

<sup>959</sup> Como por ejemplo, art. 43 f) CC *aguas potables y residuales*. Art. 20 h) CC *estatal de administración de loterías*. Art. 38.7 CC *enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos*. Art. 48.8 CC *industria química*. Art. 34.7 CC *Sector de Industrias Transformadoras de Plásticos de la Comunidad de Madrid*. Art. 16 g) CC *Comercio vario de la provincia de A Coruña*. Art. 15.11 CC *Industria Siderometalúrgica de Huesca*.

mejorable por convenio<sup>960</sup>, el Estatuto de los trabajadores español configura un permiso por lactancia del hijo recién nacido, adoptado o acogido, de una hora de ausencia del trabajo, que podrá ser dividida en dos fracciones hasta el cumplimiento de 9 meses, duración que se incrementa de forma proporcional en el caso de parto o adopción múltiples.

El permiso puede ser disfrutado por ambos progenitores indistintamente desde que el art. 37.4 ET fuese considerado contrario a la normativa europea porque reconocía la titularidad a la madre por cuenta ajena en cuyo caso el padre podría disfrutar del mismo cuando también fuese trabajador por cuenta ajena, mientras que no sería titular si la madre trabajaba por cuenta propia. En tales términos no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social, desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural en cuyos términos éste permiso debe considerarse actualmente como un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad<sup>961</sup>. Si bien, algún convenio parece sostener una preferencia para el disfrute de la madre cuando comienza reconociendo a la trabajadora el permiso por lactancia aunque acepta en un momento posterior el disfrute por uno de ambos progenitores cuando ambos trabajen<sup>962</sup>.

El progenitor que pretenda disfrutar de éste permiso podrá sustituir la reducción horaria por su disfrute en reducción de jornada o por jornadas completas, según establezca el convenio aplicable o el acuerdo directo con el empresario<sup>963</sup>, o determinan que la opción por las diferentes alternativas corresponderá siempre a la persona trabajadora titular del derecho<sup>964</sup>. Su regulación convencional resulta heterogénea. Algunos se refieren a la reducción de jornada<sup>965</sup>, otros a su acumulación<sup>966</sup>, en otros casos se aclara que la acumulación por las horas equivalentes debe ser empleado de forma consecutiva al permiso por maternidad<sup>967</sup>, o se refieren a su disfrute alternativo solo para la madre<sup>968</sup>.

---

<sup>960</sup> Por ejemplo, elevándolo a 3 días, el art. 20 c) CC *turrones y mazapanes*.

<sup>961</sup> STJUE de 30 de septiembre de 2010, *Roca Álvarez*, asunto C-104/09. STC 75/2011 de 19 mayo, RTC 2011\75, FJ 7.

<sup>962</sup> Art. 74.4 CC *Construcción*. “A voluntad de la trabajadora...” advierte el art. 48 CC *enseñanza privada*, para luego referirse a trabajador o trabajadora. “La mujer, por su voluntad podrá sustituir este derecho...” Art. 27. A) 2. CC *sanidad privada Burgos*.

<sup>963</sup> Remiten a dicho acuerdo el art. 41 CC *enseñanza privada concertada*.

<sup>964</sup> Art. 32.2 G) CC *yeso, cal y escayola*.

<sup>965</sup> Reducción de la jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, art. 43.2 CC *aguas potables y residuales*.

<sup>966</sup> Hasta 13 días, art. 33 sector de la *industria de hostelería y turismo de Cataluña*

<sup>967</sup> Se podrá disfrutar de mutuo acuerdo el período de lactancia a continuación de la licencia por maternidad. En este caso el tiempo de lactancia será de dieciocho días naturales, art. CC *estatal de las administraciones de loterías*. 15 días naturales a continuación del descanso de maternidad, art. 31.3 CC *Banca* En los mismos términos, art. 27.7 CC *Calzado*. Art. 27. A) 2. CC *sanidad privada Burgos*: 3 semanas siempre que se preavise del ejercicio de este derecho con quince días de antelación a la reincorporación tras la baja por maternidad, y no fuese a suspender su contrato su contrato de trabajo. Siempre que sea a continuación de la baja por maternidad Art. 36 CC *comercio vario de la provincia de A Coruña* Con un total de 10 días a disfrutar inmediatamente a la suspensión por maternidad, art. 15.12 CC *industria siderometalúrgica de Huesca*. A disfrutar inmediatamente en los días posteriores al permiso por maternidad, art. 43.1 CC *Repsol Química S.A.* 14 días naturales, que deberán disfrutarse necesariamente desde el día siguiente a la finalización del descanso por maternidad, art. 4.4 Cap. XII, CC *Compañía Española de Petróleos*. Art. 36 VI CC empresa *Decathlon España, S.A.*

<sup>968</sup> Art. 46 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria* ; «La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad, o, con carácter alternativo, sustituirse, a voluntad de la trabajadora, por un permiso retribuido de 15 días laborables a continuación del descanso de maternidad, preavisando con al menos 15 días naturales»

Lo más idóneo, en nuestra opinión, sería permitir su acumulación también al finalizar el periodo de paternidad, como así especifica algún convenio<sup>969</sup>.

En Italia, el permiso por lactancia se configura con un carácter más amplio desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo al contemplar un permiso al reposo, sin exigir que aquel se refiera a la lactancia del hijo, o bien de dos momentos del día de una hora cada uno o bien ser acumulado durante la jornada hasta el cumplimiento de un año de vida del hijo. En caso de no trabajar más de 6 horas, solo se permite un tiempo de reposo. El tiempo requerido disminuirá en media hora de cada reposo dentro de la jornada cuando la trabajadora disfrute del servicio de guardería o estructura análoga idónea instituida por la empresa en la unidad productiva o en las inmediaciones. Por el contrario, se aumenta en casos de casos múltiples o hijo con discapacidad. Se trata de un permiso igualmente extensible al padre si es el único cuidador, cuando la madre no lo utilice, cuando no sea trabajadora dependiente o en caso de su muerte o grave enfermedad<sup>970</sup>. Por si mediase alguna duda ante la ausencia de referencia a ello en la ley, reconoce algún convenio que todas las trabajadoras madres poseen el mismo permiso con independencia de la modalidad contractual extendiéndose a los supuestos de aprendizaje, a tiempo parcial o temporal<sup>971</sup>.

Además del permiso de dos días por hospitalización o intervención quirúrgica de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad contemplados en el mismo art. 37.3 b) ET, que en ocasiones se aumenta mediante la negociación colectiva<sup>972</sup>, algunos convenios prevén permisos retribuidos por consulta médica que le corresponderá al trabajador para el acompañamiento de hijos<sup>973</sup>. El reconocimiento de éstos últimos viene a zanjar para el concreto ámbito aplicativo de cada convenio la polémica en torno a su ubicación entre los permisos para el cumplimiento de un deber público y personal que, como tal, debería ser objeto de cobertura pública<sup>974</sup>. A tales efectos resulta más protector el régimen establecido en Italia donde la ley sí prevé la concesión de permisos no retribuidos cuando concorra enfermedad del hijo de hasta tres años. Si el hijo supera los tres años y no alcanza los 8, los progenitores alternativamente tienen derecho de abstenerse del trabajo un máximo de 5 días al año. En ambos casos, se interrumpirán, a solicitud del trabajador, las vacaciones que estuvieren siendo disfrutadas cuando la

---

<sup>969</sup> Permiso de 12 días, que será único, con independencia del número de hijos, art. 25.1 e) CC *peluquerías, institutos de belleza y gimnasios*. Lo eleva a un mes o el tiempo que proporcionalmente corresponda en función del periodo de reincorporación en la empresa con posterioridad al parto, sin especificar si se trata del hombre o mujer el art. 27.4 CC *farmacias*.

<sup>970</sup> Arts. 39 y 40 D.lgs. 151/2001. En idénticas condiciones, art. 180 CCNL per *i dipendenti del terziario: commercio, distribuzione e servizi*; art. 87 CCNL *metalmecanico artigianato*; Art. 34.4 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*.

<sup>971</sup> Art. 35 CCNL *Metalmecanico-Artigianato*.

<sup>972</sup> Art. 27.1 b) CC *Farmacias*: cinco días naturales que podrán ser prorrogados. En el caso de que no se produzca dicha prórroga, el empleado tendrá derecho a ausentarse de su puesto de trabajo por el tiempo necesario, sin retribución. Elevado a cuatro días por el art. 17 b) CC *Comercio de alimentación de A Coruña*. Tres días naturales dispone el art. 32.2 B) CC *yesos, escayolas, cales y sus prefabricados*. En el mismo sentido, art. 26 d) CC *Nissan Motor Ibérica NDS-B*. 6 días en caso de cónyuge o hijos, dispone el art. 24.4 a) CC *Interprovincial de la Empresa FGV*.

<sup>973</sup> Para el acompañamiento a los servicios de asistencia sanitaria de hijos o hijas menores de catorce años, art. 33.1 CC *Banca*. Por el tiempo necesario para el acompañamiento de hijos, art. 17 i) CC *harinas panificables y sémolas*. Art. 25.8 CC *Nissan Buelna S.L.*: para el acompañamiento de hijos fuera de Cantabria, un día para provincias limítrofes y dos días para el resto de provincias. Reconocimiento médico por prescripción facultativa de cónyuge e hijos menores de edad que con él convivan, art. 41 j) CC de *Repsol Química, SA*. En el mismo sentido, art. 34.8 CC *industrias transformadoras de plástico de la Comunidad de Madrid*.

<sup>974</sup> Ex. art. 37.3 d) ET, como así lo reconoció la STSJ Galicia 3098/2011, de 17 de junio de 2011. Los padres están obligados a velar por sus hijos en virtud del art. 110 CC pero son los poderes públicos los que deben garantizar protección integral de los hijos, ex. art. 39.1 CE. Vid. sobre éste asunto, NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., LOUSADA AROCHENA, J.F., *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*. Tecnos, Madrid, 2015. PP. 43ss.

enfermedad precise de recuperación hospitalaria<sup>975</sup>. A mayor abundamiento, los días de ausencia computan a efectos de antigüedad aunque se excluyen los efectos relativos a vacaciones o treceava mensualidad<sup>976</sup>. Algunas cláusulas convencionales incorporan un tratamiento más beneficioso para los trabajadores de éste permiso aumentando el número de horas a disposición de los trabajadores cuando el niño ya ha cumplido los tres años de edad o elevando la edad máxima del menor que condiciona su disfrute<sup>977</sup>.

Por último, es necesario reseñar que en España los convenios en ocasiones incluyen permisos no retribuidos de lo más heterogéneo vinculados a la condición social de la mujer. Entre ellos, el permiso de duración variable entre una semana a un mes para el sometimiento a técnicas de reproducción asistida, periodo que no obstante, no computa a efectos de antigüedad llevando aparejada la suspensión temporal del contrato y baja temporal en la Seguridad Social<sup>978</sup>. Otros, beneficiarán potencialmente un número mayor de trabajadoras en atención a su rol fundamental en el cuidado de la familia, como el permiso para cuidado de menor<sup>979</sup>. Algunos convenios en Italia también prevén otros permisos retribuidos o no a solicitud del trabajador que se añaden a todos los previstos por la ley<sup>980</sup>, entre ellos, permisos no retribuidos dirigidas solo a la trabajadora madre, como es el caso de aquella que trabaje a turnos que comprenda también turnos nocturnos, para la asistencia del hijo de edad no superior a los 18 meses<sup>981</sup>.

#### 4.3.1.3. Excedencias

Los trabajadores, disponiéndolo así en términos neutros el art. 46.3 ET, tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo por naturaleza, adopción o acogimiento, tanto permanente como pre adoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o en su caso, de la resolución judicial o administrativa de adopción o acogimiento. En éstos casos los trabajadores tienen derecho a la reserva del puesto durante el primer año-ampliables en los casos de familia numerosa-, pasado el cual, conservarán el derecho a

---

<sup>975</sup> Art. 47 d.lgs 151/2001. Entre otros, art. 87 CCNL *industria metalmeccanica ed installazione di impianti*. Art. 35 CCNL *Metalmecanico-Artigianato*. Art. 34.3.2 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*.

<sup>976</sup> Así lo recoge, por ejemplo el art. 34.3.4 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*.

<sup>977</sup> Lo eleva a nueve días al año por enfermedad de hijos hasta los nueve años, disfrutables de forma fraccionada en grupos de cuatro horas diarias según la compatibilidad con las exigencias empresariales el art. 40 ter B) *Contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori dell'industria alimentare* FAI-CISL, FLAI-CGIL, UILA, prorrogado desde 1 de enero de 2016 (en adelante CCNL *industria alimentare*). Así mismo, el CC *Nestlé Italia* mejora la disposición del convenio nacional de sector elevándolo a 10 días. La edad del hijo se eleva a los 9 años. Permiso de 10 días igualmente previsto en la disposición sobre "*Pari Opportunità*" CC *Coca Cola Italia*.

<sup>978</sup> Art. 27.7 CC *Banca*. En parecidos términos, art. 42 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*.

<sup>979</sup> Por ejemplo, el permiso para el cuidado del menor de seis años de un número de días que deberán ser compensados posteriormente, siempre que, sumados a los días de asuntos propios y/o descansos compensatorios no superen un total de 9 días, art. 4.1. Cap. XII CC *Compañía Española de Petróleos*.

<sup>980</sup> Permiso no retribuido de duración máxima de un día para el acompañamiento al hospital, o para recoger al hijo de la escuela en caso de indisposición del mismo a petición del Director del centro, acompañamiento a visitas médicas hasta los 13 años del hijo, art. 7 CC *Luxottica*. Permiso no retribuido de 15 días para asistir al hijo enfermo y para acompañar al hijo al servicio de guardería o escuela infantil durante el primer año con el máximo de 7.5 h anuales durante el primer año Art. 8 CC de empresa *EQUITALIA S.p.A.*

<sup>981</sup> Art. 49. CCNL *Occhialeria Anfao*.

un puesto en grupo profesional equivalente. La excedencia, en toda su extensión, computa a efectos de antigüedad.

La negociación colectiva resulta poco innovadora a éste respecto<sup>982</sup>. A tales efectos, se proponen mecanismos de tratamiento más beneficioso para el trabajador como extender el periodo de reserva del puesto de trabajo durante todo el periodo de excedencia, al que pocos convenios aluden<sup>983</sup>, o ampliar la duración máxima de la excedencia que pueden beneficiar la estabilidad en el empleo de la mujer, evitando que abandone el mercado de trabajo al mismo tiempo que con ello se arriesga la perpetuación del reparto de roles familiares y los estereotipos de género<sup>984</sup>. En todo caso, la denegación de la misma cuando se trate de una mujer puede ser considerada discriminatoria por razón de sexo<sup>985</sup>. En fin, en algún convenio se impone facilitar el acceso a cursos de reciclaje a las personas que se incorporen después de excedencia o disminución de jornada por obligaciones familiares<sup>986</sup>.

En el sistema italiano, podríamos situar el equivalente a la excedencia por cuidado de hijos en el permiso o licencia parental de tipo facultativo (*congedo parentale facoltativo*), que se reconoce junto con el periodo de maternidad obligatoria. La ley establece un periodo de suspensión concedido tanto para el disfrute de la madre como del padre por cada hijo, que puede ser solicitado durante los primeros doce años de vida del mismo y que no podrá exceder de seis meses por cada progenitor que no podrá exceder si ambos lo utilizan contemporáneamente o si solo existiese un progenitor de un máximo de diez meses, que se eleva a once si uno de ellos disfruta de un permiso de éste tipo de duración no inferior a 3 meses, de forma continuada o fraccionada<sup>987</sup>. Este permiso ha sido modificado recientemente para introducir la posibilidad de disfrutar del mismo por horas<sup>988</sup>. La ley encomienda a la negociación colectiva la tarea de determinación del modo de disfrute del mismo sobre la base horaria. De éste modo, el convenio colectivo establece criterios como la obligación de los trabajadores de preavisar con cierta antelación de la modalidad de disfrute escogida, así como la determinación de los días, las horas y el término del periodo de suspensión. Si se prefiere un uso fraccionado, es necesario preavisar cuantas veces se interrumpa la

---

<sup>982</sup> Se limitan a recoger lo dispuesto legalmente entre otros, art. 93 CC *Construcción*; art. 52 CC *enseñanza privada*; art. 47 CC *enseñanza privada concertada*; art. 54 XVII CC *industria química*; art. 42 CC *industria textil*; a rt.20.1 b) y 20.3 CC *sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña*; art. 34.2 CC *sanidad privada Burgos*; art 38 VI CC empresa *Decathlon España S.A.*

<sup>983</sup> Lo eleva a dos años el art. 39 CC *Conservas Vegetales*. Reconoce el derecho al reingreso al mismo puesto de trabajo el art. 26.3 CC de *Hostelería de Cádiz* y también lo extiende a todo el periodo de excedencia el art. 27.3 CC Interprovincial de la Empresa FGV. Con carácter general 18 meses de reserva del puesto art. 42.3 XI CC de *Repsol Química, SA*. Está prevista la incorporación automática del trabajador al finalizar el periodo de excedencia Art. 26.1 CC *recolección de cítricos Comunidad Valenciana*.

<sup>984</sup> El art. 39 CC *conservas vegetales* eleva a cinco años el derecho a la excedencia. Critican la configuración legal de la excedencia por cuidado de hijos por producir un perjuicio en las expectativas profesionales de las mujeres, reforzando los estereotipos de género y desprofesionalizando a quienes se acogen a su duración máxima de tres años además de provocar una tasa de abandono definitivo del mercado laboral muy elevada de las mujeres. Por ello, proponen acortarla y apostar por otras alternativas más inclusivas como las de tipo prestacional, BALLESTER PASTOR, M.A., CABEZA PEREIRO, J. “Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades”, CRUZ VILLALÓN, J., GARRIDO PÉREZ, E., FERRADANS CARAMÉS, C., (Coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo*, op.cit. P. 114.

<sup>985</sup> STC 240/1999 de 20 diciembre. RTC 1999\240 en la que admite la existencia de discriminación en la denegación de excedencia por parte de una funcionaria interina.

<sup>986</sup> Art. 61 CC *Banca*; art. 55 CC *para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria*. art. 43.12 CC *Farmacias*. Más común dentro de los Planes de Igualdad como el contenido en el CC *Interprovincial de la Empresa FGV* o el de *Seat, SA*.

<sup>987</sup> Arts. 32 a 38 Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151.

<sup>988</sup> Art. 1. 339 de la ley de estabilidad para 2013 (ley de 24 diciembre de 2012, n. 228). El Decreto legislativo n. 80 de 15 de junio de 2015 *in attuazione dell'art. 1, commi 8 e 9 della legge delega n. 183 del 2014 (Jobs Act)* establece la forma en que se determina en ausencia de convenio colectivo.

prestación laboral. Si por el contrario se decanta el trabajador por un uso horario, debe determinarse de forma acorde con las exigencias organizativas de la empresa y teniendo en cuenta las necesidades familiares. En caso de desacuerdo, los convenios prevén en ocasiones distintos sistemas de solución de los mismos<sup>989</sup>. La opción del disfrute horario, pese a la virtualidad que potencialmente cabe imaginar en términos de compatibilidad de trabajo y vida personal, sin embargo, está poco extendida en la negociación colectiva vigente en los momentos en que se escribe. Normalmente la negociación colectiva se remite a la regulación legal de aplicación<sup>990</sup>, o bien recoge literalmente lo previsto en ella de forma parcial o incompleta<sup>991</sup>.

Una de las principales diferencias con la excedencia para el cuidado de hijos española es que el ordenamiento italiano prevé su remuneración parcial compensado legalmente en un 30% de la retribución por un periodo máximo global entre progenitores de 6 meses, dentro de los seis primeros años de vida del hijo, mientras que para el resto se prevé el pago del 30% siempre que la retribución del trabajador sea inferior 2.5 veces del importe del tratamiento mínimo de pensión a cargo del seguro general obligatorio. Este aspecto rara vez es mejorado, salvo que algún convenio regule de forma más positiva para el trabajador como el pago de la parte proporcional de la paga extraordinaria por todo el periodo de ausencia así como el cómputo a efectos de paso al nivel retributivo superior<sup>992</sup>. Finalmente también en Italia los periodos de ausencia por maternidad/paternidad deben ser tenidos en cuenta con relación al cómputo de antigüedad, aunque en este caso se excluyen los efectos relativos a las vacaciones, a la paga extraordinaria en concepto de treceava mensualidad o a la paga por navidad.

Por otro lado, se reconoce el derecho a la abstención laboral facultativa por graves motivos familiares- entre los que naturalmente se encuentran los hijos-. Su duración máxima será de dos años que se podrán disfrutar de forma fraccionada y es exigible al empresario en los términos en que ambos convengan, salvo que existan razones objetivas suficientes para denegarlo. En éste caso, el periodo de suspensión no computa a efectos de antigüedad ni otorga derecho a la retribución pero sí a la conservación del puesto y tampoco se permite al trabajador desempeñar otra actividad laboral en ese periodo<sup>993</sup>. Dentro de este supuesto cabría encajar la hipótesis de quienes pretendan disfrutar de un periodo de excedencia por cuidado de hijo cuando éste sobrepase la edad máxima que da derecho al permiso para el cuidado de hijo facultativo mencionado anteriormente<sup>994</sup>. Otros compelen a las empresas a admitir la solicitud de excedencia de

---

<sup>989</sup> Si no hay acuerdo el trabajador/a debe trabajar al menos la mitad del horario de la jornada en la que está prevista la ausencia por horas. Art. 10 *AT estudios profesionalesde Bolzano*.

<sup>990</sup> Entre otros, art. 55 *CCNL Tessile Abbigliamento Moda. SMI*.

<sup>991</sup> Art. 179 *CCNL per i dipendenti del terziario: commercio, distribuzione e servizi*. Art. 87 *CCNL metalmeccanico artigianato*. Art. 5, Secc. 4ª, Tit. VI *CCNL Industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti*. Art. 34.1.6 *CCNL Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*.

<sup>992</sup> art. 34.2.4 *CCNL Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*.

<sup>993</sup> Ley 8 marzo de 2000, nº 53, art. 4 y Decreto 278 del 21 de julio de 2000. Vid infra, Cap. V § 4.6.3.2, en materia de familiar con discapacidad. Previsto, por ejemplo, en art. 150 *CCNL per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*. Art. 50 *CCNL dipendenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi*. Art. 47 *CC CC chimica ed affini*; Art. 40 *CCNL Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*. Art. 11 b) *CCNL metalmeccanica privata e installazioni di impianti*.

<sup>994</sup> Art. 42 *CCNL chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*.



un año cuando sea motivada por la asistencia de un hijo entre 3 y 8 años de edad afecto de patologías de particular gravedad idóneamente certificadas<sup>995</sup>.

#### 4.3.1.4. Reducción de jornada

En línea con la excedencia para el cuidado del hijo, también se reconoce en términos neutrales el derecho a la reducción jornada para el cuidado de hijos en el art. 37.5 ET y del mismo modo viene a tratar de corregir la situación estructural de abandono laboral de las trabajadoras en el momento de dar a luz. Por éste motivo, cualquier límite al uso del tal derecho cercenará la prohibición de discriminación por razón de sexo<sup>996</sup>.

La adopción de una jornada reducida se encuentra disponible para el trabajador que tenga un hijo menor de 12 años e implica la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. El mínimo de reducción será de la mitad de la jornada durante la hospitalización y tratamiento continuado del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. El convenio colectivo podrá establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas. La negociación colectiva normalmente se aquieta al régimen legal. Mientras tanto, algún convenio regula en términos restrictivos el derecho debido al desfase de la cláusula convencional con la legislación vigente, limitando el derecho a solicitar la reducción de jornada a trabajadores con hijos que no superen los 8 años de edad<sup>997</sup>. Si podrá legítimamente el convenio ampliar la edad máxima de referencia del menor a efectos de mejorar el instrumento legal<sup>998</sup>.

En cuanto a la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada corresponderá al trabajador, dentro de su jornada diaria, tal y como modifica el precepto la ley 3/2012. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. En tales términos se discutió si puede el convenio avalar una reducción de la jornada en días completos o tiene que adecuarse a la reducción del horario laboral de cada día. Ha sido la primera opción la

---

<sup>995</sup> Art. 54 CCNL *Banche di credito cooperativo casse rurale ed artigiane*.

<sup>996</sup> Como así fue declarado por la STC 3/2007, de 15 de enero, RTC 2007\3, FFJJ 5 y 6.

<sup>997</sup> El art. 37.5 fue reformado en tales términos por el Real Decreto-Ley 16/2013 de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Art. 74.5 CC *Construcción*; art. 38 CC *centros de enseñanza privada*; art. 27 A) 3 CC *sanidad privada Burgos*; o el art. 35 VI CC empresa *Decathlon España S.A* son algunos de los convenios aún no actualizados.

<sup>998</sup> Por ejemplo, el art. 25 CC *Interprovincial de la Empresa FGV* lo eleva a 14 años.

avalada por la Audiencia Nacional confirmada en casación por el Tribunal Supremo<sup>999</sup>. En cambio, la norma facilita al convenio colectivo el establecimiento de condiciones y supuestos en los que la reducción de jornada para el cuidado de un menor afecto a una enfermedad grave como el cáncer, puede ser acumulada en jornadas completas. Al respecto la negociación colectiva generalmente guarda silencio más allá de copiar el contenido legal aunque se entenderá que ésta modalidad de concreción también se le facilitará cuando así lo haya dispuesto el convenio con carácter general para todo tipo de reducción de jornada por cuidado de hijos. Aunque no existe deber de negociar al respecto, la concreción del modo del disfrute de la reducción de la jornada en todo caso viene a proteger al trabajador de la dificultad de pactar directamente con el empleador una modalidad de reducción de éste tipo menos conveniente para las empresas.

Introduciendo alguna mejora a la regulación legal, en ocasiones se facilita la participación en actividades formativas de los trabajadores que hagan uso de la reducción de jornada por motivos familiares que solo exige la ley para los trabajadores en reducción de jornadas por causas empresariales por mandato del art. 47.4 ET<sup>1000</sup>, mientras reconocen que no se mermará su derecho a recibir formación, salvo que sea incompatible con el horario resultante de la reducción de jornada<sup>1001</sup>.

En Italia en cambio, no se prevé legal ni convencionalmente un estricto derecho a la reducción de jornada, sino de transformación del contrato de trabajo de tiempo completo a jornada a tiempo parcial de carácter temporal para el cuidado de hijo o familiar<sup>1002</sup>.

#### 4.3.1.5. Prohibición de realizar actividades de riesgo para la maternidad

En España, la Ley de Prevención de riesgos laborales exige que, en la evaluación de riesgos a realizar por el empresario como paso previo a la planificación a la actividad preventiva, deberá integrar la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o en la del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. De concluirse la existencia del riesgo para la salud de la mujer durante el embarazo o la lactancia natural-esto es, 9 meses- previo informe de los

---

<sup>999</sup> La SAN de 23 de marzo de 2015 (ANS/105) estima la aplicación del CC de *Contact Center* -aprobado una vez entrado ya en vigor el RDL 3/2012- en el que se permite al trabajador concretar la reducción dentro de su jornada ordinaria y no necesariamente diaria, sentencia que fue declarada firme por la STS 443/2016 de 18 mayo, RJ 2016\3259 .No se refiere a su concreción diaria el art. 34.5 CC *Banca*, recientemente renegociado y aprobado El art. 4.5 del Cap.XII del CC de la *Compañía española de petróleos* establece la reducción diaria con dos excepciones: Centro de Trabajo de Madrid y Delegaciones Comerciales, estableciendo la posibilidad de cambio de jornada partida a continuada para trabajadores de refinerías reducción de jornada en los días en los que el calendario escolar no sea hábil y para trabajadores con jornada a turno, regulando las condiciones de disfrute de la reducción de jornada en días completos, en situaciones justificadas.

<sup>1000</sup> Art. 34.6 CC *Banca*.

<sup>1001</sup> Art 49.4 XVII CC *industria química*.

<sup>1002</sup> Vid supra § 4.1.3.

servicios médicos, el empresario deberá adoptar las medidas que resulten necesarias para evitar dicho impacto mediante la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos, o incluso el cambio de puesto de trabajo. En estas circunstancias, deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto, manteniendo el salario y la categoría inicial, e incluso si no existiera puesto compatible, podrá ser destinada a uno de categoría inferior conservado el nivel retributivo originario<sup>1003</sup>.

Normalmente los convenios se remiten al régimen legal<sup>1004</sup>. En otros casos el convenio se limita a excluir a la trabajadora en periodo de gestación o lactancia natural de realizar trabajos tóxicos, penosos o peligrosos, de acuerdo con la normativa vigente en la materia<sup>1005</sup>. El régimen establecido al efecto en otros convenios puede resultar restrictivo cuando se solo se concede el derecho al cambio a un puesto de trabajo idóneo a sus circunstancias tras el cumplimiento del quinto mes de embarazo y siempre que existan posibilidades en la empresa, cambio que no producirá modificación de su encuadramiento profesional ni merma de sus retribuciones, ante cuya imposibilidad, la trabajadora pasaría a IT previo informe del médico especialista<sup>1006</sup>. En efecto, establece la ley que en caso de inexistencia de un puesto acorde con las circunstancias, se acudiría a la suspensión y podrá tener acceso a la prestación regulada en los artículos 186 y 187 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Para evitar menoscabos de tipo económico de la mujer embarazada con el contrato suspenso por riesgo para el embarazo o para la lactancia del bebé, alguna norma convencional contempla el aumento de la retribución que alcanzará el 100% hasta alcanzar el cien por cien de la base reguladora<sup>1007</sup>, o de los conceptos retributivos referenciados en el convenio colectivo aplicable para el cálculo de la Incapacidad Temporal a cargo de la empresa<sup>1008</sup>.

Una óptica más garantista se observa en el texto único en materia de tutela de la maternidad/paternidad italiano que prohíbe al empresario la destinación de mujeres en estado de gravidez a trabajos pesados durante todo el periodo de gestación y hasta los siete meses de vida del hijo, así como el desarrollo de trabajos peligrosos, insalubres o fatigosos que son aquellos que recoge un decreto del Presidente de la República de 25 de noviembre de 1976, n. 1026 periódicamente actualizado por los ministros competentes<sup>1009</sup>. A sensu contrario, la mujer en estas condiciones debe realizar otras

---

<sup>1003</sup> Art. 26 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

<sup>1004</sup> En los mismos términos, a modo de ejemplo, art. 32 CC *Calzado*. Art.66.10 XVII CC *industria química*. Art. 89.2 CC *industria textil*. Art. 53 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria* Art. 22 CC *limpieza Cáceres*. Art. 27 CC *de Hostelería de Cádiz* en el que se indica que si fuese imposible conceder otro puesto de trabajo, se facilitarían a la embarazada todo tipo de comodidades para el desarrollo del mismo.

<sup>1005</sup> Art. 30 CC *industria siderometalúrgica Huesca*. Art. 47 CC *sector de la hostelería y turismo de Cataluña*.

<sup>1006</sup> Art. 22 CC *Barnet Hoteles S.L.*

<sup>1007</sup> Art. 59 CC *yesos, escayolas, cales y sus prefabricados*.

<sup>1008</sup> Art. 55.4 XI CC *Repsol Química, S.A.*

<sup>1009</sup> Arts. 6 y 7 D. lgs. 151/2001, adaptación de la normativa italiana al art. 3 del Convenio n° 183 de 2000 relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad, no ratificado por España pero que se encuentra suficientemente cubierta por la legislación en materia de prevención de riesgos laborales, mientras que sí ratificó el Convenio n°103 de 1952 relativo a la protección de la maternidad.

funciones y asimismo ejecutará funciones compatibles con su estado cuando se certifique que las condiciones de trabajo o ambientales son perjudiciales para su salud. En tales casos, mantendrá la retribución de origen cuando aquellas sean de nivel inferior. También allí, normalmente el régimen convencional se aquieta a la regulación legal. Otras veces, en cambio, especifican cuando se origina el derecho a cambiar sus funciones, por ejemplo cuando la prestación laboral se caracterice por la predominante posición ortostática, así como pedir la exención de realizar actividades que requieran permanecer en posición fija y sentada cumplido el tercer mes de embarazo<sup>1010</sup>. En última instancia, cuando la trabajadora no pueda ser asignada a otro puesto, el servicio de inspección del Ministerio de Trabajo podrá disponer la interdicción del trabajo durante todo el periodo de referencia, si bien alguna norma convencional faculta al empresario para suspender cautelarmente la relación laboral cuando no consiga ocupar a la trabajadora a un puesto idóneo a su situación<sup>1011</sup>.

A mayor abundamiento, se prohíbe expresamente destinar a la mujer a horarios nocturnos, comprendidos entre las 24h y las 6h desde que se conoce su estado de embarazo hasta el cumplimiento de un año de edad del hijo, norma a la que algunos convenios colectivos en Italia realizan un reenvío<sup>1012</sup>, aunque algún otro mejora el concepto de trabajo nocturno en términos cuantitativos<sup>1013</sup>. La misma norma permite a las trabajadoras no desarrollar trabajos en horas nocturnas hasta el cumplimiento de 3 años del hijo o alternativamente el padre, o bien cuando exista solo un progenitor, hasta el cumplimiento de 12 años del hijo<sup>1014</sup>.

En definitiva, para evitar situaciones de incertidumbre o incluso de puesta en peligro de su estado de salud, dispuesta con la finalidad de aplicar la tutela de la mujer embarazada con todo su potencial, algún convenio recomienda la puesta en conocimiento del empresario del estado de gravidez<sup>1015</sup>, mientras que otros disponen la obligación de la trabajadora embarazada de exhibir al empleador el certificado médico del embarazo, teniendo el empleador que entregar un recibo<sup>1016</sup>.

---

<sup>1010</sup> En ambos casos se precisa de previo certificado médico que confirme la idoneidad del cambio o exención. Art. 19 CC *Equitalia S.p.A.*

<sup>1011</sup> En aplicación de lo dispuesto por el art. 7.6 Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151 .Art. 87 CCNL *metalmecanico artigianato*. Art. 54 CCNL *Occhialeria Anfao*.

<sup>1012</sup> Art.17 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*.

<sup>1013</sup> Desde las 22 h a las 6 h, arts. 60, 82 y 103, incluso desde las 21 para los trabajadores administrativos CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*. De 22h a 6 h, art. 36 *Occhialeria Anfao*. En el mismo sentido, art. 37 CCNL *settore costruzioni*. Cumplidas 12 horas desde el inicio del primer turno de la mañana, art.7 Secc. 4ª, Tít. VI CCNL *Industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti*.

<sup>1014</sup> Al régimen legal se refiere el art. 3 Art. 39 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI*. El art. 35 del CCNL *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria*, realiza genéricamente un llamamiento a las normas legales sobre prohibición de trabajo nocturno de mujeres y niños. En parecidos términos art. 7 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*; art. 17 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*. Art. 13 CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*. el art. 28 CCNL *Metalmecanico-Artigianato* excluye de realización de trabajos nocturnos a los padres de hijos menores de 12 años.

<sup>1015</sup> Art. 53 CCNL *tessile, occhialeria, industria, Anfao*, nota a verbale n. 2.

<sup>1016</sup> Art. 181 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*. Art. 35 CCNL *Metalmecanico-Artigianato*. Art. 59 CCNL *settore costruzioni*.

### 4.3.2. Otros beneficios

Como complemento al régimen legal y convencional sobre la maternidad que ha sido diseñado en la práctica jurídica de cada Estado objeto de comparación, se han detectado algunas previsiones que redundan en beneficios económicos en dinero o en especie de los trabajadores que van a tener un hijo o a percibir durante el periodo de lactancia o durante la crianza de aquél. En algunos casos se establecen ayudas de tipo económico en caso de nacimiento o adopción<sup>1017</sup>, en otros se ofertan becas de estudio para los hijos de trabajadores<sup>1018</sup>, pero lo cierto es que la negociación colectiva española es bastante parca en cuanto al reconocimiento de este tipo de beneficios de contenido económico. En algunos convenios que regulan sectores en cuyas empresas se impone la uniformidad, la empresa deberá adaptar el vestuario a la trabajadora embarazada. De ésta forma, la trabajadora que no recibe un uniforme adecuado a su estado, no podría verse sancionada por la consecución de una falta por inobservancia de la uniformidad o ropa de trabajo exigida por la empresa<sup>1019</sup>. En sentido similar recoge otro convenio el deber de proveer a las trabajadoras que se encuentren en periodo de gestación y lactancia del o de los equipo/s de protección, entre otros, ropa de trabajo, adecuados a su situación y estado<sup>1020</sup>.

Por su parte, ya hemos mencionado que algún convenio colectivo italiano recoge el derecho de la trabajadora madre, al término del periodo de permiso de maternidad y en los meses sucesivos-fijados por la ley en 6-, de pedir alternativamente al permiso parental facultativo una subvención para cubrir el servicio de guardería privada o pública o de baby sitting<sup>1021</sup>. Éstas ayudas previstas exclusivamente para la madre, como apuntásemos más arriba, podrían contravenir las consideraciones efectuadas por el TJUE sobre la reserva a las madres de servicios como éste, que si bien favorecen la conciliación de la trabajadora, deberían disponerse con cautela puesto que presentan el riesgo de mantener visiones estereotipadas<sup>1022</sup>. En ésta línea, otros convenios fijan

---

<sup>1017</sup> El art. 26 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria* dispone, con la finalidad de favorecer la integración laboral de los trabajadores/as, que las empresas abonarán por cada hijo/a menor de 3 años la cantidad de 600 euros anuales. Ayuda por natalidad de 200 euros, misma cantidad en caso de matrimonio o pareja de hecho, art. 17.1 CC *personal laboral del Excmo. ayuntamiento de Castellar de la Frontera*. La empresa entregará un vale de compra por un importe de 225 euros, cantidad que será proporcional al número de horas trabajadas en caso de jornada a tiempo parcial o disfrute de reducción de su jornada por guarda del menor., art. 37 VI CC empresa *Decathlon España, S.A.*

<sup>1018</sup> Idéntico importe de 74,41€ para todos los grados de valoración o puestos de trabajo, y por el concepto de "becas de estudio", por cada hijo en edad comprendida entre 1 y 16 años, cumplidos en la fecha de su abono, art. 46 CC *Nissan Motor Ibérica NDS-B*. Constitución de un fondo de becas para los hijos/as del personal empleado de la Empresa que se vea obligado a fijar su residencia fuera del lugar de residencia cursar estudios de Formación Profesional, así como estudios medios o superiores en escuelas o facultades universitarias oficiales respectivamente, art.1 Cap. XIII CC *Compañía Española de Petróleos*.

<sup>1019</sup> Art. 41 sobre necesidad de adaptar el uniforme y art. 55. 11 sobre falta grave debido a la ausencia de uniforme del CC *sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña*.

<sup>1020</sup> Art. 16 CC *industria siderometalúrgica Huesca*.

<sup>1021</sup> Vid. nota 339.

<sup>1022</sup> STJCE de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, asunto C-476/99, que dispone la no oponibilidad al Derecho europeo de la reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asumen solos la guarda de sus hijos. También en España el TC avaló la diferencia de trato entre hombres y mujeres consistente en que las mujeres con hijos menores de seis años tenían derecho incondicionado para acceder a la ayuda de guardería, mientras que en el caso de los hombres con hijos menores de seis años se exigía la condición de viudedad y ello sobre el fundamento razonable que destaca la situación de desventaja en que se halla la mujer con cargo de hijos menores-en aquellos momentos-de acceder al empleo o mantenerlo. Sin embargo, esta solución parece que debe ser contextualizada a la época en la que se adopta pues posiblemente el fallo sería el opuesto

ayudas para el pago de guarderías del hijo cubriendo un porcentaje del coste mensual, o concediendo una cantidad fija por año en concepto de ayuda escolar de hijos de hasta 18 años de edad sin hacer referencia al sexo del trabajador agraciado<sup>1023</sup>. También algún convenio ofrece becas de estudio para sufragar los gastos a los hijos de trabajadores tanto en periodo de enseñanza secundaria, formación profesional o carreras universitarias con devengo anual<sup>1024</sup>. En lugar de una beca, se concibe un «Prestito d'onore», reservado a los hijos de trabajadores que se encuentren diplomados y desempleados, destinados a financiar parcialmente los costes de un curso de perfeccionamiento de la lengua inglesa en Reino Unido a lo que seguirá una experiencia laboral en el ámbito del turismo y la restauración<sup>1025</sup>.

### 4.3.3. Movilidad

La movilidad funcional y geográfica de los trabajadores son asuntos comúnmente tratados por la negociación colectiva desde el punto de vista de la generalidad, sin que se suela emplear la perspectiva de género para regular su régimen aplicativo.

#### 4.3.3.1. Movilidad geográfica

Es poco frecuente que la negociación colectiva repare en la limitación de la movilidad geográfica de los trabajadores como medida de tutela de la maternidad/paternidad, lo que sin duda podría favorecer la corresponsabilidad que, de lo contrario, se vería mermada si cualquiera de ambos progenitores tiene que abandonar el hogar familiar cuando no sea posible el desplazamiento de todo el núcleo familiar. Ejemplarizante a tales efectos resulta el art. 36 del convenio colectivo del sector bancario que impide imponer el traslado a otro centro de trabajo, sin que medie su consentimiento, a las personas que se encuentren en periodo de embarazo, lactancia o reducción de jornada por cuidado de hijos. También sirve a la tutela de la igualdad por razón de género la prioridad de permanencia ante supuestos de movilidad geográfica el trabajador cuya familia tenga la consideración legal de familia numerosa<sup>1026</sup>.

Se ha puesto especial atención en algún estudio sobre la materia, sobre la falta de sensibilidad en éste aspecto en convenios dirigidos a sectores altamente feminizados. En cambio, aunque deba parecer lógico que se trate de sectores más familiarizados con las políticas de igualdad, por el mismo hecho de la abundancia de personal femenino

---

en la actualidad. Prueba de la evolución en éste sentido es la jurisprudencia francesa, cuyo Tribunal de la Casación a través de su sentencia de 27 de febrero de 1991, n° 101 retiene que no podía producir efectos la cláusula de un protocolo de un acuerdo que reservaba solo a las trabajadoras madres el beneficio de una prima de guardería, cualquiera que fuesen las cargas soportadas por los padres de familia. En esa misma línea, la sentencia de 8 de octubre de 1996, n° 92-42.291

<sup>1023</sup> Hasta un máximo de 230 € mensual para el pago de la guardería y 100€ al año en concepto de ayuda escolar. Art. 5 A) y B) CC *Consap*.

<sup>1024</sup> Art. 62 CCNL *ABI*. Subvenciones para estudios de primaria, secundaria y universitarios, art. 69 CCNL *Banche di credito cooperativo casse rurali ed artigiane*.

<sup>1025</sup> Art 7 CC *Aziendale Nestlé Italia*.

<sup>1026</sup> Art. 26 CC *administraciones de loterías*

resultaría entonces especialmente dificultoso, cuando no imposible, efectuar cambios geográficos por necesidades empresariales cuando la mayoría de trabajadores disponen de la preferencia en el mantenimiento del puesto o tuvieran la capacidad de veto sobre el traslado o desplazamiento, además de que las mismas podrían desembocar en discriminación por razón de sexo frente a los hombres<sup>1027</sup>.

En Italia, igualmente, escasas son las referencias al mantenimiento en el puesto de origen de los trabajadores con responsabilidades familiares más allá de la evaluación de las circunstancias personales y familiares de los mismos, previa toma de decisión de transferirlos a otra sede<sup>1028</sup>. De forma poco común, algún convenio se refiere, entre los criterios a valorar ante posibles desplazamientos de trabajadores por causas atinentes a la empresa, el número de hijos menores a cargo del trabajador, condición que también se tendrá en cuenta cuando sea el propio trabajador el que solicite el traslado<sup>1029</sup>. Sin embargo, en otros la protección es reforzada cuando impide la movilidad de la sede a la que pertenece la trabajadora embarazada desde que notifica el estado de gravidez hasta que comienza a disfrutar de la suspensión por maternidad obligatoria<sup>1030</sup>.

#### 4.3.3.2. Movilidad funcional

Ha sido analizado en un epígrafe anterior la necesidad de activar la movilidad funcional cuando el trabajo que realice una mujer encinta pueda poner en peligro el embarazo o la lactancia del feto, en virtud de prescripción facultativa o por riesgo inminente. Asimismo, también hemos mencionado entre las medidas de acción positiva el establecimiento de preferencias en la cobertura de vacantes del sexo menos representado mediante la negociación colectiva. Al margen de las anteriores, no reconocen generalmente los interlocutores sociales en los convenios analizados otras medidas con respecto a la movilidad funcional desde una perspectiva de género como. De carácter positivo a tales términos resulta la atribución de la facultad de la Comisión para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación de estudiar y proponer para su incorporación al texto del mismo, medidas de aplicación del objetivo de participación más equilibrada de hombres y mujeres en todos los grupos profesionales en las acciones de movilidad funcional para la cobertura de puestos de carácter indefinido<sup>1031</sup>.

En Italia, cabe destacar una medida de movilidad de la trabajadora lactante que se dispone en alternativa al permiso o excedencia por asistencia al hijo menor de dieciocho meses cuando aquella trabaje a turnos dentro de los cuales uno sea nocturno, a ser destinada a realizar funciones que no comporten trabajo nocturno a condición que la

---

<sup>1027</sup> En sentido crítico con respecto a la ausencia de medidas favorecedoras de la igualdad por razón de género en el terreno de la movilidad geográfica de convenios como el del sector Textil, FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., "Igualdad por razón de sexo/género en las condiciones de trabajo", op.cit. PP. 167-168.

<sup>1028</sup> Aplicable a las áreas profesionales, art. 111.1 CCNL *ABI*.

<sup>1029</sup> Art 45.5y 7 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*.

<sup>1030</sup> Art. 19 CC de empresa *EQUITALIA S.p.A*

<sup>1031</sup> Anexo 4, 2.5 CC *sector de harinas panificables y sémolas*.

solución sea compatible con su sustitución durante todo el periodo y no obsten a ello impedimentos de tipo legal o convencional<sup>1032</sup>.

#### 4.3.4. Flexibilidad laboral

En virtud del poder de dirección y organización de la actividad productiva será el empresario el encargado de organizar el sistema de trabajo en su empresa, sin menoscabo de los deberes de información y consulta con los representantes de los trabajadores o de los derechos reconocidos a éstos últimos al efecto<sup>1033</sup>. En tales términos, la igualdad por razón de género exige la imposición de ciertas limitaciones al empresario en su específica tarea gestionar las cuestiones atinentes a la distribución y ejecución del trabajo, así como en la determinación de horarios y jornadas en base a circunstancias de carácter productivo u organizativo, cuestiones sobre las que el nivel empresarial de negociación tiene prioridad aplicativa sobre lo pactado a nivel superior. Sin duda, es éste uno de los escenarios donde se precisa mayor colaboración entre empresario y trabajador o sus representantes para asegurar que se respeten los derechos de igualdad y no discriminación.

Como venimos advirtiendo, tales funciones organizativas, no obstante, deben respetar el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral en los términos establecidos en la negociación colectiva-ex art. 34.8 ET-. Éstas últimas a su vez deberán compatibilizarse con las necesidades de cada sector productivo, del modo de organización del trabajo que se haya adoptado y de las características de los puestos a cubrir, sin que en modo alguno sea imponible una suerte de código o reglamento de medidas de flexibilidad disponibles al trabajador y practicables de forma indistinta en cada empresa o centro de trabajo, salvo aquellas que se configuran como indisponibles para ésta última en virtud de su consagración como derecho del trabajador-adaptación del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada, reducción de jornada por cuidado de hijo, entre otras-<sup>1034</sup>.

Bajo la premisa del respeto por los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, la negociación colectiva interviene a modo de canal de mediación entre las exigencias derivadas de las normas antidiscriminatorias y las propias de la realidad productiva en la que se aplicará el pacto. En éste orden se ha detectado una amplia variedad de medidas tendentes a asegurar un equilibrio de sacrificios entre empresario y trabajador que ponen en valor, en la mayoría de las ocasiones, la necesidad de cumplir

---

<sup>1032</sup> Art. 49. CCNL *Occhialeria Anfao*.

<sup>1033</sup> Así, la organización del trabajo se configura como actividad específica de la Entidad o persona Física o Jurídica titular del Centro entre otros, art. 10 CC *nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado*. En parecidos términos, art. 29 CC *Construcción*. Añade que los representantes de los trabajadores intervendrán en su determinación de acuerdo con lo establecido en la legislación laboral, a los que corresponden además funciones de orientación, propuesta, emisión de informes, etc., en el convenio el art. 7 CC *Industria Química*. Art. 12 CC *sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña*.

<sup>1034</sup> Comparte la opinión de la adaptación de las medidas de conciliación a la realidad productiva en la que se deben aplicar, ESCUDERO RODRIGUEZ, R. "Márgenes y retos de la negociación colectiva tras la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres", en ESCUDERO RODRIGUEZ, R (Coord.), *La negociación colectiva en España, un enfoque interdisciplinar*. Ediciones Cinca, Madrid, 2008. P. 183.



responsabilidades familiares relacionadas con el cuidado de hijos , como se ha visto, pero en otras se trata de hacer compatible situaciones ligadas a la maternidad con las necesidades de la empresa como el establecimiento de un horario determinado dentro del sistema de trabajo a turnos, sin que en ningún caso ni la concreción horaria con base en el derecho a conciliar ni la flexibilidad empresarial se puedan imponer de forma absoluta<sup>1035</sup>. En última instancia, el juez deberá valorar la ponderación entre los derechos fundamentales recién citados y las circunstancias en torno a las cuales gira la petición de conciliar el trabajo y la vida familiar a través del mecanismo de flexibilidad<sup>1036</sup>.

En determinados convenios se exige al empresario con carácter general adoptar medidas sobre la duración y distribución de la jornada de forma compatible con el derecho a la conciliación<sup>1037</sup>, mientras que en otros se incorpora la prohibición de afectar a las obligaciones en materia de «jornada», «horario» y «distribución de tiempo de trabajo» establecidas en la Ley para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres cuando se lleve a cabo un acuerdo de inaplicación del convenio colectivo<sup>1038</sup>. Otros vetan la adopción de medidas de flexibilidad horaria en los términos establecidos en el mismo a los trabajadores que se encuentren en la situación de lactancia o reducción de jornada por guarda legal o cuidado directo de familiares o embarazo, quedando en suspenso las medidas de flexibilidad inversa mediante las cuales se aplican a los trabajadores descansos obligatorios recuperables en momento posterior<sup>1039</sup>. En sentido inverso, algunas otras normas convencionales permiten poderse acoger al pacto de flexibilidad horaria si el trabajador que tiene a un hijo a cargo menor de cuatro años, está ocupado en un puesto cuya presencia durante determinados periodos del día sea necesaria<sup>1040</sup>. En otro caso se permite la solicitud de la jornada intensiva como medida de conciliación para adaptar la vida personal y/o familiar y de fomento de la corresponsabilidad en la atención de hijos y/o familiares, de cualquier persona que trabaje con jornada partida<sup>1041</sup>, o podrán tener prioridad en la elección de turno las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia en aplicación de cuanto previsto por la LPRL<sup>1042</sup>. En fin,

---

<sup>1035</sup> La STSJ Madrid 1066/2013 de 16 diciembre, AS 2014\114. FJ 1 resuelve el caso en que la pretensión de la actora de ser adscrita al turno de mañana es denegada porque la modificación se produce con respecto a su jornada y no dentro de ella y además, provocaría graves perjuicios para el resto de la plantilla para quienes tendría que ser modificada su jornada mediante un procedimiento de modificaciones sustanciales del contrato de trabajo sin que estuviera prevista en la negociación colectiva.

<sup>1036</sup> STC 26/2011 de 14 marzo, RTC 2011\26, FJ 6. La ausencia de dicha ponderación lleva al Tribunal a concluir que no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE) cuando no se evaluó debidamente la conveniencia de aceptar la solicitud de asignación de horario nocturno.

<sup>1037</sup> Art. 22.4 CC para *peluquerías, institutos de belleza y gimnasios*.

<sup>1038</sup> Art. 17.3 CC *Construcción*.

<sup>1039</sup> Art. 42.3 y .43.4.2 d) CC *industria química*. Exclusión de las trabajadoras embarazadas y a quienes disfruten de una reducción de jornada por guarda legal de entre los trabajadores que trabajen en empresas afectadas por la estacionalidad de su actividad a quienes se le podrá imponer modificaciones del calendario laboral estableciéndose una bolsa de horas , Anexo B 3.2) Bolsa de horas para la provincia de Tarragona. CC *sector de la industria de la hostelería y turismo de Cataluña*. Prohibición de acudir a la flexibilidad horaria en caso de embarazo o cuidado de hijos menores de 8 años art. 20 VI CC empresa *Decathlon España, S.A.*

<sup>1040</sup> Cap. XII, art. 4.1 CC *Compañía Española de Petróleos*.

<sup>1041</sup> Cuando se trata de cuidado de menor, hasta de 8 años, acreditando al menos una antigüedad de tres años en la empresa. Art. 47 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*. La flexibilidad de horario de trabajadores con jornadas partidas que permite incluso que algunos días puedan realizar una jornada continuada mínima de 6 horas compensables posteriormente, cuando tengan un menor de cuatro años a cargo, limitado a los del Centro de Trabajo de Madrid en el Cap. XII, art. 4.1 CC *Compañía Española de Petróleos*.

<sup>1042</sup> Art. 44.9 CC *industria química*. Art. 31 CC *industrias transformadoras de plástico de la comunidad de Madrid*.

prohibición de realizar horas extraordinarias por parte de las trabajadoras embarazadas dispone alguna norma convencional<sup>1043</sup>.

Para favorecer la aplicación de sistemas de organización flexible del trabajo a instancias del trabajador, supone un aliciente que el Estado provea sistemas de financiación o ayudas que puedan compensar el eventual perjuicio económico que supone facilitar a los trabajadores un sistema de horario acorde con su vida personal. En tal modo actúa la legislación italiana que prevé la atribución de subvenciones con el fin paliar las exigencias de flexibilidad horaria en empresas con al menos 50 trabajadores o de empresas que concreten medidas de éste tipo dentro de programas de acciones positivas<sup>1044</sup>. Pese a ello, normalmente los interlocutores italianos se centran en la negociación de la distribución flexible de los horarios de trabajo que vienen descritas en la mayoría de convenios colectivos como medidas de adecuación de la capacidad de la empresa al contexto económico y productivo en el que se inserta.

Sin embargo, como no puede ser de otra forma, motivos como los que rodean a los trabajadores con responsabilidades familiares o a las mujeres durante el periodo de embarazo servirán para impedir la aplicación de horarios irregulares, horas extraordinarias o cualquier otra forma de flexibilidad horaria que se disponga más allá del horario contractualmente prefijado<sup>1045</sup>, o para aplicar sistemas flexibles en la entrada o en la salida así como para seleccionar un horario concentrado<sup>1046</sup>. En otro caso se exige al empleador tener en cuenta las circunstancias personales y familiares de los trabajadores en la atribución de un horario flexible a distribuir en diferentes periodos del año (orario multiperiodale)<sup>1047</sup>, o que los sistemas de flexibilidad incorporen referencias a los trabajadores que se encuentran en situaciones de reestructuración horaria como consecuencia del embarazo o la maternidad o hayan transformado el contrato para realizar su prestación a tiempo parcial como consecuencia de la aplicación de la filosofía de la conciliación de los tiempos de vida y de trabajo para exceptuarlos del régimen de aplicación de jornada flexible, circunstancias que deben ser valoradas además con especial atención en el momento de organizar los turnos de trabajo<sup>1048</sup>.

En definitiva, la introducción de la flexibilidad empresarial controlada por cuestiones de conciliación entre la vida profesional y la personal pueden favorecer la empleabilidad del sector femenino de la población entre tanto se conquista un equilibrio o paridad en la distribución de roles sociales. Se han puesto de manifiesto diversas y variadas manifestaciones de una flexibilidad moderada por estas circunstancias sin que quepa una valoración muy positiva y ello en orden a dos tipos de consideraciones. En primer lugar la crisis ha provocado una mayor preocupación por la organización del trabajo flexible, dirigida a superar coyunturas económicas y productivas inestables o negativas.

---

<sup>1043</sup> Art. 12 c) CC *Industria de Aserrío y fabricación de envases y paletas de madera para la región de Murcia*.

<sup>1044</sup> Art. 50 D. Legs. 198/2006, Código de igualdad de oportunidades y art. 9 ley 53/2000 de 8 de marzo.

<sup>1045</sup> En ese sentido, nadie puede eximirse de realizar trabajo excedente, extraordinario nocturno o festivo salvo motivos individuales que lo justifiquen, art. 12 G) CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*. Salvo justificados motivos individuales, todos los trabajadores están expuestos a horas suplementarias o extraordinarias, art. 15.7 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*.

<sup>1046</sup> Art. 59 CCNL *settore costruzioni*.

<sup>1047</sup> Aplicable a las áreas profesionales, art. 105.7 CCNL *ABI*.

<sup>1048</sup> Estas medidas, así como el banco de horas son establecidas por el art. 4 CC *Luxottica*.

En consecuencia de lo anterior, se ha producido cierto desapego en la conciencia social a la importancia de la corresponsabilidad familiar, de modo que el hombre vuelve a ser quien regrese al trabajo lo antes posible, acepte sin importantes condiciones el sometimiento a un horario y jornada flexibles y en caso de necesitar la adaptación de la jornada para hacer frente a las necesidades familiares, será la mujer en mayor medida la que cargue con tales deberes de cuidado. Con todo ello, el riesgo es evidente y así lo advirtió la Comisión Europea, los acuerdos laborales flexibles, aumentan la productividad, satisface a asalariados a la vez que aumenta la reputación del empresario, pero beneficia mucho menos a las mujeres que a hombres<sup>1049</sup>.

#### 4.3.5. Formación

Hasta la fecha, solo ha admitido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la disposición de cuotas rígidas prevista para mujeres en la sentencia que resuelve el asunto Badeck, considerando que la reserva de puestos a cursos de formación para éstas responde al concepto de igualdad de oportunidades en la medida en que tiene por objeto eliminar una infrarrepresentación de la mujer sin que aquellas se hubiesen dispuesto en todo caso en forma excluyente a la formación de los hombres. Son acciones, además, destinadas a mejorar la capacidad de la mujer para competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres<sup>1050</sup>.

En éste terreno, aquel pronunciamiento supone un avance y un logro en la medida en que son admitidas propuestas rígidas destinadas a la mejora de la capacidad formativa de la mujer siempre que se encuentren especialmente necesitadas de reciclaje profesional. Esta circunstancia se da con frecuencia cuando interrumpen su carrera por causa de maternidad sin que se considere discriminatorio reservar puestos en cursos o acciones de formación que se desarrollen por propia iniciativa empresarial o bajo la premisa de una norma convencional que así lo imponga como medida de acción positiva. A tal efecto, ya vimos como la norma legal española permite el establecimiento de acciones positivas de reservas o preferencias en el plano formativo en convenio colectivo dirigidas a mejorar la empleabilidad de la mujer en el trabajo.

Si bien observamos cómo algunos de éstos convenios fomentan el reciclaje profesional cuando se retorna al empleo después de un periodo de suspensión por causas vinculadas a la maternidad, lamentablemente numerosos son los convenios que no reparan en tales circunstancias al enumerar a los colectivos a los que dirigir acciones formativas, lo que no siempre viene a ser colmado por la exigencia de establecer medidas de formación en planes de igualdad, a pesar de que existan excepciones dignas de admiración. A modo de ejemplo, determinadas normas convencionales prevén la realización de un plan de formación y en algún caso exige que incluya procedimientos y garantías específicas

---

<sup>1049</sup> Vid. nota 71. Punto 2.2.1 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 .

<sup>1050</sup> STJCE de 28 de marzo 2000, asunto C-158/97.

para que la participación de la mujer en las acciones formativas sea, como mínimo, proporcional al porcentaje que representan sobre el colectivo al cual vayan destinadas las diferentes acciones formativas<sup>1051</sup>. Otros permiten al empresario establecer cupos, reservas u otras ventajas a favor de los trabajadores del sexo menos representado, en el ámbito al que vayan dirigidas aquellas acciones de formación profesional, aunque no se establece ningún mecanismo para su control<sup>1052</sup>. En otras, finalmente, amparados en el principio de igualdad, exigen a las empresas acomodar sus acciones formativas a sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno u otro sexo<sup>1053</sup>.

En el panorama convencional italiano no es extraño detectar cláusulas que recomiendan a las empresas que se encuentran en su ámbito de aplicación impulsar la formación de la mujer, dirigida a favorecer su integración en funciones en las que se encuentra subrepresentadas y en aquellas situaciones de reincorporación a la actividad laboral tras periodos de maternidad y excedencias derivadas de la misma. Algunos convenios determinan que las empresas promoverán la asunción de iniciativas dirigidas a la reinserción de los trabajadores que se reincorporen tras periodos de suspensión o permiso parental a través de actividades formativas, consolidando la intención de no perjudicar el desarrollo profesional de las trabajadoras que se ausenten por motivos de maternidad<sup>1054</sup>, o se exige su sometimiento a cursos de actualización profesional cuando, durante el tiempo que se ha prolongado la suspensión, se han producido cambios organizativos o se han incorporado nuevas actividades a desempeñar<sup>1055</sup>. Así mismo, alguna otra norma convencional prevé que se tendrán especialmente en cuenta las circunstancias del personal femenino en la determinación de las horas dedicadas a la realización de un curso de formación distribuido en horas dentro y fuera del normal horario de trabajo<sup>1056</sup>, o también para hacer frente a las dinámicas evolutivas de los procesos de reposicionamiento empresarial a través de la promoción de la empleabilidad de los recursos humanos se establecerán medidas formativas salvaguardando en particular las peculiaridades relativas al personal femenino<sup>1057</sup>. Finalmente las partes, en otra ocasión, se comprometen a llevar a cabo planes formativos dirigidos específicamente en el marco de las acciones de igualdad en el plano empresarial o territorial<sup>1058</sup>.

---

<sup>1051</sup> Exigible solo para los centros que ocupen 250 trabajadores el art. 84 XVII CC *industria química*. Para empresas de más de 50, dentro del cual se deben establecer medidas de formación que permitan el acceso de la mujer a niveles de responsabilidad donde se encuentren menos representadas, art. 77 CC *de perfumería y afines*. Otros convenios se limitan a exigir la estipulación de planes de formación omitiendo cualquier preferencia o acción positiva dirigida a la mujer. Cuando ocupen a 100, Art. 94 CC *industria textil*; art. 49 CC *Hostelería y turismo de Cataluña*.; art. 25 CC *recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana*.

<sup>1052</sup> Art. 45.4 *Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería*.

<sup>1053</sup> Art. 96 CC *industria textil*.

<sup>1054</sup> Art.46 CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*. Condicionado a la presencia de cambios organizativos y/o nuevas actividades introducidas en los meses de ausencia, art. 59.4 y 73.7, CCNL *ABI*. Art. 56 CC *dipendenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi* que sin embargo, lo reconoce en igual medida para los padres que se incorporan después de un permiso parental. En los mismos términos, art. 53 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*. Art. 5 CC *integrativo Nestlé Italia*.

<sup>1055</sup> Art. 59.4 CCNL *Abi*.

<sup>1056</sup> Art. 72.5 CCNL *ABI*.

<sup>1057</sup> Art. 48.2 CCNL *Mobilità, area contrattuale attività ferroviarie*.

<sup>1058</sup> Art. 6 *Contratto Collettivo Regionale di Lavoro per i lavoratori dipendenti delle imprese dei settori Metalmeccanica, ISTALLAZIONE di impianti, Orafi, Argentieri e affini e delle imprese odontotecniche della Regione della Lombardia, entre CONFARTIGIANATO Lombardia, CNA Lombardia, CLAAI Lombardia y CASARTIGIANI Lombardia, FIM/ CILS, UILM/*

Estos mecanismos, una vez más, se demuestran ineficientes si no se produce un control por parte de la representación de los trabajadores sobre los mismos. Precisamente comienzan a proliferar en la realidad convencional española el establecimiento de órganos de control centrados en tomar iniciativas en materia de formación<sup>1059</sup>, previsto con frecuencia también por los interlocutores en Italia donde en ocasiones los convenios también crean comisiones específicas para la formación del personal con la facultad de describir detalladamente acciones formativas que deberán dirigirse a la promoción profesional del personal femenino así como la incorporación al trabajo en condiciones óptimas y tras periodos de ausencia justificada, cuyo contenido material, establecimiento y control corresponderá a un grupo específico de trabajo creado al efecto en el seno de dicha comisión o se llevará a cabo mediante acuerdos específicos entre representantes de los trabajadores<sup>1060</sup>.

---

*UIL2013-2016* (en adelante *CCRL imprese artigiane dei settori Metalmeccanica, Installazione di impianti, Orafi, Argentieri e Affini e delle imprese odontotecniche Lombardia*).

<sup>1059</sup>Entre otros, Comisiones paritarias de formación en las empresas y Comisión paritaria de sector, arts. 94 y 98 CC *industria textil*. Comisión Paritaria de Formación, art. 86 CC *industria química*. Comisión Paritaria Sectorial de Formación Profesional Art. 113 CC *construcción*. Comisión paritaria sectorial de Formación en Gestión y Mediación Inmobiliaria, art. 57 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*. Comisión paritaria para la Formación profesional, art. 49 CC *hostelería y turismo de Cataluña*. Cláusula Final 5ª CC para la *Industria Siderometalúrgica de Huesca, Comisión de Empleo, Formación y Productividad* a la que corresponde Impulsar la formación de la mujer, dirigida a favorecer su integración en funciones en las que se encuentra subrepresentada, y en aquellas situaciones de reincorporación a la actividad laboral tras periodos de maternidad y excedencias derivadas de la misma. Atribuyen competencias en materia de formación a la Comisión paritaria del Convenio, art. 47 CC *empresas y establecimientos dedicadas a la hostelería afiliadas a la federación HO.RE.CA. de la provincia de Cádiz*.

<sup>1060</sup> Art. 4.2 *CCNL industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*. Art. 6 *CCNL Metalmeccanico-Artigianato* y art. 5 del Estatuto del Ente Bilateral del Artigianato, cuyas iniciativas serán estudiadas y puestas en marcha, previo acuerdo de las partes, por el Observatorio Nacional del sector.

## CAPÍTULO III: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### 1. LA NACIONALIDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN

#### 1.1. El fenómeno migratorio como punto de partida

La nacionalidad refleja la pertenencia de un individuo a una nación o Estado. No obstante, en las relaciones laborales, el binomio trabajador nacional/trabajador extranjero, es fruto de la realidad creada por las distintas políticas migratorias impuestas por cada Estado que se intensifican en países como España o Italia desde los años setenta, mientras que en otros como Francia o Alemania ya se había asentado mucho antes. El fenómeno migratorio existe desde el principio de los tiempos y da respuesta a distintos ciclos naturales, productivos, sociales y principalmente económicos<sup>1061</sup>. En las últimas décadas se ha visto acelerado coincidiendo con una época en que comienzan a sucederse importantes cambios decisivos en los movimientos demográficos y políticos internacionales<sup>1062</sup>.

En el territorio europeo, la gestión de los flujos migratorios se efectúa en cada Estado vinculado a las competencias atribuidas al efecto a las instituciones europeas encargadas de desarrollar una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que condiciona determinados ámbitos materiales como es el establecimiento de volúmenes de admisión en el territorio de cada Estado de nacionales de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia<sup>1063</sup>. Precisamente, a efectos de nuestro análisis, nos interesa destacar la situación laboral a la que quedan sometidos los ciudadanos de diversa nacionalidad especialmente de los inmigrantes laborales que son quienes ingresan en otro país con la intención de establecerse y desempeñar una profesión en él<sup>1064</sup>. Se ha puesto de manifiesto que los anteriores integran en el Estado de acogida un colectivo en desventaja desde los planos económico y social<sup>1065</sup>, pero a pesar de ello, se ha constatado cierta «invisibilidad» jurisprudencial y con excepciones, también doctrinal, acerca de la nacionalidad como causa y destino de importantes discriminaciones en el trabajo<sup>1066</sup>. Ello no es consecuencia en todo caso, de la aplicación de las normas nacionales o internacionales

<sup>1061</sup> Un estudio sobre las distintas teorías sobre el fenómeno migratorio en CLOQUELL LOZANO, A., *Migración y desarrollo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016. PP. 67ss.

<sup>1062</sup> SANTAMARÍA, E. *La incógnita del extraño. Una aproximación a la significación sociológica de la «inmigración no comunitaria»*. Rubí, Barcelona, 2002. P.328. En ese sentido, MARINO, S., PENNINX, R., ROOSBLAD, J., “Trade unions, immigration and immigrants in Europe revisited: Unions’ attitudes and actions under new conditions” *Comparative Migration Studies*. Open access.3:1 DOI 10.1007/s40878-015-0003-x. 2015. P.5. Sobre el enfoque económico de los flujos migratorios, LO FARO, A. “Immigrazione, lavoro, cittadinanza: appunti per una ricerca”. *Persona e danno*, 2008. Publicación online: <http://www.personaedanno.it/cittadinanza/immigrazione-lavoro-e-cittadinanza-appunti-per-una-ricerca-antonio-lo-faro>.

<sup>1063</sup> Art. 79.5 TFUE.

<sup>1064</sup> Sobre la evolución del uso semántico de trabajador extranjero a inmigrante o inmigrado, DE LA HABA MORALES, J., “Trabajadores inmigrantes y acción colectiva: una panorámica sobre las relaciones entre inmigrantes y el sindicalismo en Europa”. *Papers: revista de sociologia*, nº 66, 2002. P.171 y bibliografía citada.

<sup>1065</sup> D’ALLOIA, A., *Egualianza sostanziale*, op.cit. P.235. BALLESTRERO, M.V., “Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza”, AA.VV., *Lavoro e discriminazione: atti dell’XI Congresso nazionale di diritto del lavoro, Gubbio, 3-5 giugno 1994*. Giuffrè, Milano, 1996. P.139.

<sup>1066</sup> Así lo pone de manifiesto LO FARO, A. “Immigrazione, lavoro, cittadinanza: appunti per una ricerca”, op.cit. P. 22.

que regulan el régimen jurídico a que se someten los extranjeros en un determinado país, sino también de una falta de sensibilidad al respecto de los negociadores sociales que, deliberadamente o no, no suelen encajar la protección de los extranjeros en el contenido de convenios colectivos.

Aunque es preciso hacer un repaso, siquiera breve, del sistema normativo vigente en materia de protección de los trabajadores migrantes en el plano internacional, europeo y nacional, el objeto de nuestro análisis se centrará en el impacto de la negociación colectiva en el desarrollo de las condiciones de acceso y profesionales de los trabajadores no nacionales, mediante el examen de los elementos de integración y exclusión de los mismos a través de las cláusulas que actúen en favor o en detrimento de su incorporación en el mercado laboral en igualdad de condiciones que el resto, utilizando para mejorar cualitativamente dicha evaluación el útil recurso de la perspectiva comparada.

## 1.2. La nacionalidad como criterio de discriminación prohibido en el ámbito internacional

En el marco de las Naciones Unidas, la Carta aprobada en el año 1945 contempla el propósito desarrollar y estimular el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, pero no de nacionalidad. Tres años más tarde, la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla la prohibición de realizar distinción alguna basada en el origen nacional o social, nacimiento o cualquier otra condición, así como aquella que se funde en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona-art. 2-. Tampoco contemplan la nacionalidad como factor de discriminación de forma expresa dos de los instrumentos internacionales más importantes en materia de derechos humanos. Así, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—arts. 2.1 y 26- como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —art. 2.2.- reconocen el derecho de todas las personas a no ser discriminado en base al origen nacional de las mismas. A éste último también se refiere el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, añadiendo la pertenencia a una minoría nacional y del mismo modo incluye una cláusula de apertura a cualquier otra situación de tipo análogo. Sin embargo, como se verá, las instituciones encargadas de interpretar los preceptos de la DUDH, el PIDCP y el PIDESC han utilizado las cláusulas de apertura a que se refieren los artículos señalados, permitiendo la penetración de la nacionalidad como cláusula de discriminación<sup>1067</sup>.

Al origen nacional como causa de discriminación contenida en la expresión «discriminación racial» se refiere el art. 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, si bien exceptuando la

---

<sup>1067</sup> Vid. infra § 3.2.

aplicación de la misma a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos, advirtiendo que sus cláusulas no afectarán a las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular.

En el marco normativo internacional específicamente laboral, dejando al margen por ahora el Derecho comunitario, destaca el Convenio 97 OIT sobre los trabajadores migrantes de 1949 que obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, un trato igual en relación a materias como remuneración, horas de trabajo, vacaciones, formación profesional, etc. Sin embargo, el Convenio 111 de la OIT de 1958 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, elude cualquier referencia a la nacionalidad atendiendo a criterios como la raza, la ascendencia nacional o el origen social como causas de distinción vedadas. De la interpretación literal del precepto algún sector doctrinal entiende excluida la protección frente a discriminaciones originadas en la nacionalidad<sup>1068</sup>, mientras que la propia Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT recuerda que la noción de «ascendencia nacional» no es coincidente con la nacionalidad sino que abarca las distinciones en función del lugar de nacimiento, la ascendencia o el origen extranjero<sup>1069</sup>.

Finalmente, en cuanto a las condiciones de trabajo, en art. 16 del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, exige que los trabajadores migrantes autorizados a desempeñar un empleo disfruten de un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales<sup>1070</sup>.

### 1.3. Nacionalidad vs origen étnico y raza. Una cuestión compleja

Como puede apreciarse de su reconocimiento internacional, el término «nacionalidad» se distancia gramatical y materialmente del de «origen nacional», aunque ambos son frecuentemente utilizados como sinónimos a la vista de que en la mayoría de casos coincide el origen nacional de la persona, esto es, su país de nacimiento, con su actual nacionalidad y de que muchos instrumentos internacionales y nacionales de protección de derechos humanos aluden al origen simplemente o solo al origen nacional. Por el

---

<sup>1068</sup> Entonces, los trabajadores inmigrantes estarán amparados por tal Convenio de la OIT en la medida en que sean objeto de discriminación por otra de las causas en él contempladas, GIL Y GIL, J.L. "Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo". *Relaciones Laborales*, nº 15/16, 2009. En versión digital, P. 4.

<sup>1069</sup> La Comisión de Expertos se refiere a los párrafos 36 y 37 de su Estudio general sobre igualdad en el empleo y la ocupación, de 1988, donde se indica que la noción de «ascendencia nacional» no se refiere a las posibles distinciones entre ciudadanos del país y personas de otra nacionalidad, sino a las que se funden en el lugar de nacimiento, la ascendencia o el origen extranjero. Por otra parte, define el término ascendencia nacional como concepto no coincidente con el de nacionalidad en el Informe "Dar un rostro humano a la globalización" Conferencia Internacional del Trabajo, 101.ª reunión, 2012, párr. 764.

<sup>1070</sup> Sobre normativa internacional en materia de discriminación por éste factor, vid. GOODWIN-GILL, G.S. "Immigration, Nationality and the Standards of International Law", DUMMET, A. (Ed.), *Towards a Just Immigration Policy*. Cobden Trust, Londres, 1986.



contrario, mientras que la nacionalidad alude al vínculo jurídico actual que une a la persona y a un Estado<sup>1071</sup>, el origen nacional se desvincula de la nacionalidad a través de dos vías. En primer lugar, puede estar relacionado con un concepto material de nación como pueblo o comunidad con unas características culturales, sociales y económicas comunes que se concretaría en un concepto de nación cultural; o bien, podría señalar el vínculo jurídico que unía a la persona después de su nacimiento con un Estado-concepto de nación jurídica- pero que no tiene por qué coincidir con la actual nacionalidad<sup>1072</sup>. Por ésta razón, utilizar origen nacional como sinónimo de nacionalidad puede dar lugar a confusión y por ello nos referiremos siempre a la nacionalidad como causa de discriminación.

Más acusada es la diferencia de la nacionalidad con términos con los que también se la ha asimilado como la «etnia» y la «raza», considerados hoy como independientes, y por tanto, objeto de diversas formas de discriminación en el empleo, aunque siguen siendo tratados o considerados en determinados supuestos como realidades intercambiables o interconectados entre sí.

A pesar de que la raza se encuentra en el nacimiento del derecho antidiscriminatorio estadounidense<sup>1073</sup>, es un concepto insostenible científicamente, no habiendo quedado demostrado que el ser humano pueda ser circunscrito a determinadas especies biológicas diferenciadas por caracteres genéticos hereditarios, pese a que son determinados rasgos de éste tipo los que se encuentran en la base de la definición de las distintas razas. Paradigmática resulta la definición que aporta la RAE referida a «grupos de seres humanos que por el color de su piel y otros caracteres se distinguen en raza blanca, amarilla, cobriza y negra». Por el contrario, las mismas se definen por algún sector de doctrinal en base o a otros elementos circunstanciales como son el origen geográfico o la lengua<sup>1074</sup>. Mientras tanto, el criterio de la nacionalidad pone en relación al individuo con un determinado Estado o país por las vías que éste disponga al efecto y lo vincula con aquel desde el punto de vista estrictamente jurídico. La nacionalidad, como hemos visto, no se encuentra entre las condiciones personales expresas sobre las que no cabe distinción para el goce de los derechos y libertades reconocidos en la Carta de Naciones Unidas o en la Declaración Universal de Derechos Humanos o por el propio Convenio Europeo de derechos humanos, mientras que sí está vetada la

---

<sup>1071</sup> FERNÁNDEZ DE AGUIRRE, J.C., "La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad del Tribunal de Justicia". AA.VV., *La constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (III): XVIII Jornadas de Estudio*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1999. P. 1271.

<sup>1072</sup> Sobre el concepto de nación vid. ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, M., *La extranjería en la historia del Derecho español*. Universidad de Oviedo, 1992. PP. 14ss. PIAZZA FOJO, E., "Nación cultural y nación política la construcción romántica de la nación". *Revista de la Facultad de Derecho de Uruguay*, nº.26, 2007. PP. 121-128.

<sup>1073</sup> Vid. DA ROCHA BRANDAO, D., *La discriminación en el acceso al empleo por razón de nacionalidad*, op.cit.PP. 110ss.

<sup>1074</sup> YUDELL, M., ROBERTS, D., DESALLE, R., TISHKOFF, S., "Taking race out of human genetics". *Science*, Vol. 351, asunto 6273, 2016. PP. 564-565. FIGUERUELO BURRIEZA, A., "Igualdad y no discriminación por razón de raza". *Revista europea de derechos fundamentales* nº. 11, 2008. En formato electrónico en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UAM. P.17. En el mismo sentido, *Panel sobre discriminación por origen racial o étnico (2010): la percepción de las potenciales víctimas*, estudio realizado por RED2RED para el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Marzo de 2011. P.10. Tanto así, la propia Unión Europea rechaza la existencia de razas humanas y así lo hace constar en el Preámbulo de la Directiva 2000/43/CE. Por su parte, la prestigiosa enciclopedia Italiana Treccani define la raza igualmente, como conjunto de características somáticas del ser humano (color de la piel, tipo de cabello, forma física, etc.), independientemente de factores como la nacionalidad o la lengua.

discriminación por pertenencia a una determinada raza<sup>1075</sup>. También se reconoce como factor independiente en el ámbito de protección laboral, amparado por el Convenio 111 de la OIT.

Por otro lado, suscita una mayor imbricación del problema conceptual la aparición del término etnia entre las causas de discriminación. Ésta última se asocia con características de un grupo de personas definidas por conexión racial, cultural, lingüística, etc.<sup>1076</sup>, definición bien parecida a la que parte de la doctrina científica atribuye al de raza con la que algún autor traza un paralelismo cuando se habla de la discriminación de colectivos en situaciones de especial vulnerabilidad<sup>1077</sup>, mientras que en muchas ocasiones lo étnico es asociado directamente con la pertenencia a determinadas naciones de origen o vinculada a la nacionalidad<sup>1078</sup>, como puede ser el caso de la comunidad o etnia gitana proveniente de Rumanía en cuyo caso se observa, a nuestro modo de ver, no una causa de confusión entre ambos criterios sino la existencia de discriminación múltiple .

Los términos de raza y etnia vienen a coincidir también con el de origen nacional como componentes de un mismo ámbito de protección tal y como describe el comportamiento vedado la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965: «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, o en cualquier otra esfera de la vida pública»<sup>1079</sup>. Igual que sucede con el Convenio 111 OIT, ésta procura expresamente salvar la cuestión de la nacionalidad como algo perteneciente a la esfera soberana de los Estados. Por ello, advierte que ninguna de las cláusulas de la misma podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, apostillando, no obstante, que dicha normativa será respetada siempre que no establezca discriminación contra ninguna nacionalidad en particular.

---

<sup>1075</sup> Del mismo modo, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el 3º Considerando de la Carta Social Europea.

<sup>1076</sup> Según la RAE, el concepto de etnia identifica a una «Comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales». Es precisamente el origen étnico el factor de discriminación considerado más común en la Europa de los 27 según el último Eurobarómetro sobre Discriminación de 2012. El 56% de los encuestados considera que es un factor común de discriminación, cifra que se entiende se ha incrementado por razón de la crisis. Esta cifra, no obstante, ha disminuido desde 2009, año en el que se situaba en el 61%.

<sup>1077</sup> REY MARTÍNEZ, F., "La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", op.cit.PP.65ss.

<sup>1078</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros", CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J., FURÁN LÓPEZ, F. (Coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. La Ley-Actualidad, Madrid, 2006. Publicado también en laleydigital.com. P.4.

<sup>1079</sup> Convenio adoptado en desarrollo del art. 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 en la que se alude exclusivamente a la raza entre los motivos que no pueden ser utilizados como elemento de distinción. Consideran que la alusión al origen nacional en éste instrumento jurídico internacional no se refiere a las distinciones entre ciudadanos de un país y los de otra nacionalidad, sino más bien a los ciudadanos de un mismo país en función de su lugar de nacimiento o de origen extranjero, CAMAS RODA, F., LÓPEZ ROCA, C., "La influencia en el ámbito jurídico español de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, raza u origen étnico regulada en el ordenamiento europeo e internacional", BALLESTER PASTOR M.A., (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012. P. 171.

Por su parte, el propio TFUE contempla mecanismos diferenciados de tutela de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad por un lado y origen racial o étnico por el otro, como se verá. Mientras que la primera de ellas puede ser protegida mediante la aprobación de normativa con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las segundas se insertarán en una norma aprobada por el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, previa aprobación del Parlamento<sup>1080</sup>.

En el plano de Derecho interno también se produce el reconocimiento de los distintos criterios de discriminación de forma heterogénea. A tal efecto, podemos destacar la Constitución alemana que alude en su art. 3.3 de forma indistinta a la raza y a la patria u origen entre los motivos ajenos a la facultad de introducir diferencias de trato perjudiciales o beneficiosas o el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 que dispone el deber y el derecho de trabajar sin que nadie pueda verse perjudicado a causa de sus orígenes, proclamando ulteriormente con vocación de generalidad la prohibición de menoscabar los derechos del pueblo francés sin distinción por motivo de raza<sup>1081</sup>. Ambos, origen y raza son contemplados por el art. 1 de la Constitución de 1958. Por otra parte, el art. 3 de la Constitución italiana hace alusión únicamente a la raza como criterio de distinción prohibida<sup>1082</sup>.

En España, podemos anticipar ya que el art. 14 CE señala como factores de discriminación el nacimiento o la raza, así como cualquier otra condición o circunstancia personal o social, pero no la nacionalidad. Tanto así que el precepto reza "Los españoles son iguales ante la ley...". Por su parte, la ley española de extranjería, contempla de forma independiente como actos discriminatorios aquellos que desfavorezcan o perjudiquen sin justificado motivo existente a los ciudadanos de nacionalidad diversa por motivos de su ascendencia u origen nacional, por sus convicciones y prácticas religiosas así como también a quienes sean de distinta raza, etnia o color<sup>1083</sup>. Ciertamente se produce entre el art. 4.2 c) ET que refiere como derecho laboral básico la no discriminación por motivo de raza con el 17.1 del mismo texto que alude a la prohibición de ser discriminado en las relaciones laborales debido al origen, incluido el racial o étnico, sin que sea clara la inclusión de la nacionalidad en el concepto de origen<sup>1084</sup>. Como ésta, existen otras contradicciones en las legislaciones europeas cuando se trata de definir el colectivo de personas protegido por la directiva 2000/43/CE relativa al principio de igualdad independientemente del origen racial o étnico y ello se debe a que en la misma se compele a los Estados de otorgar una definición concreta a la raza o a la etnia. Paradigmático será el caso inglés, en cuya ley de igualdad la raza comprende el color, la nacionalidad, el origen étnico o nacional

---

<sup>1080</sup> Arts. 18 y 19 TUE respectivamente.

<sup>1081</sup> Precepto interpretado por el Conseil Constitutionnel francés que determinó que ningún principio ni regla de valor constitucional asegura a los extranjeros los derechos de carácter general y absolutos de acceso y permanencia en el territorio nacional, Sentencia de 13 de agosto de 1993, Dec. n°93-325-DC.

<sup>1082</sup> Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano reconoció en su sentencia n° 62 de 1994 que el reconocimiento de los derechos individuales del hombre a los que se refiere la Constitución italiana y en particular el derecho de igualdad, no tolera discriminaciones entre ciudadanos italianos y extranjeros.

<sup>1083</sup> Art. 23 LO 4/2000 de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante, LOEXIS).

<sup>1084</sup> Sí lo acepta como sinónimo de nacionalidad, MOLINA NAVARRETE, C., "La ilegalidad sobrevenida de las cláusulas de nacionalidad en el acceso al empleo: los casos del deporte profesional y de la función pública", op.cit. P. 15

mientras que en Suecia se define a la identidad étnica como «el origen nacional o étnico, el color de la piel o cualquier otra circunstancia semejante» en su Ley antidiscriminatoria<sup>1085</sup>.

Sin embargo, podemos concluir que si bien son todos conceptos que tienen un amplio bagaje en la cultura científica, sociológica o antropológica, el Derecho los ha ido adoptando sin mediar definiciones acerca del objeto digno de tutela razón por la cual a menudo los confunde o intercambia y en otra los utiliza como criterios de discriminación aislados. Asimismo, destaca la escasez de pronunciamientos en jurisprudencia y doctrina que profundicen acerca de la delimitación entre los mismos a efectos de aportar claridad y seguridad jurídica. En todo caso, el presente estudio se delimita a cuantas consideraciones, medidas o acciones tengan como medio o fin instrumentalizar diferencias de trato en el empleo u ocupación sobre la base de la nacionalidad del sujeto y no a función a otros rasgos de la persona físicos o culturales que puedan ser confundidos o asimilados a la misma, los cuales provocarán, como se ha dicho, la existencia de discriminación múltiple.

## 2. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 2.1. La nacionalidad como fundamento del Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea

El criterio de la nacionalidad tiene especial trascendencia en el ámbito laboral de la Unión Europea desde su propio origen, contemplada en los Tratados originarios cuya tutela, junto con la prohibición de discriminación salarial por razón de sexo, se encuentra el germen de la política antidiscriminatoria<sup>1086</sup>. Debemos precisar que en adelante, salvo que se indique expresamente, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito europeo protege a los ciudadanos nacionales de un Estado miembro.

La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se utiliza principalmente como principio modelador de la normativa en materia de desplazamiento de los trabajadores nacionales comunitarios entre los Estados miembros, para asegurar la libre circulación de los mismos dentro de las fronteras europeas. En efecto, con la creación de una Comunidad Económica, era menester limitar libre ejercicio de competencias

---

<sup>1085</sup> Vid. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico («Directiva de igualdad racial») y 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 («Directiva de igualdad en el empleo»). Bruselas, 17.1.2014 COM (2014) 2 final. P.12.

<sup>1086</sup> De éste modo, la consolidación del principio de no discriminación en el ámbito comunitario no superó durante muchos años la bidireccionalidad acotada por sexo y nacionalidad, BALLESTER PASTOR, M.A., “El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63,2006. P. 34.

estatales que pudieran conculcar las grandes libertades económicas sobre las que se fundamenta la Unión entre ellas, el desplazamiento sin trabas de personas entre los Estados miembros con el fin de incorporarse al mercado laboral. Por ello, era necesario establecer como principio fundamental del Derecho comunitario la no discriminación por razón de nacionalidad consagrado como un «brazo armado» de la libre circulación de personas, que evitara prácticas negativas comunes en el mercado europeo tales como el dumping social<sup>1087</sup>. Si bien reservado en su origen al desplazamiento de trabajadores nacionales de los Estados miembros, poco a poco, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad ha adquirido la categoría de principio vertebrador del ordenamiento europeo<sup>1088</sup>, circunstancia que permite que sea contemplado de forma expansiva en cuanto a su ámbito subjetivo de tutela, sobre lo que se volverá más adelante.

Contemplada actualmente en el art. 18 TFUE la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, se reconoce ya en el art. 69 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951 en el que los Estados se comprometían, dentro del ámbito de aplicación del mismo, a suprimir las restricciones al empleo por motivos de nacionalidad de los trabajadores nacionales de uno de los Estados miembros de reconocida capacitación profesional en el campo del carbón y del acero.

Con carácter general el art. 7 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea prohibía «toda discriminación en razón de la nacionalidad», exigiendo a los Estados miembros la igualdad de trato entre las personas de un Estado miembro que se encuentren en una situación regida por el Derecho comunitario, con los nacionales del Estado miembro de acogida<sup>1089</sup>. Recogido más tarde en el art. 6 TCE y posteriormente el art. 12 TCE, constituye dicho principio, un elemento independiente y a la vez común y de coordinación de las libertades económicas, dentro de cuyo régimen jurídico se contempla de forma específica la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad a quienes ejercieran su libertad de circulación, de prestación de servicios o mercancías y de establecimiento.

La CDFUE incorpora, como fue advertido anteriormente, una referencia independiente de la prohibición de discriminar-art.21- con respecto a la igualdad de todas las personas ante la ley-art. 20-. La alusión generalizada a «todos» no es casual, habida cuenta de la referencia en otros preceptos a los ciudadanos comunitarios o a los ciudadanos de terceros Estados y por tanto, se trata de un precepto que pretende dotar a la Carta de una alta dosis de universalidad<sup>1090</sup>. Precisamente la Comisión enfatizó en el carácter universalista que se trataba de proporcionar a la Carta de tal manera que la mayoría de

---

<sup>1087</sup> PLATON, S., “Les spécificités du principe de non-discrimination dans l’Union européenne”, FAVREAU, B. (Dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne après le traité de Lisbonne*. Bruylant, Bruselas, 2010. P. 126.

<sup>1088</sup> PORRET GELABERT, M., “La discriminación laboral y la gestión de la diversidad de los recursos humanos”. *Revista técnico laboral*, vol. 32, nº. 126, 2010. PP. 513-568. Open Access: <http://hdl.handle.net/2445/44668> P. 11-12.

<sup>1089</sup> STJCE de 2 de febrero de 1989, *Cowan*, asunto C-186/87, apartado 10.

<sup>1090</sup> Reconoce la tendencia a una apertura «universalista» en relación con los destinatarios de la misma LUTHER, J., “Le frontiere dei diritti culturali in Europa”, ZAGREBELSKY, G., (Coord.), *Diritti e Costituzione nell’Unione europea*. Laterza, Roma-Bari, 2003. PP. 223ss.

los derechos enumerados en el proyecto se conceden a cualquier persona, con independencia de su nacionalidad o de su lugar de residencia<sup>1091</sup>. Esto no quiere decir que, por consiguiente, cualquier ley que diferencie entre individuos nacionales y extranjeros sea contraria a dicho derecho fundamental, pues la misma Comisión realiza una reserva a la universalidad que predica de la Carta y es que los derechos más directamente vinculados a la ciudadanía de la Unión, que únicamente se conceden a los ciudadanos, no serán reconocidos a todos, con independencia de la nacionalidad y como los que sí enumera entre paréntesis –aquellos vinculados al sufragio- pueden ser exceptuado otros, como de hecho así sucede, en cuanto a la entrada o permanencia en un territorio o el acceso a un trabajo<sup>1092</sup>. Por tanto, sí avala las diferencias legales de trato, que deberán ser sometidas al debido ejercicio de ponderación y razonabilidad de las normas que utilicen éste factor de comparación. No podemos olvidar que las propias explicaciones a los artículos de la Carta aclaran que dicho precepto recoge un principio general, tal y como figura en todas las constituciones europeas y que fue consagrado como principio fundamental del Derecho comunitario el Tribunal de Justicia. Con lo cual, su ámbito de aplicación resulta restringido, en primer lugar, por el art. 51 de la Carta, en virtud del cual todos los derechos vinculan tanto a las instituciones europeas como a los Estados miembros, cuyo límite se sustenta en el ámbito regulado por el Derecho de la Unión, sin que ningún derecho reconocido por la Carta atribuya nuevas competencias. Además, tendrá como segundo límite el alcance del mismo dentro de cada uno de los textos constitucionales, que como veremos, pueden reservar la igualdad solo para sus nacionales.

Por otro lado, el art. 21 de la Carta de los derechos fundamentales en la UE se refiere expresamente en su segundo párrafo, de forma independiente, a la discriminación por razón de nacionalidad. Esta forma diferenciada de tratar las distintas causas de discriminación se justifica en el régimen de protección que vincula a uno y otro apartados, pues cuando repara en la tutela específica de quienes ostentan diversa nacionalidad, lo limita al ámbito de aplicación de los Tratados constitutivos, -delimitación reiterada en el art. 51.2 de la misma Carta-, «*sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos*». La clave de la diferencia de tratamiento jurídico entre las distintas causas de discriminación se encuentra, a nuestro modo de ver, en ésta expresión que clausura precepto. Concide su redacción, en idénticos términos, con el art. 18 TFUE, quedando patente, también en los Tratados, la diferencia el régimen jurídico de éste motivo de discriminación con respecto a los contemplados en el art. 19 TFUE.

En nuestra opinión, con la distinción explícita entre el modo de tutelar las diferentes causas de discriminación confirma que la discriminación por razón de nacionalidad

---

<sup>1091</sup> Comunicación de la Comisión sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Bruselas, 11.10.2000 COM (2000) 644 final.

<sup>1092</sup> Precisamente el Comité de expertos independientes en materia de derechos fundamentales, creado por la Comisión a instancias del Parlamento, advertía en su Informe «Commentary of the charter of fundamental rights of the European Union», que el ámbito de aplicación del art. 20 CDFUE no se limita a la igualdad en el ejercicio de los derechos reconocidos por la ley en el sentido estricto del término, sino se extiende a todos los derechos, cualquiera que sea la fuente de reconocimiento del mismos, sin perjuicio del art. 12 TCE, este es, el que prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad el ámbito de aplicación de los Tratados y *sin perjuicio de sus disposiciones particulares*. P. 187.

admite determinadas excepciones inexistentes para el resto de causas de discriminación, en las que se admiten de un modo más restringido las justificaciones ante diferencias de trato fundadas en una de ellas. En particular, podemos destacar que el reconocimiento de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, aunque fuese solo referido a nacionales comunitarios, admite restricciones. Como ejemplo, el derecho a la residencia en el Estado miembro de acogida contemplado en el art. 21 TFUE y 45 CDFUE se encuentra limitado temporalmente a los ciudadanos comunitarios hasta 3 meses si no cumplen una serie de requisitos relacionados en gran parte con la solvencia económica<sup>1093</sup>.

Por otro lado, en el ámbito de la libre circulación de trabajadores –art. 45.3 TFUE- la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad no impide restricciones o limitaciones basadas en el orden público, la seguridad y la salud públicas. Tampoco son aplicables las disposiciones del art. 45 TFUE a los empleos en la administración pública. Una cláusula semejante es la contenida en el artículo 51 TFUE, que excluye de la libertad de establecimiento las actividades relacionadas, aunque sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. Así mismo, las disposiciones que regulan ésta libertad económica no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

En cambio, la diferencia de tratamiento de las causas de discriminación ha sido leído por la mayor parte de la doctrina en clave de limitación subjetiva, a modo de interpretar que la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad solo protege a los nacionales comunitarios. En efecto, el art. 21.2 CDFUE parece impedir que éste derecho pueda ser oponible en las relaciones con ciudadanos de terceros Estados, pero no por su redacción literal, sino porque el art. 18 TFUE, redactado en los mismos términos, ha sido interpretado por el TJUE como derecho privativo de los nacionales de los Estados miembros<sup>1094</sup>. En cambio, el apartado 1 del art. 21 CDFUE contiene un reconocimiento general del derecho a no ser discriminado, con independencia de la nacionalidad, por las causas que en él se contemplan. En efecto, el TJ ha circunscrito al ámbito protegido del entonces art. 12 TCE «a las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario en las que un nacional de un Estado miembro sufre un trato discriminatorio en relación con los nacionales de otro Estado miembro únicamente por razón de su nacionalidad y no se aplica a los supuestos de una eventual diferencia de

---

<sup>1093</sup> Arts. 6 y 7 de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

<sup>1094</sup> MANGAS MARTÍN, A., “Artículo 21: no discriminación”, MANGAS MARTÍN, A., (Dir.), *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, Bilbao, 2008. P. 403. La relación entre ambos se extrae de las Explicaciones sobre la Carta 2007/C 303/02. Sobre el carácter general de la aplicación de éste principio en el mercado único europeo, ECHELMAIER, S., “Equality rights: Market, free competition and rights of equality”, RUIZ MIGUEL, C., (Coord.) *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Universidad de Santiago de Compostela, 2004. P. 82. Como así apuntaban las explicaciones publicadas por la Comisión sobre la Carta de derechos fundamentales de la UE, Charte 4473/00 Convent 49, Bruselas, 11 de octubre de 2000. Vid. WIESBROCK, A., *Legal Migration to the European Union*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010. P. 167. Por el contrario, de acuerdo con la extensión del ámbito aplicativo del art. 21.2 de la Carta y del 18 TFUE a los ciudadanos de terceros Estados, BROUWER, E. VRIES, K., “Third-country nationals and discrimination on the ground of nationality: article 18 TFEU in the context of article 14 ECHR and EU migration law: time for a new approach”, VAN DEN BRINK, M., BURRI, S., GOLDSCHMIDT, J., (Edits.) *Equality and human rights: nothing but trouble?* SIM, Utrecht, 2015. P. 144.

trato entre los nacionales de Estados miembros y los de Estados terceros»<sup>1095</sup>. Se trata de un precepto destinado a garantizar la ciudadanía de la Unión y por ello, en la medida en que un ciudadano de la Unión dispone de tarjeta de residencia en un Estado miembro, puede prevalecerse del artículo 18 TFUE pero ésta interpretación parece no poder extrapolarse, como tal, a una situación en la que un nacional de un Estado tercero dispone de tarjeta de residencia en un Estado miembro<sup>1096</sup>. Insiste el Alto Tribunal en que «todo ciudadano de la Unión puede invocar la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, impuesta por el artículo 18 TFUE, en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho de la Unión»<sup>1097</sup>, dado que el estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros<sup>1098</sup>.

No obstante, nunca el Tribunal Europeo ha reconocido en términos expresos que el principio general de prohibición de discriminación por razón de nacionalidad no resulta aplicable a nacionales extracomunitarios<sup>1099</sup>, aunque por vía negativa parece que ésta ha sido su intención<sup>1100</sup>. Incluso en virtud de las normas señaladas, se ha validado la operatividad de tratamiento preferencial de los ciudadanos europeos con respecto a los extracomunitarios e incluso viceversa, en tanto la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad no abarca al tratamiento diferenciado entre ellos<sup>1101</sup>.

Si bien es cierto, el Tribunal ha reconocido la existencia de un principio general de igualdad que prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad directa o indirecta mucho antes de su reconocimiento en la Carta<sup>1102</sup>. De ese modo, al prohibir «toda discriminación en razón de la nacionalidad», el artículo 7 del Tratado (hoy art. 18 TFUE), exige la perfecta igualdad de trato de las personas que se encuentren en una situación regida por el Derecho comunitario, con los nacionales del Estado miembro<sup>1103</sup>. En ese sentido, exige que no se traten de manera diferente situaciones que son

---

<sup>1095</sup> STJUE de 4 de junio de 2009, *Vatsouras*, asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, apartado 52. La cuestión prejudicial pretendía conocer la posible oponibilidad con el Derecho de la Unión de una norma nacional que excluye a los nacionales de los Estados miembros del acceso a prestaciones de asistencia social mientras que las concede a los nacionales de Estados terceros. El Tribunal con el argumento referido, excluye la aplicabilidad del art. 12 TCE al supuesto cuestionado.

<sup>1096</sup> STJUE de 13 de junio de 2013, *Hadj Ahmed*, asunto C-45/12, apartados 40 y 41.

<sup>1097</sup> Sentencias de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala*, asunto C-85/96, apartado 63; de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, asunto C-209/03, apartados 32 y 33; de 18 de noviembre de 2008, *Förster*, asunto C-158/07, apartados 36 y 37, y de 13 de abril de 2010, *Bressol y otros*, asunto C-73/08, apartado 31; de 4 de octubre de 2012, *Comisión/Austria*, asunto C-75/11, apartado 39.

<sup>1098</sup> SSTJUE 26 de febrero de 2015, *Martens*, asunto C-359/13, apartado 21; de 2 junio 2016, *Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos*, asunto C-233/14, apartado 75.

<sup>1099</sup> En sentido contrario, considera que las normas internacionales sí reconocen la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en sentido amplio (a los efectos cita el autor la STEDH *Gaygusuz v. Austria* de 16 septiembre 1996), sería difícil para el tribunal de justicia justificar que no es así en el ámbito de la UE, PEERS, S., “Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights”, GUILD, E., MINDERHOUD, P., (Edits.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012. P. 464.

<sup>1100</sup> Por ejemplo al afirmar que «la mera circunstancia de que un nacional de un Estado miembro posea al mismo tiempo la nacionalidad de un tercer país, en el que tiene su domicilio, no le priva del derecho a invocar, en su calidad de nacional de dicho Estado miembro, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad consagrada en el párrafo primero del artículo 6 (TCE)», STJCE de 2 de octubre de 1997, *Saldanha*, asunto C-122/96, apartado 15.

<sup>1101</sup> SSTEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Belgique*, apartado 49. STJCE de 4 de junio de 2009, *Vatsouras y Koupatantze*, asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, apartado 52. Vid. TULKENS, F., “L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, CARLIER, J.-Y. (Dir.), *L'étranger face au droit*. Bruylant, Bruselas, 2010. P. 193.

<sup>1102</sup> SSTJCE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, asunto C-152/73; de 16 de febrero de 1978, *Comisión/Irlanda*, asunto C-61/77, apartado 74.

<sup>1103</sup> SSTJCE de 2 de febrero de 1989, *Cowan*, asunto C-186/87, apartado 10; de 24 de noviembre de 1998, *Bickel y Franz*, asunto C-274/96, apartado 14; de 20 de octubre de 1993, *Phil Collins*, asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92, apartado 32.



comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado<sup>1104</sup>. Estas declaraciones generales, aun emitidas frente a litigios que afectaban a extranjeros comunitarios, podrían dar pie a su extensión a los extracomunitarios, siempre que el litigio tenga lugar en el ámbito aplicativo del Derecho de la Unión y sin perjuicio de las disposiciones particulares. Una interpretación extensiva es viable porque así lo han permitido los propios redactores de la Carta y del TFUE cuando siguen sin restringir de forma expresa la protección de la no discriminación por razón de nacionalidad a los ciudadanos comunitarios por más que así lo haya interpretado el TJ, cuando ha tenido oportunidad para clarificar éste aspecto. La evolución del Derecho europeo parece ir, además, en la senda de reconocer una expansión del ámbito protegido por éste principio, con independencia de las restricciones a las que se pueda someter al ciudadano extranjero extracomunitario mediante las normas específicas en materia migratoria, especialmente en lo que respecta a la entrada y permanencia en el territorio cualquier Estado miembro. Así, parece reconocerse de forma implícita la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad entre comunitarios y no comunitarios precisamente en las Directivas sobre discriminación del año 2000. El ámbito aplicativo de las mismas excluye a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad aclarando que se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y

residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas.

Finalmente, cabe objetar a la limitación de la prohibición de discriminar por razón de la nacionalidad a litigios entre nacionales comunitarios que la norma está contenida en el título III, que lleva por título «Igualdad», en el que se reconocen los derechos relacionados con éste principio de forma abstracta, dirigidos a «todos» (igualdad ante la ley, no discriminación, diversidad cultural, religiosa y lingüística, igualdad entre mujeres y hombres, derechos del niño, derechos de las personas mayores e integración de las personas discapacitadas). Sin embargo, la ausencia de referencia a la nacionalidad en el art. 20 que consagra el derecho a la igualdad deja abierta una interpretación amplia que impide las diferencias de trato sin justificación objetiva y razonable entre cualquier persona, ciudadano europeo o extracomunitario ante la normativa europea<sup>1105</sup>.

Por otro lado, debemos recordar que, con independencia de la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad en los términos recién referidos, la Unión tiene competencias en materia de inmigración- arts. 67, 79 y 80 TFUE- que exigen garantizar un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros con independencia del establecimiento de condiciones de entrada y residencia y la definición de los derechos de los nacionales en cada uno de los Estados.

---

<sup>1104</sup> Entre otras, SSTJCE de 12 de julio de 2005, *Schempp*, asunto C-403/03, apartado 28; de 23 de abril de 2009, *Rüffler*, asunto C-544/07, apartado 59.

<sup>1105</sup> Entiende que debe medirse la igualdad así reconocida entre todas las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, FONSECA MORILLO, F.J., “Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Situación jurídico-política tras la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión”. *Afers Internacionals*, nº 53.P.84.

Ello parece coherente con el compromiso por parte de los Estados y la Unión, sin más aclaraciones en relación a la procedencia, de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, para cuyo objetivo se prevé la colaboración de las instituciones europeas con los Estados en el establecimiento de las condiciones de empleo de aquellos<sup>1106</sup>.

Tales razones justifican el reconocimiento de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad que ampara también a los extracomunitarios cuando se den fuera del régimen singularizado de las políticas migratorias. En efecto, la aplicación del principio general de no discriminación por razón de nacionalidad no impediría la justificación de la diferencia de trato en virtud de las diferencias del estatus jurídico que vincula a éste con la Comunidad y el que poseen los nacionales de los Estados miembros<sup>1107</sup>. Por tanto, no se descarta que en los próximos tiempos el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acabe por confirmar expresamente la existencia de una mandato de prohibición de discriminación por razón de nacionalidad extensible a todos, universal.

Precisamente son los inmigrantes de terceros Estados, es decir, aquellas personas de nacionalidad extracomunitaria demandantes de empleo, quienes son considerados el colectivo más vulnerable<sup>1108</sup>. Aunque más tarde volveremos con éste tema, cabe señalar que la regulación de los flujos migratorios y el tratamiento de los derechos y libertades de los extranjeros, así como su integración social, se ha posicionado como una de las cuestiones más relevantes de la época contemporánea también entre las instituciones europeas, circunstancia que, no obstante, no convierte al problema de la inmigración en algo coyuntural<sup>1109</sup>.

De todo lo anterior se desprende, con carácter bastante simplificado por ahora, que la configuración del principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad en el espacio europeo persigue fundamentalmente la equiparación de las condiciones sociales de los trabajadores de un Estado miembro que presten servicios en otro Estado miembro, con respecto a los propios trabajadores nacionales de aquel Estado, mientras que no existe una proclamación general de prohibición de discriminación por razón de nacionalidad cuando se trata de proteger a ciudadanos extracomunitarios que se alcanza con la aplicación coordinada de la CDFUE y otras normas comunitarias y está condicionada por la política migratoria.

---

<sup>1106</sup> Teniendo presentes a tal fin, los derechos sociales fundamentales proclamados en la Carta Social Europea, - que proclama en su art. 19.4 a) la paridad en la remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo entre trabajadores nacionales e inmigrantes que se encuentren legalmente en el territorio del Estado de acogida- y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, dispone el art. 151 TFUE.

<sup>1107</sup> En ese sentido, PEER PEERS, S., "Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights", GUILD, E., MINDERHOUD, P., (Edits.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, op.cit. P. 464.

<sup>1108</sup> Así lo considera MOLINA NAVARRETE, C., "La ilegalidad sobrevenida de las cláusulas de nacionalidad en el acceso al empleo: los casos del deporte profesional y de la función pública". *La Ley*, nº 5571, Tomo IV ,2002. PP. 1907ss. Publicado en la ley digital desde donde se cita. P. 1.

<sup>1109</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., "El modelo de regulación jurídico-política de la inmigración en España", en AA.VV. *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*. Cacucci, Bari, 2007. P. 229-230. En la misma obra, destaca que la inmigración tiene carácter estructural MCBRITTON, M. "Immigrazione e lavoro nell'esperienza giuridica italiana".P.223.

## 2.2. La protección de los trabajadores migrantes comunitarios

El reconocimiento general de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el marco competencial comunitario no exime a que bajo determinadas circunstancias pueda ser limitada en atención a otros intereses fundamentales dignos de especial tutela con los que han de resultar ponderados.

En tales términos, el régimen de tutela de la protección frente a discriminaciones en el empleo al trabajador migrante comunitario dependerá de la libertad económica que fundamente el traslado: o bien al amparo de la libre circulación de trabajadores, donde el propio trabajador es quien accede al trabajo en otro país por decisión propia, o bien como objeto de una prestación de servicios que exige el desplazamiento de los trabajadores por parte de una empresa sita en un Estado miembro que pretende abrirse mercado en otro Estado miembro, en cuyo caso prevalece la protección de otras libertades económicas fundamentales como son la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento.

### 2.2.1. Discriminación por razón de nacionalidad y libertades económicas

#### 2.2.1.1. Libre circulación de trabajadores nacionales comunitarios y prohibición de discriminación por razón de nacionalidad

En el terreno laboral, el antiguo artículo 48.2 TCEE de 1957 ya contenía la supresión de cualquier restricción en la libre circulación de trabajadores por motivos de nacionalidad y prohibía expresamente cualquier discriminación en la remuneración y en las condiciones de trabajo entre trabajadores nacionales y trabajadores migrantes comunitarios -hoy recogido en el art. 45.2 TFUE-. Debemos precisar que la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de la libre circulación protege a los nacionales de los Estados miembros, de modo que de su ámbito aplicativo se excluyen a los ciudadanos extracomunitarios, hechas las correspondientes excepciones en materia de reconocimiento de los mismos derechos a los familiares de éstos, con independencia de su nacionalidad, en lo que no entraremos por tratarse de una cuestión que rebasa nuestro objeto de estudio<sup>1110</sup>.

Ésta norma derivaba del mismo derecho a libre circulación de personas, servicios y capitales y estaba inspirada, en consecuencia, en una motivación de carácter económico

---

<sup>1110</sup> Vid. VELASCO RETAMOSAS, J. M., "La libre circulación de personas en la Unión Europea. Los nacionales de terceros Estados como beneficiarios de esta libertad". *Revista Colombiana Derecho Internacional*, 2013, nº 22. PP. 51-85.

más que social<sup>1111</sup>. Sin embargo, la libre circulación de los trabajadores comunitarios ha sido adoptada como derecho fundamental de la Unión en sentido propio desde que así lo declarase el Tribunal de Justicia desde los años 80<sup>1112</sup>, tanto para los trabajadores como para sus familias, en tanto la movilidad de la mano de obra en la Comunidad debe ser uno de los medios que garanticen al trabajador la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo y le faciliten la promoción social. Precisamente por la necesidad de evitar el confinamiento en sus fronteras de los trabajadores ante el temor de padecer desigualdades de trato en otros Estados de la Unión y que ésta, al fin y al cabo, finalizase por ser un lugar ajeno a la existencia de un verdadero mercado común, la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad se constituye como premisa indispensable para la consagración «fuerte» del principio de igualdad ante la ley en el marco europeo<sup>1113</sup>.

En virtud de éste precepto, los trabajadores de los Estados miembros no podrán ser discriminados por razón de la nacionalidad en aspectos relacionados con el acceso, mantenimiento y ejecución de la carrera profesional sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. En consecuencia, el derecho a trabajar en condiciones de igualdad con respecto a cualquier nacional de otro Estado miembro conlleva derechos tales como responder a ofertas efectivas de trabajo, desplazarse libremente a este fin en todo el territorio de los Estados miembros, y de residir en uno de ellos con objeto de ejercer en él un empleo y de permanecer en él después de haberlo ejercido<sup>1114</sup>. La configuración del derecho fundamental por conexión a la libre circulación de los trabajadores se plantea, puede decirse, de forma parcial, en tanto se exige eliminar los obstáculos que la impidan mientras que a ello no se entablan o proponen otras medidas de tipo positivo también destinadas a salvar estos obstáculos<sup>1115</sup>.

La «instrumentalización del principio de igualdad al servicio de la libertad económica fundamental» según afirmaba Alarcón Caracuel, «trata de establecer una premisa jurídica, la de la no discriminación, necesaria para promover la libre circulación de los trabajadores por el territorio de la Unión Europea, asunto clave para producir la «interpenetración social» que forme la base de la posible unidad del ordenamiento europeo». Aunque efectivamente, la construcción de un ordenamiento jurídico único de la Unión Europea es un reto que no sabemos ni finalmente se alcanzará tras el fallido

---

<sup>1111</sup> QUESADA SEGURA, R., “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. nº Extra 3, 2007. P. 54.

<sup>1112</sup> Entre otras, SSTJCE de 13 de julio de 1983, *Forcheri /Estado belga*, asunto C-152/82, apartado 11; de 15 de octubre de 1987, *Unectef/Heylens*, asunto C-222/86, apartados 14 y 15.

<sup>1113</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea”, op.cit. P. 21.

<sup>1114</sup> STJCE de 23 de marzo de 1982, *Levin*, asunto C-53/81, apartado 7. Sobre la aplicación de los artículos sobre libertad de movimiento en la UE a los sujetos privados, SUNDBERG-WIETMAN, B., *Discrimination on grounds of nationality*, North-Holland Publishing, Amsterdam, 1977.PP.33-39. QUINN, M., MACGOWAN, N., “Could article 30 imposes Obligations upon Individuals?” *European Law Review*, nº 163, 1987. Aunque según DAVIES, G., la primera impresión es que las libertades económicas establecidas en los tratados son reglas aplicables a los Estados. *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, op.cit. P. 145.

<sup>1115</sup> HERVÁS ORTIZ, J.J., “Contenido sustantivo del derecho a la libre circulación de trabajadores: la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo, las retribuciones y demás condiciones de trabajo. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, HERVÁS ORTÍZ, J.J. (Dir.) *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2002. PP. 106-107.

intento de «constitucionalización» del ordenamiento europeo y el resquebrajamiento parcial que va a provocar la desconexión del Reino Unido, el principio de igualdad cada vez se ha ido protegiendo de forma más autónoma e independiente de las libertades económicas como un fin en sí mismo amparable y defendible en tanto que se trata de un derecho fundamental cuyos efectos y validez se asimilan al Derecho originario de la Unión<sup>1116</sup>. El máximo intérprete del Derecho de la UE es quien avanzará la importancia de la tutela de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos a nivel europeo con independencia del mantenimiento de las libertades económicas, lo que constituye un hito para la efectiva integración comunitaria, poniendo en sus sentencias un notable «énfasis constitucional» en la protección de los derechos fundamentales<sup>1117</sup>, como «interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado» como la libre circulación de mercancías<sup>1118</sup>, o la libre prestación de servicios<sup>1119</sup>. Veremos a continuación cómo éste intento por delimitar los espacios de acción de los derechos fundamentales por un lado, y las libertades económicas, por otro, erosionan de un modo inapropiado, según ha entendido gran parte de la doctrina, cuando interfieren además otros derechos o intereses como son los derechos a la negociación colectiva y su intento de aplicación en igualdad de condiciones a los trabajadores desplazados mediante medidas de conflicto colectivo.

A pesar de la independencia de la que poco a poco se dota al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, en los últimos tiempos se ha retomado la doctrina en virtud de la cual dicho principio se dispone de forma funcional «a los objetivos, fines e interés de la Comunidad»<sup>1120</sup>, mediatizado por el ejercicio de derechos laborales colectivos sometidos a un estricto escrutinio de proporcionalidad cuando de limitar las libertades económicas se trata. Así, afirma el propio Tribunal «el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva debe conciliarse con las exigencias derivadas de las libertades protegidas por el TFUE, y con el principio de proporcionalidad»<sup>1121</sup>.

Al margen de las polémicas imponderadas relaciones entre los derechos fundamentales aludidos y las libertades económicas de la Unión en determinados casos a los que se aludirá a continuación, existe una fuerte conexión entre la libre circulación del trabajador y el derecho a que éste no sea discriminado en el ejercicio de aquella ni por las leyes ni por los convenios colectivos de aplicación. Con el paso del tiempo, la libre circulación de trabajadores dentro de las fronteras europeas ha promovido la figura del «eurotrabajador» al que se conceden un haz de facultades y derechos en la actualidad que sobrepasan el mero marco de su desarrollo profesional y se disponen como

---

<sup>1116</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea”, en CRUZ VILLALÓN, J., (Coord.) *La igualdad de trato en el Derecho laboral comunitario*, op.cit. P 25.

<sup>1117</sup> SARRIÓN ESTEVE, J., “Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea”. UNED. *Revista de Derecho Político*.P.387

<sup>1118</sup> STJCE de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, asunto C-112/00 apartado 74.

<sup>1119</sup> STJCE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, asunto C-36/02, apartado 35.

<sup>1120</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, op.cit. P. 138.

<sup>1121</sup> STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión /Alemania*, asunto C-271/08, apartado 44.

instrumentos para la consecución del objetivo primordial de llevar cabo una vida digna y fructífera en cualquiera de los Estados miembros<sup>1122</sup>.

Con carácter general, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de la libre circulación está prevista en el art 45 TFUE<sup>1123</sup>. Con mayor detalle, el Reglamento relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión materializa el contenido de ésta libertad económica y consagra la disposición en virtud de la cual, toda cláusula de convenio colectivo, contrato individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, a la retribución y a las demás condiciones de trabajo y despido, será nula de pleno derecho en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros<sup>1124</sup>. Se trata, en definitiva, de que el trabajador europeo migrante no encuentre obstáculos en el curso de su desplazamiento a otro Estado miembro con objeto del trabajo y del régimen establecido en los convenios colectivos de aplicación, de forma tal que se encuentre en él «como en su propia casa»<sup>1125</sup>.

En consecuencia, los convenios colectivos de los Estados miembros de acogida, deben ser aplicados en su integridad al trabajador desplazado, como si de un nacional se tratase, sin que quepan diferencias de trato en su interior o en la aplicación del mismo. En este sentido se pronunció el TJCE tras el planteamiento de una cuestión prejudicial que se suscitó en el marco de un litigio entre una empleada de la administración pública de Hamburgo y su empleador, debido a que no se le aplicó de lo dispuesto en el convenio colectivo en lo relativo al ascenso de categoría profesional a través de la utilización del criterio de la antigüedad<sup>1126</sup>. Se daba la circunstancia de que la Sra. Kalliope, actora en el procedimiento principal, cumple con el requisito de la antigüedad si se tiene en cuenta el periodo de ejercicio de la misma actividad dentro de una administración pública de otro Estado miembro, razón por la que la actora se considera víctima de una discriminación de tipo indirecto por razón de su nacionalidad, contraria al artículo 48.2 TCEE (libre circulación de trabajadores) y al Reglamento entonces vigente. Alude la demandante que aun siendo establecida en términos neutros, la medida

---

<sup>1122</sup> Sintetizan todos estos derechos constitucionales instrumentales GÓMEZ MUÑOZ, J.M., RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, "La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea", CRUZ VILLALÓN, J., PÉREZ DEL RÍO, T., (Coords.) *Una aproximación al derecho social comunitario*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Tecnos, Madrid, 2000. PP. 41-42.

<sup>1123</sup> Ha sido criticada la relatividad de la redacción del precepto porque puede hacer creer que prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad en el empleo, al margen de la existencia efectiva de un desplazamiento del trabajador presuntamente discriminado. En ese sentido, LHERNOULD, J.P., "Nationalité et discrimination en matière salariale". *Études et doctrine, RSJ* n° 3, 2003. P. 208. En su artículo comenta la sentencia de la Corte de Casación Francesa de 10 de diciembre de 2002, n° 3618, RJS 2/03 n° 152, en la que se estima la petición de una trabajadora francesa empleada para una empresa alemana cuyo centro de trabajo también se encuentra en Francia, quien se considera discriminada por razón de su nacionalidad por parte de la empresa que aplica a sus trabajadores alemanes el convenio colectivo alemán, pero no a ella, en el que se estipula una retribución superior a la que ella percibe. La Corte de Casación utiliza los argumentos y la normativa europea en materia de prohibición de discriminación por razón de nacionalidad cuando interfiera la libre circulación de trabajadores en el marco de la Unión Europea, no aplicables, advierte el autor, ante situaciones puramente internas.

<sup>1124</sup> Art. 7.4 Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión procediendo a codificar el anterior Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968. Dicho Reglamento ha sido desarrollado por la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores, cuyo objeto es facilitar la aplicación uniforme y el cumplimiento práctico del artículo sobre libre circulación de trabajadores en el Derecho originario y el Reglamento de desarrollo.

<sup>1125</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, "Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo". *Temas Laborales*, n° 59, 2001 P. 12, nota 1.

<sup>1126</sup> Sentencia de 15 de enero de 1998, *Kalliope*, asunto C-15/96.

convencional impacta de forma desfavorable en quienes han desarrollado parte de su carrera profesional en el Estado del que son nacionales.

Efectuado el juicio de razonabilidad, adecuación y proporcionalidad del mecanismo de promoción, se advierte que el convenio colectivo, al ignorar completamente el periodo de servicio realizado en otros Estados miembros, actúa en perjuicio de los trabajadores migrantes que hayan desarrollado una parte de su carrera en la Administración Pública de otro Estado miembro. Al no encontrar justificación suficiente a la exclusión del cómputo del trabajo efectuado en tales términos, no es necesario analizar la adecuación y necesidad de la medida, que es declarada nula de pleno Derecho en la medida en que prevé o autoriza unas condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de los demás Estados miembros. Su nulidad es relativa por cuanto a que exige al juez nacional aplicar dicha cláusula a los trabajadores que se encuentran en la misma situación de la demandante, sin necesidad de esperar a que los interlocutores sociales modifiquen la cláusula declarada nula, aplicando por analogía la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio de la igualdad de retribución de los trabajadores masculinos y femeninos.

En definitiva, tal y como se desprende de la jurisprudencia del TJCE, el principio de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad reconocido por el Derecho originario y derivado de la Unión, como uno «principio» de la Comunidad<sup>1127</sup>, no podrá ser desvirtuado por una norma legal o convencional, resultado del ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva sin que por ello éste último quede desamparado. En última instancia, el tribunal trata de ponderar los derechos en juego sin que medie la absolutividad de ninguno de ellos, ni la libertad económica ni la existencia de la autonomía privada<sup>1128</sup>.

#### 2.2.1.2. Efectos de la jurisprudencia en materia de colisión de derechos fundamentales y libertades económicas de libre prestación de servicios y de establecimiento

La persecución de menores costes laborales en beneficio de la rentabilidad empresarial (dumping social), con la consiguiente disminución de los derechos sociales y económicos de los trabajadores reconocidos por los convenios colectivos de los países en los que realizan su trabajo, se encuentran en la base fáctica de determinadas cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE que originaron una cascada de reacciones por parte de la doctrina iuslaboralista. En ellas se advierte cierto retroceso o reinterpretación del Derecho social comunitario tal y como había sido recogido, entre otras, en la conocida sentencia Omega en la que reconoce que «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto

<sup>1127</sup> STJCE de 21 de junio de 1974, *Reyners*, asunto C- 2/74, considerando 15.

<sup>1128</sup> STJCE de 6 de junio de 2000, *Angonese*, asunto C-281/98, apartado 35 donde considera que «la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, enunciada en el artículo 48 del Tratado, se aplica igualmente a los particulares».

garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, éste se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos» de modo que la protección de los mismos «puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre prestación de servicios»<sup>1129</sup>. A continuación veremos de qué modo se produce ésta debilitación del derecho al empleo en igualdad de condiciones de todo ciudadano de la Unión.

Como desarrollo al derecho a la libre prestación de servicios, se aprueba una norma que exigirá a las empresas que desplacen a sus trabajadores a otro Estado miembro para ofrecer servicios, se adecuen a determinadas condiciones laborales mínimas. La primigenia Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, aprobada no con pocas dificultades<sup>1130</sup>, suponía un freno a la aplicación de normas menos protectoras al trabajador desplazado asegurando las mismas garantías que para los trabajadores locales estuvieran previstas en la ley o en convenios de aplicación general. Antes de su aprobación, admitió el TJ en la célebre sentencia *Rush Portuguesa*, si bien en un obiter dicta posteriormente reproducido en otros pronunciamientos que el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan la aplicación de los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales a quienes realicen un trabajo por cuenta ajena aunque sea de carácter temporal en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario, utilizando los medios adecuados al efecto<sup>1131</sup>. Si bien en sus siguientes pronunciamientos se aclara que tales limitaciones no se han de entender con carácter amplio sino más bien al contrario, siempre que las normas a imponer encuentren justificación en razones imperiosas de interés general, entre las que se sitúa la tutela de los trabajadores y, en todo caso, deberán de superar el correspondiente test de proporcionalidad<sup>1132</sup>. Es preciso señalar, que la directiva citada

---

<sup>1129</sup> Vid. supra, nota 42. Se trataba de una orden de prohibición de un juego láser cuyo objeto era disparar a blancos humanos y, por tanto, «jugar a matar» personas, por consideraciones de orden público y de protección de la dignidad humana.

<sup>1130</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, cuya gestación se prolongó más allá de cinco años, durante la cual sufrió profundas modificaciones. Vid. GIUBBONIS., ORLANDINI.G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*. Il Mulino, Bolonia, 2007. PP.105ss. En el marco aplicativo comunitario, ésta Directiva desplaza la aplicación del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable en las obligaciones contractuales, a la luz de lo establecido en el art. 20 del mismo.

<sup>1131</sup> Sentencia de 27 marzo 1990, asunto C- 113/89, apartado 18. Se remite a la STJE de 3 de febrero de 1982, *Seco y Desquenne*, asuntos acumulados C-62/81 y C-63/81, circunscrita a la materia de salarios mínimos. Posteriormente añadirá a ésta doctrina otra restricción más al precisar que las normas que pretenden ser extendidas a los trabajadores desplazados en materia de salario mínimo deben ser «suficientemente precisas y accesibles», STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, asuntos acumulados C-369/96 y 376/96, apartado 43. Más adelante admitirá que no siempre las normas que pretenden ser aplicadas son necesarias y proporcionadas aunque traten de defender un interés general, en este caso derivado de la protección de los trabajadores. Además, deberá valorarse la protección global que depara el Estado de origen para que la excepción a la libertad económica quede restringida, advierte en su sentencia de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, asunto C-165/98, apartados 19 y 30. Se desprende, en definitiva, la necesidad de un examen casuístico careciendo, por el momento, de una regulación uniforme.

<sup>1132</sup> STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, apartados 34 y 36; de 24 enero 2002 *Portugaia Construcoes*, C-164/99, apartados 20 y 21; de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, asunto C-60/03, apartados 34 y 35. Advierte la complejidad que entraña para el juez nacional realizar las comprobaciones y valoraciones que el TJCE impone para que las medidas cuestionadas superen el test de proporcionalidad, de modo que escasamente se arrojará un resultado positivo con respecto a las normas que pueden restringir la libre prestación de servicios en defensa de los trabajadores, MARTÍNEZ, YÁÑEZ, N., M., «Antecedentes de la deriva social comunitaria respecto a los desplazamientos transnacionales: el asunto Finalarte Sociedade de Construcao Civil (STJCE de 25 de octubre de 2001; asuntos acumulados C-49/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98)», GÁRATE CASTRO, J., (Coord.), *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.P.241.



utiliza como base jurídica la libertad de prestación de servicios y no la libre circulación de los trabajadores<sup>1133</sup>, razón por la cual ésta segunda, si bien también se ejercita por los trabajadores que son desplazados, queda subsumida o ensombrecida por la primera lo que no obsta a que podamos afirmar que la misma se promulga con el fin de conseguir un equilibrio entre la competencia leal entre empresas en el ejercicio de la libre prestación de servicios y la protección de los derechos de los trabajadores<sup>1134</sup>. De este modo, lo que se pretende es un desplazamiento en el trabajo, no para el trabajo y, por tanto, no se trata tanto de proteger al trabajador como a los empresarios quienes están protegidos por la prohibición de discriminación con los empresarios del país de acogida<sup>1135</sup>. En efecto, la nacionalidad de los trabajadores desplazados no es un elemento discutido, tanto así que los empresarios que presten sus servicios en otros Estados miembros podrán desplazar a sus propios trabajadores de forma temporal, ya sean nacionales de un Estado miembro o extracomunitarios<sup>1136</sup>.

Con las sentencias a las que a continuación nos referiremos, se produce el asentamiento del iter argumentativo proteccionista de la libre circulación de empresas para prestar su servicios amparados en la libertad económica fundamental, que da paso a un conjunto de discutibles y discutidas interpretaciones del TJUE sobre el Derecho comunitario en la que se enfrentan derechos fundamentales de negociación colectiva, libertad sindical, huelga y otras medidas de conflicto colectivo por un lado, frente a libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios, por el otro<sup>1137</sup>.

---

<sup>1133</sup> Sobre éste asunto, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del Derecho extranjero*. Ediciones Eolas, León, 2015. PP. 51-52.

<sup>1134</sup> FERREIRO GUERRERO, C., “Los desplazamientos transnacionales tras el asunto Ruffert (STJCE de 11 de diciembre de 2007; asunto C-438/05)”, GÁRATE CASTRO, J., *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores...* op.cit. P.143. Alude precisamente la autora a la claudicación de la libre circulación de trabajadores ante la libre prestación de servicios. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Limitaciones a las restricciones de la libre prestación de servicios en la transposición de la Directiva 96/71/CE (STJCE de 19 de junio de 2008, asunto C-319/06)”, GÁRATE CASTRO, J., *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores...* op.cit. PP. 165-166, quien remite a la Comunicación de la Comisión de 4 de abril de 2006 (COM [2006] 159 final) sobre «Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios» en la que alude al objetivo inserto en la Directiva de «conciliar el derecho de las empresas a prestar servicios transfronterizos con arreglo al artículo 49 CE, por una parte, y los derechos de los trabajadores desplazados temporalmente en el extranjero para prestar dichos servicios, por otra». P. 3. Sin embargo, este equilibrio no ha sido alcanzado por el momento, en opinión de MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Desplazamiento de trabajadores para la ejecución de un contrato en otro Estado miembro. Restricciones al principio de libre prestación de servicios (STJCE de 23 de noviembre de 1999, asuntos acumulados C-369/96 y C-375/96)”, GÁRATE CASTRO, J., *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores...* op.cit. P.203.

<sup>1135</sup> Así lo advertía el TJ entre otras, en sus sentencias de 25 de octubre de 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda. y otras*, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a 71/98, apartados 22 y 23.

<sup>1136</sup> Ya la STJCE de 9 de agosto de 1994, *Vander Elst*, asunto C-43/93 determinó que las normas del Tratado que regula la libre prestación de servicios se opone a una normativa estatal que obliga a los prestadores de servicios que se desplacen a su territorio obtener, para los trabajadores de terceros estados, un permiso de trabajo expedido por un organismo nacional cuando aquellos trabajan de forma regular y habitual en el Estado miembro donde han sido contratados. En el mismo sentido, SSTJCE de 21 de octubre de 2004, *Comisión contra Alemania*, asunto C-244/04, apartado 34; de 11 de de septiembre de 2014, *Essent Energie Productie BV*, asunto, C-91/13, apartado 45. Hoy es pacífica la cobertura de la Directiva 96/71/CE a los empresarios que desplacen entre sus trabajadores a extracomunitarios a otro Estado miembro para prestar temporalmente un servicio. El trabajador sometido a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional no se delimita mediante ningún elemento de nacionalidad y así lo hace constar expresamente en su art. 2.1 2º.

<sup>1137</sup> Entre otros, han emitido comentarios y consideraciones sobre éste conjunto de sentencias, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Libertad de prestación de servicios y acción sindical”. *Relaciones Laborales*, nº 23-24, tomo 2, 2008. PP. 109ss; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., “Controvertidos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades sobre desplazamiento transnacional de trabajadores: los asuntos ‘Viking’, ‘Laval’ y ‘Ruffert’”. *Justicia Laboral*, nº 34, 2008; GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad*. Bomarzo, Albacete, 2015. DE SALVIA, A., “Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Viking e Laval”. *Argomenti del Diritto del Lavoro*, fasc.3, 2008, PP.792-810. BALLESTRERO, M.V., “Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia bilancia il diritto di sciopero”. *Lavoro e diritto*, nº 2, 2008. PP. 391ss. WARNECK, W., “What is the political temperature after the Laval and Viking judgments?” *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 16, nº. 4, 2010.PP. 563-565. Sin embargo, algún autor ha expresado un comentario positivo de la jurisprudencia comentada, RODIÈRE, P. “Les arrêts

Atendiendo al criterio cronológico, la primera de las sentencias controvertidas es la conocida como Viking. En éste caso, el Tribunal es llamado a dilucidar sobre el conflicto que se suscitó como consecuencia del pretendido cambio de abanderamiento de un buque-llamado Rosella- a otro Estado miembro (Estonia o Noruega), por parte de la empresa Viking Line cuya sede social radica en otro Estado miembro (Finlandia) con la intención de pactar un nuevo convenio colectivo con los trabajadores de dicho buque en aplicación a la normativa del Estado en el que se fijaría el nuevo pabellón. Mientras tanto, se había negado a firmar la renovación del acuerdo sobre la tripulación con el sindicato finlandés. Toda vez que la normativa del Estado donde radica la sede empresarial resulta más proteccionista, el sindicato finlandés de marinos, con la colaboración de la federación internacional de sindicatos de trabajadores empleados en el sector del transporte, emprenden medidas en defensa de los intereses de los trabajadores frenando el proyecto empresarial. El sindicato finlandés convoca a tales efectos una huelga que responde al su interés de que Viking cumpla con la norma aplicable-legal y convencional- al mismo tiempo que la central sindical requiere a sus afiliados no entablar negociaciones con la empresa, medidas que podrían haber cercenado la libertad de establecimiento del empresario. Se trata de determinar si éstas han rebasado el límite de lo permitido para no erosionar la libertad económica en juego o ,por el contrario, éstas medidas son proporcionadas en tanto la maniobra empresarial podría vulnerar los derechos de los trabajadores a quienes se les debería aplicar, en atención a lo declarado por el Sindicato actuante , la normativa legal y el convenio colectivo vigente para el resto de tripulantes de buques pertenecientes a la misma empresa, a los que les asegura un nivel salarial superior al que pretende ser acordado en el nuevo convenio colectivo. Se pretendía, en definitiva, que la empresa respetara los derechos de los trabajadores del Rosella en condiciones de igualdad con respecto a los trabajadores de la misma empresa, sin que sean discriminados posteriormente en la aplicación de otro convenio colectivo que les dispensará un tratamiento peyorativo de sus condiciones de empleo.

Entrando ya en la fundamentación jurídica, el Tribunal acepta que la protección de los trabajadores constituye un fin legítimo de interés general que podría justificar una restricción como la que aquí se contempla, pero encomienda la tarea de aceptar o no la justificación dada por los sindicatos al órgano jurisdiccional nacional, en tanto es admitido que no resulta indispensable una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros de las modalidades de protección de los derechos fundamentales o intereses legítimos. No obstante, entiende el TJ que las medidas de conflicto colectivo, como ya ha señalado en otras ocasiones, pueden constituir, según las circunstancias especiales de un asunto, uno de los principales medios de los sindicatos para proteger los intereses de sus miembros. Con respecto a la necesidad de las mismas, también será el Tribunal nacional el encargado de valorar si el FSU no disponía de otros medios,

---

Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective". *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 44, N° 1, 2008. Tampoco considera que el Tribunal merezca todas las "flechas" que le han sido lanzadas con ocasión de la interpretación de la Directiva sobre desplazamiento temporal, LHRNOULD, J.F., "La Cour de Justice de l'UE est-elle antisociale?, Droit sociaux et libertés économiques: quelques perspectives". *Revue de Jurisprudence Sociale*, n° 7, 2010. PP. 207-214.

menos restrictivos de la libertad de establecimiento, para conseguir el éxito de la negociación colectiva desarrollada con Viking.

En principio, parece contemplarse que la finalidad social de la Unión corre pareja a la finalidad económica de la misma. Sin embargo, por las conclusiones a las que llega el Tribunal, todo parece indicar que existe una subordinación de la primera con respecto a la segunda y ello resulta legítimo en tanto el derecho a la negociación colectiva y de emprender medidas de conflicto colectivo tal y como se reconocen por la Carta de derechos fundamentales de la UE, se encuentran subordinados al respeto por las libertades económicas de la Unión<sup>1138</sup>. Por ello, puesto de manifiesto el justo equilibrio necesario entre derechos fundamentales y libertades económicas en el ámbito del Derecho laboral comunitario y entendiendo que puede existir justificación razonable en cuanto al empleo de las medidas emprendidas por los sindicatos, ser adecuadas y necesarias para la persecución de la finalidad pretendida, sorprende la conclusión final del Tribunal en la que afirma que las medidas de conflicto colectivo emprendidas por los sindicatos constituyen restricciones al ejercicio a la libertad de establecimiento<sup>1139</sup>.

De la lectura de la sentencia no se desprende el uso consecuente con el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores como principios rectores de la Unión, con independencia de que la CDFUE aún no habría entrado en vigor como Derecho originario. En nuestra opinión, hace poco hincapié en el necesario impulso de los derechos sociales de los trabajadores afectados por una práctica empresarial verdaderamente cuestionable tal y como se recoge entre las finalidades del Tratado Constitutivo de la Unión. De éste modo, no solo no protege correctamente los derechos sociales de los trabajadores, sino que puede impedir, por vía indirecta, que sean los interlocutores sociales los que velen por la protección los mismos a través del ejercicio de los derechos a la huelga, a la acción colectiva y al ejercicio de la negociación colectiva, en un claro posicionamiento hacia la vertiente económica de la Unión. Dicho lo anterior, no se constata en éste caso la existencia de un trato discriminatorio por razón de la nacionalidad de los trabajadores afectados, sino de reconocimiento general de los intereses de los trabajadores a no mermar sus derechos laborales suspendidos ante la presencia de la libertad de establecimiento por mucho que con ésta se amparen fines espurios. En otros términos, no se plantea entre las cuestiones prejudiciales a resolver la capacidad de la medida de discriminar por razón de nacionalidad a los tripulantes del buque, lo que impide un pronunciamiento sobre dicha cuestión.

En segundo lugar, analizaremos un asunto que versa, en ésta ocasión sobre el desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. De nuevo, la libertad económica condicionada no se centra en los trabajadores, esta es, la libre circulación de los mismos, sino la libre prestación de servicios que subsume o desplaza a la primera para posicionarse en el centro de atención, siendo, como se advertía totalmente irrelevante la nacionalidad del trabajador

---

<sup>1138</sup> Vid. en este sentido, ARRIGO, G., “La contrattazione collettiva nell’ordinamento dell’Unione Europea: un diritto da ricostruire”, GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Coord.) *El derecho a la negociación colectiva*, op.cit. P.30.

<sup>1139</sup> STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Vikings*, asunto C-438/05.

desplazado siendo el elemento condicionante de aplicación de la misma que la empresa se encuentre establecida en un Estado miembro o del Espacio Económico Europeo<sup>1140</sup>. El fondo del asunto que subyace al pronunciamiento del Tribunal en la sentencia conocida como Laval, de nuevo enfrenta a los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus representantes sindicalmente organizados con una de las libertades económicas imperantes en la Unión. En ésta ocasión la libre prestación de servicios vehicula el desplazamiento temporal de un grupo de trabajadores a otro Estado miembro para la realización de unas obras de construcción encomendadas por las autoridades del país receptor. En cuanto a la intersección del derecho a la negociación colectiva y el respeto por la igualdad de los trabajadores sin discriminación en virtud de su nacionalidad, interesa destacar que la empresa en ésta ocasión pretendía aplicar el convenio colectivo vigente en el sector de la construcción en el país de establecimiento de la misma-Letonia- en detrimento del convenio colectivo aplicable en el estado de acogida-Suecia-, cuyas condiciones económicas eran superiores y por ello, poco rentables para la empresa. Ante la previsión de dicha estrategia empresarial, el sindicato actuante comienza las negociaciones con la empresa para su adhesión al convenio del sector de la construcción aplicable en Suecia y simultáneamente se trata de acordar en modo separado el sistema salarial. El truncamiento de las negociaciones provoca el estallido de diversas acciones de conflicto colectivo que tratan de impedir el desarrollo o ejecución de las obras para la que había sido contratada la empresa en cuestión, que no cesarían hasta que no se produjese la adhesión al convenio y tras ello, las negociaciones sobre el sistema y la cuantía salarial. Después de un segundo intento de negociaciones que igualmente fracasa, dando origen a la reactivación de medidas de conflicto, los trabajadores desplazados retornan a su país de origen sin finalizar las obras encomendadas. A pesar de ello, los sindicatos extienden las medidas de conflicto para boicotear todas las obras emprendidas por Laval en Suecia, impidiendo continuar su actividad. De nuevo, en los fundamentos jurídicos no se discute si los trabajadores podrían haber sido discriminados por razón de su nacionalidad de no aplicárseles las mismas normas laborales que a los trabajadores nacionales del mismo sector del país de acogida, sino la discriminación de la empresa prestadora de servicios por razón de nacionalidad como consecuencia de la extralimitación en el ejercicio de actividades de conflicto colectivo.

En lo que respecta a la aplicación de un salario mínimo a los trabajadores desplazados en virtud de lo dispuesto por la Directiva de 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios , recuerda el TJ que los Estados pueden imponer a las empresas que desplacen temporalmente a trabajadores a su territorio la aplicación de las disposiciones legales o convencionales que lo regulen, siempre que éstas resulten adecuadas para alcanzar el fin legítimo perseguido y no deben ir más allá de lo estrictamente necesario<sup>1141</sup>. Sin embargo, Suecia no había

---

<sup>1140</sup> GÁRATE CASTRO, J., “La trasposición al Derecho español de la Directiva 96/71/CE”, GÁRATE CASTRO, J., *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, op.cit. PP.29ss.

<sup>1141</sup> Sentencias de 3 de febrero de 1982, *Seco y Desquenne & Giral*, asuntos acumulados C- 62/81 y C-63/81 apartado 14; de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, asunto C-164/99, apartado 21; de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96 , apartado 35; de 14 de abril de 2005, *Comisión/Alemania*, asunto C-341/02, apartado 24.

utilizado las vías propuestas por la norma comunitaria para la fijación del salario mínimo, a saber, disposición legal relativa a salarios mínimos o un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos o laudos en el que sean fijados. En ausencia de cualquiera de los sistemas anteriores, se tomarán como base los convenios colectivos que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes al sector de que se trate o los celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional. Se da la circunstancia de que en el sistema sueco, la determinación de los salarios se realiza a nivel convencional, y concretamente, en el sector de la construcción, empresa por empresa, de modo que, en la práctica, no es posible compeler a los Estados que pretendan trasladar trabajadores temporalmente al cumplimiento de un convenio ajeno a los requisitos previstos por la Directiva puesto que el prestador de servicios no tiene la oportunidad de conocer de manera clara y precisa la cantidad de salario mínimo que está obligado a entregar a sus trabajadores.

Dadas las circunstancias, el Tribunal se muestra impasible ante las quejas de los sindicatos implicados, que denuncian la desprotección que la aplicación de las normas citadas produce sobre los trabajadores, favoreciéndose así el dumping social y la discriminación por la retribución menor de los trabajadores que realizan las mismas prestaciones<sup>1142</sup>. Si bien el objetivo de la Directiva es favorecer el desplazamiento de los trabajadores con motivo de una prestación de servicios de carácter transnacional, en ella se establece un «estándar mínimo» de protección de los derechos sociales de los trabajadores, evitando así que las empresas con menores costes de mano de obra puedan operar en cualquier territorio dispensando un trato desfavorable a sus trabajadores con respecto a los del Estado miembro en el que se produce la prestación<sup>1143</sup>. A tales efectos, el contenido del artículo 3.7 de la Directiva dispone que la protección mínima que recogen los apartados 1 a 6 del mismo precepto, no obstará a que puedan ser aplicadas condiciones de empleo y trabajo más favorables.

Sin embargo, en el asunto Laval, se va a negar que el referido art. 3.7 pueda ser entendido en el sentido de imponer al prestador de servicios el cumplimiento de condiciones que vayan más allá de la protección mínima, desvirtuando por completo el espíritu del precepto de promoción de la igualdad material con respecto a las condiciones laborales de los trabajadores a través de un sistema de protección «al alza». Por el contrario, se sostiene que no es posible admitir una restricción a la libre prestación de servicios imponiendo a Laval la obligación de cumplir con un convenio colectivo con condiciones más favorables que contiene además otras materias para las que la directiva no impone un tratamiento mínimo dada la inexistencia de declaración de su alcance general. El convenio colectivo de la Construcción, por lo tanto, no podía

---

<sup>1142</sup> Ha sido precisamente defendido que la libre concurrencia entre empresas no puede avalar el dumping social. En este sentido, ROCELLA, M. "Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di Giustizia", *Dir.lav.rel.ind.*, n° 1, 1993. PP. 6ss.

<sup>1143</sup> Vid. al respecto JUÁREZ PÉREZ, P. "El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho Internacional Privado". *Relaciones Laborales*, n° 7, 1999. P. 81.

ser impuesto a Laval, a pesar de que dicho convenio fue celebrado por la organización sindical sueca que agrupa aproximadamente al 87% de los trabajadores de la construcción de aquel país, ni tampoco podía ser obligada la empresa a celebrar un acuerdo para la fijación del salario. De éste primer elemento se extrae la rigidez en que el Tribunal interpreta los requisitos que impone la directiva para determinar la aplicación general de un convenio y de ésta forma ser exigible al prestador de servicios foráneo<sup>1144</sup>. Dicha interpretación conducirá, en nuestro territorio, a negar la aplicabilidad de forma imperativa de los convenios extraestatutarios a los trabajadores desplazados a las materias que la Directiva enumera como condiciones de trabajo mínimas.

Al margen del resto de cuestiones sobre las que no vamos a entrar por no ser ésta la sede más apropiada para ello, se advierte que en la solución de los conflictos aquí enumerados, las medidas pueden soslayar la libertad económica de prestación libre de servicios por más que se trate de medidas de conflicto colectivo al amparo de un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. Éste derecho, del mismo modo que consideraba en la sentencia anterior, debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y debe ser conforme con el principio de proporcionalidad, es decir, perseguir un objetivo legítimo compatible con el Tratado y estar justificada por razones imperiosas de interés general, resultando necesarias para conseguir el fin pretendido. No se dan, en opinión del Tribunal, estas causas habilitantes para considerar legítimas las medidas de conflicto empleadas en detrimento de la libre prestación de servicios. En definitiva, aunque repara en la necesidad de sopesar los intereses sociales y económicos, centra todo el hilo argumentativo de sus conclusiones en la defensa del mercado interior y en las libertades económicas que se encuentran en la base de la Unión Europea y ello se debe en este caso a la inexistencia de una vía adecuada de extensión del convenio o declaración de aplicación general así como la pretensión de hacer negociar sobre el salario<sup>1145</sup>. De nuevo resulta inexistente la petición de resolver la cuestión desde el punto de vista de la discriminación por razón de nacionalidad de los trabajadores que el desplazamiento con objeto de la prestación de un servicio a otro estado miembro-cuestión que, resulta irrelevante ante tales planteamientos conflictivos-por lo que el Tribunal no entra a valorar la cuestión desde éste punto de vista, sino de la posible conculcación de ese mismo derecho reconocido también para los prestadores de servicios.

Dos sentencias posteriores vienen a constatar la línea interpretativa plasmada en éstos pronunciamientos con las que se consolida para algún autor la «constitucionalización del dumping social»<sup>1146</sup>, entendiendo que con todas ellas, se consagra la superposición

---

<sup>1144</sup> En el mismo sentido, Adoración Guamán Hernández afirma: «Con el asunto Laval, el tribunal inauguró una línea de interpretación rígida de los requisitos impuestos por la norma comunitaria para la aplicación de los convenios colectivos a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios, interpretación que ha marcado la resolución del posterior asunto Ruffert», GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., "Negociación colectiva, derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92, 2011. P. 171.

<sup>1145</sup> STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, asunto C-341/05.

<sup>1146</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., "El caso Ruffert ¿una constitucionalización del dumping social?" *Relaciones Laborales*, nº 15, 2008. Recogido en *La ley Digital*. P.1.

de las libertades económicas fundamentales a pesar del sacrificio de derechos sociales y en concreto, de derechos económicos de los trabajadores.

Se trata, en primer lugar, de la sentencia dictada en el asunto *Rüffert*<sup>1147</sup>. De los hechos se desprende la pretensión de que se aplique el salario mínimo previsto en el convenio colectivo «Edificios y obras públicas», a los trabajadores temporalmente desplazados por la empresa adjudicataria de una obra pública tal y como indicaba el pliego de contratación en virtud de la normativa del Land alemán de Niedersachsen. Del mismo modo, sobre la empresa subcontratista, de origen polaco, recaía la obligación a respetar los salarios mínimos establecidos en el mencionado convenio. Sin embargo, ante la existencia de sospechas sobre el incumplimiento de aquella obligación por parte de la subcontratista, fue ejecutada la investigación pertinente en la que se confirmaron tales sospechas conduciendo a la resolución del contrato de obra pública y la imposición de la empresa contratista de la sanción pecuniaria prevista.

El debate jurídico en ésta ocasión gira en torno a la compatibilidad de la norma del Estado de acogida con la libertad de prestación de servicios sin discriminación por razón de nacionalidad prevista en el art. 56 TFUE, en tanto que impone a la entidad adjudicadora a designar como adjudicatario de contratos públicos a empresas y a sus subcontratistas que cumplan la obligación de retribuir a sus trabajadores el salario mínimo establecido en el convenio colectivo aplicable al lugar de ejecución de la obra, con independencia del país de origen de éste último. Plantea el Tribunal el obstáculo que dicha medida puede ocasionar a los empleadores extranjeros porque la misma puede tener efecto desincentivador para las mismas en atención a la eventual pérdida de la ventaja competitiva que se deriva a su favor de los costes salariales más bajos en su país de origen. Corroboró el Tribunal que en ésta ocasión no se han activado ninguno de los mecanismos previstos en la propia Directiva para asegurar la aplicación del salario mínimo a los trabajadores desplazados porque ni la ley del Land lo especifica, ni el convenio colectivo de remisión es declarado de aplicación general según la normativa alemana, ni por analogía es aplicado de forma general a la mayoría de empresas y trabajadores del sector en Alemania, en el sentido que impone el artículo 3, apartado 1, párrafo primero de la Directiva 96/71/CEE, en relación con el apartado 8, párrafo primero, del mismo artículo, cuestión similar a la que se producía en el asunto *Laval*. Dicha circunstancia viene producida por el hecho de que el convenio colectivo referido no puede ser declarado de aplicación general en el sector por cuanto a que sólo afecta a una parte de éste, esto es, al sector de la contratación pública. Por todo ello, considera el Tribunal que el Land no está capacitado para obligar a las empresas contratistas que desplacen trabajadores de otros Estados miembros a cumplir con las garantías de salario mínimo que el convenio colectivo al que se remite prescribe, sin que tampoco pueda entenderse que la cuantía de salario mínimo que el Land impone a pagar a los empresarios que desplacen trabajadores a su territorio suponga una condición de trabajo más beneficiosa en el sentido del artículo 3, apartado 7, de la Directiva 96/71/CEE.

---

<sup>1147</sup> Sentencia de 3 de abril de 2008, *Dirk Rüffert*, asunto C-346/06. Un comentario acerca de la posición doctrinal del TJCE a raíz de la emanación de las tres sentencias comentadas en PATRUNO, L. “Il caso Rüffert: la Corte de Giustizia CE fa un altro passo avanti nella “via giudiziaria” al dumping social”. *Costituzionalismo.it* Fasc. 2, 2008. <http://www.costituzionalismo.it/articoli/273/>.

De nuevo es patente la postura formalista en la interpretación del Derecho comunitario, consideraciones que por lo demás, no tratan más que de dar mayor virtualidad a la libertad de prestación de servicios en detrimento del respeto de los derechos sociales que han sido consagrados a los trabajadores, pero que en la práctica quedan suspendidos en el momento en que entran en conflicto con alguno de los fundamentos económicos de la Comunidad. De nuevo se permite por ésta vía la retribución inferior a los trabajadores desplazados generando un arma de posible discriminación indirecta por razón de nacionalidad no prevenida por alto Tribunal porque se trata de una cuestión no planteada. Confirman la anterior interpretación las propias palabras del Tribunal cuando afirma que «el objetivo de dicha Directiva consiste, en particular, en la consecución de la libre prestación de servicios, la cual es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado», eludiendo cualquier mención al objetivo social que también parece haber inspirado la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en la que se trataba de consagrar a la Unión como un espacio de libertad e igualdad de todos los trabajadores que pretendan desarrollar una profesión u oficio en cualquier territorio de la misma con independencia de su nacionalidad.

Finalmente cabe destacar la sentencia dictada en el asunto Comisión / Luxemburgo<sup>1148</sup>, ante un recurso frente a dicho Estado por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 96/71/CE en la transposición de la misma. En ella, el Tribunal se reitera en su consideración acerca de la libre prestación de servicios como principio fundamental del Tratado que sólo puede ser limitado mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador del servicio en el Estado de origen.

En lo que atañe a una de las quejas por incumplimiento aducidas por la Comisión y que es la única en la que nos centraremos, el TJ, consciente de la facultad de extensión de la aplicación de convenios colectivos a los trabajadores desplazados a un Estado miembro, recuerda que la misma está supeditada al requisito de que los trabajadores afectados, que realizan temporalmente trabajos en el Estado de acogida, no gocen ya de la misma protección o de una protección esencialmente comparable, en virtud de obligaciones que se impongan a su empresario en el Estado miembro en el que se halla establecido. En este sentido, resalta que el art. 3.1c) de la Directiva en relación al establecimiento de un salario mínimo, pretende precisamente constreñir a los Estados a respetar dicha cuantía, pero sin que forme parte de ésta facultad la de imponer la modulación del salario según el coste del nivel de vida como así dispone la norma luxemburguesa que afecta a todo el conjunto de retribuciones y no meramente al salario mínimo, aunque para el Estado de acogida dicha medida sea considerada de orden público en el sentido del artículo 3, apartado 10, primer guión de la norma europea. Al contrario, las exigencias de orden público en el contexto comunitario y, en particular, como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, debe interpretarse en sentido

---

<sup>1148</sup> De 19 de junio de 2008, asunto C-319/06.



estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Comunidad Europea. Aplicado al caso, no queda demostrado que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad para supeditar la libre prestación de servicios a la protección de los trabajadores garantizando el principio de igualdad de trato y de retribución entre los nacionales del Estado de acogida y los temporalmente desplazados mediante la adaptación automática de las retribuciones a la variación del coste de la vida<sup>1149</sup>.

A los cuatro pronunciamientos brevemente descritos hay que añadir algunos más recientes que son eco de la andadura iniciada con aquellos. En el primero que vamos a señalar, se cuestiona la existencia de lesión de la libre prestación de servicios por el establecimiento de medidas de conflicto colectivo emprendidas por dos sindicatos suecos en diferentes momentos frente a una empresa radicada en un país integrante del Acuerdo EEE y propietaria de un buque que enarbola el pabellón de un país tercero. Dicho buque presta servicios de transporte marítimo desde un Estado parte del Acuerdo EEE o hacia éste, por medio de las cuales le exigieron la firma de un acuerdo por el que se comprometía a cumplir con las condiciones retributivas pactadas. En dicho supuesto se manejó el Reglamento n° 4055/86 que regula el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios en el sector del transporte marítimo entre Estados miembros y éstos con terceros estados<sup>1150</sup>. En ésta ocasión insiste, apoyándose, entre otras, en su doctrina emitida en *Laval*, que cualquier restricción que, sin justificación objetiva, pueda prohibir, obstaculizar o restar interés a la prestación de servicios, debe ser declarada incompatible con el Derecho europeo<sup>1151</sup>.

En una sentencia posterior el Tribunal, de nuevo, consagra la contrariedad con el art. 56 TFUE sobre libre prestación de servicios-excluyendo la aplicación de la Directiva 96/71/CE ante la ausencia de desplazamiento temporal de trabajadores- de la imposición, en virtud de una normativa nacional, del pago de un salario mínimo a los contratistas y subcontratistas vencedores de un concurso de licitación pública cuando estén establecidos en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora en el que los salarios mínimos son inferiores. Ésta exigencia es considerada como una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida a prestadores de otra nacionalidad, apoyándose ésta vez en la sentencia *Rüffert*. En este caso la medida podría estar justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores y consecuentemente evitar el «dumping social». Si bien cumple con éste primer estadio del conocido test de proporcionalidad, no va a superar los dos restantes. A saber, el de adecuación, en tanto solo es imponible cuando se trata de contratos públicos y el de necesidad, en tanto los trabajadores ejecutan el trabajo en su Estado de origen en el que

---

<sup>1149</sup> Dado que tampoco fue aportado ningún elemento que permitiera evaluar la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas. Fundamentalmente apartados 47 a 55.

<sup>1150</sup> Reglamento (CEE) n° 4055/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros.

<sup>1151</sup> STJUE de 8 de julio de 2014, *Fonship*, asunto C-83/13, apartado 41.

los salarios son notablemente inferiores sin que guarde relación el nivel de vida de los trabajadores del Estado licitador y el de la empresa adjudicataria<sup>1152</sup>.

Finalmente, en un pronunciamiento más reciente analiza si el salario cuyo pago es impuesto al empresario que desplaza a sus trabajadores a otro Estado, supera o no lo previsto en la Directiva 96/71/CE toda vez que éste se dispone mediante un cálculo del salario mínimo por horas y/o a destajo, basado en la clasificación de los trabajadores en grupos salariales determinado por el convenio colectivo aplicable. Tras recordar que la misma regula las condiciones laborales en el marco de una prestación de servicios transnacional, en cuyo cumplimiento las empresas deben garantizar a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias enumeradas en esa disposición, también incluye el objetivo de competencia leal entre empresas. En éste caso especifica que el salario mínimo o la clasificación de los trabajadores en grupos salariales previstas entre las materias que ordena la Directiva, debe estar contenido en una ley o convenio que responda los requisitos de transparencia, sean accesibles y claras, es decir, aplicables sin margen de discrecionalidad por el empresario. Corresponderá en todo caso al juez nacional comprobar la existencia de tales circunstancias<sup>1153</sup>.

Habiendo brevemente realizado un análisis sobre los pronunciamientos de la Corte europea se concluye que ésta, cuando de ponderar libertades económicas fundamentales y derechos sociales de los trabajadores comunitarios se trata, de decanta por la protección de las primeras y particularmente por la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, dentro de la cual se encuentra debilitada la libre circulación de personas. Mientras tanto, otorga con un margen delimitado a la actuación de los segundos, en éste caso al derecho a la negociación colectiva o la interposición de medidas de conflicto colectivo y el que subyace en la mayoría de las cuestiones, el derecho a la igualdad material de todos los trabajadores<sup>1154</sup>.

De hecho, la Directiva 96/71/CE en ninguno de sus preceptos consagra la igualdad de trato entre los trabajadores desplazados y los trabajadores empleados en el lugar de destino. Solamente impone a los Estados velar por el cumplimiento de las empresas que desplacen a sus trabajadores a su territorio, de las normas legales o convencionales en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación<sup>1155</sup>. Solamente se limita a imponer unas condiciones mínimas que deben ser garantizadas de forma rigurosa por parte del empresario a todos sus trabajadores desplazados, con independencia de la nacionalidad de los mismos, siempre y cuando la legislación del Estado de acogida-en forma de ley o convenios colectivos-sea adecuada a lo prescrito por la norma europea y las condiciones exigibles no vayan más allá del contenido mínimo imperativo que resulta, por la vía de los hechos, el

---

<sup>1152</sup> STJUE de 18 septiembre 2014, *Bundesdruckerei*, asunto C-549/13.

<sup>1153</sup> STJUE de 12 febrero 2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry contra Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, asunto C-396/13.

<sup>1154</sup> Pone de manifiesto la desigualdad a la que se pueden ver sometidos los trabajadores temporalmente desplazados en el marco de la libre prestación de servicios MELLA MÉNDEZ, L., "Protección de los trabajadores «versus» libre prestación de servicios en el ámbito europeo: el caso Laval (STJCE de 18 de diciembre de 2007; asunto C-341/05)", GÁRATE CASTRO, J., *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores...* op.cit P.136.

<sup>1155</sup> Art. 3.1 g) de la Directiva 96/71/CE.

estrictamente aplicable en caso de conflicto de intereses para no obstaculizar la libre prestación de servicios<sup>1156</sup>. Tales requisitos, por el contrario, vendrán a interponerse en la consecución de los objetivos sociales también amparados en la Directiva ante las dificultades de hacer cumplir no las normas legales, sino los convenios colectivos, habida cuenta de los diversos sistemas de negociación colectiva implantados en los Estados miembros.

Contrasta pues ésta nueva visión del Tribunal acerca del modo de interceder un derecho fundamental sobre una libertad económica o viceversa con una jurisprudencia anterior en la que se iba destacando la preferencia por la igualdad de derechos y condiciones del trabajador, con independencia de su nacionalidad o del país de establecimiento de la empresa a la que pertenecía. La diferencia se sustancia en la norma de referencia a las cuestiones debatidas pues, resolviendo algunos asuntos centrados en el desplazamiento temporal de trabajadores comunitarios desde el marco normativo establecido por el Reglamento nº 1612/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, había afirmado que el Derecho comunitario no obstaculiza a los Estados a extender la aplicación de leyes o convenios colectivos a quienes quieran desarrollar un trabajo subordinado, incluso de carácter temporal, en su territorio<sup>1157</sup>. Así, esta línea jurisprudencial obedece, principalmente, a una preocupación por la igualdad de trato y la cohesión social entre los trabajadores. Ésta solución difiere de la ofrecida por la Directiva 96/71/CE que enmarca el desplazamiento del trabajador en la libre prestación de servicios que debe ser asegurada sin discriminación por razón de nacionalidad entre empresas. Sin embargo, no es plenamente compartida la opinión en virtud de la cual sea necesariamente apropiado imponer el reconocimiento mutuo de los convenios colectivos de los distintos Estados miembros puesto que no está claro que ello sirva para facilitar la libertad de circulación de los trabajadores o su desplazamiento en el marco de la libre prestación de servicios mientras persistan disparidades entre las normas sociales establecidas en los Estados miembros más antiguos y los más recientemente anexionados<sup>1158</sup>.

Atravesadas las controversias jurisprudenciales que originaron intensos debates sobre la adecuación del régimen jurídico implantado por la Directiva 97/71/CE, fue aprobada en 2014 la Directiva relativa a la garantía de cumplimiento de la anterior. En ella se aclara, tras exponer sus objetivos, que aquellos no afectarán al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a nivel de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de acuerdo con el Derecho o las prácticas nacionales ni tampoco al derecho a negociar, celebrar y hacer

---

<sup>1156</sup> Idea que reitera en las SSTJUE de 7 noviembre 2013, *Tevfik Isbir contra DB Services GmbH*, asunto C- 522/12 apartado 37 o de 12 febrero 2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry contra Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, asunto C-396/13, apartado 37.

<sup>1157</sup> Sentencias de 21 de septiembre de 2006, *Comisión/Austria*, asunto C-168/04, apartado 47; *Arblade y otros*, asuntos C-369/96 y C-376/96, apartado 53; *Finalarte y otros*, asuntos C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, apartado 41; *Mazzoleni e ISA*, asunto C-165/98, apartado 35. En consecuencia, la aplicación de la regla laboral del lugar se concibe así como excepción al Tratado que debe estar justificada. LO FARO, A. “Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking”. *LD*, 1, 2008.P. 7

<sup>1158</sup> ZAHN, R. “The Viking and Laval Cases in the Context of European Enlargement”. *Law and Philosophy Journal Articles*, University of Newcastle Upon Tyne, 2008.P.17. Accesible a través de <http://dspace.stir.ac.uk/handle/1893/6003#.VeQsmrUm9ME>.

cumplir convenios colectivos y adoptar medidas de conflicto colectivo de acuerdo con el Derecho o las prácticas nacionales<sup>1159</sup>. Por otro lado, muy reducidas quedan las aspiraciones de una regulación íntegra del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios para favorecer los derechos sociales de los trabajadores a un trato igual o equiparable al de los trabajadores locales<sup>1160</sup>.

Urge, en opinión de los interlocutores sociales europeos, la introducción de un Protocolo de Progreso Social interpuesto para combatir el dumping social y reafirmar que los derechos sociales fundamentales tienen prioridad sobre las libertades económicas circunstancia por la que deben ser respetados<sup>1161</sup>. Fruto del consenso general sobre la necesidad de una enmienda en profundidad del Derecho europeo sobre ésta materia, se puso en marcha en 2016 una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE que pretende garantizar las condiciones salariales justas y equitativas entre la empresa de procedencia y las empresas locales en el país de acogida<sup>1162</sup>. Se trata de una solución que no ha colmado las aspiraciones de los interlocutores europeos y que fue sometida al mecanismo de control de la subsidiariedad ante la emisión de dictámenes de 14 Estados impugnando la infracción del principio de subsidiariedad resuelto favorablemente a la compatibilidad de la propuesta con el mismo<sup>1163</sup>. Interesa seguir avanzando en el fortalecimiento tanto de la Europa económica y social y por ello, esta nueva Directiva está llamada a tratar de solventar los problemas aplicativos de la antigua regulación que solo con el tiempo se verá si se trata de objetivos capaces de ser cumplidos<sup>1164</sup>.

### 2.2.2. Exclusión de la nacionalidad del ámbito de aplicación de las Directivas antidiscriminatorias de segunda generación

Si bien el Derecho originario reconoce la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, incorporado

---

<sup>1159</sup> Art. 1.2 Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») Texto pertinente a efectos del EEE. Vid. FOTINOPOULOU BASURKO, O., «Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional». *Revista de Derecho Social*, n.º 70, 2015. PP. 123-147.

<sup>1160</sup> Tras la retirada de la propuesta del conocido como Reglamento Monti II: Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios». [COM (2012) 130 final]. Vid. CASTELLI, N., «Derecho de huelga en el espacio europeo y la propuesta de Reglamento Monti II». *Revista de Derecho Social*, n.º 59, 2012.

<sup>1161</sup> Confederación Europea de Sindicatos (CES), 13.º Congreso. París, 29/09/2015 – 02/10/2015. Apartado 35. Fuente: [http://www.ugt.es/Publicaciones/Documentos\\_Congreso\\_Paris\\_2015.pdf](http://www.ugt.es/Publicaciones/Documentos_Congreso_Paris_2015.pdf).

<sup>1162</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [COM (2016) 128 final – 2016-70-COD].

<sup>1163</sup> Comisión Europea. Comunicado de prensa, «Una solución que no ha colmado las aspiraciones de los interlocutores europeos y que fue sometida al mecanismo de control de la subsidiariedad». Bruselas, 20 de julio de 2016.

<sup>1164</sup> Algunas opiniones al respecto en el estudio de GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «La propuesta de reforma de la directiva 96/71 de desplazamiento de trabajadores en el marco del plan de trabajo de la comisión europea para el 2016». *Revista de Derecho Social*, n.º 73, 2016. PP. 113-126.

asimismo a algunas normas de derecho derivado, tanto la directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico como la directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, aclaran su no aplicación al ámbito de la discriminación por razón de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y al ejercicio profesional<sup>1165</sup>. Ésta misma cláusula de exclusión ha sido incorporada en la legislación interna española mediante una referencia expresa de la inaplicación de la ley 62/2003 en la que se transponen sendas Directivas, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley de extranjería<sup>1166</sup>. Así mismo, podemos destacar en el ámbito comparado las normas de transposición francesa e italiana que reproducen prácticamente de forma literal la misma exclusión<sup>1167</sup>.

Ilustrativo de cuanto afirmábamos sobre la independencia de conceptos como nacionalidad, origen, raza o etnia resulta especialmente la exclusión del primero dentro del ámbito aplicativo de la Directiva 2000/43/CE. Sin embargo, resultaba lógico que las instituciones comunitarias centraran en uno de los instrumentos legislativos la protección específica frente a discriminaciones por razón de origen racial o étnico, dadas las circunstancias conflictivas que se desarrollaban en Europa y el ascenso de ideologías neofascistas<sup>1168</sup>, utilizando como base el contenido literal del art. 13 TCE que se refiere expresamente a tales motivos<sup>1169</sup>. Se trata de una norma que proyecta un régimen de tutela más amplio si es comparada con el resto de instrumentos normativos antidiscriminatorios, en tanto no se circunscribe al plano laboral. En ella quedan aseguradas otras condiciones esenciales de la vida social y económica del ciudadano sin que pueda ser distinguido por su raza o etnia tales como la protección social, la asistencia sanitaria, educación y otras. Mientras tanto, la existencia de discriminación en el empleo por los motivos enumerados en la Directiva 2000/78/CE podría impedir el cumplimiento de los objetivos del Tratado CE, entre los que destaca la libre circulación de personas, derecho que se reconoce en exclusiva al ciudadano comunitario<sup>1170</sup>.

---

<sup>1165</sup> Art. 3.2 de ambas Directivas. Pone de manifiesto problemas aplicativos de ésta exclusión ante supuestos en que los criterios vedados se interrelacionan como el origen étnico y la nacionalidad. BALLESTER PASTOR, M.A., "El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico", op.cit. P. 39. Para la autora, resulta incomprensible que la normativa comunitaria no haya contemplado la protección antidiscriminatoria para los pertenecientes a las minorías nacionales como sí lo hiciera el art. 21 de la Carta de derechos fundamentales de la UE.

<sup>1166</sup> Arts. 3.2 de sendas Directivas. D.A. 7ª de la ley española 62/2003.

<sup>1167</sup> En Francia, art.5.2 Ley ° 2008-496 de 27 de mayo de 2008. En Italia, Art. 3.2 D. lgs. 2015/2003 de transposición de la Directiva 2000/43/CE y art. 3.2 a) D. lgs. 2016/2003 de transposición de la Directiva 2000/78/CE, añadiendo a las materias no afectadas por la normativa en cuestión, la asistencia y seguridad social tanto de inmigrantes como de apátridas, ni a cualquier tratamiento adoptado en base a la ley, derivado de la condición jurídica de los mismos.

<sup>1168</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., "El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico", op.cit. P. 38.

<sup>1169</sup> De hecho, la preocupación por la protección de éstos colectivos se mantiene en la UE ante el crecimiento de las discriminaciones por origen racial o étnico lo que se refleja también en que el Eurobarómetro sobre percepción de discriminación en la Unión Europea, donde se incluyen datos acerca de la estimación de los sujetos entrevistados sobre la percepción de discriminación en relación los rasgos de discriminación patentes en la sociedad. Mientras que se omite la referencia a la nacionalidad entre los mismos, sí se contemplan, entre otros, el origen étnico, que resultó ser el factor de discriminación más ampliamente percibido según los datos del último Eurobarómetro de 2012. Accesible en: [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_393\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_393_en.pdf)

<sup>1170</sup> Considerando 11.

Bien es cierto que la Unión Europea debe regular con cautela cualquier aspecto que pueda implicar una intromisión desmesurada en materia de políticas migratorias y por ello es inviable una protección del trabajador migrante en toda su extensión, lo que justificaba la expresa exclusión de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en las Directivas comunitarias sobre no discriminación, que sí protegen en todo caso, a todos los ciudadanos independientemente de su nacionalidad por las causas en ella previstas<sup>1171</sup>. Por ende, les serán aplicables las normas de Derecho interno de transposición de las mismas de forma compatible con la prohibición de discriminar aquellas razones en virtud de su reconocimiento constitucional.

### 2.3. La protección de los trabajadores migrantes extracomunitarios mediante las Directivas europeas

Como se ha señalado, las competencias esenciales en materia migratoria pertenece a los Estados Miembros aunque ya con importantes excepciones ante las atribuciones en la materia concedidas a la Unión Europea en el ámbito del control de los flujos migratorios que paulatinamente ha ido adquiriendo mayor peso y desarrollo legislativo, lo que ha permitido la aprobación de normas relativas a la entrada y obtención de permisos de residencia o trabajo en el territorio europeo de trabajadores de terceros Estados<sup>1172</sup>. Era preciso regular, en el marco de la estatalización de los mercados laborales, el desplazamiento transnacional de inmigrantes, habida cuenta que los migrantes son actores fundamentales de la transnacionalización de relaciones económicas, sociales, políticas y culturales aunque la política en materia de extranjería queda tradicionalmente al margen de las competencias comunitarias dada su vinculación con la soberanía nacional, lo que definitivamente comienza a quebrar<sup>1173</sup>.

Se ha de partir de la premisa según la cual no existe en la normativa comunitaria el establecimiento de un principio general de igualdad entre extranjeros extracomunitarios y nacionales de los Estados miembros y es ésta la primera diferencia y la más fundamental entre los trabajadores comunitarios y los que no lo son que se desplazan a otros Estado para ejercer una profesión u oficio en él<sup>1174</sup>. Es decir, la principal diferencia que se extrae del régimen comunitario aplicable a extranjeros radica en la nacionalidad comunitaria o no del propio trabajador en cuyo caso se beneficia de ciertas prerrogativas de las que carece el ciudadano de un tercer Estado a pesar de que, como advertimos, el art. 21.2 CDFUE o el 18 TFUE no distingue entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios cuando proclama la prohibición de discriminación en base a este dato pero sí circunscribe sus ámbitos aplicativos al mismo que ostenta el

---

<sup>1171</sup> En el sentido de considerar aplicable de forma indirecta la protección del derecho comunitario, BALLESTER PASTOR, M.A. "El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico", op.cit. P. 62.

<sup>1172</sup> GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M.A., "La distribución de competencias en materia de inmigración". *Temas Laborales*, Vol. I. n.º. 100, 2009. PP. 231ss.

<sup>1173</sup> Sobre ésta cuestión vid, SASSEN, S. *La movilidad del trabajo y del capital: un estudio sobre la corriente internacional de la inversión y del trabajo*. MTSS, Madrid, 1993(original en inglés en 1988).

<sup>1174</sup> MOYA ESCUDERO, M., *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*. Comares Granada, 1999. P. 6.

Derecho de la Unión. Debido a ello, existen algunas voces que abogan por la interpretación amplia los preceptos comunitarios que reconocen la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, reclamando la extensión de su ámbito aplicativo a todo ciudadano extranjero<sup>1175</sup>.

Tales posiciones doctrinales, a pesar del voluntarismo que imprimen, no son compatibles con la jurisprudencia del TJ quien ha reconocido que el antiguo artículo 12 TCE se refiere a las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario en las que un nacional de un Estado miembro pueda sufrir un trato discriminatorio en relación con los nacionales de otro Estado miembro únicamente por razón de su nacionalidad y no se aplica a los supuestos de una eventual diferencia de trato entre los nacionales de Estados miembros y los de Estados terceros<sup>1176</sup>. Por otro lado, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se concreta en distintos ámbitos aplicativos del Derecho comunitario. Por lo que aquí interesa, apuntamos, por ahora, el funcionamiento de éste principio en el seno de la libre circulación de los trabajadores, pero solo de los nacionales de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo –art. 45.2 TFUE-.

No obstante, ésta interpretación del Tratado no se traduce en la total irrelevancia del principio de igualdad de trato y no discriminación entre trabajadores extracomunitarios con respecto a los comunitarios. De hecho, se han aprobado diversas normas para dirigir la política migratoria de la UE y asegurar la igualdad en materia laboral entre trabajadores comunitarios y extracomunitarios que acceden y permanecen de forma regular en el territorio de un Estado miembro<sup>1177</sup>, mientras que se excluye del amparo de las mismas a quienes no penetren en aquellos mediante los cauces predeterminados y por tanto, se encuentren en situación irregular.

La Directivas a las que nos referimos se encargan de regular las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países residentes fuera de la Unión, para fines de empleo como trabajadores temporeros, trabajadores altamente cualificados o con otros

---

<sup>1175</sup> GROENENDIJK, K., “Citizens and third country nationals: differential treatment or discrimination?”, CARLIER, J-Y., GUILD, E., (Dir.), *L’avenir de la libre circulation des personnes dans l’UE*. Bruylant, Bruselas, 2006. P. 84. GUILD, E., *Immigration Law in the European Community*. Kluwer, La Haya, 2001. P. 44.

<sup>1176</sup> STJCE de 4 de junio de 2009 *Vatsouras y Koupatantze*, asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, apartado 52.

<sup>1177</sup> Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 ,relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración que prescribe en su art. 11.1 a) la igualdad de trato en el acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia así como de las condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración; Directiva 2009/50/CE del Consejo , de 29 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado que dispone en su art. 13 la igualdad de trato en la condiciones de empleo, formación profesional o Seguridad Social de quienes poseen la tarjeta azul con los trabajadores locales; Directiva 2011/98/UE de 13 de diciembre de 2011 por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. Concretamente contempla el art. 12 el derecho a la igualdad de trato con los trabajadores nacionales en materias como las condiciones de empleo o la formación profesional; Directiva 2014/36/UE, de 26 de febrero de 2014, que regula las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros, cuyo art. 23 establece en relación a determinadas materias, como las condiciones de trabajo, la igualdad de trato entre los trabajadores temporeros extracomunitarios y los nacionales del país de acogida; Directiva 2014/66/UE de 15 de mayo de 2014 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales que dispone en su art. 18 que las personas desplazadas en un marco intraempresarial admitidas conforme a la presente Directiva disfrutarán como mínimo de un trato igual al de las personas cubiertas por la Directiva 96/71/CE- del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores comunitarios, efectuado en el marco de una prestación de servicios -en lo que se refiere a las condiciones de trabajo y empleo, que como se sabe, no asegura la igualdad de condiciones en todo caso, sino un conjunto de derechos mínimos que pueden ser impuestos por el Estado receptor en relación a determinadas condiciones laborales.

finas, dictadas de un modo acorde con las competencias asumidas por la Unión en materia de asilo, inmigración y protección de los derechos de los nacionales de terceros países. Se dirigen con ello a contribuir y colaborar con los Estados miembros en el desarrollo de un eficaz tratamiento de los flujos migratorios. Tales normas, que aseguran la igualdad y la no discriminación de los nacionales de terceros Estados, confirman que si bien el art. 18 TFUE no es extensible a los mismos sí lo consagra como principio informador general del Derecho de la Unión.

También los Estados miembros normalmente han extendido en ocasiones el ámbito aplicativo de las normas que persiguen la igualdad de trato a todos los trabajadores extranjeros. Por ejemplo en Francia, en el ámbito del desplazamiento temporal de trabajadores se exige a las empresas de terceros Estados que desplacen a sus trabajadores a Francia la aplicación de las normas legales y convencionales aplicables en su ámbito sectorial en materias tales como la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres, a las libertades individuales o colectivas que puedan ser ejercidas en la relación de trabajo y otras condiciones laborales, comprendida la materia salarial<sup>1178</sup>. En Italia, por su parte, el decreto legislativo que transpone al ordenamiento interno la Directiva 2014/67/UE, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE, extiende su ámbito de aplicación a las empresas no comunitarias que desplacen a sus trabajadores a su territorio de forma temporal en materia de aplicación a los trabajadores desplazados de los convenios colectivos estipulados por las organizaciones sindicales comparativamente más representativas a nivel nacional aplicable a los trabajadores que realicen el mismo tipo de prestación profesional subordinada análoga a las desempeñadas por el trabajador extranjero, con respecto a una serie determinada de materias-duración de vacaciones, tratamiento retributivo mínimo, salud y seguridad, etc.-<sup>1179</sup>. Además, en dicho país, es recurrente en la práctica convencional la exigencia de cumplimiento de las normas previstas en el convenio colectivo a todos los trabajadores cuando las empresas deciden externalizar una parte de la producción o servicios a los que se dedica, en cuyo caso la representación de los trabajadores deberá ser informada de la operación y se le conceden competencias de seguimiento y control, en su caso<sup>1180</sup>.

---

<sup>1178</sup> Art. L. 1262-4 del Código de Trabajo.

<sup>1179</sup> Arts. 2.1 e) y 4 17 del Decreto legislativo de 17 de julio de 2016, n. 136 *Attuazione della direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»).*

D. Lgs. 25 de febrero de 2000, n. 72 *Attuazione della direttiva 96/71/CE in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.*

<sup>1180</sup> El art. 14 CCNL *edile ed affini per le piccole e medie imprese*, determina la aplicación del tratamiento económico y normativo del convenio colectivo y las leyes vigentes a las empresas subcontratistas, correspondiendo a la representación empresarial de los trabajadores controlar el efectivo cumplimiento de tal normativa. El art. 9 Secc. IV, Tít. I CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*, exige que las empresa principal compela a la empresa auxiliar al cumplimiento de las normas convencionales del sector a la que pertenece la empresa principal, así como las normas en materia de prevención de riesgos, que será controlado por una Comisión específica. Art. 3 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*. En ésta ocasión se limitan a exigir información a la representación de los trabajadores o en su ausencia a las organizaciones sindicales acerca del volumen de externalización a través de la figura contractual de la "somministrazione di lavoro". Con respecto al contrato de "appalto" (subcontratación), art. 96. Art. 131 y 143 CCNL *settore edile ed affini Conflavoro e CILS. Apartado: "Appalti e terziarizzazione"*, información con carácter anual por parte de la empresa a la representación de trabajadores. Para controlar la aplicación de las normas vigentes a nivel legal y convencional por parte de la contratista, crean una específica comisión de seguimiento en el art. 23 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI*.



En España, la ley que adaptó la normativa interna a la Directiva 96/71/CE circunscribió su ámbito aplicativo a los desplazamientos efectuados por empresas radicadas en Estados miembros o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con independencia de la nacionalidad del trabajador. En ella se impone la aplicación a los trabajadores desplazados de las condiciones de trabajo de convenios colectivos aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate, salvo que resulten más favorables las condiciones laborales de las leyes o convenios colectivos aplicables el Estado en el que radique su empresa<sup>1181</sup>. Los convenios colectivos en España no suelen referir la igualdad de condiciones que los trabajadores desplazados al territorio español. Alguno recoge la prohibición de que los trabajadores nacionales trasladados al extranjero reciban peores condiciones que las que disfrutarían en el mismo<sup>1182</sup>, o especifican la aplicación en todo el territorio español del convenio colectivo, vinculante asimismo, para los trabajadores y trabajadoras contratados en España por empresas españolas para prestar servicios en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo<sup>1183</sup>, o en parecidos términos, se determina la aplicación a los trabajadores de nacionalidad española que presten servicios en centros de trabajo radicados en el extranjero de las condiciones del país de residencia, si en su conjunto resultasen más beneficiosas<sup>1184</sup>.

En fin, la política antidiscriminatoria europea avanza en la preservación de la igualdad de los trabajadores con independencia de nacionalidad aunque no intervenga un régimen suficiente y homogéneo para los ciudadanos extracomunitarios que desarrolle un cuadro de obligaciones unificado para los Estados miembros y para la UE. Con ello, la efectiva actuación del principio de igualdad de tratamiento en relación a los trabajadores de terceros Estados está en gran parte confiada en parte a la actividad interpretativa de los agentes públicos y privados, debiendo coordinar las disposiciones internacionales y comunitarias y nacionales según criterios de prevalencia y/o integración que deben ser identificados caso por caso<sup>1185</sup>.

### 3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

#### 3.1.Reconocimiento de la igualdad entre españoles y extranjeros en la Constitución española

---

<sup>1181</sup> Art. 3.4 y 5 Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

<sup>1182</sup> Art. 5 CC *Construcción*.

<sup>1183</sup> Art. 5 CC *sector Hostelería*. Art. 4 I *Acuerdo Marco del Comercio*.

<sup>1184</sup> Art. 1 XI CC *Repsol Química, S.A.*

<sup>1185</sup> En ese sentido, GAROFALLO, L. "Le migrazioni di ordine economico nel diritto internazionale comunitario", en AA.VV. *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea*. op.cit. P. 43.

Una lectura unitaria y en términos estrictos del art. 14 CE podría conducir a denegar en tanto el derecho a la igualdad como a la no discriminación a extranjeros, reservándose su disfrute a los españoles, como así reza el precepto<sup>1186</sup>. Mientras tanto, la adopción de una posición dualista en nuestra doctrina puede denegar por un lado la igualdad ante la ley solo reconocida a españoles mientras que entre las causas de discriminación encontramos el nacimiento o la raza, pero no la nacionalidad, a menos que ésta se contemple de un modo implícito en las otras circunstancias personales o sociales de alcance análogo<sup>1187</sup>.

Se ha mencionado con anterioridad que la nacionalidad es ante todo un concepto jurídico y como tal, es utilizado como elemento de legítima diferenciación entre extranjeros y nacionales de cualquier Estado. Por esta razón, las diferencias de trato entre aquellos se encuentran habilitadas constitucionalmente en el art. 13CE que predetermina la atribución de los derechos fundamentales a los extranjeros- incluidos los de igualdad y no discriminación- en los términos que establezcan los tratados y la ley<sup>1188</sup>. Por tanto, es necesario observar si en atención a cuanto establece el artículo anterior es extensible el art. 14 CE al pleno disfrute que del mismo puedan hacer quienes ostentan una diversa nacionalidad.

Se encuentra plenamente consagrada la doctrina jurisprudencial que configura la tesis de las tres categorías de derechos en relación a la titularidad de los mismos por parte de los extranjeros<sup>1189</sup>. En primer lugar, se reconoce un conjunto de derechos que corresponden a todos, españoles o extranjeros porque la Constitución en su enunciación no establece referencia alguna a la nacionalidad, como son los derechos de reunión y asociación, cuyo distinto régimen legal debe respetar su contenido esencial, así como de forma genérica, aquellos otros que se encuentran vinculados con la dignidad humana, sin que tengan cabida diferencias de trato por razón de la nacionalidad en su titularidad y ejercicio, al margen de su condición de ciudadano. Entre ellos, destaca el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc. En segundo lugar, existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros que son los reconocidos en el art. 23 de la Constitución que contempla el derecho a participar en asuntos públicos, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene el propio texto en materia de sufragio en las elecciones municipales. Finalmente, se

---

<sup>1186</sup> Defiende que la titularidad del art. 14 CE, sin hacer distinciones entre la igualdad y la no discriminación, corresponde a los españoles MONEREO ATIENZA, C., "Artículo 21. Principio de no discriminación", MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ, J.L., (Dir.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*. Comares, Granada, 2012.P. 467.

<sup>1187</sup> Su configuración literal «no excluye ni que la prohibición de discriminación pueda operar si una determinada nacionalidad como «minoría» fuera objeto de un tratamiento peyorativo respecto a las reglas comunes de extranjería, ni tampoco que esas diferencias de trato no se encuentren sometidas al art. 14 CE en la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad en función de los fines legítimos que esas diferencias persigan», es opinión de RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante". *Relaciones Laborales*, nº 8, 2001. PP. 91ss. Recogido en *La Ley Digital*, desde donde se cita. P. 2. Solo, en principio, a los españoles cabe asegurar la igualdad formal en derechos y libertades proclamada por el art. 14, mientras no determina una postura acerca de la extensión de la prohibición de discriminación por nacionalidad, GOIG MARTÍNEZ, J.M. "¿Igualdad por razón de nacionalidad?", en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, op.cit.156. MORA ALEMANY, R., "¿También los extranjeros son iguales ante la ley? *Revista de Derecho UNED*, nº 12, 2013. PP. 571ss.

<sup>1188</sup> Lo que constituye en ésta materia una fundamental reserva frente al legislador y supone a su vez una garantía de mínimos, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Legislación de extranjería y política de inmigración". *Relaciones Laborales*, nº 20, 2000. PP.69ss. También en la ley digital, desde donde se cita. P. 3.

<sup>1189</sup> Clasificación criticada por RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Legislación de extranjería y política de inmigración", op.cit. P. 3.

sitúan el resto de derechos constitucionales de los que son titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las leyes, o dicho de otro modo, su ejercicio está condicionado a lo que establezca el legislador nacional o internacional, que no tiene por qué ser configurado necesariamente en idénticos términos con respecto a los españoles<sup>1190</sup>. Pues bien, al regular éstos últimos, la libertad del legislador es más amplia ya que puede modular las condiciones de ejercicio en virtud de la nacionalidad de las personas, «introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros», si bien aquella libertad «no es en modo alguno absoluta»<sup>1191</sup>. Su principal límite se halla en el reconocimiento de los mismos en los Tratados Internacionales y en la aplicación de la debida proporcionalidad en su adopción. No obstante, de nuevo la dignidad se tornará en parámetro de control de las diferencias y limitará al legislador a la hora de regular ex art. 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España.

Ante éste panorama, la aplicación del art. 14 CE frente a extranjeros no tardó en ser analizada por el Tribunal Constitucional quien admitió que, si bien, dicho precepto solo se refiere a los españoles, la referencia a éstos últimos no es argumento bastante para estimar que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles en el ejercicio y disfrute de los derechos constitucionalmente reconocidos resulte constitucionalmente admisible y no lo es porque el art. 14 CE no es el único que debe ser contemplado sino que junto a él es necesario tener en cuenta otros preceptos como el art. 13 CE donde se le reconocen los derechos y libertades públicas garantizados en el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley. Advertida la existencia de algunos de tales derechos fundamentales de los que no cabe establecer un régimen distinto en cuanto a su tutela, cabe, con respecto a otros, introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida en cuyo caso queda excluida a priori la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante<sup>1192</sup>. Es decir, en determinadas circunstancias precisamente la nacionalidad es el elemento sobre el que se fundamenta la regulación de un determinado derecho de modo que todos los que cumpla dicho requisito han de ser tratados de forma igual a menos que exista una justificación objetiva y razonable para diferenciar las situaciones comparables en atención a un fin constitucionalmente lícito<sup>1193</sup>, como sucede, a modo de ejemplo, en el diferente trato

---

<sup>1190</sup> Encontramos la categorización de derechos enunciada, entre otras en las SSTC 107/1984 de 23 de noviembre, RTC 1984, 107, FFJJ. 3 y 4; seguida por otras como las SSTC 94/1993 de 22 marzo, RTC 1993, 94, F. 3; 130/1995 de 11 septiembre. RTC 1995\130, FJ 2. 139/2016 de 21 julio. JUR 2016\166175, FJ 10.

<sup>1191</sup> STC 94/1993, de 22 de marzo, RTC 1993\94, F. 3; 236/2007 de 7 noviembre. RTC 2007236, FJ 4.

<sup>1192</sup> STC 107/1984 FJ 3 y 4. En ésta se recoge su conocida clasificación tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros: los que les corresponden por igual que a españoles, los que no les pertenecen en modo alguno y los que les serán otorgados en la medida en que dispongan los Tratados y las leyes.

<sup>1193</sup> Apela a la razonabilidad de la eventual diferencia por razón de nacionalidad SOLANES CORELLA, A., “Una aproximación a los derechos de los extranjeros en España”, CABEZA PEREIRO, J., MENDOZA NAVAS, N., (Coords.), *Tratamiento jurídico de la inmigración*. Bomarzo, Madrid, 2008. P. 54.

que se dispensa a ciudadanos comunitarios y extracomunitarios en la entrada al territorio o a acceder a un empleo.

No en vano, debemos traer a colación la DUDH cuyo art. 7 arranca con el reconocimiento de la igualdad ante la ley de todos del mismo modo que posteriormente lo hará el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 26 y que debe ser garantizados por los Estados a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción (art. 2.1), derecho que reconoce el art. 14 CE con carácter exclusivo a los españoles. El mismo, no obstante, tiene que ser puesto en relación en primer lugar, como derecho autónomo, con el art. 10.2 CE que exige la interpretación de los derechos fundamentales conforme a los Tratados internacionales ratificados por España, aludiendo expresamente a la DUDH. Dicho precepto impone que tales derechos contemplados en los Tratados internacionales en materia de derechos fundamentales devengan, por imperativo constitucional, canon hermenéutico de la regulación de los derechos y libertades<sup>1194</sup>. Desde esta perspectiva, las normas iusfundamentales se configuran de forma abierta, susceptibles de ser «especificadas» con los contenidos de tales instrumentos internacionales, sirviendo de complemento a las normas internas constitucionales e infraconstitucionales con incidencia en la regulación de los derechos fundamentales<sup>1195</sup>, sin que conviertan en canon autónomo de constitucionalidad<sup>1196</sup>.

A tales normas de Derecho internacional hay que sumar las reconocidas a nivel europeo, advirtiendo en primer lugar que el CEDH no establece la igualdad de todos ante la ley más que refiriéndose a él como principio general en el que se funda el Protocolo nº12, instrumento que consagra la prohibición de discriminación con carácter autónomo y no como instrumento de protección del resto de derechos proclamados en el convenio en virtud de lo establecido en su art. 14. Por su parte, el art. 20 CDFUE que proclama la igualdad de todos ante la ley por primera vez como un derecho autónomo. No obstante, a una omnicompreensiva igualdad ante la ley de «todos» como así lo declaran tales preceptos no implica la desaparición de las diferencias de trato o la igualdad absoluta, que solo se dará cuando así venga exigido en virtud de la inexistencia de un criterio

---

<sup>1194</sup> SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. P. 53. Ya en su STC 78/1982 de 20 de diciembre, RTC 1982\78, FJ 4 afirmaba que «La Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el precepto». En ésta línea el propio TC ha estimado que tales instrumentos internacionales suponen una «fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos» (STC 41/2002 de 25 febrero, RTC 2002\41, FJ 2). El art. 10.2, ha admitido el TC, «no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución» (SSTC 36/1991 de 14 febrero RTC 1991\36, FJ 5 y 236/2007 de 7 noviembre, RTC 2007\236, FJ 5) . Concretamente a tales acuerdos y pactos se refiere el TC como canon interpretativo de los arts. 14 y 35.1 CE, STC 145/1991 de 1 julio, RTC 1991\145, FJ 4.

<sup>1195</sup> CUENCA GÓMEZ, P., «La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la constitución española». *Revista de Estudios Jurídicos* nº 12, 2012 (Segunda Época). PP. 4ss. No solo el legislador está vinculado a tales normas, sino todos los poderes públicos lo están, vid. MANGAS MARTÍN, A., «Cuestiones de Derecho Internacional Público». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 61, 1980 P. 153. Por tanto, al interpretar los preceptos de la Constitución en materia de derechos y libertades se deberá hacer de la forma que mejor se acomode a los Tratados y Convenios ratificados por España. GOIG MARTÍNEZ, J.M., «Inmigración y derechos fundamentales en España», SANZ BURGOS, R., (Coord.), *Retos a la eficacia de los derechos humanos en España y la Unión Europea*. CNDH, Ciudad de México, 2016. PP. 154ss.

<sup>1196</sup> STC 41/2002 de 25 febrero, RTC 2002\41, FJ 2.

razonable de distinción basado únicamente en la nacionalidad como criterio jurídico de distinción. En lo referido al efecto de la CDFUE y del precepto citado, no debemos olvidar que aquella será aplicable en el marco de aplicación de las normas europeas y que limita, como se ha visto, tanto la actuación de las instituciones europeas como de los Estados miembros. A las primeras, además, las vincula dentro de su ámbito de competencias de forma que el derecho de todos a la igualdad está supeditado al desarrollo de las normas previstas en los Tratados, en las que ya se avala la diferencia de trato entre comunitarios y extracomunitarios.

Por otro lado, por la necesidad de conexión con otros preceptos, especialmente con el art. 13 CE, no es usual que el TC evalúe la aplicación de la igualdad como derecho sustantivo propio del no nacional, sino que serán comunes las advertencias sobre la igualdad de los extranjeros por conexión con otro derecho<sup>1197</sup>. De nuevo surge la idea de la igualdad como derecho instrumental plenamente operativo cuando el sujeto afectado es un extranjero<sup>1198</sup>, pese a que cierto sector doctrinal considera que nada impide a un pronunciamiento términos absolutos<sup>1199</sup>.

Se admite, por tanto, que un régimen legal diferenciado no esté excluido por el principio de igualdad constitucionalmente reconocido sin que ello autorice al legislador para legislar en todo caso sin preservar los mandatos constitucionales<sup>1200</sup>. Partiendo de ésta premisa, admitirá en su jurisprudencia que si bien la Constitución no distingue entre los extranjeros en función de la regularidad de su estancia o residencia en España, sí puede resultar constitucional que el legislador atienda a esa diferencia para configurar la situación jurídica de los extranjeros siempre que al hacerlo no vulnere preceptos o principios constitucionales y siempre que las condiciones de ejercicio de los derechos establecidas por la Ley se dirijan a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos<sup>1201</sup>. Para resultar legítima, se debe asegurar la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, es decir, sometiendo la actividad legislativa a un juicio de igualdad, habiendo aceptado como requisito de procedibilidad previo que el término de la comparación escogido es un término válido y razonable que permita la diferenciación de trato<sup>1202</sup>, puesto que en ausencia del *tertium comparationis*, no puede entenderse vulnerado el precepto, como tantas veces se ha dicho en éste trabajo<sup>1203</sup>. En virtud de dicha jurisprudencia, va a consentir que la igualdad, aun reconocida expresamente a los españoles, se extienda a todas las personas que se

---

<sup>1197</sup> Siendo consciente de que «el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos (...) depende, pues, del derecho afectado», STC 107/1984, RTC 1984\107, FJ 4.

<sup>1198</sup> MORA ALEMANY, R., “¿También los extranjeros son iguales ante la ley?”, op.cit. P. 592.

<sup>1199</sup> DÍAZ CREGO, M., “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿Un derecho de los extranjeros? REDC, nº 89, 2010. PP. 117.

<sup>1200</sup> SSTC 242/1994 de 20 julio, RTC 1994\242, FJ 4; 236/2007 de 7 noviembre, RTC 2007\236, FJ 4.

<sup>1201</sup> En Italia, también a través del precepto que exige regular la situación jurídica de los extranjero por la ley de conformidad a las normas y los tratados internacionales, el Tribunal Constitucional ha sentado que al legislador corresponde ciertamente dictar normas, no absolutamente irrazonables y que no resulten en contraste con las obligaciones internacionales, que regulen el ingreso y la permanencia de extracomunitarios en Italia. Sin embargo, cuando el derecho a residir no se encuentre en discusión, no se puede discriminar al extranjero estableciendo particulares limitaciones para el goce de os derechos fundamentales de la persona, reconocidos igualmente al ciudadano. Sentencia nº 306 de 30 de julio de 2008, apartado 10.

<sup>1202</sup> STC 236/2007 de 7 noviembre, RTC 2007\236, FFJJ 2 y 4.

<sup>1203</sup> Precisamente inadmite el reproche del demandante la eventual lesión a su derecho a la igualdad ante la ley que en materia de entrada porque las situaciones de un español o de un extranjero residente en situación de legalidad frente al extranjero que no cumple éste último requisito, no resultan comparables, en su Auto 94/2005 de 28 febrero, JUR 2005\141714, FJ 3.

ubiquen dentro de su radio aplicativo o regulador cuando así deba ser interpretado en virtud de otras normas internacionales o internas, otorgando en algún caso la razón al recurrente extranjero, como aquel supuesto en el que se había denegado percibir la prestación por desempleo en igualdad con los trabajadores españoles del mismo sector, por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley que el art. 14CE garantiza<sup>1204</sup>. Mucho más, se defenderá la protección de la igualdad ante la ley de los extranjeros por quienes defienden que la base de la igualdad como derecho subjetivo está vinculada a la igual dignidad de los seres humanos<sup>1205</sup>.

No se ha pronunciado, en cambio, a la necesaria aplicación del principio de igualdad en su vertiente de aplicación de la ley a los extranjeros. Aunque el referido precepto se refiera a los españoles, de nuevo es preciso interpretarlo conforme a las normas internacionalmente vinculantes en materia de derechos fundamentales y, de nuevo, los arts. 7 DUDH y 26 PIDCP proclaman el derecho a igual protección de la ley.

En cierto modo, se trata de un análisis del precepto constitucional similar al que se produjo en Italia, aunque el Tribunal Constitucional de aquel país no debía lidiar con el obstáculo de la consagración de la igualdad solo entre italianos, reconocida por el art. 3 de la Constitución a todos los ciudadanos. En efecto, se viene admitiendo por parte del alto intérprete de la Constitución italiana que si bien es indudable que pertenece a la discrecionalidad del legislador establecer los requisitos que los trabajadores extracomunitarios deben poseer para obtener las autorizaciones pertinentes para establecerse en el territorio de la República italiana y trabajar en el mismo, es también cierto que su ejercicio debe ser respetuoso con los límites impuestos por los preceptos constitucionales. Particularmente, para resultar en armonía con el art. 3 de la Constitución la normativa en materia de extranjería debe ante todo ser conforme a criterios de intrínseca razonabilidad, sentenció<sup>1206</sup>.

Precisamente en España la LOEXIS se ha encargado de gestionar la aplicación de la igualdad a los extranjeros y la encargada de aclarar que éste no es oponible de modo absoluto. Efectivamente ello se advierte con mayor claridad tras el cambio gramatical que se produce entre la primigenia LO 4/2000 de extranjería, que abría el Título I sobre los «Derechos y libertades de los extranjeros» con un artículo 3 rubricado «Igualdad con los españoles e interpretación», enunciación que será sustituida con la LO 8/2000 por «Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas». En cuanto a su contenido, mientras que el original art. 3.1 reconocía a los extranjeros el goce en España, en

---

<sup>1204</sup> STC 130/1995 de 11 septiembre. RTC 1995\130, FJ 5. Se trata de un trabajador marroquí al que se le deniega la prestación por desempleo a pesar de que el Reglamento (CEE) núm. 2211/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978, por el que se celebra Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos, imponía la igualdad de trato y la prohibición de discriminación en el ámbito de las condiciones laborales, remuneración y de Seguridad Social entre marroquíes y ciudadanos comunitarios.

<sup>1205</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La igualdad ante la ley y en aplicación de la ley”, CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, op.cit. P. 277.

<sup>1206</sup> Sentencia n. 78/2005 de la Corte Constitucional de 10 de febrero de 2005 con cita a las sentencias n° 62 y n° 283 de 1994. La primera ocasión en la que hace extensivo el principio de igualdad a los extranjeros por conexión con los derechos fundamentales que son inherentes a la persona y los que penetran al ordenamiento italiano mediante su adhesión a Tratados internacionales sobre los mismos, se produce en la sentencia n. 120 del 1967. Sobre la jurisprudencia de la Corte relativa a los derechos del extranjero en relación con el principio de igualdad, vid. PASSAGLIA, P., ROMBOLI, R., “La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale”, REVENGA SÁNCHEZ, M., (Coord.), *I problemi costituzionali dell'immigrazione tra Italia e Spagna*, Giuffrè, Valencia, 2005. PP. 11ss.

igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo en los términos establecidos en dicha Ley Orgánica, el nuevo precepto tras su modificación elimina la referencia al ejercicio de los derechos a «en igualdad de condiciones que los españoles» y lo sustituye por una encomienda que resulta más coherente con el impacto que el Derecho Internacional de los derechos fundamentales tiene en nuestro ordenamiento. En efecto, se dispone que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales- referencia que omitía el texto original-. A la fijación de dicho régimen jurídico sirve como criterio interpretativo general el que los extranjeros deben ejercitar los derechos que les reconoce la propia Ley en condiciones de igualdad con los españoles. La norma reconoce, de éste modo, que los derechos fundamentales vienen atribuidos ex. Constitutionem y su ejercicio dependerá de la regulación legal del mismo que en todo caso será aplicable en los mismos términos a españoles y extranjeros si se trata de aquellos que pertenecen a todos por tener origen en la dignidad humana<sup>1207</sup>. Por otro lado la igualdad no será un derecho que puedan reclamar en todo caso, sino solo cuando el resto de normas así lo imponga de manera que solo tiene virtualidad directa como principio jurídico.

En definitiva, ni de las normas legales se predica su extensión, ni se ha pronunciado nunca de forma clara el Alto Tribunal sobre el alcance del art. 14 CE en su acepción de igualdad general entre nacionales y extranjeros o entre estos últimos, de modo que parece no ser admitida la igualdad como derecho inherente a la condición humana a pesar de la existencia de cierta tendencia internacional a incluirla entre los derechos humanos<sup>1208</sup>. Si bien no hay duda alguna de que tal determinación es acorde con la reserva a los españoles de la igualdad, también es cierto que el derecho será reconocido en la medida en que lo dispongan los Tratados o las leyes invocando al efecto el art. 10.2 CE que por sí mismo no constitucionaliza los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios<sup>1209</sup>. Al mismo tiempo, la denegación de una igualdad absoluta entre unos y otros no permite que en virtud del art. 14 CE se pueda situar al extranjero al margen de la protección constitucional que brinda éste precepto cuando se trata de aplicar una norma que no prevé diferenciación por motivo de nacionalidad<sup>1210</sup>.

---

<sup>1207</sup> Ha sido criticado por parte de la doctrina que la ley española de extranjería no instaura un sistema general de derechos fundamentales de los inmigrantes pese a que «la cuestión de la inmigración es una cuestión de derechos y deberes que hace iguales a las personas». MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. "El modelo de regulación jurídico-política de la inmigración en España", en AA.VV, *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*. op.cit. P. 232

<sup>1208</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "La igualdad en la ley y en aplicación de la ley", CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., (Dirs.) *Comentarios a la...* op.cit. P. 287.

<sup>1209</sup> De ese modo se reconoció el derecho a la libre circulación de los extranjeros que el art. 19 CE reconoce de forma reservada a los españoles, en la medida en que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite su modulación al legislador STC 94/1993 de 22 de marzo, 1993/94, F. 3; 242/1994 de 20 de julio, RTC 1994/ 242, F. 5; 24/2000 de 31 de enero, RTC 2000/ 24, F. 4. Partidaria de una interpretación amplia del art. 14 a la luz de los Tratados Internacionales, DÍAZ CRETO, M., "El derecho a no ser discriminado...", op.cit. P. 117.

<sup>1210</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., "Volver a las fuentes los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional". *Revista general de derecho constitucional*, nº12, 2011. P. 6.

### 3.2.La nacionalidad como factor de discriminación protegido en vía constitucional

Como sabemos, el criterio de la nacionalidad no aparece recogido entre los factores protegidos frente a discriminaciones del art. 14 CE y en principio su inclusión entre aquellos no parecería congruente con la consagración en su primer apartado de la igualdad entre los españoles<sup>1211</sup>. Sin embargo, conocemos la división que la jurisprudencia más moderna efectuó entorno a la igualdad y a la prohibición de discriminación. Es por ello que debe evaluarse, habida cuenta de la inexistencia de una igualdad absoluta entre españoles y extranjeros que se ve matizada por la aplicación de los Tratados Internacionales y la ley, si la nacionalidad puede ser acogida como cualquier otro factor de discriminación.

En el panorama nacional no fue fácil admitir la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad pues, considerando que deberá prescindirse del hecho de la nacionalidad en la atribución de la titularidad y ejercicio de los derechos que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, dentro de los cuales se ha de incluir la prohibición de discriminación, ésta no contempla la razón de nacionalidad, de modo que en todo caso se aceptaba que también a los extranjeros se les debe garantizar el derecho a no ser discriminados por las causas enumeradas en el art. 14 CE o en base a circunstancias análogas, pero no directamente protegidos por la discriminación en razón de su nacionalidad<sup>1212</sup>. Por extensión, les serían aplicables todos los mecanismos que el ordenamiento dispone para la tutelar la discriminación como el acceso al proceso preferente y sumario de vulneración de derechos fundamentales activándose, cuando existan indicios de discriminación, el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba y las decisiones discriminatorias que les afecten serán nulas de pleno derecho siempre que vulneren su derecho a no ser discriminados por razón de sexo, raza, discapacidad, etc. Ésta fue la postura adoptada por el TC quien reconoce que se garantizan a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» entre los que, sin duda, ha de incluirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social y, de no alegarse una de estas causas, se rechaza el motivo de lesión del principio de igualdad ante la ley, sentenció<sup>1213</sup>.

---

<sup>1211</sup> STC 87/1984, de 27 de julio, RTC 1984/87, FJ 2: «Respecto al artículo 14, que establece el principio de igualdad ante la Ley y la prohibición de discriminación entre los españoles...»

<sup>1212</sup> STC 137/2000 de 29 mayo, RTC\2000\137, FJ 1.El TC advierte que la inexistencia de desigualdad en la ley al ciudadano extranjero al que se deniega el permiso penitenciario de salida, se confirma ante la falta de actividad del demandante que no muestra indicio alguno que pudiera haber servido para vincular la hipotética desigualdad de trato de que se queja con alguna de las causas expresamente prohibidas en el art. 14 CE. En ese sentido, DÍAZ CREGO, "El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad...op.cit. P. 121. Sobre la posibilidad de reconocer a los extranjeros el derecho a no ser discriminados por razón de nacionalidad, CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad. Reflexiones en clave constitucional, sobre una sociedad decente". AA.VV., *Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. CEPC, Madrid, 2004.P. 108-109. VIDAL FUEYO, M.C., *Constitución y extranjería*, op.cit. PP. 159ss.

<sup>1213</sup> STC 137/2000 de 29 mayo, RTC 2000\137. FJ 1.



En consecuencia, el TC español no parecía admitir como causa independiente de discriminación a la nacionalidad derivada de la cláusula de apertura del art. 14 CE, aunque sí había considerado que ésta penetraría a tenor de la exigencia de interpretar las normas iusfundamentales con los textos internacionales ratificados por España, pero solo para proteger la prohibición de discriminar entre nacionales de los Estados miembros<sup>1214</sup>. Más adelante en el tiempo revisará su propia doctrina en el sentido de otorgar reconocimiento de la discriminación por razón de nacionalidad cuando se produzcan diferencias de trato únicamente justificadas por poseer una determinada nacionalidad<sup>1215</sup>. Sin embargo, la lectura de los mismos arroja todavía la duda de si efectivamente la nacionalidad penetra, como lo han hecho otros-edad, discapacidad-entre los factores de discriminación no nombrados en el precepto<sup>1216</sup>. Teóricamente, se pueden plantear dos objeciones al reconocimiento en términos implícitos de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el art. 14 CE de esas dos sentencias. En primer lugar, en los asuntos referidos, otorga el amparo a los recurrentes, españoles, por lo que seguiría vigente la duda planteada en torno a la posibilidad de que los extranjeros se encuentren amparados por la prohibición constitucional de discriminación en base a su nacionalidad. En segundo lugar, en el primero de los asuntos analizados por el TC en el que se dilucida si la diferente nacionalidad puede justificar el trato desigual, admite que la diferencia retributiva, de idéntica categoría y con idéntica prestación de servicios, resulta desprovista de una justificación objetiva y razonable, con vulneración por tanto del art. 14 CE. Por tanto, no se reconoce como tal a la nacionalidad como elemento propio de la discriminación, sin o de igualdad de trato vinculante para la Administración pública.

La segunda sentencia, en cambio, viene a resolver la cuestión planteada que tiene origen en un litigio entre particulares no sin cierta imprecisión técnica. La sentencia considera necesario para que la denuncia no prospere, que la diferencia de trato entre profesores de nacionalidad española y los de nacionalidad italiana efectuada por el Liceo italiano en Madrid, no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores-entre las que no está la nacionalidad-. Lo importante, a nuestro juicio, es que admite que ante las circunstancias examinadas no resulta justificado que el trato retributivo a que se somete a las recurrentes tenga un «fundamento racional y ajeno a la circunstancia de su nacionalidad española», para finalmente admitir que existe una vulneración de la igualdad, en su concreto extremo de «prohibición de discriminación salarial por razón de nacionalidad».

---

<sup>1214</sup> STC 132/1989 de 18 julio, RTC 1989\132, FJ 12.

<sup>1215</sup> STC 34/2004 de 8 marzo (RTC 2004\34), estimatoria de un recurso de amparo promovido por un ciudadano español que trabajaba en la oficina comercial de España en Belgrado, por diferencia retributiva con otras dos trabajadoras yugoslavas con las que compartía el mismo trabajo y funciones, la diferencia retributiva alegada por el demandante de amparo respecto de otras trabajadoras al servicio de idéntica Administración pública, de idéntica categoría y con idéntica prestación de servicios, al resulta desprovista de una justificación objetiva y razonable, con vulneración por tanto del art. 14 CE; STC 5/2007 de 15 enero (RTC 2007\5), estimatoria de un recurso de amparo interpuesto por profesores del Liceo Científico Estatal Italiano de Madrid debido a la diferencia salarial con sus compañeros de nacionalidad italiana, no habiéndose demostrado que la diferencia tenga un fundamento racional y ajeno a la circunstancia de su nacionalidad española, FJ 3.

<sup>1216</sup> Considera que en éste punto la jurisprudencia constitucional no ha resuelto la cuestión DÍAZ CREGO, M., “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿Un derecho de los extranjeros?”, op.cit. PP. 123ss.

No obstante, no existe pronunciamiento expreso que reconozca al extranjero el derecho a no ser discriminado por su nacionalidad, cuestión que no ha entrado a valorar. Precisamente, resolviendo un asunto en el que acaba denegando el amparo al demandante, ciudadano francés, se refiere a que «con independencia de cualquier otra consideración acerca de la extranjería como causa de discriminación inserta en la interdicción del artículo 14 CE, se comprueba en este caso que el hecho de que el interno sea extranjero no se ha tomado en consideración en los Autos recurridos para adoptar un tratamiento penitenciario más severo a través de la denegación del permiso de salida, sino que se menciona como un simple dato para sustentar razonablemente su falta de arraigo en España (...)»<sup>1217</sup>. En otros casos en que los demandantes de amparo no son de nacionalidad española, inadmite la queja relativa a la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad (art. 14 CE) porque concurre el óbice procesal correspondiente a la falta de su invocación formal en el proceso judicial previo<sup>1218</sup>.

A la luz de la jurisprudencia analizada puede desprenderse, en nuestra opinión, que la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad también ha de ser avalada en nuestro ordenamiento como causa que penetra en la cláusula abierta del art. 14 CE<sup>1219</sup>. Dicha condición tiene la virtud de estigmatizar y conculcar la dignidad de las personas por el mero hecho de su nacionalidad cuando éste elemento carece de relevancia jurídica y se usa como elemento consustancial a la persona para segregarlo o marginarlo. Ésta interpretación resulta, por lo demás, compatible con su reconocimiento en las normas internacionales que penetran mediante el art. 10.2 CE y complementan el alcance del art. 14 CE. En los mismos términos tendrá plena aplicación la doctrina que emana de los órganos jurisdiccionales a los que se encuentra sometido nuestro país, como es el caso del TEDH quien se pronunció en el sentido de consentir solo por motivos rigurosos las diferencias de trato exclusivamente fundadas en la nacionalidad en el ejercicio de los derechos reconocidos en la CEDH, siempre que las situaciones puestas en comparación sean análogas, pues si no lo son, no se tendrá que entrar a valorar la posible vulneración del derecho aludido, como séran las situaciones vinculeras con el régimen jurídico de extranjería, o con la actividad política, en los términos expresados en el propio Convenio<sup>1220</sup>. En efecto, el TEDH reconoce de forma reiterada a los poderes públicos una amplia potestad para controlar la entrada, la

<sup>1217</sup> ATC 191/2000 de 24 julio. RTC 2000\191 AUTO, FJ 1; STC 24/2005 de 14 febrero, RTC 2005\24, FJ 2.

<sup>1218</sup> 133/2010 de 2 diciembre, RTC 2010\133, FJ 2.

<sup>1219</sup> Considera que entre las restantes condiciones personales o sociales frente a las que no cabe discriminar debe entenderse incluida, sin duda, la nacionalidad, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, op.cit. P. 91.

<sup>1220</sup> SSTEEDH de 16 septiembre 1996, caso *Gaygusuz contra Austria* TEDH 1996\40, apartado 42; de 30 de septiembre de 2003, caso *Koua Poirrez* contra Francia, apartado 46; de 18 febrero 2009, *Adrejeva contra Letonia*, apartado 87; de 8 abril 2014, caso *Dhahbi contra Italia*, apartado 46. Hasta la sentencia emitida en el caso *Koua Poirrez*, considera que había interpretado el principio de forma restrictiva, BOZA MARTÍNEZ, D. “Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7 de 2005. BIB 2005/1260. Si bien el art. 14 CEDH reconoce el derecho a no ser discriminado en el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio, el Protocolo nº12 consagra la prohibición de discriminación como derecho independiente y desvinculado con los demás contemplados en el mismo. El Informe explicativo al Protocolo corrobora la existencia de la nacionalidad como motivo autónomo de discriminación en su párrafo 19, sin que la misma deba ser interpretada de forma restrictiva sino al contrario, solo se encuentra vedada aquella distinción basada en la nacionalidad cuando aquella esté desprovista de una justificación objetiva y razonable ante situaciones análogas y no supere el conocido test de proporcionalidad. Vid. Un análisis de ésta jurisprudencia en DÍAZ CREGO, M., “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿Un derecho de los extranjeros?”, op.cit.PP. 134ss.

residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio<sup>1221</sup>. También se refieren a ésta última si bien de modo implícito los arts. 2 DUDH, art. 2 PIDESC y art. 2 y 26 PIDCP como causa prohibida de distinción en el disfrute de los derechos reconocidos en esos instrumentos internacionales, si bien el Comité de Derechos humanos extrajo la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en la cláusula de apertura de éste último precepto que se refiere a otras condiciones sociales<sup>1222</sup>, como también lo haría derivar del art. 2 del PIDESC el Comité de derechos económicos, sociales y culturales<sup>1223</sup>. Si bien, el escrutinio empleado por el Comité de Derechos humanos para garantizar que no se conculque el derecho referido tenderá a ser equiparado al que utiliza cuando vela por el debido respeto al principio de igualdad ante la ley<sup>1224</sup>. Así como en aplicación del CEDH, la prohibición de discriminar por razón de la nacionalidad no se impone de forma ilimitada. Antes al contrario el propio PIDCP reserva determinados derechos a los ciudadanos de un Estado, eliminando así de su ámbito aplicativo a los extranjeros que no han adquirido aún tal condición, como son los derechos de sufragio pasivo y activo o el derecho a acceder a la función pública del país (art. 25 PIDCP), o la libertad de circulación (art. 12 PIDCP). Por otra parte la prohibición de discriminación del art. 26, no solo ha sido opuesta a los órganos estatales, sino también se ha considerado que con ella se persigue su erradicación de las relaciones horizontales y así el CDH en un asunto en el que se denunciaba la discriminación que provocaba un convenio colectivo (aunque no por razón de nacionalidad), sostenía que también los tribunales tienen que proteger tales situaciones, especialmente cuando se trata de un sector cuasi-público, como es el empleo. Tal consideración debe ser extendida a todos los supuestos de discriminación y por ende, también a la fundada en la nacionalidad<sup>1225</sup>.

Por último debemos destacar, en el marco de la UE, que el art. 21 prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad en su apartado segundo, separado del resto de causas de discriminación. Ya hemos analizado que ésta cláusula se entiende referida no a todos los ciudadanos, sino solo a los nacionales de Estados miembros que circulen libremente por el territorio de la Unión. Sin embargo, el primer apartado recoge una lista de causas de discriminación que ya habían sido garantizadas a través de normas de Derecho derivado debido a que la Unión posee competencias específicas en ésta materia. Pero además, recoge otras causas de discriminación no contempladas en el

---

<sup>1221</sup> ESTEVE GARCÍA, F., “Las cláusulas generales antidiscriminatorias: ámbito de aplicación y efectos jurídicos”, AJA FERNÁNDEZ, E., (Coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*. Tirant lo Blanch, Valencia. P. 59.

<sup>1222</sup>El Comité de Derechos humanos que admitió su reconocimiento implícito en el art. 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos donde se refiere al origen nacional- pero no a la nacionalidad- como «cualquier otra condición social». Comunicación n° 196/1985, de 3 de abril de 1989, asunto *Gueye v France*. Con ello no eliminaba el uso de la nacionalidad como elemento diferenciador, admisible cuando con ello el Estado persiguiera un objetivo legítimo y se fundara en criterios objetivos y razonables

<sup>1223</sup> Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, cuyo texto es: “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”. Observación General n° 20 “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 42° período de sesiones. Ginebra, 4 a 22 de mayo de 2009.

<sup>1224</sup> CREGO, M., “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿Un derecho de los extranjeros?”, op.cit. P. 130. En efecto, advierte que la discriminación ámbito de la ciudadanía o en el de los derechos de los extranjeros en un país (comunicación N° 035/1978, Aumeeruddy Cziffra y otros c. Mauricio, dictamen de 9 de abril de 1981), constituye una infracción del artículo 26. Observación General No. 28. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), apartado 31.

<sup>1225</sup> Asunto *Nahlik v. Austria*, de 22 de julio de 1996, comunicación núm. 608/1995.

Derecho originario entre las que no se encuentra, la nacionalidad o el origen nacional, sino la pertenencia a una minoría nacional. Las explicaciones a la Carta confirman que éste precepto es fruto de la norma contemplada en el Derecho originario en virtud de la cual la Unión se compromete a luchar frente a discriminaciones, además de haberse servido del art. 14 CEDH como inspiración, determinando su aplicabilidad de conformidad con éste en la medida que coincida con el mismo. Por tanto, la nacionalidad, como rasgo de discriminación que ha sido extraída de la cláusula abierta del art. 14 CEDH no coincide en éste ámbito con el art. 21.1 CDFUE y no podría penetrar por ésta vía como causa antidiscriminatoria de aplicación general a menos que se considere que aquel también contempla una cláusula de apertura a otros motivos de discriminación cuando se refiere el precepto a que se prohíbe toda discriminación, «y en particular la ejercida por (...)»<sup>1226</sup>. A éste respecto el asunto vendría zanjado por la pretendida adhesión de la UE al CEDH tal y como se prevé en el art. 6 TUE<sup>1227</sup>. Desde luego no parece ser ésta la opción interpretativa que barajaban los artífices de la Carta pues, conscientemente, se ha otorgado un tratamiento específico a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad habida cuenta de que ésta se protege de forma autónoma y se entiende referida, según el tenor de las explicaciones a la misma, a la prohibición que contempla el art. 18 TFUE, garantizada por el TJUE solo a ciudadanos comunitarios aunque fuera redactado de forma abierta o abstracta y solo aplicable a situaciones transnacionales<sup>1228</sup>.

En definitiva, a la vista de la configuración constitucional de los derechos de los extranjeros y de la jurisprudencia analizada, entendemos plenamente coherente la inexistencia de mención expresa a la nacionalidad entre los motivos vedados y ello porque el constituyente elaboró un precepto unitario en el que pretendía entonces reservar la igualdad ante la ley, sin discriminación, a los españoles. Sin embargo, la independencia de uno y otro derechos permiten evidenciar que la nacionalidad se ha colocado, por su tratamiento histórico, en una causa social de segregación contraria a la dignidad y que solo puede ser adoptada cuando las circunstancias justificativas sean razonables y pertinentes desde el punto de vista constitucional. Ésta postura no se encuentra enfrentada a la de quienes consideran que a la luz de la jurisprudencia constitucional y de los textos internacionales se ha de incluir este factor entre las categorías sospechosas de discriminación en todo caso<sup>1229</sup>. Efectivamente, una interpretación sistemática de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico comprometido por las normas internacionales es la que permite adoptar la nacionalidad como criterio de discriminación.

---

<sup>1226</sup> Considera que la referencia de forma genérica de prohibición de «toda discriminación» llevaría a entender incluida la nacionalidad como causa discriminatoria, CAMAS RODA, F., “La adecuación de la normativa de extranjería sobre empleo de los inmigrantes respecto de las reformas laborales adoptadas y de la actual situación de crisis económica”. *Relaciones Laborales*, nº 2, 2013. Publicado en La Ley Digital, desde donde se cita. P. 15.

<sup>1227</sup> Un primer intento de ésta adhesión no prosperó debido a que el TJUE emitió un dictamen en el que declaraba la oponibilidad del Acuerdo pactado entre el Consejo (con la Comisión como negociadora) y el Comité Director de Derechos Humanos con el on el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

<sup>1228</sup> Vid. Supra § 2.1 Algún autor defiende, no obstante, la aplicabilidad general de éste precepto GROENENDIJK, K., “Citizens and third country nationals: differential treatment or discrimination?”, CARLIER, J-Y, GUILD, E., (Dirs.), *L’avenir de la libre circulation des personnes dans l’UE.*, Bruylant, Bruselas, 2006. P.84.

<sup>1229</sup> DÍAZ CREGO, M., “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿Un derecho de los extranjeros?”, op.cit. PP. 125ss.

Analizado ya el artículo 14 CE desde la perspectiva de la nacionalidad, podemos considerar que la negociación colectiva estará vinculada por la precisión de igualdad entre españoles y extranjeros en los términos en que ha sido así impuesto por las normas tanto internas como internacionales, así como por la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad, oponible de forma absoluta del mismo modo para todos los sujetos privados y que va más allá de la distinción español/extranjero, pues también es susceptible de perjudicar al sujeto español o a dos sujetos de distintas nacionalidades distinta a la española<sup>1230</sup>.

### 3.3.Marco legal de referencia

En la legislación española, la prohibición de discriminación sancionada por sendos artículos del Estatuto de los trabajadores, no contemplan la nacionalidad entre los criterios vedados a la actuación empresarial o a la negociación colectiva – art arts. 4.2 c) y 17.1<sup>1231</sup>-. La referencia, como vimos, se realiza al origen, incluido el racial o étnico, términos no coincidentes con la nacionalidad. De éste modo, el Estatuto no prohíbe que los convenios colectivos introduzcan diferencias, favorables o desfavorables por razón de nacionalidad si ello no implica la discriminación de otros colectivos expresamente protegidos por la norma. Éste modo de interpretar la norma tampoco contrastaría con la tutela que proporciona el art. 23.1 de la LOEXIS que veta 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, cuyo fin o efecto sea el de destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. De nuevo, la igualdad y la prohibición de discriminar se utilizan de forma instrumental al debido respeto de los derechos que el extranjero pueda ejercitar en nuestro país, sin que pueda ser discriminado por aquellas circunstancias sociales o culturales que lo puedan estigmatizar independientemente del dato jurídico de su nacionalidad. Sin embargo, el precepto describe en su segundo apartado una serie de circunstancias que pueden provocar la discriminación tales como los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad del mismo modo que constituirá discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por

---

<sup>1230</sup> Éste tema se encuentra poco debatido y prueba de ello es que «en nuestro ordenamiento no ha planteado duda la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en los tratamientos normativos de origen legal y colectivo al considerarse que no existe causa objetiva y razonable para establecer un trato diferente a situaciones jurídicas idénticas», pero ello derivaba de lo establecido en la LO 7/1985, no de la interpretación directa del art. 14 CE. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante”, op.cit. P. 3. El TEDH sí se ha pronunciado sobre la eventual discriminación entre extranjeros de diversas nacionalidades en el asunto *Moustaquim c. Bélgica* en el que, no obstante, considera justificada la diferencia de trato entre extracomunitarios y comunitarios porque Bélgica, país donde reside el Sr. Moustaquim y donde tiene lugar el litigio, pertenece a un orden jurídico específico. STEDH de 18 de febrero de 1991, apartado 49.

<sup>1231</sup> De nuevo, se trata de una ausencia deliberada, esta vez, por el legislador. En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J. “Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros”, op.cit. P.7.

su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad. Son precisamente éstos últimos los fundamentos jurídicos sobre los que se ha de fundar la limitación de la negociación colectiva al establecimiento de tratamientos desfavorables por razón de nacionalidad porque en ellos no se identifican a los poderes públicos como únicos destinatarios, mientras que las primeras normas en materia de extranjería aprobadas vigente la Constitución de 1978 impedía expresamente aplicar condiciones laborales inferiores a los extranjeros a las fijadas por el marco de referencia legal o convencional aplicables en el territorio español a los trabajadores nacionales, precepto que ha desaparecido de la norma reglamentaria vigente<sup>1232</sup>.

Por otro lado, la redacción del segundo apartado del precepto dejaría una vía abierta a la existencia de discriminación de tipo directo en el ámbito de ejecución de la prestación laboral pues solo tutela al trabajador en el disfrute de sus condiciones laborales cuando pueda ser sujeto de una discriminación indirecta mientras que con respecto al acceso al empleo se pronuncia de forma contundente –art. 23.2 c)- y también cuando se refiere a la prohibición de actos discriminatorios en términos generales por razones o motivos todos ellos ajenos a la nacionalidad en el apartado primero. La norma podría haber sido más clara al respecto y abordar ésta cuestión de forma expresa como así se hizo en la normativa previa.

No obstante, al margen del régimen jurídico aplicable a los ciudadanos comunitarios, a los que la ley de extranjería española solo les sería aplicable si contuviese medidas más favorables, deben tener vigencia a éste respecto aquellas normas comunitarias que exigen a los Estados asegurar la igualdad de trato entre nacionales y extracomunitarios en materia laboral pues de lo contrario estaríamos ante una transposición no conforme del Derecho europeo a la norma interna.

En Italia, al margen del reconocimiento constitucional y legal de la prohibición de discriminación en el empleo que tampoco contempla la nacionalidad entre las causas vedadas el art. 43 del Texto Único en materia de inmigración que impone la no discriminación de un modo prácticamente idéntico al efectuado por la norma española del que ésta tomó su inspiración. El apartado de cabecera reconoce como acto discriminatorio el que directamente o indirectamente comporte una distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, el color, la ascendencia, el origen nacional o étnico, las convicciones o las prácticas religiosas cuya finalidad sea destruir o comprometer el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>1233</sup>. Concreta también la prohibición de actos discriminatorios en el acceso al empleo por razón de nacionalidad pero, como principal diferencia en la redacción entre el precepto español y el italiano, la letra e) del apartado 2 delimita la prohibición de discriminación en el marco del empleo a los actos que provienen del empresario o de quien actúe en su nombre y por razones de

---

<sup>1232</sup> Art. 69 Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 anterior ley de extranjería. No ha sido incorporado tal precepto en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

<sup>1233</sup> Decreto legislativo nº 286 de 25 de julio de 1998 *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*. Sobre ésta cuestión, CASTELVETRI, L. "La tutela contro le discriminazioni. Profili sostanziali e processuali", NASCIBENE, B. (Coord.) *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padua, 2004. PP. 1123ss.

pertenencia a una raza, grupo étnico o lingüístico, confesión religiosa o ciudadanía, sin mencionar la nacionalidad. Por otro lado, reconoce al trabajador subordinado extranjero con permiso de residencia en Italia la igualdad de trato en condiciones retributivas o asistenciales<sup>1234</sup>. Ambas legislaciones, asimismo, reconocen que el Estado deberá asegurar la igualdad de trato en las condiciones<sup>1235</sup>.

Finalmente en Francia, donde se contempla la discriminación por este motivo desde 1972<sup>1236</sup>, se prohíben las discriminaciones directas o indirectas que introduzcan diferencias de trato en el acceso al empleo, condiciones profesionales, despido y cualquier otra medida basada en la pertenencia o no pertenencia, real o supuesta, a una nación determinada, sin perjuicio de aquellas diferencias de trato que respondan a una exigencia profesional esencial y determinante cuando el objetivo sea legítimo y el objetivo proporcionado, precepto difícilmente activable cuando la circunstancia de diferencia sea la pertenencia a una nación, que podrán ser más frecuentes, en cambio, cuando se precise un determinado origen racial o el conocimiento de una determinada lengua. Por su parte, no encontramos parangón en la ley general de extranjería francesa con respecto a las normas como la española o la italiana, que no contempla medidas de tutela antidiscriminatoria, sino que introduce modificaciones a las normas aplicables, entre ellas, el Código de trabajo mediante el cual se protege la prohibición de discriminación de los trabajadores en los términos referidos<sup>1237</sup>.

#### 4. IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Al analizar en el primer capítulo el modo en que la negociación colectiva en España se encuentra vinculada al art. 14 CE, hemos avanzado que, en todo caso, el convenio colectivo ha de atenerse a la inderogable prohibición de discriminación mientras que deberá respetar la igualdad cuando estemos ante un convenio estatutario. Ésta resumida afirmación deja sin resolver la cuestión que se nos plantea en torno a la concepción de la igualdad como un derecho fundamental de todos, nacionales o extranjeros o bien delimitada su protección a los españoles. Asimismo, tampoco es pacífica la idea del reconocimiento de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el ordenamiento español. De ser excluyente la respuesta a las dudas planteadas, queda en suspenso la oponibilidad de tales derechos frente a extranjeros cuando sean afectados por la negociación colectiva.

---

<sup>1234</sup> Art. 37.4 Texto único sobre inmigración.

<sup>1235</sup> Arts. 2bis.2 i) de la LOEXIS y 2.3 del Texto único sobre inmigración.

<sup>1236</sup> Ley 72-546 de 1 de julio de 1972 que modifica con su artículo 7 el art. 416 del Código Penal configurando como delito el rechazo de asumir o el despido de un trabajador debido a su pertenencia a una nación concreta.

<sup>1237</sup> Ley n° 2016-274 de 7 de marzo de 2016 *relative au droit des étrangers en France*.

#### 4.1. Igualdad de condiciones laborales entre nacionales y extranjeros

Aunque ya hemos visto el distinto régimen al que se somete al trabajador inmigrante extracomunitario, a quien no se aplica la equiparación absoluta con los nacionales comunitarios cuando ejercen su derecho a la libre circulación, resulta de gran relevancia el art. 15.3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, en el que se reconoce el derecho a disfrutar de condiciones de trabajo equivalentes a los trabajadores de terceros Estados de las que se atribuyen a los trabajadores comunitarios, pero no a la igualdad en las mismas<sup>1238</sup>, condiciones que pueden ser en determinados casos incluso de signo positivo para el colectivo que regula según se extrae del art. 153.1 g) del TFUE que permite el apoyo y complemento de la UE en el establecimiento de condiciones de empleo<sup>1239</sup>. Estas normas se complementan en el ámbito europeo con el Estatuto del Trabajador migrante aprobado por el Consejo de Europa en el que ya se exigía para los trabajadores extranjeros un tratamiento no menos favorable que el concedido a los trabajadores nacionales en cuanto a las condiciones de trabajo desde el momento en que aquél ya ha sido autorizado para desempeñarlo- excluyendo pues, de su ámbito de aplicación, a los trabajadores en situación irregular-, tanto en la aplicación de las leyes como de los convenios colectivos que regulan las condiciones de empleo de los trabajadores nacionales<sup>1240</sup>. También el artículo 19 de la Carta Social Europea sólo exige que los trabajadores migrantes sean tratados de forma no menos favorable que los nacionales en relación con: la remuneración y otras condiciones de trabajo y empleo. De su ámbito aplicativo se excluye a quienes no son trabajadores regulares. En tal medida, no es legítimo establecer diferencias de trato peyorativas basadas en la nacionalidad en materias como el salario, las vacaciones o la jornada de trabajo<sup>1241</sup>.

De éste modo, las condiciones laborales previstas en un convenio colectivo deberán ser, cuanto menos, equivalentes y por tanto no desiguales de forma injustificada para nacionales y extranjeros. Mientras que, en virtud de lo que se establece en los instrumentos internacionales anteriores, no estarían obligados a imponer las mismas condiciones a los trabajadores extranjeros en situación de irregularidad. Ningún Tratado Internacional ratificado por España impone tal premisa, como así auspicia la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares<sup>1242</sup>. En tal caso, es preciso señalar, la diferencia de trato no

---

<sup>1238</sup> De ésta forma se convierte en vinculante la voluntad de equiparar las condiciones laborales entre nacionales y extranjeros de terceros Estados contenida ya en el Preámbulo de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales fundamentales .Sobre la problemática intrínseca de definir el concepto de condiciones laborales, vid. RIVAS VALLEJO, P., “Quiebras en la igualdad de trato de los trabajadores extracomunitarios de la Unión Europea”. *Revista Derecho del Trabajo*, n° 3, 2007 (extraordinario). PP. 787ss.

<sup>1239</sup> La cuestión abarcaría pues a limitaciones o condiciones no necesariamente peyorativas, BALLESTER PASTOR, M.A. “El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico”, op.cit. P. 61. En ese sentido, considera que el precepto comunitario se refiere a la posibilidad de que se establezcan medidas de acción positiva a favor de los trabajadores extranjeros comunitarios, GÓMEZ MUÑOZ, J.M., “La prohibición de discriminación por causas étnicas o raciales”. *Temas Laborales*, n° 59, 2001. P. 76.

<sup>1240</sup> Art. 16 Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante. Consejo de Europa, Estrasburgo, 24 de noviembre de 1977.

<sup>1241</sup> LONG, M. “Sur le principe d’égalité”, Conseil d’Etat, Rapport Public, *La Documentation française*, n° 48, 1996, P. 362.

<sup>1242</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 no ratificada por ningún país de la Europa occidental. Entrada en vigor el 1 de julio de 2003. Su artículo 25, reconoce el derecho de gozar de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo, ya sean regulares o irregulares a los nacionales en todo lo que se refiere a las «condiciones de trabajo».



se fijaría en la nacionalidad del sujeto afectado, sino en su situación administrativa o jurídica.

Al margen del reconocimiento de los derechos sociales fundamentales a los trabajadores inmigrantes irregulares<sup>1243</sup>, tanto en su titularidad como en su ejercicio en lo que respecta particularmente a las condiciones de trabajo la norma española dispone que la ausencia de los permisos de residencia y trabajo no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero-art. 36.5 LOEXIS-<sup>1244</sup>, derechos que se refieren a todos los que se reconocen al resto de trabajadores entre los que consideramos incluidos los que recepciona el convenio colectivo aplicable a la empresa o sector<sup>1245</sup>. Por tanto, para ellos será aplicable la prohibición de ser discriminados en los mismos términos que se reconozca para el resto de los trabajadores y no se les podrá aplicar el mismo de forma desigual. Para algunos autores está claro que el convenio se aplica a éstos trabajadores, no porque implícitamente lo reconozca el precepto de la LOEXIS mencionado, sino porque se deriva del art. 4. 1. c) ET que incluye entre los derechos laborales básicos de los trabajadores el de negociación colectiva y realmente lo que está reconociendo este precepto es el derecho del trabajador a que se le aplique el convenio pactado, como fuente reguladora de sus derechos y obligaciones y reclamar en su caso la aplicación individual del mismo en los Tribunales.<sup>1246</sup> En otra opinión, el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos resulta indiscutible en virtud de lo proclamado en el art. 6 del Convenio 97 OIT<sup>1247</sup>.

En nuestra opinión, otras razones sirven para complementar esta postura, en primer lugar, la derivada de la exigencia al empresario de aplicar al trabajador extranjero que quiera contratar, el convenio colectivo vigente en su empresa por imposición del art. 3 c) del Reglamento que desarrolla la ley de Extranjería. Por lo tanto, aunque el trabajador acceda al empleo de forma irregular, hasta tanto se reconozca como tal se incluye entre todos los demás trabajadores extranjeros, aplicando un concepto material de

---

<sup>1243</sup> La Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero lleva a cabo ésta corrección técnica jurídica en la atribución de los derechos sociales fundamentales a todos los extranjeros. En ella se adapta la ley sobre extranjería a los pronunciamientos de inconstitucionalidad emitidos por el TC en sus sentencias 236 y 259/2007. Un análisis sobre las reformas introducidas en MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ, J.L., “El reconocimiento universal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en la ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”, MONEREO PÉREZ, J.L., (Dir.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*. Comares, Granada, 2010. PP.231ss.

<sup>1244</sup> Se refiere a los derechos derivados de la condición de trabajador, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería: (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España): incorpora el RD 864-2001, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002. P. 265. Atribuye los derechos sustantivos que el ordenamiento jurídico español establece respecto de un contrato de trabajo válido GÓMEZ ABELLEIRA, F., “Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar”. *Relaciones Laborales*, nº 12, 2004. PP.523ss. Recogido en la ley digital, desde donde se cita. PP.6-7.

<sup>1245</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., “Fundamentación jurídica del derecho de negociación colectiva de los trabajadores extranjeros”, DE SOTO RIOJA, S., (Coord.), *Cuestiones Problemáticas de la Negociación Colectiva. XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. CARL, Sevilla, 2009. PP. 165ss. MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., “El reconocimiento universal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”, MONEREO PÉREZ, J.L., *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, op.cit. PP.238ss.

<sup>1246</sup> TOMÁS JIMÉNEZ, T., “El derecho a la negociación colectiva de los trabajadores extranjeros”, GARCÍA CASTAÑO, F. J., KRESSOVA, N., (Coords.) *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Instituto de Migraciones, Granada, 2011. P. 362. TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Las autorizaciones de trabajo de los extranjeros en España: revisión jurídico-política”. *Tribuna Social*, nº 239, 2010. P. 159. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. R., “Derechos y deberes laborales (en torno al artículo 4 y 5)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100 (I), 2000. P. 255. En efecto la STSJ Castilla-La Mancha 667/2011 de 9 junio (JUR 2011\290964), confirma la sentencia recurrida en suplicación en la que aplica el convenio colectivo en materia de indemnización por muerte derivada de un accidente laboral de un trabajador extranjero en situación irregular.

<sup>1247</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo”, op. cit. P. 25.

trabajador<sup>1248</sup>. Esto vendría relacionado con la intangibilidad del convenio que impide que pueda ser inaplicado de forma unilateral por parte de quien se encuentra dentro de su ámbito de aplicación fuera de los cauces previstos y obliga a su respeto durante todo el periodo en que permanezca vigente, desplegando toda su fuerza vinculante –ex arts. 37.1 CE y 82.3 ET- , con independencia de su nacionalidad y de su situación-jurídica administrativa. En segundo lugar, el reconocimiento de todos los derechos laborales que correspondan a un trabajador equivalente tal y como lo configura la nueva ley de extranjería, se aleja de la mera exigencia de entregar la retribución correspondiente por el tiempo trabajado cuando el contrato celebrado con el trabajador extranjero en situación irregular devenía nulo en aplicación del art. 9.2 ET. Entre tales derechos hay que incluir, por tanto, los que derivan de la aplicación de un convenio colectivo.

En buena medida, la participación de los propios trabajadores inmigrantes en la representación de los trabajadores y en la negociación de convenios redundará de forma positiva en la equiparación de las condiciones y en la materialización de un compromiso por la integración y la igualdad en su sentido material. En este sentido, este aspecto de la negociación colectiva como derecho a fijar las condiciones laborales de determinado sector o espacio de actividad también ha de reconocerse, sin fisuras, a los trabajadores extranjeros, no solo a aquellos que se encuentran en situación de regularidad administrativa, sino también a quienes carecen de tales permisos. En tal sentido, es necesario interpretar de forma sistemática y finalista los preceptos de la Constitución, concretamente los arts. 28.1 y 37.1 (derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva), que no se reservan de forma exclusiva para los nacionales.

Si bien no hay duda de que el mismo tratamiento que al derecho a la libertad sindical se debe otorgar a la negociación colectiva entablada entre representantes sindicales y representantes de empresarios o los propios empresarios, dado que se incluye en el contenido esencial de la misma , considerada entre los derechos derivados de la dignidad humana no limitable en su ejercicio a los trabajadores extranjeros en situación de irregularidad<sup>1249</sup>, no es tan sencillo derivar ésta misma solución cuando nos referimos de forma aislada al derecho recogido en el art. 37 CE y ejercido en el marco ajeno a la libertad sindical. En efecto, como sabemos, la negociación colectiva forma parte del elenco de derechos constitucionales situados en el título primero, del que serán titulares los extranjeros en virtud de la modulación que de ellos lleve a cabo el legislador, salvo que aquella se derive directamente de la propia Constitución por su conexión con la dignidad humana (derecho a la vida, a la integridad, etc.). Ningún pronunciamiento constitucional, hasta este momento, se ha centrado en la negociación colectiva como derecho inherente a la dignidad de la persona y como tal, extensible directamente en si

---

<sup>1248</sup> Concepto material de trabajador que el TC utilizó para determinar la inconstitucionalidad de los preceptos de la LO 4/2000 en la que se sometía el ejercicio de derechos como los derechos de huelga y libertad sindical a la obtención del permiso de estancia o residencia en España vinculando su ejercicio en relación a éste último al «trabajador extranjero, en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de situación, de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona», STC 259/2007 de 19 diciembre, RTC 2007\259, FJ 7. Así como se refiere a la titularidad del derecho de libertad sindical conferida a «todos» los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a «todos» los sindicatos (art. 28.1 en relación con el art. 7 CE) en la STC 236/2007 de 7 noviembre. RTC 2007\236

<sup>1249</sup> STC 236/2007 de 7 noviembre. RTC 2007\236, FJ 9.

titularidad o ejercicio a todos los extranjeros-o mejor dicho, cuando la limitación al mismo no vulnere su contenido esencial dado que «el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana»<sup>1250</sup> -, o por el contrario, sometido a limitaciones en cuanto a su ejercicio en virtud de lo dispuesto por el legislador o los Tratados. Sin embargo, aunque fuese ésta segunda interpretación la finalmente adoptada, podemos considerar que tampoco resulta viable en nuestro ordenamiento una restricción a su ejercicio tratándose de la representación unitaria de los trabajadores pues no existe ni en los preceptos del Estatuto de los Trabajadores que regulan detalladamente el procedimiento de negociación, ni en la Ley Orgánica que regula su estatuto jurídico una limitación a su ejercicio. Ninguna restricción se deriva tampoco del Derecho internacional<sup>1251</sup>.

Entrando a valorar el contenido de los mismos, los convenios colectivos que han sido analizados no reparan en la nacionalidad como uno de los principales motivos de discriminación en el empleo por más que, como veíamos, se encuentre entre las aspiraciones sindicales. Tal es así que en su programa de acción más actual el sindicato mayoritario CC.OO. en España constata la necesidad de fomentar la plena incorporación de las personas migradas en todos los ámbitos sociales y laborales «en términos de igualdad y equiparación con la población autóctona»<sup>1252</sup>.

Se ha señalado como argumento de justificación de la ausencia masiva de declaraciones de igualdad por razón de nacionalidad, la existencia del imperativo legal que exige respeto por dicho principio y la automaticidad de su aplicación<sup>1253</sup>. Sin embargo, por una parte, hemos visto que no es contundente la norma al disponer la igualdad de trato de los trabajadores extranjeros, especialmente de los extracomunitarios a quienes se reconocen unas condiciones no menos gravosas que a los españoles. Por otro lado, aquel argumento de su consagración normativa podría ser extensible al resto de causas discriminatorias con respecto a las que los legisladores y las propias Constituciones han fijado con firmeza la igualdad y prohibición de discriminación y no por ello son inexistentes o inservibles las referencias convencionales.

En adelante se pretende analizar de la muestra seleccionada de convenios españoles e italianos aquellos elementos que están sirviendo para petrificar las discriminaciones que padecen aún los trabajadores por razón de nacionalidad así como el grado de desarrollo de políticas antidiscriminatorias, asuntos sobre los que no ha reparado de forma masiva

---

<sup>1250</sup> STC236/2007 de 7 noviembre, RTC 2007\236, FJ 3.

<sup>1251</sup> Vid. supra la doctrina señalada en la cita 146.

<sup>1252</sup> Acción nº 344, Eje 4, Programa de acción y documentos aprobados en el 10º Congreso de CCOO, Madrid, 21 a 23 de febrero de 2013.

<sup>1253</sup> SUPIOT, A. "Le statut des travailleurs migrants extracomunitaires en droit français", en AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, op.cit. P. 71. En ese sentido, CRUZ VILLALÓN, constata que existe una fuerte presunción bastante extendida en virtud de la cual son legítimas y por tanto viables cualesquiera restricciones de los extranjeros al mercado de trabajo de un Estado pero sin embargo una vez incorporados al mismo gozan a todos los efectos de un régimen de plena igualdad de tratamiento en sus condiciones de trabajo que sus compañeros nacionales. CRUZ VILLALÓN, J. "Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros", op.cit. P. 1.

la doctrina hasta el momento presente al elaborar análisis sobre negociación colectiva<sup>1254</sup>.

## 4.2. Medidas discriminatorias

### 4.2.1. Medidas de discriminación directa

La discriminación por razón de nacionalidad se expresa en varias normas del derecho originario y derivado de la Unión. Entre ellas, hemos visto que el derecho relativo a la libertad de circulación de los trabajadores de la UE recogido en el art. 45 TFUE vincula la prohibición por razón de nacionalidad directamente con la ciudadanía europea<sup>1255</sup>. Como excepción al principio de paridad y no diferenciación arbitrarias en éste campo, se sustancian, como para el resto de factores de riesgo, limitaciones justificativas de las mismas, que vienen dadas en éste caso por razones de orden público, seguridad y salud.

No obstante, la falta de autoridad pública de los interlocutores sociales les impediría apoyarse en tales excepciones para evitar la aplicación paritaria de las condiciones previstas en convenio colectivo puesto que aquellos no constituyen entidades de Derecho público. De éste modo cabe afirmar que no pueden existir cláusulas que discriminen al trabajador de otro Estado comunitario so pena de nulidad, mientras que se advierte la admisibilidad de diferencias de trato por razón de nacionalidad fuera de éste ámbito cuando, tras realizar un estricto examen de proporcionalidad, se aprecie que la medida está justificada de un modo objetivo, sea adecuada, necesaria y proporcionada, en aplicación del criterio general de prohibición de discriminación<sup>1256</sup>.

Por otra parte, la inaplicabilidad de las Directivas europeas sobre la protección de las minorías raciales o étnicas, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, impediría utilizar la excepción a la regla general de prohibición de discriminaciones directas ante la existencia de un requisito profesional esencial y determinante que excluya por sí mismo

---

<sup>1254</sup> En Italia, por ejemplo, se han llevado a cabo estudios de campo esporádicos. Entre ellos, cabe destacar, FAYE, A. "Lavoro e non solo: un bilancio dell'esperienza contrattuale per gli immigrati 1686-1995", Materiale Rassegna sindacale, 1996; LEONARDI, S., MOTTURA, (Coords) *Immigrazione e sindacato. Lavoro, rappresentanza, contrattazione*, 2° rapporto Ires sull'immigrazione, Ediesse, Roma, 2002; BENTIVOGLI, F., GERIA, A., *Immigrati, tutela contrattuale, associazionismo*. Caritas/Migrantes, Immigrazione: Dossier statistico 2005, Ides, Roma, 2006. Destaca el carácter modesto de la extensión de tratamiento convencional del argumento ligado a la presencia de fuerza de trabajo extranjera, lo que es identificado a todos los niveles de la negociación colectiva. LEONARDI, S. "Il lavoro degli immigrati nella contrattazione collettiva e nella concertazione territoriale", AA.VV. *Lavoratore extracomunitario extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, op.cit. P. 355 En España también son escasas las indagaciones doctrinales, destaca la ya referida de ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "Inmigración y negociación colectiva: Igualdad y gestión de la diversidad", ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, op.cit. PP. 423-441.

<sup>1255</sup> DA ROCHA BRANDAO, D., *La discriminación en el acceso al empleo...*, op.cit. P. 83. Así lo expresaba comentando la fallida Constitución para Europa, ELVIRA, A.: "La ciudadanía europea. El principio de no discriminación por razón de nacionalidad", ÁLVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., *Comentarios a la Constitución Europea*. Libro II. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. P. 108. No es tampoco legal la discriminación tanto directa como indirecta para entre los trabajadores de los Estados miembros de la UE, so pena de nulidad, al amparo del Reglamento 1612/68/CE (sustituido por el hoy vigente Reglamento nº492/2011), art. 7.4 con respecto al empleo y la retribución, TJCE de 15 de marzo de 2001, *Laat*, asunto C-444/98 y las demás condiciones de trabajo, incluidas las representativas, TJCE de 16 de septiembre de 2004, *Comisión vs Austria*, asunto C-465/01. Interpretando el mismo Reglamento, destacan las SSTJCE de 23 de febrero de 1994, *Scholz*, asunto C-419/92, apartado 7; de 23 de mayo de 1996, *O'Flynn*, C-237/94, apartado 17; de 16 de septiembre de 2004, *Gerard Mérida*, apartado 21.

<sup>1256</sup> DAVIES, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, op.cit. P.14.

el ánimo discriminatorio. Dicho de otro modo, no sería válida una medida convencional en virtud de la cual pretenda ser justificada tal diferencia porque la nacionalidad fuese concebida como un requisito imprescindible para ejercer el puesto de trabajo<sup>1257</sup>. Ninguna de las normas que consagra la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad ha interpuesto una excepción similar lo cual resulta coherente en tanto es difícil imaginar que exista alguna profesión u oficio en el que la nacionalidad en sí misma pueda ser entendida como requisito sine qua non, al margen de exigencia de los permisos de residencia y trabajo requeridos que son presupuestos básicos para que actúe la tutela antidiscriminatoria. Otros supuestos imaginables podrían vincularse a la nacionalidad pero solo de modo indirecto como es el conocimiento de una lengua o un determinado color de piel. Sirva como ejemplo la ausencia de justificación válida de la exigencia de cierta nacionalidad dentro de la política de contratación de una empresa, tal y como había sido declarado públicamente por ésta, dada desconfianza de la clientela en que los extranjeros puedan acceder a sus viviendas para la ejecución del servicio contratado<sup>1258</sup>. Del mismo modo, sería nula toda cláusula convencional que prevea la exclusión de contratar mano de obra extranjera ante la mera circunstancia de excedencia de personal nacional desempleado en ese mismo sector o territorio que solo se admite en el ámbito público<sup>1259</sup>.

En muy contadas ocasiones los convenios colectivos españoles recogen el criterio de la nacionalidad entre aquellos que no pueden servir de objeto de discriminación<sup>1260</sup>, como sucede análogamente en la práctica negocial italiana<sup>1261</sup>. Atendiendo a la incorporación de la nacionalidad mediante la cláusula de apertura de la Constitución incluiríamos en ésta escasa lista a aquellos que incorporan cláusulas antidiscriminatorias por remisión al art. 14 CE<sup>1262</sup>, mientras que en Italia en algún convenio se incorpora por remisión a la normativa internacional<sup>1263</sup>.

---

<sup>1257</sup> Sin embargo, el art. L. 1133-1 del Código de Trabajo francés, permite también la ejecución de una medida distintiva fundada en el origen nacional cuando se trate de una exigencia profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y la exigencia proporcionada.

<sup>1258</sup> Precisamente éste asunto fue encauzado en base a la Directiva 2000/43/CE atendiendo a la discriminación que tales declaraciones producían por motivos de origen racial o étnico, a pesar de que el empleador aludía en las mismas a la categoría de «extranjeros», dado que la discriminación por motivo de nacionalidad se excluye de su ámbito aplicativo. STJCE de 10 de julio de 2008, *Feryn*, asunto C- 54/07. Llama la atención que no se expresara en términos de discriminación por razón de nacionalidad o alternativamente como objeto de discriminación múltiple a CAMAS RODA, F. LÓPEZ ROCA, C., "La influencia en el ámbito jurídico español de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, raza u origen étnico regulada en el ordenamiento europeo e internacional, op.cit. P.275.

<sup>1259</sup> Sobre el principio de preferencia por el empleo nacional o comunitario, art. 12.5 Directiva 2009/50/CE, 14.3 Directiva 2003/109/CE, considerando 17 Directiva 2011/98/UE y 17.2 Reglamento UE 492/2011 respectivamente. La cláusula 2.2 .1 del Libro verde el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica define el principio de «preferencia comunitaria» como sigue: «Los Estados miembros sólo tendrán en cuenta las solicitudes de entrada en sus territorios por razones laborales cuando los puestos vacantes en el Estado miembro de que se trate no puedan ser ocupados por los trabajadores nacionales o comunitarios, ni por los trabajadores no comunitarios que residan legalmente y de forma permanente en dicho Estado miembro y que formen parte del mercado laboral del mismo».

<sup>1260</sup> A modo de ejemplo, el art.69 CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria lo incorpora como causa prohibida de discriminación. En el seno de la política de igualdad dentro de la Responsabilidad Social Corporativa, el art. 24 del CC de la *empresa Umano Seguridad S.L.*, dispone el compromiso inequívoco de los representantes de la empresa y de los trabajadores en el establecimiento de políticas que integren la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, sin discriminar directa o indirectamente por razón de nacionalidad, entre otras.

<sup>1261</sup> El Protocolo sobre el desarrollo sostenible y compatible con el sistema bancario, apéndice 7 del *CCNL ABI* las partes se comprometen a que sea respetado el principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

<sup>1262</sup> Entre otras, art. 53.1 CC *Banca*. Art. 6 CC *Farmacías*. Art. 5 CC *estatal de la empresa de distribución y gestión de tiendas de frutos secos LB, SL*. DA 3ª CC *de empresas y establecimientos dedicadas a la Hostelería afiliadas a la Federación HO.RE.CA*.

<sup>1263</sup> En la negociación colectiva italiana, el Protocolo I del *CCNL Tessile Abbigliamento Moda. SMI*, se refiere a la eliminación de cualquier forma de discriminación, entre otros, por motivo de ascendencia nacional, origen social u otros que hayan sido incluidos en los Convenios de la OIT ratificados por la normativa italiana.

#### 4.2.2. Medidas de discriminación indirecta

Es precisamente en el ámbito del derecho a la libre circulación de los trabajadores donde se sitúa el germen de la jurisprudencia comunitaria sobre discriminación indirecta aunque haya tenido mayor incidencia en la interpretación de diferencias de trato basadas en el sexo<sup>1264</sup>. De éste modo, aunque la medida convencional cuestionada se disponga de forma objetiva o neutra, sin que incorpore una discriminación abierta, también será censurada si efectivamente obstaculiza o dificulta el ejercicio de la libertad de circulación de los trabajadores comunitarios por todo el territorio de la UE tal y como ha quedado recogido en las normas europeas y su incorporación al Derecho nacional.

En términos amplios, serán indirectamente discriminatorias aquellas normas convencionales que se apliquen con independencia de la nacionalidad pero afecten de forma perjudicial fundamentalmente o en mayor medida a los trabajadores migrantes o cuando los requisitos exigidos por la misma pueden ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales<sup>1265</sup>, aunque la disposición no tome en consideración el factor de pertenencia a otra nacionalidad del sujeto afectado<sup>1266</sup>, salvo que dichas disposiciones estén justificadas por consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de los trabajadores afectados, y sean proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido. En la medida en que el criterio de discriminación no sea aparente, es preciso pues evaluar los efectos sobre el total de extranjeros, así como de las razones en las que se fundamentan el trato diferenciado mayoritariamente perjudicial para los mismos<sup>1267</sup>, aunque tal efecto finalmente no se produzca, es decir, tan solo es necesario que la medida tenga capacidad producir el efecto perjudicial<sup>1268</sup>. En efecto, lo importante es que una convencional pueda potencialmente provocar el efecto discriminatorio en los trabajadores migrantes, sin que sea necesario tampoco que tenga como finalidad favorecer a todos los nacionales del Estado miembro interesado o desfavorecer sólo a los nacionales de los otros Estados miembros<sup>1269</sup>.

Pueden provocar este efecto indirecto aquellas cláusulas que restrinjan o coarten el libre acceso a una empresa en condiciones de igualdad con el resto de trabajadores que se postulen, por ejemplo, mediante el establecimiento de un sistema de concurso o proceso de selección de trabajadores concebido de forma objetiva o neutra pero permitiendo al empleador en última instancia establecer los requisitos y modalidades de los concursos.

---

<sup>1264</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, “Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo”, op. cit. P. 14, nota 8. En el mismo sentido, BALLESTER PASTOR, M.A., “Los elementos conceptuales de la ley para la igualdad y la herencia comunitaria”, op.cit. P.100. Al respecto, STJCE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, asunto C-152/73 en la que el Tribunal pone de manifiesto que el Reglamento 1612/1986 prohíbe tanto las discriminaciones directas como las encubiertas que, aplicando otros criterios de diferenciación conduzca de hecho al mismo resultado, considerando 11. También reconoce que la regla de la igualdad de trato no sólo prohíbe las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas disimuladas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, abocan de hecho al mismo resultado, sentencia de 7 de junio de 1988, *Mario Roviello*, asunto C-20/85, apartado 14.

<sup>1265</sup> Definición sintetizada en la sentencia de 23 de mayo de 1996, *O'Flynn*, asunto C-237/94, apartado 18.

<sup>1266</sup> En ese sentido, ROCCELLA, M., *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*. Giappichelli, Turín, 1998. P.131.

<sup>1267</sup> BALLESTRERO, M.V. “Lavoro subordinato e discriminazioni fondate sulla cittadinanza”. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1994. P. 209. BORELLI, S., *Libera circolazione dei lavoratori*. Digesto. Discipline privatistiche, sezione commerciale, vol. 2, Turín, 2003. P. 640.

<sup>1268</sup> Entre otras, STJCE de 7 de mayo de 1998, *Clean Car Autoservice GmbH*, asunto C-350/96, apartado 27.

<sup>1269</sup> STJCE de 14 de junio de 2012, *Comisión/Países Bajos*, asunto C-542/09 apartado 38. 6 de junio de 2000, *Angonese*, asunto C-281-98, apartado 41.

Si bien en un asunto dispuesto ante tales circunstancias el TJ no determinó la existencia de discriminación indirecta, sí lo admitió con respecto a la exigencia a los trabajadores a poseer un certificado lingüístico que sólo puede obtenerse en una provincia de un Estado miembro y que prohíbe la presentación de cualquier otro medio de prueba equivalente porque resulta desproporcionado<sup>1270</sup>.

Dentro del ámbito protector de la discriminación indirecta por razón de nacionalidad también se han señalado aquellas prácticas empresariales o convencionales que prevén la preferencia de acceso al puesto de trabajo cuando existan lazos familiares o de amistad entre los candidatos y los trabajadores de plantilla, con lo que se favorece la contratación de trabajadores locales en detrimento de los extranjeros. Son prácticas que aunque en nuestro país puedan resultar discriminatorias por razón de parentesco, se suelen llevar a cabo con la connivencia de los sindicatos y resultan ser bastante difundidas en la práctica aunque hayan desaparecido casi en su totalidad de los convenios colectivos españoles<sup>1271</sup>.

#### 4.3.Estrategias de promoción de la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad

##### 4.3.1. Escasa sensibilización de los actores sociales en materia de discriminación por razón de la nacionalidad como punto de partida

Aceptado el hecho de que la inmigración es un fenómeno extendido y a pesar de la proliferación de acciones públicas para la integración de los trabajadores migrantes, lo cierto es que la inexistencia de declaraciones expresas sobre la discriminación por razón de nacionalidad en convenios colectivos es una prueba de la tendencia de la actividad de los interlocutores sociales que han tomado partido en la prohibición de discriminar y de integrar al extranjero de una forma más comedida con respecto a otros colectivos en riesgo de exclusión laboral<sup>1272</sup>. De hecho, en países como España o Italia la lucha por la igualdad de condiciones laborales de los extranjeros fue defendida en un primer momento no para tratar la discriminación a la que podrían ser sometidos en el ámbito laboral, sino como instrumento de preservación o no afectación de las condiciones ya adquiridas por los nacionales<sup>1273</sup>. Otras veces, se ha constatado que ante situaciones de desempleo y despidos los sindicatos han suscrito políticas racistas y antimigratorias

---

<sup>1270</sup> Sentencia de 6 de junio de 2000, *Angonese*, asunto C-281-98, apartados 26-27 y 46. Ya había confirmado que viola el principio de no discriminación el hecho de exigir que los conocimientos lingüísticos de que se trata se hayan adquirido en el territorio nacional en la sentencia de 28 de noviembre de 1989, *Groener*, asunto C-379/87, apartado 23.

<sup>1271</sup> LO FARO, A. "Immigrazione, lavoro, cittadinanza: appunti per una ricerca", op.cit. P. 20.

<sup>1272</sup> Sobre este asunto, vid. NOVAJRA, A.M, "El papel de los sindicatos en la integración social de los inmigrantes, ¿asignatura pendiente?", en CHECA OLMOS, F., CHECA OLMOS, C.J., ARJONA GARRIDO, A., *Inmigración y derechos humanos. La integración como participación social*. Barcelona, Icaria, 2004. No obstante, comienza a existir la sospecha generalizada entre los trabajadores nacionales que consideran que los sindicatos se aprestan a defender a éstos trabajadores antes que a los propiamente nacionales desde hace unos años. Vid. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., HERRANZ ANDÚJAR, "España", GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., (Dir.) *Los sindicatos ante la inmigración*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.P. 126.

<sup>1273</sup> MARINO, S. PENNINX, R., ROOSBLAD, J., "Trade unions, immigration and immigrants in Europe revisited: Unions' attitudes and actions under new conditions", op.cit. P. 8.

excluyentes<sup>1274</sup>. Se ha puesto de manifiesto también en la literatura italiana la no exaltante historia del empeño sindical en la materia<sup>1275</sup>.

Algunos estudios demuestran que, en parte, la discriminación en el empleo proviene en gran medida de la falta de información suficiente por parte de los empleadores acerca de los grupos minoritarios excluidos sistemáticamente, entre los que se encuentran quienes ostentan diversa nacionalidad<sup>1276</sup>. Por ello, la discriminación puede ser reducida en éste sentido si los empleadores disponen de mayor información al respecto, labor de concienciación y acercamiento a la realidad en la que pueden y deben participar de forma activa los agentes sociales y que puede ser plasmada en los convenios aunque no sea ésa la principal función que ha de acometer el pacto. Cabe decir que una actitud aperturista hacia la inclusión de la problemática de la inmigración en la negociación colectiva queda favorecida además por una generalizada comprensión por parte de los propios afiliados sindicales, extensible a todos los trabajadores acerca de la necesidad de entablar acciones dirigidas hacia sus compañeros inmigrantes como consecuencia de unos ideales más proclives a la idea del igualitarismo basado en la diversidad. Además, en la actualidad han proliferado actitudes más restrictivas que se justifican en buena medida por factores ligados a la crisis económica donde penetran variables sociales que indiquen en el acceso o la permanencia en el empleo como el nivel de estudios, la edad o circunstancias de tipo económico como el nivel salarial y en general la disminución del trabajo, circunstancias todas ellas contra las que compiten los propios trabajadores afiliados y que ha provocado el ascenso de rechazo social al extranjero<sup>1277</sup>.

Por último, han participado en ésta labor de falta de implicación de los interlocutores sociales y de sus convenios las políticas públicas de los Estados. Prueba de tal afirmación es que ninguno de los países europeos de cuyas normas hemos hecho alguna referencia figura entre los países miembros de la OIT que han emprendido acciones de colaboración y consulta periódica o sobre asuntos puntuales en materia de migración laboral con los interlocutores –aunque ya se dedicaba uno de los propósitos de la OIT en cuya 92.ª Conferencia Internacional del Trabajo al diálogo social en éste ámbito<sup>1278</sup>–, como se desprende del informe publicado en 2016 en el que se subraya el rol

---

<sup>1274</sup> BLACKETT, A., SHEPPARD, C., "Conjugar la negociación colectiva y el fomento de la igualdad", op.cit. P.478. WRENCH, J., REA, A., OUALL, N. (Eds.), *Migrants, Ethnic Minorities and Labour Market: Integration and Exclusion in Europe*. Mac Millan, Londres, 1999, P. 14. PASTURE, P., "Squaring the circle? Trade unions torn between class solidarity and regional and cultural identities in Western Europe", WETS, J. (Dir.), *Cultural diversity in trade unions: A challenge to class identity*. Aldershot, Ashgate, 2000. P.8.

<sup>1275</sup> Con claras excepciones sobre todo dirigidas a eliminar las discriminaciones raciales. LO FARO, A. "Immigrazione, lavoro, cittadinanza: appunti per una ricerca, op.cit. P. 29.

<sup>1276</sup> KINGSTON, G., MCGINNITY, F. O'CONNELL, P.J., "Discrimination in the labour market: nationality, ethnicity and the recession", op.cit. P. 216.

<sup>1277</sup> Sobre este asunto, MARTÍN ARTELES, A., MOLINA ROMO, O., ¿Por qué los afiliados sindicales tienen actitudes diferentes hacia la inmigración? *Migraciones Internacionales*. Vol. 7, 2014. P.100-101. Algún estudio ha subrayado el peso de las variables socioeconómicas como el nivel salarial, el empleo, las prestaciones por desempleo, los subsidios o la pobreza que explican el motivo de la hostilidad hacia la inmigración. Entre ellos, CACHÓN, L., VALLÉS, M.S., "Trade Unionism and Immigration: Reinterpreting Old and New Dilemmas". *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 9, nº. 3, 2003. PP. 469-482. Un estudio sobre los niveles de rechazo de la población migrante antes y durante la crisis en "Impactos de la crisis sobre la población inmigrante". Colectivo Cloé, Estudio promovido por la Organización Internacional para las Migraciones, 2012.PP.165ss.

<sup>1278</sup> Consideró entonces imprescindible la implicación de los agentes sociales por la igualdad de todos los afectados por la movilidad laboral a otros Estados y para formular una política de migraciones adecuada mediante la creación de "Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos", de 2007, cuya adopción fue prevista en la Resolución relativa a un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Ginebra, 2004 y decidida su publicación en la 295.ª reunión, celebrada en marzo de 2006.



fundamental de éstos últimos y la función primordial del diálogo social para la promoción de una buena gobernanza de la migración laboral<sup>1279</sup>. En España, resultó relevante la escasa participación del diálogo social en procesos de articulación de la normativa en materia de extranjería ni en la configuración del texto inicial de la LO 4/2000, ni tampoco en los procesos de reforma de la misma<sup>1280</sup>.

A pesar de unos orígenes marcados por el estatalismo en las políticas sindicales y superada ya una fase en que el comportamiento sindical estaba marcado por actitudes de rechazo al trabajador extranjero, conviene hacer notar un acercamiento en las últimas décadas al problema de la inmigración y la integración laboral de los no nacionales, lo que no ha obstado para reconocer que sigue existiendo en países como el nuestro una «relación sustancialmente incompleta»<sup>1281</sup>. De ese modo, todas éstas circunstancias han acabado por influir de un modo negativo en el mantenimiento de altos niveles de segmentación de la mano de obra inmigrante produciendo en muchas ocasiones discriminaciones negociadas que se enmascaran en un halo de neutralidad.

Consideramos que los intereses de estos trabajadores deben resultar debidamente promovidos en el seno de la negociación colectiva a pesar de que se ha señalado que la excesiva fragmentación de los intereses representados por cada segmento de la población puede repercutir negativamente en la fuerza negociadora de la clase obrera, que puede verse mermada y en consecuencia, actuar en detrimento tanto de inmigrantes como de nacionales<sup>1282</sup>.

#### 4.3.2. Impulso de la integración de extranjeros en el mercado laboral

Aunque la historia del sindicalismo está marcada por el inicial rechazo a incorporar políticas migratorias de signo positivo para los trabajadores extranjeros, existe una estrecha la relación que une al sindicalismo con la inmigración tanto a nivel organizativo interno como de integración en el mercado laboral de acogida. No en vano, no es siempre a través de un vis-a-vis directo entre los inmigrantes y las estructuras formales y abstractas del Estado como se realiza el proceso de integración de los

---

<sup>1279</sup> Conferencia Internacional del Trabajo.105.A Reunión. *Promover una migración equitativa*. ILC.105/III/1B, OIT, Ginebra, 2016. PP.49-50. Por ejemplo, el sindicato francés CGT-FO corroboró que apenas se les había consultado sobre el tema de la migración laboral, o que no formaban parte de comisiones nacionales que abordaran el tema de la migración.

<sup>1280</sup> Mientras que en el dictamen sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social emitido por el CES en el Pleno Ordinario de 24 de noviembre de 2004 valoraba positivamente el proceso de elaboración del Proyecto de Reglamento con la participación de los agentes sociales,

el Dictamen del CES 1/2009 sobre el Anteproyecto de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por las Leyes Orgánicas 8/200, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre critica la ausencia de respeto de los cauces de diálogo social contenidos en el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000 en el que se creó la Comisión Tripartita de Inmigración- en la actualidad sustituido por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril- en su Disposición adicional decimoquinta.

<sup>1281</sup> Lo reconocía así en el caso italiano ALLIEVI, S. "Immigrazione e sindacato: un rapporto incompiuto", REYNERI, E., MINARDI, E., SCIDÀ, G. (Coords.), *Immigrati e lavoro in Italia*. Franco Angeli, Milán, 1998. En términos similares para el caso español da por existente una «relación inacabada y de inclusión incompleta», DE LA HABA MORALES, J., "Trabajadores inmigrantes y acción colectiva: una panorámica sobre las relaciones entre inmigrantes y el sindicalismo en Europa", op.cit. P.160.

<sup>1282</sup> Ésta visión es compartida con ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. "Inmigración y negociación colectiva: Igualdad y gestión de la diversidad", op.cit. P. 425.

inmigrantes, sino que juega un papel importante la mediación de las organizaciones intermedias – como los sindicatos- que agregando la inmigración a las luchas sociales, los introducen al mismo tiempo en los principales retos que plantea la ciudadanía<sup>1283</sup>. En este sentido, los sindicatos han ido entablando medidas de lucha para la integración en régimen de regularidad y no precariedad de los trabajadores extranjeros principalmente a través de dos vías: la externa, esto es, afianzando políticas integradoras y facilitadoras de su igualdad sustancial con los demás trabajadores, así como para evitar riesgos de debilitamiento de las condiciones laborales tanto de inmigrantes como de nacionales; e internas, es decir, favoreciendo su incorporación en los organigramas o estructuras orgánicas sindicales.

En la medida en que se tomaba mayor conciencia de la realidad que los flujos migratorios desempeñaban en España de un modo especialmente intenso, los interlocutores sociales tomaban conciencia de que se trata de un colectivo especialmente vulnerable a la economía sumergida y con mayor riesgo de exclusión del ámbito de protección del Estado de Bienestar en ausencia de rentas<sup>1284</sup>.

A pesar de que durante muchos años, sobre todo en la segunda mitad del siglo pasado, aún las organizaciones sindicales eran reacias a incorporar estrategias de acción positivas dirigidas a inmigrantes, ante el temor de que se produjese una desaceleración de calidad de vida laboral y pérdida parcial de los derechos adquiridos por los trabajadores locales, ésta actitud proteccionista entraba en clara contraposición con el espíritu igualitarista que fundamenta la lucha por la clase obrera, única y general que engloba a todos los trabajadores con independencia de su país de origen<sup>1285</sup>. Ello, además, resulta preciso en contextos sociales como el español, el italiano o el francés, en los que se constatan diferencias entre los trabajadores nacionales y los extranjeros en aspectos tales como la inserción al mercado laboral, la mayor dosis de precariedad, encuadramiento profesional en niveles inferiores o tipología de funciones, con independencia de las aptitudes reales que pueda poseer el trabajador, así como mayores restricciones a la progresión de carrera, materias todas ellas sobre las que aún no se ha demostrado que la negociación colectiva haya servido para minimizar su impacto negativo sobre la población inmigrante<sup>1286</sup>. En la actualidad, a ello se une que la crisis ha afectado de éste modo con mayor intensidad a la población de nacionalidad extranjera en dos variables: la pérdida del empleo y el aumento del rechazo hacia ellos dado el correlativo incremento de la competitividad para la obtención de recursos<sup>1287</sup>. Ante tales fenómenos se agudizan los márgenes de desigualdad laboral que sufren los

---

<sup>1283</sup> BASTENIER, A., DASSETTO, F. *Immigration et espace public. La controverse de l'intégration*. Editions l'Harmattan, Paris, 1993. P.253.

<sup>1284</sup> Cap. III "Consideraciones sobre la competitividad y el empleo", ANC 2007.

<sup>1285</sup> Una evolución de las distintas posturas de los sindicatos ante el dilema de la actitud proteccionista/ abierta frente a la inmigración, MENZ, G., "Overview of concepts, policies and issues identified in the European Union" en JUBANY, O., GÜELL, B., (Edits.) *Trade Unions, Economic Change and Active Inclusion of Migrant Workers. Final Report*. European Commission DG for Employment, Social Affairs and Inclusion. Project Reference: VP/2010/001. PP. 75ss.

<sup>1286</sup> En ese sentido, LEONARDI, S. "Il lavoro degli immigrati nella contrattazione collettiva e nella concertazione territoriale", AA.VV. *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, op.cit. P. 352.

<sup>1287</sup> KINGSTON, G., MCGINNITY, F. O'CONNELL, P.J., "Discrimination in the labour market: nationality, ethnicity and the recession", *Work, employment and society* Vol. 29(2), 2015. P.217. Analizan este punto con respecto al contexto norteamericano DOVIDIO, J., JACKSON, L.M , ARMSTRONG, T.L., "The Immigration Dilemma: The Role of Perceived Group Competition, Ethnic Prejudice, and National Identity", *Journal of Social Issues*, Vol. 57, nº. 3, 2001. PP. 389-412.

miembros de éste colectivo, desafíos que la negociación colectiva está llamada a afrontar, en la medida en que se trata del instrumento idóneo para promover la igualdad de condiciones laborales entre éstos y los trabajadores nacionales<sup>1288</sup>. En todo caso, los agentes sociales deberán respetar la normativa ligada a la licitud del acceso al empleo y su ejecución en igualdad de condiciones de los extranjeros una vez cumplidos los trámites administrativos previos de adquisición de los permisos correspondientes, sin que quepan diferencias de tratamiento en las condiciones laborales entre unos y otros<sup>1289</sup>.

Tales propósitos se filtran en los Estatutos confederales de las principales organizaciones sindicales españolas donde recogen declaraciones de igualdad y compromisos de lucha para la integración de los inmigrantes en el acceso a los derechos laborales, sociales y políticos y de eliminación de cualquier forma de discriminación que pueda ser actuada en su contra, fomentando y promoviendo para ello en los centros de trabajo y en la sociedad los valores del respeto y la convivencia<sup>1290</sup>. En términos parecidos, la CGIL italiana considera a la solidaridad activa entre los trabajadores de todos los países y sus organizaciones sindicales representativas como un factor decisivo para alcanzar la paz, la afirmación de los derechos humanos, civiles y sindicales. Por ello, se proponen eliminar cualquier obstáculo que impida a los hombres y mujeres nacionales o inmigrantes el decidir, en base de la igualdad de oportunidades y previo reconocimiento de las diferencias, sobre su propia vida y su propio trabajo<sup>1291</sup>. De forma más escueta pero ahondando en los lazos de unión entre trabajadores de diversas nacionalidades la organización sindical UIL contiene entre sus objetivos el de favorecer la cohesión internacional del mundo del trabajo y los derechos de los trabajadores y pensionistas italianos en el extranjero, desarrollar la solidaridad y la cooperación con los sindicatos y trabajadores de otros países, junto con la finalidad de promover la integración de los inmigrantes<sup>1292</sup>.

De forma paralela y redundante en la composición de contenidos convencionales acordados a tales propósitos integradores e igualitarios, son intolerables las diferencias de trato por razón de nacionalidad en el seno de la actividad sindical. De este modo, todo

---

<sup>1288</sup> Éste desafío aparece por primera vez proclamado en el ANC de 2003, apdo., 2.4. En el ANC de 2005 se especifica que con ello se refieren al establecimiento de igualdad de condiciones en formas y tipos de contratación, retribuciones, prevención y seguridad, clasificación y promoción, formación y derecho a prestaciones sociales, incluido en su Cap. VI, titulado "Igualdad de trato y de oportunidades". En prácticamente los mismos términos se define el compromiso por el fomento del empleo de calidad de los trabajadores inmigrantes en el ANC de 2007 y no será hasta el III AENC aprobado en 2015 cuando se retome éste planteamiento aunque de una forma algo regresiva con respecto a los anteriores. En él, los agentes sostienen la necesidad de promover en los convenios colectivos la igualdad de trato y de oportunidades, por cualquier circunstancia personal y/o social, abordando medidas u orientaciones en relación con los trabajadores migrantes.

<sup>1289</sup> No obstante, considera BALLESTER PASTOR, que la Unión Europea no ha reparado en determinar el derecho a trabajar en Europa y en qué condiciones de los extranjeros extracomunitarios, lo que podría conllevar a la licitud por parte de los Estados del establecimiento de diferentes condiciones de trabajo para unos y otros. "El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico", op.cit. P.41. Aún más, la misma interpretación se deduce de la propia Directiva 2000/43/CE al excluir de su ámbito aplicativo a las diferencias de trato por razón de nacionalidad, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. "Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad..." op.cit. P. 27.

<sup>1290</sup> Definición de principios, apartado "Pluriétnico y multicultural" del Estatuto Confederal de CC.OO., aprobados en el 10º Congreso Confederal, 21,22 y 23 de febrero de 2013, modificados por el Congreso Confederal de 10 y 11 de diciembre de 2014. Por su parte la CGT se propone desarrollar la voluntad de asociación de los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, en el art. 2. a) de sus Estatutos y Reglamento de Congresos de la Confederación General del Trabajo actualizados en el XVI Congreso ordinario celebrado en Málaga en 2009.

<sup>1291</sup> Arts. 1 "Definición" y 2, "Principios Fundamentales, del Estatuto Confederal de la CGIL, aprobado en el Congreso Confederal celebrado los días 5 al 8 de mayo de 2010 en Rimini.

<sup>1292</sup> Art. 2 g) Estatuto confederal UIL, aprobado por el Comité Central del 14 de diciembre de 2012.

Estado miembro firmante del Convenio 97 de la OIT está obligado a procurar la desaparición de discriminación por razón de nacionalidad en materia de afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los convenios colectivos a los miembros de órganos sindicales de representación de los trabajadores<sup>1293</sup>. En ésta misma línea el Reglamento europeo relativo a la libre circulación de trabajadores en la UE impone la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en lo relativo a la afiliación sindical así como en el ejercicio de derechos que sean inherentes, entre los que destaca el derecho de elegibilidad a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Tal es así que, la exigencia de poseer residencia legal en España para afiliarse a un sindicato prevista por los estatutos de un sindicato sería una disposición nula<sup>1294</sup>. Del mismo modo, los extranjeros deben estar capacitados plenamente para ser electores y elegibles en los órganos de representación de los trabajadores en las empresas. En España, éste principio está plenamente vigente, en tanto quedó derogado el requisito de la reciprocidad en virtud del cual los extranjeros solo podían ser elegibles si en su país de origen estaba igualmente permitido que los españoles pudiesen ostentar tales cargos<sup>1295</sup>.

Finalmente, para promocionar la estrategia de incorporación de ciudadanos inmigrantes en el mercado laboral en igualdad de condiciones, debemos destacar la labor que pueden desempeñar a tales efectos las comisiones u observatorios paritarios en materia de igualdad creados a instancias del convenio colectivo. Sin embargo, en vista del análisis de la muestra de convenios colectivos seleccionados tanto en España como en Italia, podemos destacar que en pocas ocasiones aquellas acaparan funciones de seguimiento del fenómeno de la inmigración y de las consiguientes dificultades y problemática que les rodean, considerando oportuno hacer mayor hincapié en este asunto<sup>1296</sup>.

Ejemplos de buenas prácticas de la negociación colectiva italiana se revelan la creación de una determinada comisión dedicada en exclusiva a la integración de los trabajadores migrantes, entre cuyas funciones se enumeran las de proponer la reorganización de los comedores de las empresas con el objetivo de respetar las diferencias de culto religioso o a promover la aplicación efectiva del reagrupamiento de los días de vacaciones y otros permisos con la finalidad de favorecer la reagrupación familiar, así como realizar un estudio y exposición de las actividades ya efectuadas para fomentar la integración de los inmigrantes en las empresas sujetas al convenio y los resultados obtenidos o, en fin,

---

<sup>1293</sup> Art. 6.1 a), II), Convenio OIT n° 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949.

<sup>1294</sup> El Tribunal Constitucional declaró nulo el anterior contenido del art. 11.1 de la Ley Orgánica de Extranjería que habilitaba el ejercicio a la afiliación sindical solo a quienes hubiesen obtenido la autorización de estancia o residencia en España. STC 236/2007 de 7 noviembre, RTC 2007/236, FJ 9.

<sup>1295</sup> Principio de reciprocidad establecido en la versión primigenia del art. 69 ET, eliminado tras la reforma del Estatuto llevada a cabo por la Ley 32/1984 de 2 de agosto. Modificación incluso criticada por quien entendía que el trabajador extranjero podría ser utilizado por el resto de representantes dado el insuficiente grado de conocimiento acerca del propio funcionamiento de un órgano de representación de tal tipo. POLO SÁNCHEZ, M.C., *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*. CES, Madrid, 1994. P. 215.

<sup>1296</sup> A modo de ejemplo, el art.71 del CC establece una comisión para la igualdad de oportunidades dirigida a proveer de igualdad y prohibición de discriminaciones en su ámbito aplicativo, habiendo incluido en su art. 69 que ésta también protege frente a la nacionalidad. A tal problemática se refiere el art. 1.1 de la Parte General del CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*, que se deriva a las Comisiones Nacionales paritarias de cada sector productivo al que se le aplica el convenio, que deberán ser discutidas en encuentros semestrales. Mientras tanto, el art. 2 dispone que a nivel regional deberán llevarse a cabo encuentros en los que se pongan en común la problemática conectada con la inserción laboral de trabajadores extracomunitarios.

valorar la posibilidad de llevar a cabo la traducción a otras lenguas de las normas de seguridad especialmente para aquellas empresas con un alto porcentaje de trabajador inmigrante<sup>1297</sup>. En otro caso, los interlocutores, conscientes de las mayores dificultades de asimilación en el entorno laboral, proponen la creación de un ente específico al que se atribuyen funciones de previsión de cursos de lengua italiana y formación profesional ,así como desarrollar programas de integración intercultural para favorecer la comunicación entre trabajadores extranjeros y nacionales o cualquier otra iniciativa que pueda resultar útil para alcanzar la efectiva integración de éstos trabajadores no solo en el ámbito laboral sino también en el entorno social. Todo ello deberá ser previsto por el ente paritario creado al efecto a través de un plan de acción que incluya todo tipo de propuestas<sup>1298</sup>.

#### 4.3.3. Medidas de acción positiva. Reservas, exclusiones o preferencias en el empleo por razón de nacionalidad

Dada la situación de desventaja en la que se coloca al extranjero que pretende conseguir un empleo y como miembro de un colectivo estructuralmente discriminado en un ámbito de «especial escasez» como el laboral<sup>1299</sup>, se plantea la validez del establecimiento de cupos o cuotas de empleo reservadas a los mismos, como mecanismo de integración, o si se quiere, como medida de acción positiva y con ello, la persecución de la igualdad de resultado entre nacionales y extranjeros. Siguiendo la estela de la jurisprudencia constitucional, partimos de la premisa de la legitimidad de medidas de acción positiva de resultado interpuestas por el Estado hacia colectivos especialmente débiles. A ésta definición responde, a modo de ejemplo, el establecimiento de una cuota de reserva por razón de discapacidad. Tales medidas, como se vio, no son siempre vulneradoras del art. 14 CE, siempre que de su valoración global se evidencie que son acordes con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse y sean adecuadas a su sentido y finalidad<sup>1300</sup>. No en vano, resta recordar que, tratándose de medidas que puede adoptar un convenio colectivo, ellas no se ven afectadas por la premisa dispuesta en el art. 9.2CE dirigido hacia los poderes públicos encargados en su caso de promover la integración de los extranjeros en la sociedad española.

Si observamos la legislación española, el art. 17 ET permite al legislador establecer reservas, exclusiones o preferencias en la contratación como se produce en éste terreno, en la exclusión del acceso a un empleo careciendo de los permisos oportunos, mientras que prohíbe a la negociación colectiva establecer diferencias de trato por motivos discriminatorios entre los que no contempla expresamente la nacionalidad. Por su parte,

<sup>1297</sup> Art. 6 CCNL *industria metalmeccanica privata e istalazione di impianti*.

<sup>1298</sup> Art. 70 CCNL *metalmeccanico- artigiano*. Art. 90 CCNL *settore edile ed affini Conflavoro e CILS*.

<sup>1299</sup> En tanto solo caben en ámbitos de éste tipo y solo para supuestos muy concretos. En ese sentido, REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, op.cit. PP. 76-77.

<sup>1300</sup> Premisa que precede a la interpretación por parte del TC de las reservas de empleo para personas con discapacidad en la Comunidad Autónoma de Canarias. STC 269/1994 de 3 octubre. RTC 1994\269. FJ. 4.

el apartado cuarto del mismo precepto solo permite expresamente la estipulación de medidas de reservas o preferencias dentro de un convenio colectivo cuando su misión es incorporar a la mujer en los espacios laborales en los que se encuentre infrarrepresentada. Como ya fuera advertido, éste precepto no cierra del todo la vía al establecimiento de mecanismos similares en la negociación colectiva siempre que con ello no se produzca un efecto discriminatorio por las causas que el apartado uno enumera ni a las que se refiere de modo implícito porque así lo establece la Constitución o una norma de rango internacional que penetre en nuestro ordenamiento. De éste modo, éste tipo de acciones no contrastaría directamente con el art. 17 ET, pero sí podría colisionar con aquellas normas que proclaman otras leyes y tratados internacionales que sobre la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad porque aquellas medidas dirigidas a incorporar preferentemente a la población inmigrante excluyen al mismo tiempo las candidaturas de los trabajadores locales por razón de su nacionalidad si no encuentra una rigurosa justificación.

Por su parte, el art. 23.1 de la LOEXIS impide cualquier criterio de reserva, preferencia o exclusión que discrimine de forma mediata o inmediata a los inmigrantes por razón de su raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas. De modo específico el apartado segundo del mismo considera acto discriminatorio el que limite el acceso al trabajo al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad. En ningún caso se impide en sentido inverso un trato preferencial en favor de los extranjeros.

Por otro lado, sabemos que el art. 21 de la CDFUE impide discriminar por razón de nacionalidad, de nuevo, en el marco de aplicación de los Tratados, mientras que el art. 15.3 de la misma reconoce el derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión a los ciudadanos de los terceros Estados. Por su parte, las normas que desarrollan los preceptos de los Tratados en materia de prohibición de discriminación por razón de nacionalidad incluyen el acceso al empleo entre las materias de las que debe predicarse la igualdad de oportunidades. La prohibición de discriminación en el acceso al empleo se establece además por la normativa de desarrollo. Paradigmático a tales efectos el Reglamento 492/2011 del Parlamento y del Consejo determina en su art. 7.4 la nulidad de pleno Derecho de aquellas cláusulas de convenio colectivo referente al acceso al empleo, entre otras materias, en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros. Una lectura sistemática de los anteriores preceptos tampoco impide sostener que el convenio colectivo pueda contener medidas de acción positiva favorables a éstos últimos.

Ante la ausencia de proclamaciones en sentido positivo en ninguna de las normas examinadas, podemos confirmar que el ordenamiento jurídico no impone el desarrollo de políticas privadas para corregir la segmentación laboral de inmigrantes<sup>1301</sup>. Al mismo

---

<sup>1301</sup> En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J., "Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros", op.cit. P.8.

tiempo, el preestablecimiento de cupos o preferencias de empleo inmigrante por propia iniciativa convencional utilizando la nacionalidad como único elemento de selección no se encuentra vedada expresamente más que si ello afecta al derecho a no ser discriminado por otra de las circunstancias previstas por el ordenamiento pero que podría soslayar de forma injustificada el principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo por medio del reconocimiento de la prohibición general de discriminar por ésta razón en el marco de aplicación del Derecho comunitario. En todo caso, se deberán respetar todas las cautelas que impone tanto la jurisprudencia europea como la nacional cuando se trata de privilegiar a un colectivo tradicionalmente discriminado mediante reservas rígidas, preferencias o exclusiones-existencia de méritos y capacidades equivalentes entre los candidatos, que no se trate de un sistema de preferencia automático, que sea revisable, etc.-<sup>1302</sup>.

De cualquier modo, es una cuestión que no se ha visto sometida al control por ningún órgano jurisdiccional debido a que sistemas de cuota, preferencias o exclusión dirigida a extranjeros no se utilizan en la práctica negocial, al menos en muestra analizada, quizás por la impopularidad que atesoran éste tipo de mecanismos sin que se asegure que con ella se resuelvan más problemas de los que puedan ser creados por lo que se considera recomendable su utilización minimizada. Tampoco parece un sistema que vaya a ser utilizado en vista de la experiencia comparada. Paradigmático a tales efectos resulta la desaparición en la denominada «Carta de la Diversidad», promovida para la firma de los empresarios franceses del artículo en el que se promovía la preferencia en procesos de contratación, en igualdad de méritos y capacidad, de la candidatura que favoreciera la representación de la diversidad social y étnica en todos los niveles de cualificación en la empresa, entre quienes se encontraban los que poseyeran otra nacionalidad<sup>1303</sup>.

Otros interrogantes se nos plantean en torno al establecimiento de reservas o preferencias por razón de nacionalidad en convenio colectivo en momento distinto al de su contratación como es el de la extinción contractual. Así, nos preguntamos ¿cabrían las preferencias en los procedimientos de despidos colectivos de los trabajadores nacionales en detrimento de los extranjeros?<sup>1304</sup> No se duda de que se trataría de una disposición inviable, a tenor del reconocimiento expreso e implícito del principio de no discriminación por razón de nacionalidad en los instrumentos nacionales e internacionales estudiados<sup>1305</sup>. Sin embargo, a la luz de las consideraciones que aquí hemos planteado, la disposición contraria, esta es, la preferencia de permanencia del

---

<sup>1302</sup> Vid. supra Cap. II § 4.4.1.

<sup>1303</sup> Vid. Infra nota 242. Vid. DOYTCHEVA, M., HACHIMI ALAOU M., "Promouvoir la diversité en entreprise: genèse et ambiguïtés d'une initiative patronale". *Revue Asylon*, réseau scientifique TERRA (Travaux, Études, Recherches sur les Réfugiés et l'Asile), n°8, 2010. Accesible a través de <http://www.reseau-terra.eu/article943.html>.

<sup>1304</sup> Antes de la entrada en vigor del Estatuto de los trabajadores el Decreto 1870/1968, de 27 de julio por el que se regulaba el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España, establecía en su art. 13 que cuando una empresa tuviera a su servicio a personal español y extranjero y fuese autorizada para realizar despidos, se efectuarán estos dentro de cada categoría profesional, empezando por los extranjeros. Previamente, el Decreto de 29 de agosto de 1935 disponía expresamente en su art. 8, que «cuando un patrono tenga a su servicio trabajadores españoles y extranjeros y se vea obligado a realizar despidos por falta de trabajo, se harán éstos dentro de cada clase o categoría profesional, empezando por el personal extranjero, quedando terminantemente prohibido los despidos de trabajadores españoles para sustitución por trabajadores extranjeros».

<sup>1305</sup> Se apoya, para argumentar la exclusión de tal posibilidad en el art. 24 del Estatuto del Trabajador Migrante, en virtud del cual: "en caso de un despido individual o colectivo, el trabajador migrante recibirá el tratamiento reservado a los trabajadores nacionales, en virtud de la legislación nacional o de los convenios colectivos", CRUZ VILLALÓN, J., "Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros", op.cit. PP.14-15.

trabajador extranjero no queda cubierta por ésta prohibición de forma expresa, por más que por aplicación analógica de los preceptos y la interpretación amplia del art. 21.2 CDFUE y art. 18 TFUE quepa entender que la discriminación por razón de nacionalidad también protege al trabajador nacional. De ese modo, la extranjería del trabajador podría ser contemplada como criterio de preferencia por el mantenimiento del empleo en caso de despido colectivo al que alude el art. 51.5 ET, como también se permite en el caso de traslados o desplazamientos temporales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ex. Art. 40.7 ET.

## 5. TRATAMIENTO CONVENCIONAL DE LAS DIFERENCIAS POR RAZÓN DE NACIONALIDAD

Es una realidad cuantificable la segmentación que sufren en el mercado laboral los trabajadores inmigrantes, lo que se traduce en concentración en ocupaciones de sectores específicos como la hostelería, la agricultura o la construcción, lindando con la economía sumergida en la que muchos otros permanecen<sup>1306</sup>. Por otro lado, también se ha señalado que la precariedad e inestabilidad laboral incide de forma amplia sobre éste grupo de población<sup>1307</sup>. Desde las primeras investigaciones en éste ámbito de estudio, se viene notando que los trabajadores migrantes sufren numerosas formas de discriminación en materia de empleo y de ocupación, tradicionalmente ubicados con naturalidad en puestos de trabajo que los nacionales rechazan, de tipo manual o poco cualificado<sup>1308</sup>. En la actualidad la situación se complica pues los nacionales están dispuestos a asumir éste tipo de puestos de trabajo y como consecuencia de ello, los extranjeros han experimentado un aumento en la tasa de desempleo que ha originado en muchas ocasiones el retorno a sus países de origen.

En éste marco, resulta relevante la labor complementaria que desempeña la negociación colectiva facultada para el establecimiento de medidas orientadas a que el conjunto de normas antidiscriminatorias predisuestas por el legislador comunitario o nacional

---

<sup>1306</sup> PUMARES FERNÁNDEZ, P., GARCÍA COLL, A., ASENSIO HITA, A. *La movilidad laboral y geográfica de la población extranjera en España*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006. P. 44. ÁLVAREZ ARCE, J.L., VALDEMOROS ERRO, M.J., "La inserción laboral de los inmigrantes en España: ¿Qué indica la evidencia reciente?". *Migraciones Internacionales*, nº 6, 2012. PP. 271-280.

<sup>1307</sup> Datos provenientes de distintas bases de datos estadísticos oficiales ponen de relieve factores diferenciales entre nacionales e inmigrantes. Vid., GODENAU, D., RINKEN, S., MARTÍNEZ DE LIZARRONDO ARTOLA, A., MORENO MÁRQUEZ, G., "La integración de los inmigrantes en España: una propuesta de medición a escala regional". Observatorio Permanente de la Inmigración, informe nº 30, 2014. PP.96ss.

<sup>1308</sup> Fue puesto de manifiesto en el Informe de la OIT sobre trabajadores migrantes de 1999, Conferencia nº 87, apartado 365. En esa misma línea, los estudios económicos han avalado la colocación de los inmigrantes en los trabajos denominados 3D: *dirty, difficult and dangerous* (*sucios, difíciles y peligrosos*), así como su caracterización como mano de obra complementaria a la de los trabajadores nacionales. SIMON, J. *The Economic Consequences of Immigration*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1989. BORJAS, G.J. *Friends or Strangers: the Impact of Immigrants on the US Economy*, New York: Basic Books 1990. Se producía cierta complementariedad entre la oferta de trabajo de nacionales e inmigrantes dado que los segundos aceptaban los puestos de trabajo no cubiertos por los primeros (trabajos penosos, peligrosos, devaluados socialmente, etc.) MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, "El modelo de regulación jurídico-política de la inmigración en España", en AA.VV, *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, op.cit. P. 231.



adquiera un suficiente grado de efectividad<sup>1309</sup>, aunque no son inexistentes los autores que sostienen que, por el momento, el espacio regulador que queda a la negociación colectiva en éste ámbito resulta bastante limitado<sup>1310</sup>.

## 5.1. Incorporación al mercado laboral

### 5.1.1. Acceso al empleo

Como se ha visto, donde mayores reticencias pueden encontrar los extranjeros para integrarse en un país del que no son nacionales es el momento de su incorporación al mismo, en el que permanece con mayor firmeza el criterio de la preferencia a favor de los nacionales, diferencia de trato que fuera amparada constitucionalmente por cuanto a que el art. 35 de la Constitución española reconoce el derecho del trabajo de los españoles<sup>1311</sup>, sin que existan, advierte el Alto Tribunal, Tratados internacionales o acuerdos en materia de derechos fundamentales que imponga tal equiparación<sup>1312</sup>. Sin embargo si alguna de las normas internacionales aludidas o de las que emana del ordenamiento interno impone el derecho al trabajo en términos de igualdad con los españoles, se habrá vulnerado el art. 14CE cuando dicha norma no se hubiera respetado<sup>1313</sup>.

La primera excepción a la libre limitación al acceso al empleo se sitúa en la normativa europea que regula el derecho del trabajador a circular libremente dentro de su territorio que incluye la prohibición de tratamiento discriminatorio en las condiciones de acceso al empleo tanto reguladas por la ley, como por el convenio colectivo<sup>1314</sup>. Este derecho abarca, en su sentido más amplio, el derecho a acceder al mercado de trabajo único y en el más estricto, el acceso en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado de

---

<sup>1309</sup> En ese sentido, LEONARDI, S. "Il lavoro degli immigrati nella contrattazione collettiva e nella concertazione territoriale", AA.VV. *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, op.cit. p. 353. La vinculación de la mano de obra inmigrada a la irregularidad, la vulnerabilidad de sus condiciones de trabajo de los inmigrantes dificultan la inclusión de sus especificidades en la negociación colectiva general, JÓDAR, P., ALÓS, R., BOSO, A. "La afiliación sindical de la población inmigrante. El caso de CCOO de Cataluña", *Cuadernos de Relaciones Laborales* Vol. 32, nº. 1, 2014. P. 142. nota 3.

<sup>1310</sup> Mostrando, en algunos casos, aspectos pedagógicos o simbólicos, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. "Inmigración y negociación colectiva: Igualdad y gestión de la diversidad", ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva; empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, op.cit.P.423.

<sup>1311</sup> Aunque la Constitución contiene asideros en los que fundamentar la igualdad entre nacionales y extranjeros en materia de acceso al empleo reconducibles en definitiva a la dignidad humana para MOLINA NAVARRETE, C., "La ilegalidad sobrevenida de las cláusulas de nacionalidad en el acceso al empleo: los casos del deporte profesional y de la función pública", op.cit. P. 3. En cambio, considera que el art. 35 CE contiene una referencia expresa a los españoles, plenamente consciente e intencionada por parte del constituyente, estableciendo, en este caso, una limitación subjetiva. CRUZ VILLALÓN, J. "Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros", op.cit. P. 3. Está justificada la desigualdad de trato en relación al acceso al empleo en opinión de, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo", op.cit. P. 26.

<sup>1312</sup> El derecho al trabajo se encuentra dentro del tercer bloque de derechos que el constitucional diferenció en su STC 107/1984 de 23 noviembre (RTC 1984\107) con respecto al alcance del art. 13.1 CE, es decir, derechos que corresponden a los extranjeros si la ley interna o internacional así lo prescribe, sin que ningún Tratado o Acuerdo Internacional imponga la igualdad en el acceso al empleo, sin reparar en aquel pronunciamiento en el alcance que el art. 23 de la DUDH que consagra el derecho de toda persona al trabajo y a la libre elección de su trabajo, pudiera tener como canon interpretativo del art. 35.1 CE.

<sup>1313</sup> El TC admitió en su STC 150/1994 de 23 mayo, RTC 1994\150 la conculcación del art. 14 CE por parte las sentencias impugnadas en su vertiente de igualdad ante la ley porque la trabajadora cesada, de nacionalidad marroquí, poseía la «tarjeta de estadística», expedido en su día por las autoridades españolas, disposición que equiparaba a los extranjeros en posesión de la misma con los nacionales y con los extranjeros poseedores de permiso de un permiso de trabajo documentado en la forma usual (FFJJ 3 y 4).

<sup>1314</sup> Arts. 1 y 7 del Reglamento 492/2011 relativo a la libre circulación de trabajadores.

acogida a un puesto de trabajo. Mientras tanto, el reconocimiento de la igualdad de condiciones de trabajadores comunitarios y extracomunitarios ex. art. 15.3 CDFUE no garantiza per se la igualdad en el acceso al mismo<sup>1315</sup>. Pero más allá de límite que impone la regulación de la entrada y permanencia en un territorio en virtud de la política migratoria que trata de configurar el estatuto jurídico del extranjero en el territorio nacional, la exigencia de poseer la nacionalidad de Estado para acceder a un puesto de trabajo una vez obtenida la residencia por parte tanto de comunitarios como de extracomunitarios residentes de larga duración solo está amparada en el ámbito rector del Derecho europeo con respecto al sector público: acceso empleo público y participación en el ejercicio del poder público<sup>1316</sup>. Asimismo, la ley española de extranjería define en su citado art. 23.2 c) como acto discriminatorio la restricción al acceso al trabajo al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

Ya hemos visto que, con carácter general, existe cierto margen de diferencia en la tasa de desocupación de la población inmigrante con respecto a la local. Sin embargo, los datos no muestran una diferencia contundente en los niveles de ocupación de unos y otros en países como España o Italia en el que el porcentaje de ocupación de población extranjera es incluso superior en términos relativos<sup>1317</sup>. Los datos menos negativos en la ocupación que registran los extranjeros en los últimos Estados citados quizás se deban a la mayor adaptabilidad de los mismos a las circunstancias flexibles y precarias que se han ido asentando como consecuencia de la recesión económica y la pérdida masiva de empleo, de forma que parece evidenciarse en ellos una mayor propensión de adaptación al «clima económico reciente»<sup>1318</sup>, aunque efectivamente el periodo de crisis económica haya afectado en gran medida a la cantidad y calidad del empleo de la población inmigrante, especialmente en el momento calificado como «segunda recesión»<sup>1319</sup>.

---

<sup>1315</sup> Afirma que el art. 15.3 de la Carta de derechos fundamentales de la UE solo se predica la igualdad en las condiciones laborales de los comunitarios y extracomunitarios, mas no en cuanto al acceso al empleo, RIVAS VALLEJO, P., “*Quebras en la igualdad de trato de los trabajadores extracomunitarios de la Unión Europea*”, op.cit. P. 788.

<sup>1316</sup> Las disposiciones en materia de libre circulación de los trabajadores comunitarios, entre las que se incluye el acceso al empleo en igualdad de condiciones, no serán aplicables a los empleos en la Administración Pública, art. 45.4 TFUE Además, las disposiciones en materia de libre circulación de los trabajadores no se aplicarán a las actividades que estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. Con respecto a los extracomunitarios, el art. 11.1 a) Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países de larga duración establece la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo, con excepción de la incorporación al ejercicio del poder público mientras que en el art. 11.2 a) permite a los Estados el mantenimiento de restricciones al acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia cuando, de conformidad con la legislación nacional o comunitaria vigente, dicho acceso esté reservado a los nacionales. En España, el art. 57 de la Ley 5/2007 del Estatuto del Empleado Público (al que se remite el art. 10.2 LOEXIS) establece el acceso en igualdad de condiciones al empleo público funcional de trabajadores comunitarios- y nacionales con los que la UE haya pactado la libre circulación y ratificados por España, además de a determinados familiares, con independencia de su nacionalidad de españoles o extranjeros comunitarios - con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado. También podrán acceder los anteriores y los extranjeros con residencia legal en España a las Administraciones Públicas como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles.

<sup>1317</sup> Fuente: NoiItalia, Tassi di occupazione, disoccupazione e inattività della popolazione straniera nei paesi UE. Istaat, edición 2015. Rilevazione sulle forze di lavoro Eurostat, Labour force survey.

<sup>1318</sup> LO FARO, A. “Inmigración, trabajo, ciudadanía: appunti per una ricerca”, op.cit. P.15.

<sup>1319</sup> Un análisis sobre éste asunto a nivel global en los primeros años de crisis en AWAD, I. *The global economic crisis and migrant workers: Impact and response*. OIT, Ginebra, 2009. En España, MATÍA PORTILLA, F.J., *Crisis e inmigración. Reflexiones interdisciplinares sobre la inmigración en España*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.PP. 29ss. MEDINA, E., HERRARTE, A., VICENS, J., “Inmigración y desempleo en España: impacto de la crisis económica”. *ICE: Revista de economía*, nº 854, 2010. PP. 37-48. Un estudio sobre el comportamiento del empleo de la población inmigrante desde el inicio de la crisis hasta finales de 2013 en OLIVER ALONSO, J. “Inmigración y mercado de trabajo en 2013: suave mejora ocupacional y aceleración del envejecimiento poblacional”, Anuario de la Inmigración en España 2013 (edición 2014). Inmigración y Emigración: mitos y realidades. Open Access. <http://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/article/view/287321>

Si bien es cierto que los convenios colectivos analizados no contemplan medios de integración efectiva de éste grupo de población en términos de facilitar su contratación, tampoco revelan aparentemente medidas discriminatorias en el acceso al empleo, como puede ser la cláusula detectada en un convenio vigente en Italia que otorga preferencia absoluta a los trabajadores locales en detrimento de la contratación de la mano de obra «migrante» para la ocupación de plazas vacantes en la empresa, si bien con ello se refieren a trabajadores de otras provincias o regiones o , en todo caso, quienes tengan fijada su residencia a más de 40 km del lugar de trabajo.

Por otra parte, ante el riesgo de provocar discriminación de tipo indirecto en el establecimiento de procesos selectivos neutros abiertos a la fijación última de los criterios de evaluación de las candidaturas interpuestos por el empleador, consideramos pertinente que los convenios colectivos otorguen facultades de control a organismos paritarios de igualdad o más en general de vigilancia o seguimiento de las normas convencionales facultados para prevenir estas situaciones<sup>1320</sup>. En este mismo orden, es muy recomendable introducir cláusulas que exijan a la dirección que comunique a los representantes de los trabajadores el puesto o puestos de trabajo que se prevé cubrir, las condiciones que deben reunir los aspirantes, las pruebas de selección a realizar y la documentación a aportar por los aspirantes. En todo caso, los criterios a utilizar en los procedimientos de selección deberán ser objetivos y neutros para evitar cualquier tipo de discriminación directa o indirecta desfavorable por razón de nacionalidad, de modo que son positivas aquellas cláusulas que los facultan para emitir informes al respecto, velar por su aplicación objetiva, así como por la inexistencia de discriminación<sup>1321</sup>.

Como advertíamos, puede desencadenar un efecto discriminatorio indirecto la preferencia para el acceso, en igualdad de condiciones técnicas y profesionales en procesos de selección, de quien posea la condición de ser hijo o familiar de trabajador, aunque la misma debiera ser nula de pleno derecho de forma independiente por contravenir el tenor legal del art. 17.1 ET como cláusula discriminatoria favorable por razón de parentesco<sup>1322</sup>. Podría pensarse que esta tendencia discriminatoria puede evitarse, por ejemplo, mediante la limitación de asumir a parientes de los trabajadores o directivos de la propia empresa, como establece alguna norma convencional en Italia<sup>1323</sup>, aunque en definitiva resultaría una opción del mismo modo contraria a Derecho en España porque ocasionaría una discriminación ésta vez desfavorable por razón de parentesco.

---

<sup>1320</sup> En Francia, el art. 6 del Acuerdo Interprofesional firmado en 2006 relativo a la diversidad en las empresas, exige la participación activa de la representación del personal en los procesos de selección para velar porque no se empleen criterios de discriminación por razón de lugar de residencia o nacimiento.

<sup>1321</sup> En las que, sin embargo, no se menciona la nacionalidad entre las causas de discriminación a evitar, sino al origen, incluido el racial o étnico, por ejemplo, art. 11 CC *Industria Química*; art. 6 CC *industrias transformadoras de plástico de la Comunidad de Madrid*.

<sup>1322</sup> Art. 13 CC *Nissan Motor Ibérica, S.A. (Centro de trabajo de Los Corrales de Buelna)*.

<sup>1323</sup> En los Bancos de Crédito Cooperativo o Cajas Rurales o Artesanas no pueden ser asumidos personas que tengan relaciones conyugales o de parentela o afinidad hasta el tercer grado con miembros del consejo de administración o del colegio sindical o con el personal dependiente-con la posibilidad de excepcionar la contratación de familiares de tercer grado en determinados supuestos-, art. 34 CCNL *per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali delle banche di credito cooperativo casse rurali ed artigiane*.

## 5.1.2. Contratación

### 5.1.2.1. Contratación indefinida

El contrato indefinido, aquel contrato modélico al que aspira el gran grueso de la población, se obtiene en términos cuantitativos por un reducido número de trabajadores extranjeros, si lo comparamos con el volumen de contratación indefinida de la población nacional. En España por ejemplo, las contrataciones efectuadas con extranjeros en 2015, se salda con un 10,45% de contratos de duración indefinida<sup>1324</sup>.

Ésta circunstancia se ve favorecida por el carácter temporal de la autorización de trabajo durante los primeros meses de residencia en el territorio, aunque claramente ello no es óbice para ser contratado de modo indefinido. En tales casos, como el contrato no deviene automáticamente nulo, se pueden imaginar dos opciones: la resolución del vínculo puede venir dada bien de forma pactada, por existencia de una cláusula resolutoria, o bien entendiéndose producida la causa objetiva por incapacidad sobrevenida que pauta el ET en su art. 52.1 a). En cualquier caso, la primera sería la opción más económica para la parte empresarial pues evitarían el pago de la indemnización que lleva aparejada todo despido por causas objetivas<sup>1325</sup>, aunque recientemente el TS admitiera que en éstos casos no es viable acudir a la consignación de causa válida de extinción. La manifiesta imposibilidad de que así sea recae en que la extinción se produciría por el acaecimiento sobrevenido de una circunstancia atinente a capacidad negocial de la parte trabajadora, presupuesto similar al previsto por el art. 52 ET sobre despido objetivo por causa sobrevenida, habida cuenta de que el art. 49.1 b) sólo permite que las partes del contrato de trabajo puedan pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley y en todo caso, podría ser está considerada abusiva porque el trabajador no podría ejercer ninguna influencia sobre el hecho habilitante a la extinción<sup>1326</sup>. No obstante, tampoco confirma que la vía adecuada sea la aplicación de la causa objetiva del apartado a) del art. 52 ET, aunque estima que el legislador ha establecido un marco de protección para los trabajadores cuyo contrato se extingue por la concurrencia de una causa legal, como es la que se da en éstos supuestos, protección que debe ser garantizada a los extranjeros aun cuando pierdan la autorización para prestar servicios en España que, no obstante, venían prestando efectivamente.

De ésta interpretación se advierte que, una cláusula convencional que contuviese un pacto como el imaginado, aunque incorporada con la finalidad de hacer más atractiva la contratación indefinida de los extranjeros, podría ser evaluada de forma negativa porque la misma vendría a detraer a los trabajadores extranjeros el derecho a una

<sup>1324</sup> 2016. Informe del Mercado de Trabajo de los Extranjeros Estatal. Datos 2015.

<sup>1325</sup> Que, sin embargo, dejarían desamparado al trabajador, ALFONSO MELLADO, C., FABREGAS MONFORT, G. "La situación jurídica laboral de los extranjeros según la legislación española", LUCAS MARTÍN, F.J. SOLANES CORELLA, A., (Coords.) *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009. PP. 237-280 Publicado en versión digital en V. Lex. y en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho .P. 5.

<sup>1326</sup> La STS 955/2016 de 16 noviembre. RJ 2016\5870. Con ella, el TS revoca su jurisprudencia de los años 80, (entre otras, de 8 junio de 1987, RJ 1987\4137) en la que se sostiene que la falta de renovación provoca el fin del contrato mas no el despido del trabajador.

indemnización por extinción contractual derivada de la causa sobrevenida de pérdida del permiso de residencia y trabajo, introduciendo un tratamiento discriminatorio frente a trabajadores que sí percibirán esa indemnización cuando por causas sobrevenidas el contrato no pueda seguir en vigor, como sucede, por ejemplo, ante la pérdida de un carnet o permiso necesario para la manipulación de materiales o la conducción de un vehículo.

Con respecto al fomento de la contratación indefinida, no existen cláusulas convencionales dirigidas a tal fin, como tampoco lo son en Italia de donde no cabe resaltar alguna particularidad en lo que al fomento de la contratación indefinida de extranjeros se refiere, sin que se hayan podido detectar cláusulas sobre el particular en ninguno de los convenios analizados.

#### 5.1.2.2. Contratación temporal

La reducida tasa de contratación indefinida de inmigrantes demuestra que la «cultura de la temporalidad» también se ha asentado entre este segmento de población. No es nada desdeñable el hecho de que gran parte de los extranjeros – esencialmente los extracomunitarios -normalmente provienen de culturas laborales que presentan mayores dosis de inestabilidad laboral, factor que favorece la colocación secundaria de la búsqueda de la estabilidad y seguridad en el empleo, que queda eclipsada por la voluntad principal de encontrar un trabajo<sup>1327</sup>. Casi el 90% de los contratos a extranjeros en 2015 en España son temporales, circunstancia que viene en parte desencadenada por el alto grado de estacionalidad de los sectores productivos en los que se emplean al mayor volumen de extranjeros como son la agricultura, la hostelería o el turismo. Además de ello, entre los motivos por los que el empleador preferirá acudir a una figura contractual temporal se encuentran el de evitar el riesgo de contravenir la norma que imposibilita emplear a un trabajador que no esté en posesión de los permisos requeridos cuando éste haya sea extendido, bajo sanciones económicas importantes, así como la denegación de acudir a la resolución contractual en base al art. 49.1 b) ET.

Existe alguna especialidad para la contratación temporal, tanto en España como en Italia, que puede beneficiar a trabajadores extranjeros. En primer lugar, en España las empresas de inserción tienen la opción de contratar de forma bonificada y temporal por medio del contrato temporal de fomento del empleo a trabajadores que se encuentren en situación de exclusión social, entre quienes se hallan quienes no sean perceptores de rentas mínimas de inserción o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza por falta de periodo de residencia exigido o empadronamiento y por ésta vía tendrán acceso trabajadores de otra nacionalidad recién establecidos en España<sup>1328</sup>. Al margen de ello, del análisis efectuado en los convenios colectivos vigentes no se han detectado cláusulas

---

<sup>1327</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "En busca de la estabilidad perdida: las causas de la temporalidad". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 85, 2006. P. 15.

<sup>1328</sup> Art. 2 y 15 del Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción

que prevean un régimen determinado de temporalidad desde la óptica de la inmigración, ni para restringir la estipulación masiva de éste tipo de contratos, ni en lo que respecta al fomento de los mismos para dar entrada al empleo, siquiera de forma eventual, a trabajadores inmigrantes.

En Italia, algunos convenios se remiten al contrato de suministro de trabajo de duración determinada, sin límite de cuantía y sin mediar causa de carácter técnico, productivo, organizativo o sustitutivo cuando el trabajador se encuentre entre uno de los grupos de trabajadores desfavorecidos en el sentido otorgado por la Comisión Europea, entre los que se encuentran los miembros de una «minoría étnica» en un Estado miembro y que necesite desarrollar su formación lingüística y profesional o de experiencia laboral para mejorar sus perspectivas de acceso a un empleo estable. No obstante, algún convenio en Italia ha traducido la expresión entrecomillada por «minoranza nazionale», es decir, minoría nacional, adoptando un enfoque diverso distinto al origen étnico<sup>1329</sup>.

Por último, no se ponen de manifiesto particularidades en ninguno de los sistemas convencionales estudiados en cuanto a la contratación de los extranjeros bajo las modalidades formativas, contrato al que tuvieron durante un tiempo especial acceso en España debido a que la normativa expresamente se refería a ellos como colectivos a quienes se dirigía dicha modalidad contractual<sup>1330</sup>.

## 5.2. Condiciones laborales

La paridad de tratamiento de las condiciones laborales entre nacionales y extranjeros como exigencia normativa incumbe al contenido de los convenios colectivos en términos de evitar la discriminación desfavorable basada en la nacionalidad de los trabajadores. Lo anterior no limita, en cambio, el poder de adecuación de la disciplina que deriva del convenio colectivo en cuanto se manifiesten específicas necesidades particulares derivadas de las diversas tipologías migratorias<sup>1331</sup>, o de los trabajadores inmigrantes como grupo social específico.

De ese modo, las acciones positivas no solo en el momento de acceso sino también en ejecución de la prestación profesional, son útiles para prevenir o evitar la discriminación y exclusión social que padecen especialmente los inmigrantes. Por ello, resulta evidente el necesario complemento que media entre la eliminación de cualquier diferencia de condiciones de trabajo injustificadas por razón de nacionalidad y la adopción de concretas estrategias de promoción activa o «parificación del trabajo de inmigrantes»,

---

<sup>1329</sup>Art. 63 CCNL *per i dipendenti del terziario: commercio, distribuzione e servizi*, en virtud de lo dispuesto en el art. 31.2 D. lgs. 81/2015 de 15 de junio.

<sup>1330</sup> El R.D.L. 5/2001, para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; convertido en la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, modificó el art. 11 ET en el sentido de no aplicar el límite de edad para el acceso al contrato formativo a trabajadores extranjeros durante los dos primeros años de su vigencia del permiso de trabajo. Finalmente el RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo eliminó dicha previsión.

<sup>1331</sup> VISCOMI, A. “Immigrati extracomunitari ed autonomia collettiva: un breve appunto su parità e differenza”, op.cit. P. 119.

como ejes prioritarios de la acción sindical y particularmente negocial, dado que es el convenio colectivo un importante laboratorio en el que buscar respuestas a las nuevas demandas que la inmigración plantea al ordenamiento en su conjunto y a los propios actores sociales<sup>1332</sup>. Dentro de éste método integrativo, hablar de multiculturalismo como motor del asentamiento y protección de las diferencias de los no nacionales en base a la lengua, cultura, costumbres, etc., es asimismo una herramienta provechosa para fomentar la igual dignidad de las distintas expresiones culturales de aquellas comunidades que conviven en una determinada sociedad<sup>1333</sup>, así como paradigma idóneo para garantizar la inclusión de las diferencias<sup>1334</sup>.

Lamentablemente son muy poco frecuentes las cláusulas de convenios dedicadas a tutelar específicamente a los trabajadores inmigrantes, como aquellas cláusulas de tipo general y abstracto en las que los actores sociales, conscientes de la creciente relevancia en el mercado de trabajo de ciudadanos extranjeros, concuerdan en promover iniciativas dirigidas a su integración, a la igualdad de oportunidades o la formación, promoviendo en todos los niveles de negociación actividades de estudio e investigación dirigidas a la consecución de tales propósitos<sup>1335</sup>.

### 5.2.1. Igualdad retributiva

La prohibición de discriminación en el empleo, conlleva el establecimiento de condiciones salariales equiparables para los trabajadores extranjeros en relación a las disfrutadas por los trabajadores nacionales, aseguradas, como se ha manifestado en páginas anteriores, tanto para trabajadores extracomunitarios como para quienes ejerzan su derecho a la libre circulación. Precisamente en torno a éste segundo espacio aplicativo, la igualdad de nacionales y extranjeros en el seno de la negociación colectiva se ha visto reforzada a través de su reclamación específica por parte del Parlamento Europeo haciendo especial hincapié en la igualdad en la retribución por un mismo trabajo en el mismo lugar de trabajo, como se desprende de los artículos 39 y 12 del TCE (actuales arts. 45 y 18 TFUE), de manera que la nacionalidad de los empresarios, de los trabajadores nacionales o de los desplazados no pueden justificar desigualdades referentes a la retribución<sup>1336</sup>. Consolidado como principio fundamental de la Unión gracias a una interpretación extensiva de la jurisprudencia del TJUE al respecto, la igualdad salarial por trabajo de igual valor se extiende en su aplicación a todos los trabajadores que desempeñen un mismo empleo o análogo sin que quepan diferencias que no sean de tipo objetivo y mucho menos cuando se basa en condiciones vedadas por resultar discriminatorias como la nacionalidad.

<sup>1332</sup> VISCOMI, A., “Giuslavoristi e immigrazione extracomunitaria: un incontro difficile”. *Lavoro e diritto*, 1992 .P. 117.

<sup>1333</sup> FERRARA, A., “Il multiculturalismo come nuova frontiera del liberalismo”. *Democrazia e diritto*, n. 2/3, 1996. P. 40.

<sup>1334</sup> De lo que hablaba en su obra HABERMAS, J., “Nazione, stato di diritto, democrazia”; CERUTTI, F. (Coord.), *Identità e politica*. Laterza, Bari, 1996.

<sup>1335</sup> Ejemplo paradigmático que se extrae del art. 154 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*.

<sup>1336</sup> Parlamento Europeo, Resolución legislativa «sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea» de 22 de octubre de 2008, a partir del informe elaborado y aprobado previamente por la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Punto 8.

Quizás ante la evidente consolidación de dicho principio, las normas convencionales no se detienen a asegurar la paridad retributiva entre nacionales y extranjeros aunque forme parte de la realidad social la percepción de inferiores salarios por parte de los mismos, a veces por la ausencia de aplicación del convenio del país al que son trasladados y otras por la aplicación de sistemas salariales que los discriminan de forma indirecta<sup>1337</sup>. Además, la brecha salarial se acentúa cuando se entrecruza la nacionalidad con otras condiciones inherentes a la persona como el sexo o la edad.

De ésta forma, son pocos los convenios colectivos en España que consagran entre los principios básicos para la lucha antidiscriminatoria la igualdad retributiva entre trabajadores con independencia de su nacionalidad, limitándose a suscribir ésta exigencia para el colectivo que por antonomasia ha sufrido una devaluación arbitraria de sus condiciones salariales como son las mujeres<sup>1338</sup>. Son más frecuentes, en cambio, aquellas medidas de tutela de la población nacional en materia salarial mediante la introducción de la exigencia de proporcionar el mismo salario al personal de nacionalidad española que preste servicios en Centros no españoles radicados en España, que en todo caso no podrá ser inferior a las que perciba el personal de su categoría de la nacionalidad propietaria de la empresa, ni tampoco a las señaladas en el propio Convenio<sup>1339</sup>. Por el contrario, no se han localizado en los convenios italianos seleccionados para la muestra medidas similares.

### 5.2.2. Gestión de la diversidad nacional en las empresas

Ha sido puesto en valor, desde unos años atrás, la existencia de acuerdos específicos en materia de gestión de la diversidad en la empresa, centrados en valorar y administrar las diferencias sociales, metodológicas o de tipo cultural o ético de todos los miembros de la empresa, especialmente cuando sus plantillas resultan muy heterogéneas<sup>1340</sup>.

---

<sup>1337</sup> Con ocasión de la celebración del Día Internacional de la eliminación de la discriminación racial, el 25 de marzo de 2015 UGT publicó un informe titulado "El efecto huida" en el que pone en evidencia la brecha salarial que distancia las percepciones salariales entre nacionales y extranjeros, situación que se ha visto empeorada con el devenir de la crisis. Esp. PP.15ss. Con respecto a la realidad italiana, se constata la variación salarial entre nacionales y extranjeros. Vid. Dossier elaborado por la asociación Openpolis, "Immigrazione, il giorno dopo", accesible a través de su página web: <http://blog.openpolis.it/2015/09/14/publicato-il-minidossier-di-openpolis-immigrazione-il-giorno-dopo/>

<sup>1338</sup> Como excepción, citaremos el art. 38 CC *nacional de prensa no diaria 2013-2015*: «Se abonará la misma retribución por trabajo de igual o similar valor o responsabilidad, independientemente del sexo o nacionalidad del personal que lo realice». En los mismos términos, art. 14 CC *de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores*.

<sup>1339</sup> Art. 60 CC *enseñanza privada*. En idénticos términos, art. 58 CC *enseñanza privada concertada*. Precisamente dentro del ámbito de aplicación del Convenio de enseñanza privada, el TC en su sentencia 5/2007 de 15 enero, RTC 2007\5, advirtió la discriminación que padecían las denunciadas, profesoras de nacionalidad española contratadas para desempeñar sus funciones en el Liceo Científico Estatal Italiano Enrico Fermi de la Escuela Estatal Italiana en Madrid, quienes eran retribuidas en cuantía inferior que los profesores sustitutos italianos con residencia en España, contratado para ejecutar funciones de igual valor, a los que sin embargo se retribuía en cuantía superior, en la cuantía prevista para la enseñanza pública española, sin que carezca de peso argumentativo suficiente para eliminar los indicios de discriminación por razón de nacionalidad el carácter temporal de los contratos de los profesores sustitutos, si por el hecho mismo de sustituir a funcionarios italianos. Finalmente tampoco cabe ampararse en la autonomía de la voluntad del empleador para justificar esta disparidad de trato en materia retributiva y por ende vulnera el art. 14 CE.

<sup>1340</sup> Paradigmático resulta en España en primer acuerdo de gestión de la diversidad empresarial firmado el 20 de mayo de 2008 entre la empresa «Matadero de Girona» y el sindicato CCOO (la Federación Agroalimentaria y el delegado de personal de CCOO), empresa que integraba a trabajadores de hasta 10 nacionalidades distintas. Es relevante, aunque sea efectos formales, destacar que se trata de un pacto colectivo extraestatutario.



Aunque de forma directa la gestión de la diversidad no se relaciona con la nacionalidad, sabemos que existe una íntima conexión entre las diferencias raciales y étnicas, lingüísticas o en general culturales con la procedencia extranjera del trabajador. Por ello, resulta interesante la proliferación de éste tipo de acuerdos, dada la inexistencia de un deber legal de estipular planes de igualdad dirigidos a contemplar las circunstancias excepcionales de los trabajadores de diversa nacionalidad, como si se ha previsto para tutelar a mujeres o personas con discapacidad-si bien en éste último caso, inexplorado hasta la fecha-. A pesar de no ser común, sí encontramos en el interior de algunos Planes de Igualdad declaraciones amplias de igualdad que no solo se articulan en defensa de la paridad por razón de género, sino que además se extiende a otras causas de segregación como la nacionalidad<sup>1341</sup>, o los que entienden que dentro de los Planes de Igualdad no solo deben ser visibles los contenidos de carácter imperativo que impone la LOIMH, conscientes de que la diversidad va más allá del género<sup>1342</sup>.

Sin embargo, existe todavía gran escepticismo con respecto a la viabilidad de la gestión de la diversidad mediante la negociación colectiva como resultado de la creencia de su impacto negativo o discriminatorio, como causante de mayor segmentación y fragmentación de la mano de obra que puede ocasionar la incorporación de diferencias en virtud de la nacionalidad y sobre todo, no existe un consenso sobre los medios más adecuados para una gestión eficaz de la misma<sup>1343</sup>. En definitiva, aún hoy resultan predominantes los inconvenientes o dificultades que emergen cuando se trata de gestionar la diversidad, de manera que en la mayor parte de las ocasiones se opta por pretender la adaptación del trabajador al modelo preestablecido dentro de las propias plantillas practicando una suerte de asimilación entre todos ellos<sup>1344</sup>.

En ausencia de instrumentos de acción colectiva de éste tipo, el trabajador inmigrante se ve obligado a gestionar sus propias diferencias mediante negociaciones directas con el empresario, al margen de cualquier instancia representativa de los trabajadores o de la propia aplicación de una norma convencional inexistente o inadecuada para cumplir con sus expectativas. De éste modo, predeciblemente alcanzará un acuerdo poco atractivo debido a la escasa capacidad de negociación directa de un solo trabajador especialmente débil, dado a aspectos tales como la falta de un absoluto dominio del idioma, la necesidad de acceder al mercado de trabajo mediante cualquier tipo de empleo o aceptar condiciones más desventajosas. Por ello, resulta aconsejable para aminorar los efectos de desgaste y precarización de las condiciones de empleo de éstos trabajadores que la negociación colectiva tome mayor partido en estos aspectos de gestión de las

---

<sup>1341</sup> El Plan de Igualdad de Ford incluye en su art. 2 dedicado a establecer garantías y principios, la igualdad de oportunidades sin discriminación por razón de origen nacional o nacionalidad. También se refiere a ello el apartado «Compromiso de la Empresa con la Igualdad» del Plan de Igualdad de Fnac.

<sup>1342</sup> Así lo contempla el plan de Igualdad Xerox España.

<sup>1343</sup> En Francia, promovida por los empresarios franceses Claude Bébéar et Yazid Sabeg en 2004, fue adoptada la Carta de la diversidad (*La Charte de la diversité*), un manifiesto compuesto por 6 artículos con el objetivo de reflejar fielmente la diversidad de la población francesa en las empresas, mediante una guía de buenas prácticas para las empresas que pueden adherirse al mismo sin que su contenido en ningún caso sea de imperativo cumplimiento. Hoy la Carta de la diversidad está firmada por más de 3.000 empresarios. Su contenido es accesible en <http://www.charte-diversite.com/charte-diversite-la-charte.php>. Vid. DOYTCHEVA, M., " Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité dans les politiques des entreprises ". *Raisons Politiques*, n°38, 2009.PP. 87-106.

<sup>1344</sup> Así lo pone de manifiesto con respecto a la práctica empresarial italiana, DI MAURO, M. *Organizzazioni e differenze. Pratiche, strumenti e percorsi formativi*. Franco Angeli, Milán, 2011. P. 104.

circunstancias que diferencian a los trabajadores migrantes siendo especialmente atractiva la participación de los propios extranjeros en la negociación de medidas que traten de integrar a todos en la diversidad<sup>1345</sup>.

Si bien es cierto que la gestión de la diversidad de momento no se lleva a cabo de un modo integral y autónomo, se pueden destacar ciertos contenidos de los convenios colectivos que materialmente están enfocados en la administración de éstas diferencias de origen y tratan de favorecer la conciliación de las mismas con las necesidades de la organización productiva empresarial y con los intereses del resto de los compañeros.

#### 5.2.2.1. Condiciones vinculadas a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar

Conciliar la vida personal y familiar con el ejercicio de una profesión remunerada implica en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria no solo la inexistencia de diferencias de trato injustificadas por razón de nacionalidad tanto de los trabajadores extranjeros como de sus familias, sino también y sobre todo, de perfilar medidas que traten de favorecer la movilidad ordenada de los trabajadores procurando un justo equilibrio entre sus obligaciones profesionales y las personales mediante el disfrute flexible de ciertos permisos o incluso aumentando su duración<sup>1346</sup>. Son éstas medidas que tienden de forma positiva a gestionar la diversidad en las empresas a las que acabamos de aludir.

De una primera aproximación a los convenios colectivos vigentes en España que han sido analizados, se desprende cierta indiferencia por la conciliación de la vida personal con la laboral bajo el enfoque de la condición de extranjero de un trabajador. Es decir, por lo general el convenio colectivo se aplica en igualdad condiciones a trabajadores españoles o extranjeros sin que se contemplen estrategias diversificadas de conciliación. Por el contrario, cabe destacar de la práctica convencional italiana algunas cláusulas que demandan a las empresas sujetas al convenio colectivo en cuestión, la interposición de eventuales soluciones organizativas que consientan la compatibilidad de las exigencias familiares de los trabajadores extracomunitarios con las necesidades productivas de las empresas, dentro de los límites que marca la legislación en materia de inmigración<sup>1347</sup>.

En ocasiones, algunas de las medidas conciliadoras que contempla el convenio colectivo, si bien expuestas en términos generales o neutros, pueden provocar un efecto positivo entre los trabajadores de diversa nacionalidad. Es lo que sucede, a nuestro

---

<sup>1345</sup> Así opina también CAMAS RODA, F., "La adecuación de la normativa de extranjería sobre empleo de los inmigrantes respecto de las reformas laborales adoptadas y de la actual situación de crisis económica", op.cit. P. 16.

<sup>1346</sup> Dentro de las Conclusiones a las *Jornadas de Acción Sindical y Negociación Colectiva para 2015* de UGT se encuentra la de: "Incluir en los convenios, cláusulas específicas en materia de descansos, fiestas, permisos y vacaciones que favorezcan la igualdad de aquellas personas que han de viajar al extranjero para disfrutar de determinados permisos o para conciliar su vida laboral, personal o familiar". Conclusiones Aprobadas en el 3er Comité Confederal celebrado los días 25 y 26 de noviembre de 2014.

<sup>1347</sup> Art. 41 CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*. Art. 48 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*.

modo de entender, cuando se reconoce el aumento de días de permiso cuando, por causa de nacimiento o fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de determinados familiares, el trabajador deba desplazarse, ascendiendo a un total de cuatro días según lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores. Aunque normalmente los convenios se aquietan a ésta norma<sup>1348</sup>, en alguna ocasión se aumenta el número de días y a veces se amplía el grado de parentesco de los causantes<sup>1349</sup>. Mientras tanto, en otros convenios la determinación de los días añadidos de permiso se define en relación con la distancia que media entre el lugar de trabajo y donde deba producirse el desplazamiento<sup>1350</sup>. Por último alguno establece excepcionalmente un régimen alternativo permitiendo al trabajador optar, en caso de desplazamiento cuando se produzca el fallecimiento de uno de los familiares arriba señalados, entre cuatro días de permiso retribuido o de tres días retribuidos más dos no retribuidos<sup>1351</sup>. Solo se consideran medidas de acción positivas expresas por razón de nacionalidad cuando se hace referencia expresa al aumento de los días de permiso para trabajadores extranjeros que deben viajar a su país de origen cuando tenga lugar algunas de las causas excepcionales antes mencionadas<sup>1352</sup>.

---

<sup>1348</sup> Art. 37.3 b) ET. Entre otros, art. 43.1 b) CC *aguas potables y residuales*; art. 29.1 d) CC *Banca*; art. 27 A) c) CC *Sanidad Privada Burgos*; art. 15.5 CC *Industria Siderometalúrgica Huesca*; art. 30.1 b) CC *estatal de la empresa de distribución y gestión de tiendas de frutos secos LB, SL*.

<sup>1349</sup> Art. 27.2 CC *Calzado*: 5 días; art. 27.2 a) CC *Farmacias*: eleva a 5 días de permiso en caso de fallecimiento si se precisa de desplazamiento. No obstante, también se conceden 5 días para el resto de supuestos, pudiendo ser prorrogados, pero de modo generalizado a todos los trabajadores, precisen o no de un desplazamiento. Será de hasta de cinco días, teniéndose en cuenta para ello los desplazamientos que el trabajador o trabajadora haya de hacer y las demás circunstancias que en el caso concurran. A mayor abundamiento, la Dirección de la empresa podrá prorrogarla siempre que se solicite debidamente y sin que excluya su retribución, dispone el art. 16 c) CC *Comercio Vario La Coruña*. 5 días en caso de desplazamiento, art. 33 CC *Hostelería y Turismo Cataluña*. Muerte del cónyuge, padres, hijos o hermanos del trabajador o cónyuge: 3 días de licencia que podrán ampliarse 3 días más cuando el trabajador necesite realizar un desplazamiento al efecto; mientras que solo cuatro en caso de accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización, art. 20 CC *Limpieza Cáceres*. Cuatro días laborables por el nacimiento o adopción de hijo/a cuando se precise el desplazamiento; cinco días naturales por el fallecimiento de cónyuge o hijos/as; cinco días naturales por el fallecimiento de padres, padres políticos, abuelos, nietos / as, y hermanos cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto; cuatro días también por el fallecimiento de abuelos políticos, hermanos políticos e hijos políticos cuando con tal motivo el trabajador/a necesite hacer un desplazamiento al efecto; cuatro días naturales por accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad cuando por tal motivo el trabajador o la trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, son los permisos que reconoce el art. 15 CC *Industria Siderometalúrgica Huesca*. El art. 26 c) y f) CC *Decathlon* prevé que en caso de enfermedad grave o intervención quirúrgica de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y por nacimiento de hijo un permiso de hasta 5 días cuando el/la trabajador/a tenga que efectuar un desplazamiento fuera de su provincia o isla de residencia. En el primer supuesto, podrá disfrutarse en cualquier momento mientras se mantenga la hospitalización del pariente que da derecho a la misma.

<sup>1350</sup> Se concede el aumento a cinco días si el desplazamiento supera los 150 km, no limitado por la distancia cuando tengan lugar intervenciones quirúrgicas sin hospitalización que precisen reposo domiciliario, art. 38.2 CC *Enseñanza privada concertada*. El art. 41 b) y c) CC *Repsol Química S.A* precisa que en caso de fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad cuatro días cuando con tal motivo el trabajador deba desplazarse a localidad distinta de la de su residencia que se encuentre situada hasta 250 kilómetros y a cinco días si es superior a dicha distancia. Mientras tanto en caso de nacimiento de hijo, se ampliará hasta cuatro días si el hecho tuviera lugar fuera de la residencia habitual del trabajador, que le obligue a efectuar un desplazamiento superior a 100. Aumenta a 5 días de permiso si el desplazamiento supera 200 kilómetros, el art. 17b) y c) CC *harinas panificables y sémolas*.

<sup>1351</sup> Art. 44.1 b) CC *Industria Textil*.

<sup>1352</sup> En el supuesto de trabajadores extranjeros, el plazo se incrementará en un día más, cuando necesiten trasladarse a otro país, con respecto a los cinco días concedidos para quienes se tienen que desplazar a otra Comunidad Autónoma o isla, en virtud de lo dispuesto por el art. 46 b) *enseñanza privada*. El art. 48.10 CC *Industria Química* dispone que la licencia se ampliará a 6 días, de los que 4 serán retribuidos y 2 tendrán el carácter de licencia no retribuida y podrán prolongarse de mutuo acuerdo entre empresa y trabajador con este carácter de no retribuido cuando el país en consideración y los medios de comunicación disponibles así lo exijan. En los mismos términos, art. 34.9 CC *industrias transformadoras de plástico de la comunidad de Madrid*. En caso de fallecimiento de un pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, 7 días si se tiene que producir un desplazamiento fuera del país, art. 26.d) CC *Decathlon España*.

En línea con lo anterior, con respecto a las vacaciones, en alguna ocasión el convenio colectivo favorece que, a través de su configuración, los trabajadores extranjeros puedan cumplir con sus derechos de conciliación de un modo más adecuado. Siendo poco frecuente previsiones de éste tipo en la realidad convencional española<sup>1353</sup>, algunos convenios en Italia conciben su disfrute lo más continuado posible cuando el trabajador inmigrante justifique la necesidad por exigencias personales de acudir temporalmente a su nación de origen<sup>1354</sup>. En otros términos, algún convenio prevé, con el mismo ánimo de favorecer el traslado temporal del trabajador que no tenga ciudadanía italiana, de acumular las vacaciones correspondientes de dos anualidades, dentro de los límites previstos por la ley, previo acuerdo con el empresario<sup>1355</sup>, que sean disfrutadas las vacaciones hasta los 6 primeros meses del año siguiente a aquel en que fueron maduradas<sup>1356</sup>, o acumular a las mismas otros permisos anuales con objeto de alargarlas<sup>1357</sup>.

Por otra parte, encontramos cláusulas que pueden en apariencia resultar discriminatorias cuando el aumento de días de permiso retribuido se reserva solo a trabajadores no comunitarios o comunitarios de países no colindantes con España cuando acrediten efectivamente la realización del desplazamiento a su país de origen<sup>1358</sup>. Ésta diferencia, no obstante, puede ser valorada desde dos perspectivas distintas. En primer lugar, utilizando la óptica de la igualdad de trato entre trabajadores comparables que son todos los extranjeros de modo que la ilegalidad de la cláusula deberá ser valorada en virtud del test de razonabilidad y proporcionalidad de la diferencia de trato. Por otro lado, en cambio, puede venir amparada como medida de acción positiva de los extranjeros que en virtud de la mayor duración del desplazamiento precisen de la ampliación del tiempo de permiso para que el tiempo efectivo de su disfrute se equipare al resto del dispensado al resto de trabajadores.

En otro orden de consideraciones, la legislación no contempla el aumento de los periodos de disfrute de otros permisos por desplazamiento del trabajador cuando se produce otro tipo de acontecimiento familiar. Sirva de ejemplo la previsión en algunas normas convencionales de permiso retribuido por la celebración de la boda de un familiar hasta el segundo grado de afinidad y consanguinidad, para lo que se prevé un

---

<sup>1353</sup> A modo de ejemplo, el art.30 del CC *nacional para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016*, sobre programación de vacaciones dispone lo siguiente: «En el caso de programación del disfrute individual, sin perjuicio de las necesidades productivas de la empresa, se tendrá en cuenta las circunstancias especiales de los trabajadores inmigrantes».

<sup>1354</sup> Para el sector de la cerámica, art. 21 CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*.

<sup>1355</sup> Art. 140 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*.

<sup>1356</sup> Art. 118 Art. 90 CCNL *settore edile ed affini Conflavoro e CILS*.

<sup>1357</sup> Permite el disfrute de las vacaciones y otros permisos retribuidos anuales acumulados siempre que sea compatible con las necesidades técnico-organizativas de la empresa, el art. 90 CCNL *settore edile ed affini Conflavoro e CILS* En términos similares, art. 20 *Settore edile, costruzione, restauro ed affini*. Reservado a extracomunitarios, Art.70 CCNL *metalmecanico-artigianato* o los arts. 76, 85 y 95 CCNL *Tessili - Occhialeria, Industria,Anfao*, que podrán solicitar al empresario la acumulación de vacaciones, reducción de jornadas y otros permisos y éste evaluar en función de las circunstancias técnico-organizativas de la empresa.

<sup>1358</sup> En caso de nacimiento o adopción se aumenta a cinco días naturales y seis en caso de fallecimiento, pudiéndose ampliar hasta ocho días con el consentimiento de la empresa siendo retribuidos solo los dos cinco o seis primeros respectivamente, cuando se trata de nacionales extracomunitarios o de países no fronterizos, mientras que el resto de trabajadores que deban realizar un desplazamiento ante tales circunstancias dispondrán de dos días más de permiso con respecto a los reconocidos con carácter general, es decir, cuatro días por nacimiento o adopción y cinco por fallecimiento, un día menos de permiso retribuido con respecto a los primeros. Art. 74.1 b) y d) CC *Costrucción*.

día con carácter general<sup>1359</sup>. Indudablemente de carácter positivo para ciudadanos de otra nacionalidad es la previsión de un aumento del mismo cuando se precise de un desplazamiento para asistir al evento nupcial. En tales términos algún convenio prevé el aumento de 1 a 3 días cuando se debe producir el desplazamiento del trabajador<sup>1360</sup>.

Aunque son los anteriores mecanismos que resultan positivos para el colectivo de inmigrantes que integra una empresa, nos resultan insuficientes. Ponen de manifiesto una deficiencia aún notable en la negociación colectiva cuando se trata de promover el desplazamiento del trabajador extranjero<sup>1361</sup>, aunque fuesen los propios agentes sociales quienes demandaban en 2007 a nivel Interconfederal la toma en consideración de las circunstancias particulares de éstos trabajadores en la configuración de permisos, propósito que desapareciera en el I AENC y no se ha vuelto a plantear en tales términos en los acuerdos posteriores<sup>1362</sup>.

En términos comparativos, resulta más férreo el compromiso de los interlocutores sociales italianos con los trabajadores extranjeros en la proposición de soluciones organizativas que consientan la compatibilización de las exigencias familiares de los extranjeros con las necesidades empresariales económicas o productivas. La negociación colectiva italiana representa un ejemplo de fomento de la conciliación de éstos trabajadores mediante en el reconocimiento de permisos específicos cuando por circunstancias vinculadas con necesidades familiares el trabajador deba trasladarse a su país de origen para proporcionar asistencia<sup>1363</sup>. Se da la circunstancia de que el establecimiento de éstos permisos puede resultar arbitrario y dudosamente legítimo si no mediase justificación bastante, cuando se reconoce solo a un colectivo restringido de extranjeros como son aquellos que provienen de países en vías de desarrollo a quienes exclusivamente podrán ser concedidos permisos para viajar a su país de origen cuando sea necesario por circunstancias familiares de cierta gravedad<sup>1364</sup>.

---

<sup>1359</sup> Art. 47 e) CC *enseñanza privada*. Art. 29.1 b) CC *Banca*. Art. 27.1 c) CC *Farmacias*. Art. 74.1 c) un día por matrimonio de hijo. Art. 38.5 CC *Enseñanza privada concertada*. Art. 48.4 CC *Industria Química*. Por boda de un hijo, un día con retribución; en caso de boda de hermano, un día sin retribución, art. 44.1 j) CC *Industria Textil*. Art. 16 i) CC *Comercio Vario La Coruña*.

<sup>1360</sup> Un día natural en caso de matrimonio de padres, hijos o hermanos naturales o políticos, en la fecha de la celebración de la ceremonia, que podrá ampliarse hasta tres, en caso de celebrarse el matrimonio fuera de la provincia de residencia, art. 41 d) XI CC *Repsol Química, S.A.* Cuando se acredite el desplazamiento, se incrementará en dos días el permiso por matrimonio de un hijo según dispone el art. 74.1 *in fine* CC *nacional de la Construcción*. Por su parte, art. 33 CC *Hostelería y Turismo de Cataluña* concede en caso de bodas de hijos, nietos, hermanos, hermanos políticos, padres o padres políticos de uno a tres días en función de la exigencia de desplazamiento.

<sup>1361</sup> En sentido contrario considera que éste tipo de permisos ampliados para trabajadores extranjeros constituyen una diferencia de trato ilegítima, en tanto que la base fáctica que ha de motivar dicho aumento ha de ser el propio desplazamiento y no la nacionalidad del trabajador, TOMÁS JIMÉNEZ, N., *El tratamiento convencional de la política de empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, P. 194.

<sup>1362</sup> Considerando que «*Se deben aplicar las mismas condiciones laborales para los inmigrantes (...)teniendo en cuenta, con la suficiente flexibilidad, aquellas situaciones específicas y excepcionales que puedan surgir con ocasión de la aplicación del régimen de permisos por acontecimientos familiares, cuando éstos conlleven la necesidad de largos desplazamientos*». Cap. VI "Igualdad de trato y oportunidades". ACN 2007.

<sup>1363</sup> Reconoce a los trabajadores extranjeros permisos parcialmente retribuidos que se concederán cuando el trabajador no tenga a su disposición días de vacaciones, festivos o por reducción del horario de trabajo, Art. 57 D) CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*. El art. 49 del CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*, prevé que las empresas, en atención a las circunstancias técnicas y productivas, facilitarán el retorno periódico de los inmigrantes a su país de origen por graves y documentados motivos familiares, incluso a través del reconocimiento de permisos no retribuidos.

<sup>1364</sup> Art.49 CCNL *edile ed affini per le piccole e medie imprese*. No obstante, tales permisos serán concedidos cuando el trabajador no disponga de días de vacaciones u otros días de permisos por festividades anuladas o de reducción de horario, dentro de un límite global del 5% de los trabajadores que puedan disfrutar contemporáneamente del mismo derecho y con un máximo de 10 días al año, mientras que la retribución no superará el 30% con un máximo de 3 días de salario. En idénticos términos, art. 46 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*.

#### 5.2.2.2. Ascensos

En materia de ascensos, la configuración de un sistema de promoción profesional incluido en convenio colectivo debe respetar el principio de neutralidad, mérito y capacidad, sin que quepan diferencias de trato por motivo de nacionalidad. Como vimos, lo más frecuente es que los sistemas de selección del candidato que promocionará en el empleo se aquieten a criterios de tipo objetivo o que permiten de forma automática llevar a cabo la promoción de carrera por ejemplo en base al cumplimiento de una determinada antigüedad en la empresa. A lo sumo, incluyen cláusulas de preferencia por el sexo menos representado. Sin embargo, estas medidas de tipo objetivo no funcionan en términos de justicia equitativa y cristalizan aún más la segmentación en el empleo de los inmigrantes, relegados a los puestos situados en la parte inferior de la escala clasificatoria, en puestos de poca o ninguna cualificación, que normalmente ocupan de forma temporal y por tanto, con pocas posibilidades de ascenso.

Precisamente, el cómputo de la antigüedad de una trabajadora extranjera en aras al acceso a un puesto superior fue objeto de interpretación por parte del TJCE en el asunto al que ya nos referimos en páginas anteriores y que contempla como discriminatoria la cláusula de un convenio colectivo que impide el cómputo de la experiencia adquirida en un puesto de trabajo comparable desempeñado en otro país<sup>1365</sup>. Una experiencia convencional acorde con éste pronunciamiento es aquella que computa la antigüedad adquirida por el trabajador en todas las empresas que formen parte de un mismo grupo. Así, el CC de Repsol prevé que, como resultado de la movilidad geográfica en el grupo Repsol YPF, se deberá respetar en la empresa de destino, a todos los efectos, la antigüedad consolidada en la empresa de origen<sup>1366</sup>. En similares términos, algún convenio en Italia prevé que los aumentos por antigüedad deberán tomar en consideración los años trabajados en la misma empresa o del grupo de empresas<sup>1367</sup>.

En definitiva, para asegurar que las circunstancias que rodean al trabajador extranjero no sean consideradas de una forma desventajosa, es necesario asegurar la participación de la representación de los trabajadores en los procesos de selección del personal que será ascendido y no dejar por completo en manos de la empresa la determinación del procedimiento y los criterios aplicables, del mismo modo que se predica de los sistemas de contratación<sup>1368</sup>. De éste modo, es conveniente que el sistema de valoración sea verificado o consultado a los representantes de los trabajadores para evitar que los

---

<sup>1365</sup> STJCE de 15 de enero de 1998, *Kalliope*, asunto C-15/96. Vid supra § 2.2.2.

<sup>1366</sup> Art. 22 CC *Repsol Química S.A.*

<sup>1367</sup> Art. 29 solo para el sector de plástico y goma del CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*. Art. 185 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*. Art. 6 Secc IV, Tit. IV CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*.

<sup>1368</sup> Vid supra § 4.2.1.

criterios de valoración y selección empleados sean discriminatorios frente a trabajadores extranjeros<sup>1369</sup>.

### 5.2.2.3. Formación

Entre los factores que pueden afectar a la inserción socio laboral de los trabajadores inmigrantes, se encuentra la necesidad de adaptación de sus competencias profesionales y formativas a un contexto laboral diferente<sup>1370</sup>. Es importante no solo garantizar en la gestión de cursos de formación el principio de igualdad de trato y oportunidades en la incorporación de trabajadores con mayor dificultad de acceso a la misma sino también y más importante, incluir acciones positivas respecto al acceso a la formación de trabajadores pertenecientes a determinados colectivos con especiales necesidades como el de inmigrantes<sup>1371</sup>. La realización de estudios y la proposición de planes formativos al efecto, así como discrepancias surgidas en relación con la información a los representantes de los trabajadores sobre las acciones formativas y sus efectos en la contratación, se encuentra a veces entre las funciones de comités específicos<sup>1372</sup>.

Resulta bastante más usual en la práctica convencional italiana el planteamiento de cursos o planes de formación dirigidos sobre todo a los trabajadores extranjeros mediante la propuesta que efectúen los Entes paritarios para la formación cuya creación prevé el propio convenio<sup>1373</sup>, mientras que en otro se exige a las partes que, de forma previa a la interposición de medidas tipo formativo, verifiquen las circunstancias de la inmigración en el concreto sector, especialmente en lo que concierne al trabajo irregular, condiciones de trabajo y de acogida y detectar así las específicas exigencias formativas<sup>1374</sup>.

---

<sup>1369</sup> Art. 19 CC *Industria Química*, que le otorga a los representantes de los trabajadores la facultad de velar por que no se produzca discriminación directa o indirecta desfavorable por razón de edad, discapacidad, género, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social o lengua, entre los que destacan criterios vinculados con la nacionalidad, pero no se refiere expresamente a ella.

<sup>1370</sup> Como ponía de manifiesto el programa operativo pluriregional 2007-2013 del Fondo Social Europeo, “*Lucha contra la discriminación*”, elaborado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración español. P. 27.

<sup>1371</sup> En ese sentido, art. 84 CC *industria química*. Por su parte, el art. 55.1 e) CC *nacional del sector ocio educativo y animación sociocultural*, Resolución de 3 de julio de 2015, incorpora el objetivo de dar prioridad en el acceso a la formación a los grupos de población más desfavorecidos empleados en las empresas afectadas por el convenio, entre quienes destacan los inmigrantes, con el objetivo de promover una mejor integración y motivación de los mismos. En los mismos términos, art. 81 I CC *nacional de los Servicios de Prevención Ajenos*, Resolución de 26 de agosto 2008 (en ultraactividad). Art. 62 II Acuerdo general *para las empresas de transporte de mercancías por carretera*, Resolución de 13 de marzo 2012 (en ultraactividad).

<sup>1372</sup> Como es el caso del Comité Paritario Sectorial de Formación y de las correspondientes Comisiones Paritaria de Formación en los centros de trabajo que cuenten con 100 o más trabajadores, art. 85 CC *Industria Química*.

<sup>1373</sup> Cursos de formación dirigidos a trabajadores extracomunitarios prevé el art. I/O 3 CCNL *settore costruzioni ed affini*. El art. 20 CCNL *Settore edile, costruzione, restauro ed affini* dispone que para promover la plena inserción de los extranjeros en el sector de la edificación concuerdan sobre la posibilidad de ofrecerles cursos de formación en aras a su plena integración en el sector. Concuerdan la previsión de cursos de formación profesional para extranjeros en el art. 154 CCNL *per i dipendenti del terziario: commercio, distribuzione e servizi*.

<sup>1374</sup> En virtud de la cual la empresa se obliga a promover cursos de lengua italiana y de interculturalidad dirigidos a los trabajadores extranjeros, art. 10 CC *Luxottica*.

<sup>1374</sup> Art. 49 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*.

De modo directo, por otra parte, favorece al trabajador extranjero la provisión de cursos de formación en distintas lenguas<sup>1375</sup>. A mayor abundamiento, las partes, en otra norma convencional, se comprometen a contactar con organismos públicos para hacer viable la predisposición de módulos formativos para el aprendizaje de la lengua italiana de los trabajadores extranjeros<sup>1376</sup>. Algún convenio precisa un número mayor de horas de permiso para realizar exámenes cuando se trata de un trabajador extranjero que participe en cursos de lengua italiana que favorezcan a su integración<sup>1377</sup>, mientras que en otro convenio se reconocen permisos retribuidos a los trabajadores extranjeros que frecuenten cursos de alfabetización<sup>1378</sup>.

Finalmente beneficiará de forma indirecta a quienes no son nacionales, en la misma medida de quienes no residan en la localidad en que trabajan, el permiso para la asistencia a exámenes cuando el trabajador se encuentre matriculado para la obtención del título académico o profesional que no será el tiempo indispensable, sino superior cuando implique desplazamiento. No obstante, no parece que sea suficiente si se trata de la concesión de un breve lapso temporal para que efectivamente favorezca a trabajadores extranjeros, por ejemplo de un solo día, que haga inviable el desplazamiento a distinto país cuando se encuentre realizando estudios en el mismo, de manera que puede convertirse en un permiso no exento de producir discriminación indirecta por razón de nacionalidad<sup>1379</sup>.

---

<sup>1375</sup> En materia de salud y seguridad en el trabajo, art. 22 CCNL *settore edile ed affini Conflavoro e CILS*. Art. 90 CCNL *settore edile ed affini Conflavoro e CILS*, a quienes atribuyen la tarea de promover cursos de formación intercultural que favorezcan la integración al tiempo que permita mejorar la gestión del personal y más en general el funcionamiento de la empresa.

<sup>1376</sup> El art. 7 Secc. IV, Tít. VI., CCNL *industria metalmeccanica privata e istalazione di impianti* en el que también se dispone que las Comisiones Territoriales para la formación, promoverán la realización de cursos de formación en lengua italiana para extranjeros frente a los entes locales, proponiendo a su fin proyectos de formación financiados con fondos propios.

<sup>1377</sup> 200 h anuales frente a las 100 provistas como tope máximo con carácter general para acudir a cursos de formación, cuando se trata de trabajadores extranjeros que pretendan asistir a cursos de perfeccionamiento de la lengua italiana, art. 65 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI*. El art. 113 CCNL *settore edile ed affini Conflavoro e CILS* también eleva de 150 a 250 por cada tres años las horas de permiso cuando se trata de trabajadores extranjeros que frecuenten cursos de lengua italiana.

<sup>1378</sup> Permiso retribuido con un máximo de 150 horas por cada trienio para cada trabajador, reconocido en el art. 51 B) CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*.

<sup>1379</sup> Cuando el desplazamiento sea superior a 100 kilómetros por trayecto desde su domicilio esta licencia se otorgará por el día completo. Art.48.7 CC *Industria Química*.



## CAPÍTULO IV: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### 1. LA EDAD COMO FACTOR AMPLIO DE DISCRIMINACIÓN

El trabajador atraviesa por numerosos momentos críticos durante todo el recorrido de su vida profesional. Entre ellos, destacan los que están ligados con el factor de la edad que funciona como límite y abolición al trabajo infantil, supone un hándicap para la incorporación de jóvenes al trabajo, posteriormente sirve de escudo frente a situaciones críticas de la empresa cuando se conjuga con la experiencia laboral y de nuevo revierte a su signo negativo en la etapa final<sup>1380</sup>.

Por lo tanto, la edad es un elemento transversal de discriminación que puede actuar durante toda la vida laboral enfatizado por el hecho que refleja una prolongación constante del concepto mismo de juventud y la anticipación de la edad en la que se considera al trabajador maduro y que a su vez atesora una mayor esperanza de vida laboral. Por lo tanto, se reduce notablemente el margen de población presuntamente ajeno al riesgo de ser sometido a discriminaciones por éste motivo<sup>1381</sup>. Bien es cierto que la edad se ha convertido en uno de los ejes más significativos en la polarización del mercado laboral, típico de desigualdad, así como el motivo de discriminación muy extendido en la conciencia social con uno de cada cinco europeos admitiendo su padecimiento o habiendo sido testigo de ello<sup>1382</sup>, como también lo es que probablemente se trata del motivo de discriminación más democrático, en cuanto a que se trata de una causa que inevitablemente nos afecta a todos<sup>1383</sup>. Resulta especialmente preocupante desde el inicio del periodo de recesión económica la subida del nivel de desempleo de los más jóvenes, pero también se acrecienta la idea de un paro de tipo estructural de aquellos de más edad que son expulsados del mercado de trabajo y al que excepcionalmente volverán a entrar.

Como fuese apuntado por el abogado general de la Unión Europea Ján Mazák, una importante cualidad del criterio basado en la edad es la «fluidez», de tal modo que la determinación de una medida como discriminatoria por razón de edad no dependerá solamente de si parte de la adopción aislada de este criterio diferenciador, sino también de la edad misma lo que dificulta la determinación acerca de cuándo las

---

<sup>1380</sup> A los momentos cruciales en la vida de la persona en conexión con el ámbito laboral a lo que se dedica ALARCÓN CARACUEL, M.R. “Edad y trabajo: cuatro momentos críticos”, CAMAS RODA, F. (Coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la Inmigración*. Bosch, Barcelona, 2009.

<sup>1381</sup> Entre unos y otros queda un corto e ilógico por insensato trecho, es opinión de PÉREZ AMORÓS, F., “Prólogo”, AMAUGER-LATTES, M.C., ESTEBAN LAGARRETA, R. *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva Franco-Española*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. P 19.

<sup>1382</sup> Eurobarómetro de la Comisión Europea. Special Eurobarometer 378 ACTIVE AGEING. Enero de 2012.

<sup>1383</sup> BLANPAIN, R. “Le differenze di trattamento e la discriminazione connessa all’età; una società per tutte l’età”, *Dir. rel. ind.*, n° 4, 2005, P. 942.

diferenciaciones por razón de edad dejan de estar justificadas para pasar a ser indebidas<sup>1384</sup>.

Son dos colectivos los que aquí se analizan, los jóvenes y los mayores, que presentan problemas similares pero no simétricos ni tampoco antitéticos, por lo que precisan de reglas y soluciones necesariamente diversas en detrimento de un tratamiento homogéneo o estandarizado de modelos antidiscriminatorios en el empleo por razón de edad que arriesga producir un escaso impacto<sup>1385</sup>.

### 1.1. Discriminación de personas de mayor edad

Resulta altamente complicado definir o compartimentar al grupo de población de mayor edad o maduros, debido a que se trata de un concepto de segmento de población bastante ambiguo<sup>1386</sup>, pero que parece haberse asentado desde una perspectiva legal al menos en España en los trabajadores que superan los 45 años<sup>1387</sup>. No obstante, ésta noción de la edad avanzada o ancianidad para el empleo no puede ser captada en un modo fijo, sino que está sujeto al devenir socio-demográfico, se alarga de la misma forma que se amplía la esperanza de vida y la necesidad de promover políticas de envejecimiento activo<sup>1388</sup>.

Es importante señalar cómo incluso en otros sistemas jurídicos como el italiano, la edad como factor específico de discriminación viene reconocido casi exclusivamente con respecto a los jóvenes que pretenden acceder al mercado de trabajo mientras que entre los trabajadores de más de 50 años aparece poco extendida la percepción de haber sido expulsados del mercado laboral a causa precisamente de la edad<sup>1389</sup>. Quizás ello se deba a la sorprendente baja tasa de desocupación de los ciudadanos situados entre 45 y 55

---

<sup>1384</sup> Conclusiones del abogado general Ján Mazák presentadas el 23 de septiembre de 2008, *Age Concern England*, asunto C-388/07, apartado 74.

<sup>1385</sup> Ésta idea de la diversificación de problemas y soluciones a adoptar en CALVO GALLEGO, J. “Los mayores en el nuevo derecho del empleo”, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. (Dir.), *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*. Bomarzo, Albacete, 2014. P.334.

<sup>1386</sup> APARICIO TOVAR, J. OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Bomarzo, Albacete, 2007. P.18. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33, 2001. P. 217. La Comisión Europea en un reciente informe considera a los trabajadores maduros a quienes han cumplido los 55 años. Informe “The 2015 Ageing Report” *European Economy* 8|2014 *Economic and Financial Affairs Underlying Assumptions and Projection Methodologies*. P. 34.

<sup>1387</sup> MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., GARCIA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. 14 ed, Tecnos, Madrid, 2005. P. 201. En Francia parece que existe una separación neta entre los trabajadores maduros por franjas de edad: mayores de 45, mayores de 50 y mayores de 55 años. QUINTERO LIMA, M.G. “Discriminación por edad y protección de los seniors (trabajadores maduros) en el derecho Social francés”, MERCADER UGUINA, J.R., (Dir.) *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. Lex Nova, Valladolid, 2009.

<sup>1388</sup> Sobre nuevas tendencias demográficas y laborales en España Vid. MIEDES UGARTE, B. y SÁNCHEZ LÓPEZ, C. “Transiciones y nuevos problemas económicos-laborales en el mercado de trabajo”, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.C. (Dir.) *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*. op.cit. PP.35-56. BAZO ROYO, M.T., “Envejecimiento poblacional y mercado de trabajo: nuevos desafíos”, MERCADER UGUINA (Dir.) *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, op.cit. PP.97ss. Vid. En doctrina italiana, CARRERA F., MIRABILE M. L., *L'invecchiamento sociale. Lavoro e corsi di vita*. Ediesse, Roma. 2000. RUSSO, A.SALOMONE, R., TIRABOSCHI, M., “Invecchiamento della popolazione, lavoratori «anziani» e politiche del lavoro: riflessioni sul caso italiano”. *Collana Adapt*, nº 7, 2002.

<sup>1389</sup> TUORTO, D. *Il lavoro difficile. Discriminazione e gruppi discriminati in Italia*, op.cit. P. 77.

años se sitúa en el 7.3% y entre 55 y 64 en el 5.4 % en el último trimestre de 2016<sup>1390</sup>, en la misma línea de países como Francia, en el que se sitúa en torno al 6.1% en el mismo periodo de referencia la tasa de paro de mayores de 50 años<sup>1391</sup>. En España la situación empeora y la cifra de parados mayores de 55 años en último trimestre de 2016 según la EPA asciende a 16.1%. Los peores datos en cuanto al desempleo de la población de mayor edad se sitúan en el colectivo de parados de larga duración que se ha incrementado en los últimos años en la mayoría de países europeos<sup>1392</sup>, razón suficiente para que se encuentra entre los propósitos más inmediatos de la UE elevar la tasa de ocupación de las personas de mayor edad<sup>1393</sup>.

Las personas con mayor edad expulsadas del mercado laboral encuentran importantes barreras a su reincorporación tras periodos largos de desocupación especialmente cuando han sido remplazados por trabajadores más jóvenes con salarios inferiores. Además de ello, los estereotipos prefijan que la productividad se resiente a tenor del deterioro progresivo de las habilidades físicas y mentales de estos trabajadores, pese a que determinados estudios económicos han concluido que no existe una correlación directa entre productividad y edad<sup>1394</sup>, mientras que también son tachados de ser propensos-ha sido así admitido aunque no debidamente demostrado<sup>1395</sup>- a adaptarse más lentamente a las novedades tecnológicas introducidas en la empresa y estar expuestos a mayores riesgos con respecto a la salud<sup>1396</sup>.

La disminución de las capacidades cognitivas de aprendizaje a causa del envejecimiento fisiológico podría ser, no obstante, compensada con una mayor habilidad en cuestiones de solución de problemas de un determinado trabajo que se adquiere fundamentalmente con la experiencia dilatada. En otros términos, alcanzar determinada edad no supone la presencia automática de una incapacidad personal, o al menos de inferior capacidad para desempeñarlo a la adquisición de una determinada edad para justificar como razonable la desigualdad<sup>1397</sup>.

Para evitar consecuencias desventajosas y desterrar éste tipo de estereotipos que estigmatizan a todos, se piensa no solo en campañas de concienciación de impacto social, sino también en medidas activas, formativas y de prevención. Las empresas, sin embargo, descuidan a menudo la dimensión de la edad madura en la gestión de los

<sup>1390</sup> Tasso di disoccupazione, datos ofrecidos por el Istituto Nazionale di Statistica. <http://www.istat.it/it/>

<sup>1391</sup> Taux de chômage. Datos ofrecidos por el Institut National de la Statistique et des Études Économiques. <http://www.insee.fr/>

<sup>1392</sup> En España es una realidad constatada desde los primeros años de la crisis, según advierte el CES (Observatorio de relaciones laborales) en "Envejecimiento activo: el empleo de los trabajadores de edad avanzada". Revista *Cauces* (Cuadernos ICES), nº 9, 2009, pp. 28-39.

<sup>1393</sup> BONARDI, O. "Le discriminazioni basate sull'età", en BARBERA, M. (Coord.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio .Il quadro comunitario e nazionale*, op. cit. P. 126 ss.

<sup>1394</sup> GUILLEMARD, A.M., *Les défis du vieillissement. Age, emploi, retraite, perspectives internationales*. Armand Colin, Paris, 2010. P 73.

<sup>1395</sup> La STSJ Andalucía 531/2015 de 23 febrero, JUR 2015\94100 en su FJ 6 considera que presumir «que un grupo genérico de trabajadores, por razón de la mayor edad, tienen mayores dificultades o menor capacidad para adaptarse a unos hipotéticos avances tecnológicos no concretados, supone una discriminación prohibida por los preceptos ya citados (en alusión a los que rechazan la prohibición por razón de edad)»

<sup>1396</sup> O'CONNOR, C., "The Growing Importance of Age Equality". *The Equal Rights Review*, Vol. 11, 2013. P. 99. FREDMAN, S., "The Age of Equality", FREDMAN, S. AND SPENCER, S. (Edits.), *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives*. Hart, Oxford, 2003. PP. 22-35.

<sup>1397</sup> Como así lo puso de manifiesto el propio Tribunal Constitucional en su STC 75/1983 de 3 de agosto, RTC 1983\75, FJ 3. Posteriormente lo reitera en sentencias como la 79/2011 de 6 junio, RTC 2011\79, FJ 4 o 78/2012 de 16 abril, RTC 2012\78, FJ 3.

recursos humanos y de la organización productiva. Por ello, es conveniente que las normas convencionales introdujesen cauces de formación específicos para los trabajadores que, debido a su edad, puedan tener un proceso de adaptación más ralentizado que el resto de sus compañeros jóvenes cuando se introduzcan nuevas tecnologías en la empresa, situación que, como veremos carece del debido interés en la previsión de cláusulas convencionales sobre tal asunto. Dejamos para más adelante un análisis práctico sobre la realidad convencional y el eventual tratamiento de estas cuestiones, pero podemos adelantar ya que los cauces por los que transita la negociación colectiva especialmente desde el desencadenamiento de la crisis económica distan mucho de enfatizar sobre éstas cuestiones.

Finalmente, nos queda destacar que en ocasiones también sufren la discriminación en el momento de la ruptura de la relación profesional pues si bien las reformas laborales distan de preferir una salida temprana del mercado de trabajo, es común que sean sometidos a una continua exposición a mayores riesgos de disolución del contrato en situaciones de reestructuración de plantillas a los trabajadores más próximos a la edad de jubilación en la mayoría de los casos propiciado incluso por la negociación colectiva.

## 1.2. Discriminación de personas jóvenes

La primera evidencia de la protección de las personas más jóvenes en el panorama laboral la encontramos en la interdicción del trabajo infantil, considerada como elemento consustancial del Derecho del trabajo<sup>1398</sup>. Aunque muchas normas convencionales recogen declaraciones o principios de prohibición de cualquier tipo de esclavitud o explotación de menores allende lo permitido en cada ordenamiento<sup>1399</sup>, no es aquí donde se centrar nuestra atención cuando a la discriminación de jóvenes nos referimos.

De nuevo nos topamos con un problema conceptual sobre qué entender por «joven» a efectos del trabajo. En pocos años hemos sido testigos de una ampliación bastante notable del espectro de población cubierto por dicho concepto a efectos de articulación de planes específicos de política de empleo. Si bien la edad se fijaba en España en 21 años hasta 2005 como límite máximo para acceder a un contrato para la formación y el

---

<sup>1398</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario”, CAMAS RODA, F. (Coord.), *La edad en relación al empleo...* op.cit. P. 15. La Directiva 94/33/CE del Consejo de 22 de junio de 1994 relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, establece en sus artículos primero y cuarto la interdicción del trabajo de menores de 15 años, salvo excepciones.

<sup>1399</sup> Declaración sobre el comercio internacional del área textil-moda sobre el tráfico de perfeccionamiento pasivo y sobre el código de conducta de respeto a los derechos humanos fundamentales y para la eliminación de la explotación del trabajo de menores en las actividades económico-productivas internacionales. Recogido en el Protocolo I del CCNL *Tessile Abbligamento Moda. SMI*, otorgando facultades de control en el ámbito empresarial a la RSU y proponiendo a las empresas el establecimiento de acciones positivas de formación profesional de los menores empleados. No obstante, quedan formalmente eximidas de responsabilidad cuando contraten directamente con otra empresa que se responsabilice a su vez de la inobservancia de las normas relativas a la no explotación de menores prohibido por la OIT y por la norma nacional, dando carta blanca, en mi opinión, a utilizar indirectamente mano de obra de menores, económicamente ventajosa para las empresas y exenta de cualquier responsabilidad o control. Prohibición de trabajo de niños también se incluye en el Código ético y de conducta del Convenio empresarial del grupo *Luxottica*, art. 3 C) en el que se incluye un procedimiento para la gestión de eventuales denuncias en relación con la violación de tal principio.

aprendizaje, la regente norma lo amplía hasta los 30 años, como también para emplear a trabajadores bajo la modalidad de contrato indefinido de apoyo a emprendedores o el acceso a la garantía juvenil aunque de forma transitoria en atención a las circunstancias económicas coyunturales<sup>1400</sup>. No en vano, ya la edad de los 30 años ha sido utilizada como límite del colectivo de jóvenes en otros momentos para definir a los sujetos beneficiarios de políticas de empleo joven como es el caso del contrato para el fomento de la contratación indefinida<sup>1401</sup>. En parecidos términos se sitúan aquellas experiencias comparadas como la italiana, en la que ya el derogado contrato di formazione lavoro se dirigía a jóvenes de entre 15 y 29 años, alcanzando los 32 en determinadas áreas geográficas desventajosas<sup>1402</sup>. Con éstos ejemplos queremos advertir que resultaría enormemente simplista tratar de circunscribir la categoría de jóvenes en relación al empleo<sup>1403</sup>, aunque la Comisión Europea considere verdaderamente jóvenes a quienes tienen entre 15 y 24 años<sup>1404</sup>.

Lo más preocupante resulta sin duda el enorme de desempleo de los trabajadores más jóvenes que pone en evidencia la situación de marginalidad laboral a la que se ven abocados. Por mostrar algunos datos, en la actualidad asciende a 49,92% en el último trimestre de 2016 entre menores de 25 años, una de las tasas de desempleo juvenil más elevadas en la UE, por encima de Italia (34,5%) o Francia (22,5%)<sup>1405</sup>.

En el caso de los jóvenes, la acción discriminatoria en el mercado laboral se manifiesta en mayor medida a través del mantenimiento de obstáculos al acceso a una profesión en condiciones de igualdad o el uso –y abuso– de contratos precarios en la fase inicial de su carrera, en su mayoría temporales y peor remunerados<sup>1406</sup>. Tales penalizaciones vienen motivadas a menudo por la existencia de prejuicios sociales relacionados con la juventud como son la presunta inmadurez, la propensión a la violencia, desobediencia, irresponsabilidad, mayor nivel de absentismo, estilos de vida, etc. En cualquier caso, se da la circunstancia de que las probabilidades de pasar de un trabajo atípico a uno

---

<sup>1400</sup> Hasta que el desempleo se sitúe por debajo del 15%. D.T. 9ª ley 3/2012 de 6 de julio, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. Hasta que la tasa se sitúe por debajo del 20% en el caso de la garantía juvenil, art. 88 de la ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia. El concepto de población joven se sitúa en España en los 29 años según MARTÍNEZ POZA, A., ROCHA SÁNCHEZ, F., “El papel de la negociación colectiva en el fomento del empleo de las personas jóvenes. *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, nº 25, 2015.P.120

<sup>1401</sup> D.A.1ª Ley 12/2001 de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, donde se fijaban como trabajadores jóvenes a los comprendidos entre 16 y 30 años, o los programas de fomento del empleo anuales desde el año 2002.

<sup>1402</sup> Introducido con el Decreto ley de 30 de octubre de 1984, n. 726 *Misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali* (convertido en ley de 19 de diciembre de 1984, n. 863), art. 3. Hoy el contrato de aprendizaje de tipo profesionalizante abarca el arco de 18 a 29 años.

<sup>1403</sup> MORALES ORTEGA, J. M. “Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil: antecedentes, contexto y contenido”, MORALES ORTEGA, J. M (Dir.) *Jóvenes y políticas de empleo: entre la estrategia de emprendimiento y empleo joven y la garantía juvenil*, Bomarzo, Albacete, 2014. P.15.

<sup>1404</sup> Informe The 2015 Ageing Report “Underlying Assumptions and Projection Methodologies “*European Economy*, nº 8, 2014 P.30. La Garantía Juvenil, de hecho se prevé para menores de 25 años Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil. Mientras tanto, los situados entre los 25 y los 29 años son considerados «jóvenes adultos» European Commission: “Recent developments in the EU-27 labour markets for young people aged 15-29”, e 2010. P. 4.

<sup>1405</sup> Datos del Istat y del Insee respectivamente.

<sup>1406</sup> «De hecho, es posible afirmar que la precariedad laboral constituye en términos generales el rasgo estructural distintivo –y cuasi naturalizado– de la participación de este grupo de población en el mercado de trabajo», ROCHA SÁNCHEZ, F., CRUCES AGUILERA, J. DE LA FUENTE SANZ, L., OTAEGUI JÁUREGUI, A. "Crisis, austeridad y trabajo decente". Fundación 1º Mayo, Colección Estudios, nº 71, 2013. P. 2.

estándar para los trabajadores menores de 30 años son bastante reducidas<sup>1407</sup>. Si de los primeros estudios sobre discriminación y edad se evidenciaba la importancia de los estereotipos negativos contra los trabajadores de mayor edad por parte de los supervisores y empleadores en general<sup>1408</sup>, la tendencia se ha invertido hacia la generalización de los efectos problemáticos que aquellos puede ocasionar el desempleo de jóvenes<sup>1409</sup>.

En definitiva, se pone de manifiesto cómo los trabajadores jóvenes al inicio de su carrera profesional son en realidad más vulnerables y propensos a padecer discriminaciones por razón de edad con respecto a los trabajadores de edad avanzada<sup>1410</sup>, e incluso las circunstancias son más desoladoras si al factor de la edad se suman otros como el género o la discapacidad, o encontrarse en situación de inactividad total representada por el conjunto de población conocido popularmente como “ninis”.

Con éstas breves notas introductorias se ha querido mostrar una realidad que afecta a importantes sectores de la población activa situados en edades tempranas y maduras, constatando que, en definitiva, la horquilla de trabajadores sobre los que no sobrevuela la espada de Damocles de la discriminación por razón de edad se sitúa en un escaso margen entre los 30 años y los 45, apenas 15 años. Son dos conjuntos de población que más que ser definidos como «grupos problemáticos»<sup>1411</sup>, encajan con la idea de grupos con problemas y muy graves desde la perspectiva laboral, ante lo cual los actores sociales están llamados a poner remedios a través de la negociación colectiva y evitar que las prácticas normativas y socioculturales que toleran la discriminación por razón de la edad se cristalicen y sigan subyugando aun más al trabajador.

### 1.3. La edad como factor de discriminación de segunda generación en el Derecho de la Unión Europea

#### 1.3.1. Reconocimiento normativo en el sistema de tutela antidiscriminatoria de la Unión Europea

Mucho menos reciente que en Estados Unidos es el reconocimiento de la prohibición de discriminación por razón de edad en la Unión Europea, a través de su manifestación

---

<sup>1407</sup> TUORTO, D. *Il lavoro difficile. Discriminazione e gruppi discriminati in Italia*, op. cit. PP. 19-20 y 45.

<sup>1408</sup> KIRCHNER, W., DUNNETTE, M., “Attitudes Toward older workers”. *Personnel Psychology*, Vol. 7, 1954. PP. 257-265.

<sup>1409</sup> BIRD, C., FISHER, T., “Thirty years later: attitudes Toward the Employment of Older People”. *Journal of Applied Psychology*, Vol. 71, n° 3, 1986. PP. 515-517.

<sup>1410</sup> “NEETs Young people not in employment, education or training: Characteristics, costs and policy responses in Europe. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound), Luxemburgo, 2012 Esp. PP.3-4.

<sup>1411</sup> Al concepto de «grupo problemático» de trabajadores aluden APARICIO TOVAR, J. OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, op.cit. P. 22. Llamados más acordemente en nuestra opinión «grupos débiles» en tanto que afectados por una mayor dosis de vulnerabilidad por, LÓPEZ GANDÍA, J. “El régimen jurídico del empleo y los programas de fomento del Empleo en España. (Introducción al estudio de las relaciones entre política laboral y política de empleo)”. RT, n° 59-60, 1980. PP. 97-98.

expresa en el art. 13 TCE<sup>1412</sup>. No previsto, en cambio, en los principales instrumentos que consagran derechos humanos en el panorama internacional. Ausente en el CEDH, en el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos y en el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales. En el ámbito laboral internacional se reconoce el derecho a utilizar la edad como factor de adopción de medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas de éste colectivo en el emblemático Convenio de la OIT nº 111 y posteriormente es aprobada la Recomendación núm. 162 de 1982 sobre los trabajadores de edad, que se ocupaba de tratar de solventar algunas de las trabas con que tropiezan éstas personas en la búsqueda o reinserción laboral consagrando la prohibición de discriminación por razón de edad de los mismos. En ninguno de ellos la proclamación del derecho a no ser discriminado por ésta causa es general aunque ya en la primera década de éste nuevo siglo desde las instituciones de éste órgano internacional se valora como «factor de discriminación determinante»<sup>1413</sup>, o nueva «forma de discriminación recién reconocida»<sup>1414</sup>.

A pesar de que la tutela antidiscriminatoria frente al rasgo característico de la edad en el ámbito del empleo es objeto de tratamiento normativo mediante la Directiva 2000/78/CE la jurisprudencia evalúa el principio general de prohibición de discriminación por razón de edad como expresión concreta del más general principio de igualdad para consagrarse finalmente como derecho subjetivo de los ciudadanos oponible asimismo en un litigio frente a particulares<sup>1415</sup>. Finalmente se eleva formalmente a derecho fundamental específico en el art. 21 de la CDFUE. Complementado el anterior, el art. 32 de protección de los jóvenes interesa la disposición de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y la protección de aquellos a la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación; el art. 25, por su lado, reconoce el derecho de los mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural. A la par que derechos, se imponen como objetivos de igualdad material, de promoción y salvaguarda de aquellos como condición de permanencia en la sociedad en igualdad de condiciones que el resto.

Sin embargo, es fácil apreciar de la lectura del articulado de la Directiva un tratamiento diferenciado-eminentemente más laxo o flexible-en relación al resto de criterios de

---

<sup>1412</sup> Aprobada una ley federal sobre la discriminación por razón de edad de los mayores de 40 años en el marco del empleo, la *Age Discrimination in Employment Act* de 1967. Sobre la trayectoria del principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de edad en Europa vid. APARICIO TOVAR, J. OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, op.cit. PP 49ss. MANERIO VÁZQUEZ, Y. “La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad”, CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*. Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2009. PP. 70ss.

<sup>1413</sup> Director general de la OIT “La hora de la igualdad en el trabajo”. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 91ª reunión, Ginebra, 2003. P.39.

<sup>1414</sup> Director General de la OIT, “Discriminación en el Trabajo La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 96ª reunión. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007. PP 42ss.

<sup>1415</sup> Doctrina recientemente rememorada por la STJUE de 19 de abril de 2016, *Rasmussen*, asunto C-441/14, apartados 26, 27 y 36. Inicialmente venía reconociendo reiteradamente la existencia de un principio general del Derecho de la Unión Europea de igualdad por razón de la edad invocable directamente por los particulares, entre otras, en las SSTJCE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, asunto C-144/04, apartado 75 o de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, asunto, C-555/07.

discriminación que se admite toda vez que aquella no tenía por objeto imponer por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, sino de impedir las discriminaciones en el mismo en atención a una serie de factores entre los que consta la edad<sup>1416</sup>. Tal es así que a la excepción general que consiente en utilizar una característica ligada a un criterio de discriminación como exigencia profesional esencial y determinante, se añaden situaciones excepcionales ulteriores que permiten disipar condenas por discriminación en razón de la edad. De ésta forma, la medida desigual será legítima cuando venga sostenida mediante un objetivo razonable en el marco del derecho nacional que desarrolle una política de empleo, de mercado laboral y formación profesional aplicando unos medios apropiados y necesarios. El hartamente discutido art. 6 de la misma, ejemplifica una serie de situaciones que comportan intrínsecamente una justificación suficiente para establecer medidas diferenciadoras entre trabajadores en virtud de su edad, redactados con una amplitud tal como para serle atribuida la capacidad de cubrir cualquier hipótesis de tratamiento diferenciado por razón de edad durante toda la trayectoria profesional<sup>1417</sup>. Destaca en la doctrina la opinión mayoritaria que considera que se produce un notable relajamiento de las exigencias del escrutinio de legitimidad estricto, aplicándose en definitiva un mero juicio de igualdad o una verdadera presunción de razonabilidad de las medidas que diferencian en virtud de la edad<sup>1418</sup>, hasta el punto de ser afirmada la inexistencia de una histórica segregación o imposición de tratamientos humillantes u ofensivos por ésta razón del mismo calibre que el sufrido por otros grupos como las mujeres o quienes profesan determinadas religiones por lo que no cabe hablar de factor de discriminación en sentido expreso<sup>1419</sup>.

Esta distensión con la que se aprecia la discriminación por razón de edad se pone de manifiesto cuando el propio abogado general en el asunto Lindorfer advierte que la prohibición de discriminación por razón de la edad no sólo se establece con muchas más reservas y limitaciones que la discriminación por razón de sexo, sino que se trata también de un fenómeno mucho más reciente, puesto que la igualdad de trato con independencia del sexo se considera un imperativo que debe respetarse y exigirse siempre que sea posible, mientras que la idea de igualdad de trato con independencia de la edad está sujeta a muchas matizaciones y excepciones<sup>1420</sup>. Más tarde, el abogado general que emite sus conclusiones al asunto Age Concern afirma que dada su

---

<sup>1416</sup>SSTJCE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, asunto C-144/04, apartado 74 o de 10 de mayo de 2011, *Römer*, asunto C-147/08, apartado 59.

<sup>1417</sup> En ese sentido, GALANTINO, L. “Lo svolgimento del rapporto di lavoro e le discriminazioni relative all’età”. *Dir. Rel. Ind.*, nº4, 2005, P.954; CHIECO, P. “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione”. *Riv.it. dir.lav.*, I, 2002. PP. 75 y 105.

<sup>1418</sup>

<sup>1419</sup> Tal es así que la ley de discriminación en el empleo por razón de edad norteamericana (Age Discrimination in Employment Act, 1967), no podría ser justificada en términos de igualdad de oportunidades dirigida a un grupo históricamente desfavorecido, es opinión de RUTHERGLEN G., “From Race to Age: The Expanding Scope of Employment Discrimination Law”, *The Journal of Legal Studies* Vol. 24, nº 2, 1995, P. 491. Ha considerado inexistente una verdadera prohibición de discriminación por razón de edad. LYON-CAEN, G. “Différence de traitement ou discrimination selon l’âge”. *Droit Social*, nº 12, 2003. PP. 1047-1050

<sup>1420</sup> Conclusiones del abogado general F.G. Jacobs al asunto C-227/04, *Lindorfer* presentadas el 27 de octubre de 2005. Apartado 85.



naturaleza, la edad no es un «motivo sospechoso», al menos no tanto como lo son el sexo o la raza<sup>1421</sup>.

Con respecto a las eventuales excepciones a la prohibición de discriminación por razón de edad, el TJUE advierte que la mencionada lista de medidas que podrán ser acordes con la Directiva-el acceso al empleo y a la formación profesional incluidas las condiciones de despido y recomendación, 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; el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; o el establecimiento de una edad máxima para la contratación basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación, así como en materia de requisitos para acceder a prestaciones por jubilación o incapacidad - tiene valor meramente indicativo. De este modo, al aplicar tales normas, los Estados miembros no están obligados a elaborar a enumerar las diferencias de trato que pueden estar justificadas en aras de un objetivo legítimo de los previstos en el cuestionado art. 6<sup>1422</sup>. A tales efectos, recuerda que los Estados miembros así como los interlocutores sociales a nivel nacional disponen de una amplia facultad de apreciación no sólo al primar un objetivo sobre otros en materia social y laboral, sino también al definir las medidas que les permitan lograrlo siempre que pueda ser adecuada para alcanzar los objetivos anteriormente mencionados y no resulte innecesaria para cumplir con el objetivo perseguido<sup>1423</sup>.

En vista del modo en que esta ha sido prevista y de la interpretación ofrecida por TJ de la Directiva, gran parte de la doctrina-con buenas razones, en nuestra opinión- coincide en considerar que la tutela antidiscriminatoria por razón de edad que deriva del propio régimen europeo más débil que respecto a las demás causas de discriminación y admite excepciones de tal calado que han animado a algunos autores a pensar en la inexistencia de un verdadero marco de protección de ésta circunstancia personal, o a lo sumo se coloca como criterio intermedio en cuanto al nivel de exigencia y protección frente a tratos que se inspiran precisamente en el criterio prohibido<sup>1424</sup>, mereciendo por ello el

---

<sup>1421</sup> Conclusiones del abogado general Ján Mazák Asunto C-388/07, *Age Concern England*, presentadas el 23 de septiembre de 2008. Apartado 74.

<sup>1422</sup> SSTJCE de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England*, C-388/07, apartado 34; de 12 octubre 2010, *Rosenbladt*, asunto C-45/09, apartados 40, 69 y 79.

<sup>1423</sup> Entre otras, SSTJCE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04, apartado 63, sentencia en la que considera contraria a la Directiva una normativa nacional que, como la controvertida en el procedimiento principal, permite, sin límite alguno y a menos que exista una conexión estrecha con un contrato de trabajo anterior por tiempo indefinido celebrado con el mismo empresario, celebrar contratos de trabajo de duración determinada con trabajadores de más de 52 años.; de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa*, asunto C-411/05, apartado 68 en la que consideró válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, fijado en 65 años por la normativa nacional, y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación; de 19 de julio de 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, asunto C-143/16 apartado 31, pronunciamiento en el que se considera ajustado a la Directiva la norma nacional italiana que permite despedir al trabajador con contrato discontinuo al alcanzar la edad de 25 años.

<sup>1424</sup> SERRANO ARGÜELLO, N. "La edad como factor de discriminación en el empleo". *Revista universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 12, 2011. P. 38. Artículo electrónico. <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/5704>. GONZALEZ ORTEGA, S., "La tutela antidiscriminatoria nel diritto e nella pratica giudiziaria spagnola". *Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali*, Fasc. 99-100, 2003. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. "Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario", op.cit. P. 23. Se trata de una reprobación que no se encuentra al mismo nivel del resto de causas prohibidas,

calificativo metafórico de criterio «cenicienta»<sup>1425</sup>. En nuestra opinión, al margen de la veracidad de tales argumentos, consideramos que por su carácter garantista de un grupo en desventaja social, caracterizados por un elemento común inherente a las características personales, ha de seguir siendo considerado, como se razonará a continuación, un factor de discriminación oponible tanto al sector público como al privado.

### 1.3.2. La discriminación por edad como condición personal del trabajador

El principal inconveniente que se plantea a la hora de desarrollar todo un haz de medidas tendentes a corregir las situaciones de discriminación laboral por causa de la edad se identifica en la propia permeabilidad del colectivo protegido, como apuntábamos anteriormente, dado que no se trata de un grupo estático y delimitado sino que se incorporan en él todos los seres humanos desde los más jóvenes hasta los de mayor edad<sup>1426</sup>. Ésta es una de las razones por las que probablemente no existe en España ni en los países de nuestro entorno jurídico, una normativa de tratamiento integral de las situaciones desfavorables por razón de edad de carácter transversal como ha sido prevista en Australia mediante su Age Discrimination Act de 2004<sup>1427</sup>.

Lo anterior es resultado, entre otros factores, de la ausencia generalizada en las Constituciones de la mayor parte de países europeos de referencias a la edad como criterio de discriminación protegido, por mucho que algunas hayan sido aprobadas recientemente, como es el caso de la húngara de 2013, a excepción de Finlandia y de forma más matizada Portugal que establece la igualdad retributiva sin distinción de edad. En otras muchas la protección de las personas por cuestiones ligadas a su edad se encuentra mediatizado entre los deberes del Estado o principios guía de las políticas activas de protección social. Testimonio de ello son la Constitución griega que exige a los poderes públicos velar por el estado de salud de sus ciudadanos y en base a ello deberá adoptar medidas especiales para la protección de los jóvenes y de los de mayor edad; la irlandesa, que vincula al Estado al sostenimiento de las personas de mayor edad cuando así fuese necesario; la búlgara que reconoce a las personas de mayor edad sin parientes e incapaces de mantenerse a sí mismos especial protección por parte del Estado y de la propia sociedad; la italiana que otorga el derecho a la igualdad retributiva de los menores por trabajos iguales o el derecho a que se prevean y garanticen los medios proporcionados a sus necesidades vitales en caso de ancianidad; o finalmente la

---

en BALLESTER PASTOR, M.A. “El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario”, en CAMAS RODA, F. (Coord.) *La edad en relación al empleo...* op.cit. P.96.

<sup>1425</sup>CHIECO, P. “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione”, op.cit. P.105.BELL, M. Y WADDINGTON, L. “Diversi eppure eguali...”, op.cit. P.373. Defiende, en cambio, la equiparación de éste factor de discriminación con los demás, MICHEA, F., “Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l’âge. Retour sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l’Union européenne”, op.cit. P. 1061.

<sup>1426</sup> En ese sentido vid. FREDMAN, S. “The age of equality”, en FRIEDMAN, S., SPENCER, S. (Coords.) *Age as an Equality Issue. Legal and Policy Perspectives*, op.cit. P. 37.

<sup>1427</sup> Protege frente a discriminaciones en los ámbitos de trabajo, educación, acceso a permisos, provisión de bienes, servicios y otras facilidades.

española, que además de reconocer la protección de los derechos del niño, garantiza la suficiencia económica a los ciudadanos de tercera edad como principio rector de la política social y económica<sup>1428</sup>. Sin embargo, la indiferencia hacia éste factor de discriminación en las normas supremas no ha impedido que dicha condición de la persona pueda ser elevada a derecho fundamental reconocido a todos a través de una interpretación análoga al resto de factores de discriminación o bien gracias a la existencia de una cláusula de apertura o cierre que permite incorporar nuevas causas de discriminación.

Centrándonos más adelante en la situación normativa española, algunos ordenamientos, como el italiano, reparan legalmente en el factor de la edad a rebufo de las exigencias de transposición de la normativa europea. Así, hasta la reforma de 2003 no se incorpora a la edad entre los criterios de discriminación vedada en art. 15 del Estatuto de los Trabajadores. Seguramente, el reconocimiento –aun tardío– de la edad como factor autónomo de discriminación se debiera a la ausencia de pronunciamiento del Tribunal constitucional italiano sobre la determinación de la edad como rasgo discriminatorio inherente a la persona que encuentra soporte constitucional en la cláusula de apertura del art. 3 de su Constitución, circunstancia que ha venido a ser suplido y superada por un asentimiento generalizado por parte de la doctrinal<sup>1429</sup>.

## 2. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL ÁMBITO INTERNO

### 2.1. Encaje de la prohibición de discriminación por razón de edad entre las causas discriminatorias en virtud de la jurisprudencia constitucional

La edad como factor autónomo de discriminación se reconoce por el Tribunal Constitucional español décadas antes de la configuración de una tutela antidiscriminatoria a nivel europeo a pesar de que la propia Constitución española no lo contempla en su artículo 14. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha servido para forjar una doctrina bastante asentada, a pesar de no ser muy profusa desde el punto de vista cuantitativo, sobre la existencia de la discriminación por razón de edad contemplada como criterio no expreso pero protegido por la Constitución en atención a su carácter análogo a otros rasgos de la persona, como circunstancia personal a las que se refiere el precepto en su cláusula de cierre<sup>1430</sup>.

---

<sup>1428</sup> Respectivamente: Sección 6, Capítulo II, Constitución de Finlandia de 11 de junio de 1999; art. 59 .1 Constitución de Portugal de 2 de abril de 1976; art. 21.3 Constitución de Grecia de 9 de junio de 1975; Art. 45.4.1º Constitución de Irlanda de 1 de julio de 1937; Art. 51.3 de la Constitución de Bulgaria (*Конституция на Република България*) de 13 de julio de 1991 Arts. 37 y 38 de la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947; Arts. 39.4 y 50 Constitución Española.

<sup>1429</sup> BONARDI, O. , “Le discriminazioni basate sull’età”, BARBERA, M., (Coord.) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, op. cit. P. 128.

<sup>1430</sup> Reconocido por primera vez en la SSTC 75/1983 de 3 agosto, RTC 1983\75, FJ 3.

Planteado en tales términos, la referencia a la edad tanto en instrumentos normativos como derivada de actos o pactos de naturaleza privada, debe ser protegida de forma rígida como todo factor de discriminación cuya utilización aislada como elemento de relevancia en la diferenciación provoca la aparición de una presunta vulneración del derecho fundamental. Por esta razón, no debería ser suficiente la mera exigencia de la razonabilidad del fin perseguido con ella y la objetividad del criterio utilizado provocando, como ocurre con el resto de causas discriminatorias, el automático desplazamiento de la carga de probar que su establecimiento es ajeno a todo afán discriminatorio cuando existen indicios suficientes de discriminación, así como se precisa un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad<sup>1431</sup>. Por otro lado, ha extendido al ámbito de la edad el impedimento de ser utilizado como único criterio de diferencia retributiva, a pesar de que la Constitución primero –art. 35.1 CE- y el Estatuto de los Trabajadores después- art. 28 ET- solo impide que por razón de sexo el salario atribuido a los trabajadores pueda ser distinto para un mismo trabajo, o para un trabajo al que se atribuye igual valor, de manera que «argumentaciones como la de que es presumible un rendimiento más bajo del trabajador menor, o que una situación de menos necesidades justifica un menor salario, o que un nivel salarial más bajo facilita el empleo, no son razones para hacer quebrar la regla de que a trabajo igual, igual salario»<sup>1432</sup>.

Sin embargo, con carácter premonitorio de lo que en la Unión Europea posteriormente ocurrirá entorno a la definición del marco de aplicación del principio de igualdad por razón de edad, la jurisprudencia constitucional ha sido flexible a la hora de abordar la razonabilidad estricta a que en principio debía someter la disparidad de trato con origen en la edad, dando así unas veces la sensación de que en realidad emplea el juicio de igualdad, mientras que en otras así lo confiesa<sup>1433</sup>. De ésta manera, en la práctica la edad

---

<sup>1431</sup> Así lo expresan, entre las más recientes, SSTC 63/2011 de 16 mayo, RTC 2011\63, FJ 3; 79/2011 de 6 junio, RTC 2011\79, FJ 4; 117/2011 de 4 julio, RTC 2011\117, FJ 5; 41/2015 de 2 marzo, RTC 2015\41, FJ 4; 66/2015 de 13 abril, RTC 2015\66, FJ 8.

<sup>1432</sup> STC 31/1984 de 7 marzo, RTC 1984\31, FJ 10. Sin embargo, el art. 7 a) i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoce el derecho al mismo salario por trabajos de igual valor sin distinciones de ninguna especie, derecho que debe penetrar en nuestro ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE en la medida en que se trata de un Convenio Internacional válidamente ratificado por España, del mismo modo que el art. 14 i) del Convenio 117 OIT sobre política social de 1966.

<sup>1433</sup> Precisamente en la STC 75/1983 de 3 agosto (RTC 1983\75), pone de relieve que «no basta para justificar como razonable la desigualdad...», si bien en el supuesto concreto analizado la diferenciación por razón de la edad mediante el establecimiento de una edad máxima para el acceso al cargo de Interventor en los Municipios de régimen especial de Barcelona y Madrid se consideró justificada, mientras que la STC 31/1984, de 7 de marzo, en su FJ 11, al abordar la cuestión de las diferencias establecidas en el salario mínimo interprofesional por razón de la edad, se consideraron justificadas al manejarse la edad como indicativa de una distinta naturaleza y valor del trabajo desempeñado; o advierte que «el establecimiento de un límite de edad para la permanencia en el trabajo origina una desigualdad con respecto a aquellos trabajadores que aún no la han alcanzado, pero la consecuencia no es constitucionalmente discriminatoria, pues aparece precisamente justificada por una medida constitucional» en la STC 95/1985 de 29 julio, RTC 1985\95, FJ 4; la STSC 341/2006 de 11 diciembre ( RTC 2006\341) en la que se advierte la constitucionalidad de la cláusula convencional que establece un régimen de jubilación forzosa anterior a la derogación legal se basa en una política de empleo tendente al reparto o redistribución del trabajo; debían «determinar si la utilización de la edad como criterio de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo tuvo una justificación razonable y proporcionada», constatando que la edad es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados en su STC 66/2015 de 13 abril. RTC 2015\66, FJ 6; Entre las que no admite la razonabilidad pretendida de la medida la STC (RTC 2004\37) de 11 de marzo no admite el límite de edad máximo para los aspirantes a ocupar puestos de la función pública local (no exceder de aquella edad en que falten menos de diez años para la jubilación forzosa determinada por la legislación básica en materia de función pública); en la STC 63/2011 de 16 mayo,( RTC 2011\63) se valora como contraria al art. 14 CE la exclusión de los farmacéuticos que tengan más de 65 años al inicio del procedimiento de autorización de creación e instalación de nuevas oficinas de farmacia.

no funcionará como criterio del que se pueda presumir su ilegitimidad sino que proporciona un amplio margen de discrecionalidad al legislador y a los interlocutores sociales para fundar en la edad una diferencia de trato siempre que responda a un fundamento racional y objetivo<sup>1434</sup>. Ésta última exigencia resulta plenamente acorde con el dictado de la norma comunitaria cuando emplea la razonabilidad y objetividad como criterios que permiten a los Estados miembros utilizar la edad como elemento de diferencia entre situaciones comparables, pese a que su interpretación de ésta ahora se verá reforzada, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.2 CE por el tenor del art. 21.1 de la CDFUE y que la consolida «principio general del Derecho de la Unión»<sup>1435</sup>.

## 2.2. Normativa legal de referencia

Al margen de su reconocimiento implícito en la Constitución española, como en otros países europeos, su reconocimiento expreso se halla en la norma laboral de referencia, ya presente en el ordenamiento jurídico de forma previa a la aprobación de la norma comunitaria que desarrolla la prohibición de discriminación por razón de edad. En efecto, el art. 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores incluye entre los derechos de los asalariados el de no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados por razón de edad desde que fuese aprobado por primera vez mediante la ley 8/1980 de 10 de marzo, incluido por la Comisión de Trabajo relativa al proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores sin que existiera discusión al efecto en los trámites parlamentarios de aprobación<sup>1436</sup>.

Por otra parte, el art. 17.1 ET también en su redacción dada en 1980 somete a los actos empresariales y pactos individuales y convencionales a plenos efectos a la discriminación por razón de la edad. Desde aquel momento, la protección de la discriminación por edad-que más tarde será acompañada por la discapacidad- se configura de un modo diverso a otras causas típicas de discriminación. En primer lugar se admite, por la vía de su no prohibición, las discriminaciones que denominará «favorables» mientras que el recurso a las mismas se prohíbe con respecto al sexo-muy matizado en el apartado cuarto-, 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 en la empresa y lengua dentro del Estado español. La razón de ser de ésta distinción en el tratamiento jurídico de las causas de discriminación no resulta muy clara, principalmente porque nada se discutió en sede parlamentaria cuando la Comisión de trabajo del Senado incorpora la prohibición de discriminación

---

<sup>1433</sup> SSTC 63/2011 de 16 mayo, RTC 2011\63, 3; 79/2011 de 6 junio, RTC 2011\79, FJ 4; 117/2011 de 4 julio, RTC 2011\117, FJ 5; 66/2015 de 13 abril, RTC 2015\66, FJ 8.

<sup>1434</sup> STC 361/1993 de 3 diciembre, RTC 1993\361, FJ 2, sustentado en la jurisprudencia que emana de las SSTC 75/1983, de 3 de agosto (RTC 1983\75), 31/1984 de 7 de marzo (RTC 1984\31) y 69/1991 de 8 abril (RTC 1991\69).

<sup>1435</sup> STC 66/2015 de 13 abril, RTC 2015\66, FJ 3.

<sup>1436</sup> Entonces reflejado en el artículo 3 que finalmente cambiará a la numeración actual. Boletín Oficial de las Cortes Generales, 5 de diciembre de 1070, nº 62 (II).

desfavorable por razón de edad como enmienda al proyecto de ley del Estatuto de los trabajadores sin que fuese objeto de discusión<sup>1437</sup>.

Por otra parte, resulta paradójico que el art. 17 ET permita de forma expresa la discriminación favorable cuando se usa el criterio de la edad mientras que a su vez se constituye éste en la práctica como el factor menos protegido de todos desde el punto de vista de las garantías que ofrece la tutela antidiscriminatoria, habiéndose visto afectado continuamente por una interpretación muy amplia de las causas justificativas del uso de éste criterio como elemento de diferenciación desfavorable.

De éste modo, el Estatuto de trabajadores admite a todos los efectos que los convenios colectivos pongan en marcha medidas de acción positiva por razón de edad, entre las que podrán ser incorporadas aquellas que se dispongan en forma de exclusión, reserva o preferencia por razón de edad, atendiendo a la interpretación amplia del art. 17.2 ET de forma no excluyente a la negociación colectiva.

Por otro lado, atendiendo a la previsión de exclusiones justificadas a la prohibición por razón de edad, tampoco serán discriminatorias las medidas que utilizan la condición personal citada cuando, 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 que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Éste ha tenido, sin duda, un importante impacto en el ámbito de la limitación al acceso al empleo por razón de edad tal y como se ha comprobado con respecto a la jurisprudencia del TJCE evaluando tanto normas legales que condicionaban la presentación de candidaturas en ofertas públicas de empleo como de requisito determinante para ser contratado en el ámbito privado fijado de forma unilateral o pactada<sup>1438</sup>.

### 3. LA EDAD COMO CRITERIO AUTÓNOMO DE DISCRIMINACIÓN OPONIBLE FRENTE A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

#### 3.1. Vinculación del convenio colectivo con la prohibición de tratamiento discriminatorio por razón de edad

En atención a lo indicado en los apartados anteriores, contrasta la nulidad radical que se predica de cualquier convenio colectivo que introduzca diferencias de trato basada en la edad con respecto al tratamiento de cualquier institución, condición o circunstancia, con la introducción del elemento de la mera razonabilidad en cada uno de los supuestos de hecho en que este factor de discriminación resulte problemático. La nulidad, entonces, no será automática, sino que devendrá de un pronunciamiento en sede judicial en el que

---

<sup>1437</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, 1 de febrero de 1980, nº 59 (e).

<sup>1438</sup> Art. 34.2 ley 62/2003 de 30 de diciembre. Vid. infra § 3.2.1.

el demandado no haya conseguido probar la existencia de un criterio excepcional de razonabilidad de la misma y de los medios adecuados para llevarla a cabo. Sin embargo, como veíamos en páginas anteriores, con la edad parece producirse una presunción de razonabilidad en virtud de una casuística de excepcionalidad del efecto discriminatorio de éste tipo de diferencias de trato que a la postre convertirán el juicio discriminatorio por razón de edad derivado de una cláusula convencional pretendidamente ilegal, en un juicio de igualdad de la misma.

Aunque volveremos sobre éste tema, es preciso señalar ahora que ha sido particularmente en el terreno de la jubilación forzosa establecida en convenio colectivo en el que el Tribunal constitucional más ha incidido en cuanto a la sujeción de los negociadores sociales al respeto por la no discriminación en función de la edad. Las anteriores se amparaban en su reconocimiento en el Estatuto de los Trabajadores, pero serían supeditadas al cumplimiento de los requisitos legales que impedían la extinción ad nutum al llegar a determinada edad si el trabajador no tenía asegurada una pensión de jubilación íntegra, poniendo en valor, junto con la prohibición de atenerse al único dato de la edad del trabajador, los límites constitucionales que impone el derecho al trabajo. Concretamente señaló que, aunque la propia ley permitía que tales pactos pudiesen, bajo ciertas circunstancias, fijar edades de jubilación forzosa, no se trataba de una habilitación expresa del legislador a los agentes sociales negociadores, sino que fue calificada como una expresión o manifestación propia derivada del ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva -art. 37.1 CE-. Llevando a cabo un examen ponderativo entre los derechos e intereses constitucionales en conflicto, determinaría finalmente que las mismas no limitaban los derechos reconocidos en los arts. 14 y 35 CE siempre que cumplan las exigencias derivadas de la propia Constitución, a saber, que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito, no lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado, esto es, siempre que quedase vinculada a las políticas de empleo, se asegurase al perjudicado la cobertura social reseñada, y no implicara, sin más, la extinción del contrato de trabajo por el hecho exclusivo de la edad<sup>1439</sup>. No obstante, ésta conclusión interpretativa deberá ser superada tras la entrada en vigor de la reforma laboral aprobada en el año 2012, que impide de forma taxativa al convenio incluir cláusulas de jubilación obligatoria.

También ha evaluado la adecuación del criterio de la edad entre los predeterminados para la selección de trabajadores objeto de despidos colectivos. Si bien tales acuerdos no son verdaderos convenios colectivos, se trata de una manifestación de la negociación colectiva, por lo que su análisis determinará la repercusión al efecto en cualquier convenio en el que se incorporen ya criterios de selección de personal afectos a despidos de éste tipo<sup>1440</sup>.

---

<sup>1439</sup> Doctrina recogida en la STC 280/2006 de 9 octubre, RTC 2006\280, FJ 6, en la que sintetiza la jurisprudencia al respecto recogida en las primeras sentencias dictadas al efecto, SSTC 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981, 22), y 58/1985, de 30 de abril (RTC 1985, 58).

<sup>1440</sup> Vid. infra § 2.4.3. Sobre los acuerdos en materia de despido colectivo vid. SANTOS FERNÁNDEZ, R.I., TORRENTE GARI, S., “La Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas en procedimientos de despido colectivo”. *AL*, nº 1, 1995. PP. 151-163.

### 3.2. Implicaciones de los interlocutores sociales con la edad y su impacto sobre la negociación colectiva

Centrado el tema en términos de difícil definición de un colectivo al que proporcionar soporte y tutela tanto en el inicio de la etapa laboral, desarrollo de la misma, como en el final anticipado o forzado de aquella, nos detendremos brevemente en el papel que los interlocutores sociales tienden a ocupar en la determinación de circunstancias que lindan entre la justificada necesidad de mediar a favor de ciertos colectivos en un mercado laboral muy dañado en relación a la discriminación por razón de edad.

Como antesala al análisis detenido del contenido convencional que de forma directa o indirecta median sobre la protección del trabajador en virtud de la edad alcanzada, pretendemos evaluar someramente el impacto de la problemática de la edad en la lógica sindical. Se trata, en fin, de conocer si los interlocutores sociales valoran y estiman positivamente el factor de edad de los trabajadores, así como el grado de implantación de mecanismos de erradicación de discriminaciones o por el contrario, enfatizan a través de sus comportamientos en los tratamientos discriminatorios consolidados e incluso introducen algunos nuevos, dado el amplio margen de flexibilidad que corresponde a éstos en el establecimiento de las condiciones de empleo y de medidas que introduzcan diferencias ante un criterio sometido a condiciones de especial ductilidad.

La edad, a efectos laborales, es sin duda un asunto peliagudo en manos de los representantes de los trabajadores, que están llamados a colaborar con el poder público para fijar las orientaciones dirigidas a éstos colectivos. Tan es así, el Consejo Europeo incluye entre las orientaciones para llevar a cabo la Garantía Juvenil a nivel estatal, la participación de los mismos en su configuración y puesta en marcha. En este mismo nivel supranacional, los interlocutores han incluido la preocupación de la población segmentada por razón de su edad entre sus principales estrategias o líneas de actuación, auspiciando el fomento del envejecimiento activo y el enfoque intergeneracional, así como acordando futuras negociaciones sobre un acuerdo marco autónomo relativo al envejecimiento activo<sup>1441</sup>.

A poco que se evalúen las estrategias de representación sindical se constata el hecho de que no existen medidas que traten de favorecer la representación de los trabajadores jóvenes y los mayores en la resolución de asuntos que les atañen principalmente, a la par que se produce en los últimos años un mayor distanciamiento entre éstos y los sindicatos, especialmente en lo que atiene a los trabajadores de edad avanzada, al margen del abanderamiento en la lucha por unas pensiones adecuadas. Sin embargo, los sindicatos han promovido dentro de su estructura organizativa, facciones o grupos de trabajo dedicados a tales colectivos. En España, destacamos que UGT ha creado un Observatorio de Empleo Joven como instrumento para la observación estratégica y la evaluación del colectivo juvenil en los procesos de inserción laboral y de sus

---

<sup>1441</sup> Incluido en el quinto programa de trabajo de los interlocutores sociales de la UE, titulado “Una asociación para un Crecimiento y un Empleo inclusivos”, donde establecen una hoja de ruta para desarrollar las acciones conjuntas durante el bienio 2015-2017.



condiciones laborales. Junto a ello, una sección de la confederación sindical se dedica expresamente a la juventud trabajadora. Sus estatutos destacan la necesidad de una especial defensa de las reivindicaciones de los jóvenes así como se comprometen a defender los derechos de las personas mayores, trabajando para garantizar la suficiencia económica y el bienestar de los mismos. En esa misma línea, CC.OO. dispone de un área específica de trabajo dedicada a los jóvenes, impulsado desde los propios estatutos de la confederación sindical que exige fórmulas organizativas que desarrollen políticas específicas dirigidas a ellos<sup>1442</sup>. Lo anterior es complementado con la protección de los más mayores a los que se refiere solo en el momento en que se ha producido la transición a la jubilación<sup>1443</sup>, o directamente integrando a entes representativos de los derechos de jubilados incorporando en su estructura orgánica a entes organizados en defensa exclusiva de los derechos de pensionistas como la Federación Estatal de Pensionistas y Jubilados de CC.OO. o UGT-UJP Jubilados y Pensionistas.

En otros países también los sindicatos estrechan lazos con los trabajadores jóvenes o de mayor edad. A modo de ejemplo, En Francia, la CGT tiene una organización específica de jóvenes- Centre Confédéral de la Jeunesse CGT -, mientras que en los estatutos también se refieren al fomento de la empleabilidad de jóvenes, así como un sindicato adscrito dedicado a la jubilación- Union Confédéral des Retraités- cuya creación prevén los Estatutos de la central sindical<sup>1444</sup>. El sindicato Confédération Générale du Travail - Force Ouvrière , dedica una sección a los jóvenes -FO Jeunes-, al mismo tiempo que cuenta con la adscripción de la Unión Confederal de Jubilados- Union Confédérale des Retraités-FO-. En Italia, cuentan los sindicatos más representativos con áreas temáticas de actividad a la protección e impulso de la juventud hacia el mercado laboral como es el caso la CGIL que además, exige sus estatutos una participación en los cuerpos ejecutivos de la confederación y de las estructuras sectoriales del 20% de jóvenes menores de 35 años, mientras que integra en el seno de su estructura<sup>1445</sup>, como ente autónomo e independiente al Sindacato pensionati (SPI), sindicato general de los pensionistas, ancianos y ancianas. Paradójicamente dentro del apartado «democracia sindical» de los Estatutos de aquella importante organización sindical, se introduce el criterio del cumplimiento de 65 años de edad para la cesación de cualquier cargo ejecutivo o dirigente sin razonar la selección de dicha causa excluyente y determinante. Por otro lado, la UIL menciona en sus estatutos hasta en 18 ocasiones a los jóvenes y también se refiere a los jubilados y también limita ser elegible a Secretario General, componente de la Secretaría o Tesorero a quienes superen la edad máxima de acceso a la pensión de vejez<sup>1446</sup>, en referencia a fines y objetivos promovidos por la misma, sindicato que creó en 1986 la organización “Coordinamento UIL giovani” por un lado mientras que “L’Unione Italiana Lavoratori Pensionati”, nació con la propia UIL en

---

<sup>1442</sup> I Definición de principios, Estatutos de la Confederación sindical de Comisiones Obreras; art. 7.2 c) Estatutos Confederación Sindical Unión General de Trabajadores.

<sup>1443</sup> Art. 1 f) Estatutos confederales CC.OO. También los jubilados son parte del ámbito profesional de la Confederación General del Trabajo (CGT), art. 4 Estatutos Confederales.

<sup>1444</sup> Art. 16ss de los Estatutos de la CGT adoptados tras la modificación en el 50 Congreso Confederal celebrado en Toulouse, del 18 al 22 de marzo de 2013. Sobre el fomento de la contratación de jóvenes, art. 43, 5.5

<sup>1445</sup> Art. 6 i) de los Estatutos de la CGIL aprobados en el XVI Congreso celebrado en Rimini del 5 al 8 de mayo de 2010.

<sup>1446</sup> Art. 51 Estatutos aprobados del Comité Central el 14 de diciembre de 2012. Las referencias a los jóvenes se encuentran en los arts. 2 y 3.

1950. Luchar contra la exclusión social de estas franjas de la población se encuentra entre los propósitos insertos en los estatutos de la UGL italiana. Por su parte UGL cuenta desde 1995 con una organización sin ánimo de lucro dedicada a los jóvenes (l'UGL giovani), además de incorporar a la federación el sindicato de pensionistas UGL pensionati. Por su parte, en el seno de la Asamblea Organizativa Nacional de 2008 de la CISL, fue creada la Asociación de Jóvenes (Associazione Giovani) que presenta una intrínseca finalidad de organizar, representar y tutelar la realidad juvenil dentro del mundo laboral y fuera de él, manteniendo una estrecha relación con los órganos confederales y sectoriales de la CISL. Conformando la estructura confederal, también se contempla la Federación de pensionistas "FNP-CISL"<sup>1447</sup>. También el cumplimiento de la edad de 65 años produce la extinción de los cargos de componente de la Secretaría de cualquier nivel, estableciéndose algunas excepciones al efecto<sup>1448</sup>.

Ante tal despliegue organizativo, cabe enfatizar que el panorama se presenta especialmente desalentador para los trabajadores maduros aun no jubilados en tanto que prácticamente pasan desapercibidos en la estructura de los organismos sindicales, así como en los objetivos o propósitos que se definen en los Estatutos de las mismas.

En otro orden de cosas, es preciso poner en valor el compromiso de los interlocutores europeos con el empleo juvenil que incorporan entre sus máximas prioridades en sus programas de trabajo conjunto de los años 2012-2014 cuya continuidad se manifiesta en los elaborados para los años 2015-2017, o el Acuerdo Marco de Acciones de Empleo Juvenil en el que se refieren a los desafíos desde el punto de vista de la participación sindical y desarrollan las prioridades operacionales centradas en el aprendizaje, la formación, el empleo y el emprendimiento junto con recomendaciones dirigidas tanto a instituciones europeas como a los propios Estados o los agentes sociales. En relación al trabajo de los trabajadores mayores, en el marco de su programa de trabajo 2015-2017 muy recientemente los interlocutores sociales europeos han aprobado un acuerdo marco de carácter autónomo sobre el envejecimiento activo y un enfoque intergeneracional<sup>1449</sup>. De éste modo cumplen con la llamada a su participación desde las instituciones europeas en el ámbito del envejecimiento activo<sup>1450</sup>.

En lo que respecta a la negociación a nivel Interconfederal estatal, en los Acuerdos Interconfederales celebrados por los agentes sociales en España, el colectivo de jóvenes será considerado a efectos de promover la igualdad en el empleo como grupo especialmente vulnerable con mayores dificultades para el acceso al mismo. Desde tales acuerdos se insta a los negociadores sociales a la promoción de actuaciones específicas que tiendan a erradicar discriminaciones directas e indirectas y promuevan la estabilidad

---

<sup>1447</sup> Incorporada en la estructura sindical confederal. Art. 57.19 Estatutos de CISL tras su modificación en el XVII Congreso Confederal celebrado los días 12 a 15 de junio de 2013.

<sup>1448</sup> Arts. 13 y 77 de los Estatutos confederales.

<sup>1449</sup> European Social Partners' Autonomous framework agreement on active ageing and an inter-generational approach, de 8 de marzo de 2017.

<sup>1450</sup> A ello ya se refería la el punto 6 de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo» Bruselas, 3.3.2004 COM(2004) 146 final. También señalados a tales efectos en el art. 2 de la Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional, 2012.

en el empleo de aquellos, habida cuenta de que la disminución de la tasa de empleo afectaba de forma peyorativa a los jóvenes mientras aumentaba paralelamente la tasa de temporalidad<sup>1451</sup>. En este marco, el último AENC aprobado en el marco del diálogo social tripartito, con vigencia trienal de 2015-2017, incluye por primera vez todo un subapartado dirigido a la contratación de jóvenes, acentuado por una insólita preocupación por la desocupación juvenil en España dentro de un documento de tales características. En él solicitan especial atención a los negociadores sociales sobre tal aspecto para tratar de paliar los efectos negativos de la crisis mediante su contratación a través de modalidades formativas o de formación dual, favoreciendo además la incorporación definitiva del trabajador en la empresa tras la finalización de dicho periodo en el marco del –escasamente aprovechado– Plan de Garantía Juvenil. No solo eso, además recomiendan que los jóvenes sean contratados y/o promocionados en atención a su nivel propio de cualificación o experiencia profesional así como priorizar el acceso a planes formativos en las empresas o el acceso a permisos de formación creando mecanismos de control o impacto de los programas formativos en los que se haya encontrado inmerso el trabajador. Desde 2005 además cobra entidad propia entre los agentes sociales la preocupación por el alto nivel de desempleo de los trabajadores mayores de 45 años condenados a afrontar especiales dificultades para su incorporación al mercado de trabajo o para hacerlo en términos de igualdad con el resto de los trabajadores. Es por ello que consideran conveniente promover en la negociación colectiva la eliminación de discriminaciones de los trabajadores de más edad en el acceso y mantenimiento del empleo<sup>1452</sup>, mientras que en el marco de la concertación social acuerdan fomentar la contratación de los mismos, teniendo en cuenta el sistema de bonificaciones a la contratación<sup>1453</sup>.

Sin embargo, parece que la edad no es una temática recurrente en las negociaciones de condiciones laborales pactadas en convenios colectivos, al margen de la proliferación de cláusulas que desarrollan de forma bastante pormenorizada la contratación formativa en detrimento del acceso mediante prácticas no laborales o previsión de sistemas de jubilación anticipada o parcial en vistas a promocionar, al menos teóricamente, el principio de solidaridad intergeneracional. Pero ello no es suficiente. Las políticas convencionales deben ir dirigidas a compensar situaciones desventajosas de los subcolectivos desfavorecidos por su edad, lo que no siempre se consigue a través de la preferencia de uno en detrimento de otros, sino de la necesidad del mantenimiento en activo de todos ellos, como así se plantea en la Estrategia Europea de Empleo<sup>1454</sup>.

En otros países como en Francia desde fechas tempranas los actores sociales han sido más productivos en la incorporación de políticas activas de empleabilidad tanto de

---

<sup>1451</sup> Apartado 2.4 del Cap. V y Cap. I. «*Balance y consideraciones generales*» respectivamente, del ANC 2003. Reiteración de la finalidad de promover la estabilidad del colectivo de jóvenes en el Capítulo VI relativo a «*Igualdad de oportunidades*», ANC 2005 y Cap. VI del ANC 2007.

<sup>1452</sup> *Igualdad de oportunidades*, Cap. VI, ANC 2005. Reiterado en el Cap. VI del ANC 2007 en materia de *igualdad de oportunidades*

<sup>1453</sup> Apartado 1 h), Cap. II, III AENC 2015-2017.

<sup>1454</sup> En desarrollo de la Estrategia Europa 2020, el Consejo de la Unión Europea adoptó el 6 de diciembre de 2012 la Declaración del Consejo sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional.

jóvenes como de trabajadores maduros. Destacamos la firma en 2006 del ANI sobre el empleo de los seniors donde se engloban a los mayores de 55 años, que proporcionaba orientación en los medios de promoción del mantenimiento y retorno al empleo, considerando la mejora del nivel de empleo de tal segmento de población como un verdadero reto para el mercado laboral francés. A tales propósitos, los interlocutores franceses idean una batería de medidas a desarrollar por los actores sociales a nivel de sector, territorial o de empresa destinados a asegurar el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad, mediante mecanismos de formación continua, movilidad, flexibilidad interna, así como un control continuo de los proyectos iniciados. Son previstas, por otra parte, medidas destinadas a mejorar las condiciones profesionales, adaptación a las demandas profesionales, modificaciones de tipo ergonómico o de organización y funcionariales, incluido la transición a jornadas parciales<sup>1455</sup>. 2011 puede ser definido, en cuanto a compromisos del más alto nivel sindical, como el año de los jóvenes en Francia, a tenor de cuanto efectuado en su favor en tal fecha. Tan es así que los interlocutores sociales franceses elaboran hasta cuatro Acuerdos Interconfederales dirigidos a los mismos. El primero de ellos versa sobre el establecimiento de medidas de acompañamiento de jóvenes en el acceso al empleo, constituyéndose como prioridad de los agentes sociales no solo formar a jóvenes sin cualificación con carácter previo a su incorporación a la empresa, sino también establecer canales de inserción de los jóvenes formados y cualificadamente preparados<sup>1456</sup>. Posteriormente aprueban el AI sobre medidas de acompañamiento de los jóvenes en el acceso a la vivienda a fin de favorecer su acceso al empleo, en tanto que la ausencia de la primera puede trabar las oportunidades de acceso al mismo, así como se detienen en las posibilidades de movilidad profesional<sup>1457</sup>. Los dos restantes se dedican respectivamente a la previsión de medidas de acceso a programas formativos en alternancia, así como a las prácticas en empresas y el último de ellos complementa al primero en la materia del mantenimiento del empleo<sup>1458</sup>.

En el otro extremo, más excepcional resulta el tratamiento de medidas positivas de empleabilidad de colectivos en razón de su edad en los Acuerdos Interconfederales en Italia. Han sido numerosos los acuerdos en materia de aprendizaje desde finales de los años 90<sup>1459</sup>, mientras que algún otro se ocupa de los jóvenes desde el punto de vista de su formación<sup>1460</sup>. Solo uno de ellos configura una suerte de guía para la negociación en niveles inferiores en atención al mercado de trabajo y a la edad que se dirige hacia el empleo los mayores. De ésta forma, en 2012 implementan un acuerdo tripartito en el que plasman su voluntad de identificar soluciones útiles para conciliar las exigencias

---

<sup>1455</sup> *Accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi*, de 9 de marzo de 2006. Fue firmado por los interlocutores sociales con exclusión de los sindicatos CGT y FO.

<sup>1456</sup> Acuerdo Nacional Interprofesional de 7 de abril del 2011 *sur l'accompagnement des jeunes demandeurs d'emploi dans leur accès à l'emploi*.

<sup>1457</sup> Acuerdo Nacional Interprofesional *sur l'accompagnement des jeunes dans leur accès au logement afin de favoriser leur accès à l'emploi*, de 29 de abril de 2011.

<sup>1458</sup> Acuerdo Nacional Interprofesional *sur l'accès des jeunes aux formations en alternance et aux stages en entreprise*, de 7 de junio de 2011; Acuerdo Nacional Interprofesional *relatif à l'accompagnement des jeunes pour favoriser leur maintien dans l'emploi*, de 11 de julio de 2011.

<sup>1459</sup> Vid. los que se han firmado en la materia en la página web del Consejo Nacional de Economía y Trabajo <http://www.cnel.it>.

<sup>1460</sup> Acuerdo Nacional Interconfederal "Una formazione per la crescita economica e l'occupazione giovanile", firmado por Confindustria, CISL, CGIL, UIL el 13 de febrero de 2013.

empresariales y las de los trabajadores mayores favoreciendo el recorrido que agilice la transición desde el empleo a jubilación, creando al mismo tiempo nuevas ocupaciones de conformidad con la óptica de «solidaridad intergeneracional» para lo que solicitan la previa definición y establecimiento por parte de los poderes públicos de medidas para dar cobertura contributiva suficientes<sup>1461</sup>. Éste foco de atención en el reparto de trabajo intergeneracional será un aliciente para que los distintos niveles de negociación comiencen a dedicar algunas de sus medidas a la reorganización profesional del empleado más próximo a la edad de jubilación dando paso a nuevas generaciones al mercado laboral.

Precisamente debemos destacar que parte de la doctrina internacional cuestiona decididamente la virtualidad de un sistema de reparto de trabajo entre colectivos que independientemente considerados, aquejan altas dosis de desocupación laboral, un reparto que se fundamenta sobre una idea errónea y simplista del mercado de trabajo que vienen a desmentir los datos que ponen de manifiesto que los niveles de desempleo de jóvenes y mayores no son inversamente proporcionales<sup>1462</sup>, dando en parte la razón a quienes opinan que el reparto intergeneracional no resulta más que una falacia<sup>1463</sup>.

### 3.3. Elementos de discriminación por razón de edad en el convenio colectivo

#### 3.3.1. Discriminación de tipo directo

Como fuera anticipado, no resulta tan restringida la prohibición de discriminación directa como para el resto de factores y ello no es resultado de una aplicación diversa del artículo 2.2 a) de la directiva 2000/78, sino por el modo en que posteriormente el art. 6 accede a justificar diferencias de trato basadas en este rasgo distintivo a pesar de que según la impostación más ortodoxa de la tutela antidiscriminatoria, tal elemento solo es viable ante la existencia de discriminación de tipo indirecto<sup>1464</sup>. Se critica además la

---

<sup>1461</sup> Punto 6 de «Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia», 16 de noviembre de 2012, firmado por las principales organizaciones sindicales con excepción de la CGIL. La idea de la vinculación intergeneracional con la solidaridad como uno de los ejes vertebradores de las políticas de empleo, también ha sido defendida por parte de la doctrina francesa. JAVILLIER, J.C. “La responsabilidad social de las empresas y edad de los trabajadores”, en CAMAS RODA, F. La edad en relación al empleo...op.cit. P.53.

<sup>1462</sup> HEJNY, H, ZUCARO, R. “La staffetta giovani-anziani e la discriminazione per età”, [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 29 de mayo de 2013, P. 3. Se refieren en particular los autores a parte de la doctrina internacional que sostienen que no existe capacidad sustitutiva entre trabajadores jóvenes y mayores. Vid. J. GRUBER, K. MILLIGAN, D.A. WISE, Social security programs and retirements around the world: the relationship to youth employment- Introduction and summary, University of Chicago Press, 2009; FREDMAN, S., “The Age of Equality”, FREDMAN, S., SPENCER, S. (Edits.), *Age as an Equality Issue*. Hart, Oxford & Portland 2003. P. 27; BONARDI, O., “Le discriminazioni basate sull’età”, BARBERA, M., (Coord.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*...op.cit. PP.130 ss.

<sup>1463</sup> Informe del Director General de la OIT “Discriminación en el Trabajo La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean” op.cit. P. 46. Sobre los distintos ensayos de jubilación parcial en Europa, HAMBLIN, K.A., *Active Ageing in the European Union*, Palgrave Macmillan, Oxford, 2013.

<sup>1464</sup> BONARDI, O. “Le discriminazioni basate sull’età”, BARBERA, M., (Coord.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, op.cit., P. 139. IZZI, D. *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, 2005. P. 515. CHIECO, P. “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione”, op.cit. P.91. Un detallado análisis del art. 6 de la Directiva en O’CINNEIDE, C., *Age Discrimination and European Law*. Office for Official Publication of the European Communities/ European Commission, Luxemburgo, 2005. PP. 1-57.

técnica jurídica empleada en la redacción del precepto, introduciendo una lista que en la práctica funciona como *numerus apertus* en vez de proporcionar un elenco restringido de medidas diferenciadoras legitimadas, con lo cual crea incertezas y confusión y arriesga la violación del principio general de igualdad<sup>1465</sup>. Por esta razón algún autor sostiene el establecimiento siquiera de un modo imaginario o invisible de una «jerarquía» entre los distintos factores de riesgo<sup>1466</sup>.

Como vimos, éstas medidas de diferenciación legítimas basadas en la edad prácticamente abarcan todo el contenido de la relación laboral. Los Estados están facultados para delimitar los supuestos en los que se encontrará justificada la diferencia de trato, aunque no es preciso que se lleve a cabo de forma cerrada e irremplazable<sup>1467</sup>, al contrario, se encuentran facultados para constituir nuevas hipótesis, sometidas en última instancia al control de razonabilidad y juicio de adecuación y proporcionalidad del TJ<sup>1468</sup>. En cualquier caso, la aplicación práctica de tales derogaciones debería ser interpretada de forma restrictiva-strict scrutiny- aun cuando en cierta medida ofrece una perspectiva positiva cuando se utilizan con vistas a favorecer la inserción profesional o garantizar la protección y cuando consagran una visión de necesaria solidaridad intergeneracional<sup>1469</sup>, en cuyos términos se produce un efecto de discriminación «suma cero»<sup>1470</sup>. En cualquier caso, en la interpretación de tales medidas se debe desterrar la idea a tenor de la cual la discriminación por edad deba tener por carta de naturaleza un juego mucho menos riguroso que otros factores de discriminación<sup>1471</sup>.

---

Disponible en [http://www.non-discrimination.net/content/media/Age%20discrimination%20and%20European%20Law\\_en.pdf](http://www.non-discrimination.net/content/media/Age%20discrimination%20and%20European%20Law_en.pdf) S. González Ortega, "La discriminación por razón de la edad". *Temas Laborales* nº 59, 2001. PP. 93-124.

<sup>1465</sup> BONARDI, O. "Le discriminazioni básate sull'età", BARBERA, M., (Coord.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, op.cit. P. 139. Se consideran numerosas las desigualdades autorizadas, MOREAU, M.A., "Justifications of discrimination", Presentación al VII Congreso Regional Europeo de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Estocolmo, 4 a 6 de septiembre de 2002. PP. 166-167.

<sup>1466</sup>BELL, M., *Anti-discrimination Law and the European Union*. OUP, Oxford, 2002, P.32; BELL, M., WADDINGTON, L., "Reflecting On Inequalities in European Equality Law". *European Law Review*, nº 28, 2003. PP. 349-364. Sostiene que las causas de discriminación obedecen a un criterio jerárquico, donde la edad no tiene un lugar privilegiado, BALLESTER PASTOR, M.A., "El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario", CAMAS RODA, F. (Coord.) *La edad en relación al empleo...* op.cit. P. 97. Contrarias a la jerarquización de categorías de discriminación, IZZI, D., *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro, il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, op. cit. P. 382, BARBERA, M. "Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Fasc. 99-11, 2003. P. 403.

<sup>1467</sup>El art. 3.4 D.Lgs. 216/2003 de 9 de julio de transposición al ordenamiento italiano de la Directiva 2000/78 acomete dicha labor de especificación. Mientras tanto la legislación española no ha consagrado la exclusión previa de determinados tratamientos en razón de la edad de la tutela antidiscriminatoria. La ley alemana de transposición de la Directiva, de 14 de agosto de 2006, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz incluye en su apartado 10 una lista de diferencias de edad legítimamente justificadas de acuerdo con lo previsto en el art.6 de la Directiva. Por su parte, el art. L 1133-2 del Código de Trabajo francés concreta las diferencias de trato fundadas en la edad, compatibles con la legislación.

<sup>1468</sup> Realiza un selecto recorrido por la jurisprudencia sobre el juicio de razonabilidad y proporcionalidad a la que es sometida la legislación de los Estados miembros en materia de edad CALVO GALLEGO, J. "Los mayores en el nuevo derecho del empleo" en RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.C. (Dir.) *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, op.cit. P. 364ss.

<sup>1469</sup> FERNANDEZ LOPEZ, M.F. "Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto". *Temas Laborales*, nº 98, 2009. P. 47.

<sup>1470</sup> Pues se excluye a unos para favorecer a otros, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "No discriminación en las relaciones laborales", en BORRAJO DACRUZ, E., (Dir.) *Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, ERDP, Madrid, 1983. P. 353.

<sup>1471</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa", op.cit., P. 18. BALLESTER PASTOR, M.A. "El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario", en CAMAS RODA, F. (Coord.) *La edad en relación al empleo...* op.cit. P. 113.

Pues bien, dentro del marco de aplicación de la propia Directiva, ya se advirtió que no solo los Estados, también los interlocutores sociales están expresamente facultados para disponer del principio de no discriminación por razón de edad de conformidad con el artículo 6. Para ello disponen, como los Estados miembros, de una amplia facultad de apreciación tanto para primar un objetivo sobre otros en materia social y laboral, como para definir las medidas que les permitan lograrlo<sup>1472</sup>, libertad de apreciación de los intereses a proteger nada desdeñable que se sobrepasa, a modo de ejemplo, cuando se establece una edad máxima para el desarrollo de determinada profesión, como es la de piloto de aerolínea, mientras que la normativa nacional e internacional vigente establecen un límite superior<sup>1473</sup>. No resulta ilegítimo, en cambio, cuando el convenio fija un importe de la indemnización por despido inferior para los trabajadores más próximos a la edad de jubilación pues no se estima como irrazonable desde el punto de vista de la mayor protección de los trabajadores para quienes la transición hacia un nuevo empleo resulta difícil, mientras que los trabajadores de más edad pueden acceder ya a la prestación pública de jubilación<sup>1474</sup>. Tampoco cuando establece una medida transitoria que discrimina en función de la edad si la finalidad es precisamente atajar un sistema retributivo discriminatorio por este mismo factor establecido en el convenio precedente<sup>1475</sup>.

Cabe recordar de nuevo, que además del régimen particularizado que introduce en el art. 6, son viables otras manifestaciones de desigualdad justificada basadas en la edad cuando se funden en características asociadas a la misma como requisito esencial y determinante para el desarrollo de la actividad u oficio. En ocasiones éste elemento puede enmascarar una selección arbitraria del criterio de la edad si no queda demostrado que las cualidades exigidas solo las poseen quienes efectivamente hayan adquirido cierta edad como es el caso del establecimiento límites de edad en casting donde se precise de actores de determinada apariencia como un rostro adolescente<sup>1476</sup>.

Al margen de la existencia de un amplio margen a la introducción de diferencias de trato no discriminatorias por razón de edad, lo cierto es que la negociación colectiva

---

<sup>1472</sup> Vid. SSTJCE de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa*, asunto C-411/05, apartado 68; 12 de octubre de 2010, *Rosenbladt*, asunto C-45/09, apartado 41; de 8 de septiembre de 2011, *Hennings*, asuntos acumulados C-297/10 y C-298-2010, apartado 65.

<sup>1473</sup> STJUE en la sentencia de 13 de septiembre de 2011, *Prigge y otros*, asunto C-447/09. Se desestima la compatibilidad con la Directiva de una cláusula de un convenio colectivo que fije en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos no poseen ya las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad, pese a que las normativas nacional e internacional fijan esta edad en 65 años. En éste supuesto la seguridad aérea no constituye un objetivo legítimo en el sentido de dicha disposición, mientras que sí es justificación suficiente para limitar a través de las normas legales, como así se dispone a nivel internacional y europeo. El ejercicio de la profesión de piloto cuando transporten pasajeros, carga o correo, o para ejercer actividades de instructor y/o examinador, sin que ello sea contrario tanto la prohibición de discriminación por razón de edad (art. 21.1 CDFUE), como a acceso a una profesión o el mantenimiento del empleo (art. 15.1 CDFUE), como así ha confirmado recientemente en su STJUE de 5 de julio, *Fries*, asunto C-190/16.

<sup>1474</sup> STJUE de 6 de diciembre de 2012, *Odar*, asunto C-152/11, apartado 48.

<sup>1475</sup> STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Hennings*, C-297/10 y C-298/10. El convenio colectivo anterior determinaba la diferente retribución de los trabajadores poniendo en relación el nivel retributivo con la edad en el momento de su contratación. Reconoce que ésta disfunción es la que trata de corregir el sistema transitorio que por tal circunstancia es conforme a los artículos 2 y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

<sup>1476</sup> Consideran ardua a tarea de concebir actividades que por su naturaleza requieran trabajadores de una determinada edad de forma justificada, BALLESTER PASTOR, M.A., “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92, 2011.P.242. HYNES, G., “Age discrimination: the framework employment directive; Irish legislation and the Irish Case”, presentación al Congreso “Fight against discrimination: the race and framework Employment Directives”, Academy of European Law, celebrado en Trier el 2 y 3 de junio de 2003. P. 3. Sobre las dificultades de acceso al mercado laboral en razón de la edad vid. infra § 3.2.

española ha sido y es en éste terreno foco de tratamientos desiguales no siempre justificados. Aunque son muy poco frecuentes ya en la práctica, no deja de sorprender cómo se mantienen en ocasiones diferencias retributivas derivadas exclusivamente de la edad del trabajador. Es el asunto que resuelven una sentencia reciente del TS sobre el convenio de Colectividades que estableció un nuevo nivel retributivo, inferior al fijado para cada grupo profesional, para trabajadores y trabajadoras menores de 35 años-doble escala salarial- aparentemente justificado en base a las dificultades económicas que atravesaba el sector y como medida de fomento del empleo juvenil bajo una previsión condicional tan vaga como la persistencia de una situación de crisis para establecer la duración de la medida. Utilizando los mismos parámetros de control que ya especificase el propio TC<sup>1477</sup>, o el TJCE<sup>1478</sup>, tales elementos de razonabilidad no se estimaron válidos o suficientes para justificar la conculcación del derecho fundamental<sup>1479</sup>. Desgraciadamente no es ésta un supuesto aislado, pues se han localizado otras cláusulas convencionales que introducen diferencias retributivas en función de la edad. Son normalmente previsiones que diferencian entre los mayores y los menores de edad a quienes se retribuirá, establece uno de los convenios analizados, según lo previsto en las tablas de salarios para los trabajadores contratados bajo alguna modalidad formativa y por ende, en porcentajes inferiores a los previstos para su puesto de trabajo con independencia del tipo de contrato que lo vincule a la empresa, al tiempo que cumplidos los 18 años y no tuviera contrato para la formación, pasará a percibir el salario mínimo Convenio<sup>1480</sup>, cuando el contrato para la formación se retribuye en cantidad inferior para los menores de 18 años que para quienes superan dicha edad<sup>1481</sup>, o simplemente distinguiendo en diversos niveles retributivos a trabajadores mayores o menores de 18 años que ejercen el mismo oficio o profesión<sup>1482</sup>.

En otras ocasiones se pone de manifiesto cómo la idea favorecer a determinados trabajadores en función de la edad puede redundar en el establecimiento de una causa de discriminación directa si no existe la debida prueba que demuestre lo contrario. Así, el CC nacional del sector bancario escoge como criterio de preferencia último o supletorio

---

<sup>1477</sup> STC 31/1984 de 7 marzo, RTC 1984\31. En ella impide que se aduzcan argumentaciones como la de que es presumible un rendimiento más bajo del trabajador menor, o que una situación de menos necesidades justifica un menor salario, o que un nivel salarial más bajo facilita el empleo, como razones para hacer quebrar la regla de que a trabajo igual, igual salario, FJ 10.

<sup>1478</sup> De nuevo, STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Hennings*, C-297/10 y C-298/10. Reitera sus argumentaciones ante un supuesto fáctico similar, en el que el establecimiento de la distinta ubicación en un nivel retributivo se determina en el momento de acceso de función de la edad según la norma legal aplicable en la STJUE de 19 de junio de 2014 *Thomas Specht*, y *Otros Rena Schmeel y Otros*, asuntos acumulados, C-502/2012, C-503/2012, C-504/2012, C-505/2012, C-506/2012, C-540/2012 y C-541/2012.

<sup>1479</sup> STS 5660/2015 de 24 de noviembre de 2015, que desestima el recurso contra la Sentencia del TSJ Cataluña 21/2014, de 8 de mayo en la que se sostiene la misma argumentación jurídica, FJ 11.

<sup>1480</sup> Art. 37 CC *Hostelería de Cádiz*.

<sup>1481</sup> Las tablas salariales del CC *Convenio Colectivo provincial del Comercio del Metal de Alicante* determinan una retribución diferente para el contratado para la formación en primer y segundo año con carácter general y en último lugar sitúan en un escalón retributivo inferior al denominado ayudante menor de 18 años igualmente englobados en el Grupo de contratos formación. Anexo II aplicables en 2015 2016 y 2017. El régimen retributivo de los contratos formativos será el 80, 90 o 95 por ciento del salario mínimo garantizado del grupo profesional 1, mientras que dichos porcentajes aplicarán sobre el salario garantizado para los trabajadores de 16 y 17 años de forma que se produce en la práctica una ilegalidad al retribuir por debajo del SMI, art. 26 CC *industrias transformadoras de plásticos de la Comunidad de Madrid*.

<sup>1482</sup> CC *Hostelería y Turismo de Cataluña. Barcelona*: Categoría especial (grupo E) Catering: Pinche de cocina y botones mayores de 18 años, nivel retributivo 5, pinche de cocina y botones entre 16 y 18 años, nivel retributivo 6. *Tarragona*, Categoría especial (Grupo F) Catering: auxiliar administrativo/va mayor de 21 años, nivel 6 y auxiliar administrativo/va menor de 21 años, nivel 7, botones de 16 a 18 años, nivel 8. Por su parte, CC *Barnet Hoteles*, grupo/nivel 6, Botones mayores de 18 años, aprendices mayores de 18 años y grupo/nivel 7 botones menores de 16 a 18 años y aprendices de 16 a 18 años. El art. 25 CC *industrias transformadoras de plásticos de la Comunidad de Madrid* determina en las tablas de Salario Mínimo Garantizado un último nivel retributivo para los trabajadores de 16 y 17 años.



la mayor edad del trabajador cuando coincidan dos o más solicitantes de un mismo periodo de vacaciones<sup>1483</sup>.

Lo anterior no quiere decir que no quepa ninguna distinción en el régimen jurídico entre menores y mayores de edad. Al contrario, el art. 6 ET prohíbe emplear a menores en actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación por resultar aquellas demasiado gravosas para el menor cuando impliquen riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores como las que enumera el parcialmente vigente Decreto de 26 de julio de 1957 en materia de construcción. En ese sentido, se localiza la prohibición de contratación de trabajadores menores de 18 años en obras, a excepción de los contratos que por su naturaleza formativa pueden ser celebrados con trabajadores por debajo de dicho límite en el Convenio colectivo del sector de la Construcción<sup>1484</sup>.

También han podido ser detectadas cláusulas aparentemente discriminatorias del análisis de convenios colectivos vigentes en Italia. En primer lugar, en el convenio aplicable al sector metalmeccánico establece el derecho de preferencia en el acceso a un contrato a tiempo indeterminado de trabajadores que hayan finalizado un contrato de duración determinada sucesivo a la finalización del contrato. En caso de dos candidatos que cumplan los requisitos previstos, se dará acceso al puesto al de mayor edad. Se podría tratar de una medida de acción positiva encaminada a beneficiar a un determinado grupo de edad perfectamente acorde con el espíritu de la tutela antidiscriminatoria en tanto que se introduzca como vía de proporción y fomento del empleo del grupo desventajoso suficiente para evitar la consideración de vulneración de la prohibición de discriminación de los trabajadores de otro grupo de edad, sea adecuada y necesaria<sup>1485</sup>.

Las posibilidades de justificar el tratamiento desigual se reducen, a nuestro modo de ver cuando la cláusula convencional se limita a excluir a un determinado grupo de edad de ciertos beneficios o recompensas previstas para el resto de plantilla. Ello sucede, a modo de ejemplo, en el convenio de empresa del grupo Assimoco donde se excluye expresamente a los trabajadores mayores de 58 años de acceder al alquiler preferente de inmuebles pertenecientes al grupo. En parecidos términos pero con una carga justificativa mayor, a nuestro modo de ver, se sitúa en 58 años el umbral de edad de trabajadores que serán excluidos de productos financieros dirigidos a facilitar la adquisición o reestructuración de la primera vivienda, bajo la modalidad de préstamo hipotecario u otra forma de garantía<sup>1486</sup>.

---

<sup>1483</sup> Art. 28.6. CC *Banca*. En los mismos términos, punto 4.3 del apartado II CC de *Compañía Española de Petróleos*. En Italia, instala el criterio de preferencia en la concesión de las semanas de vacaciones solicitadas en función de la mayor antigüedad, no de la edad en el art. 55.6 art. CCNL *ABI*.

<sup>1484</sup> El art. 18 CC *Construcción* prohíbe la contratación de personal menor de 18 años sin perjuicio de lo establecido para el contrato formativo. Por otra parte, el anexo II del RD 1627/1997 establece una relación no exhaustiva de trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores entre los que destacan las obras que supongan movimientos de tierra subterráneos, trabajos realizados en cajones de aire comprimido o trabajos que requieran montar o desmontar elementos prefabricados pesados.

<sup>1485</sup> Art. 4.a), Tít. I. secc.4 CCNL *industria metalmeccanica privata e istalazione di impianti*.

<sup>1486</sup> Art. 16.2.1 y 19.1 respectivamente CC aziendale integrativo *Gruppo Assimoco*.

Tampoco parece justificado aquel sistema retributivo previsto en convenio colectivo a tenor del cual el trabajador puede ser remunerado, en todo o en parte, con comisiones, con participaciones en beneficios o con premios de producción, y en tales casos, será calculado según el mérito y la edad del mismo<sup>1487</sup>. Asimismo, aparentemente carece de justificación la regla limitativa para acceder a un periodo de excedencia al trabajador con más de sesenta años cuando ya posea los requisitos exigidos por ley para acceder a la jubilación<sup>1488</sup>.

### 3.3.2. Discriminación de tipo indirecto

En atención a su definición, la discriminación indirecta en éste ámbito se producirá cuando un convenio colectivo recoja entre su clausulado una medida aparentemente neutra que provoque un efecto adverso sobre un grupo de trabajadores delimitados en razón de su edad a menos que aquella pueda superar el test de razonabilidad y proporcionalidad entablado al efecto. Dada la polaridad que existe entre los grupos de trabajadores cubiertos por el criterio edad, no será difícil encontrar situaciones en las que, tratando de favorecer a unos -jóvenes o mayores y viceversa-, se quiebre la protección antidiscriminatoria de los otros. Asimismo, aunque ciertamente la protección reforzada que brinda con respecto a la edad la prohibición de discriminación de tipo indirecto quede desnaturalizada de acuerdo con las previsiones poco antes analizadas del art. 6 de la Directiva.

En el terreno de la discriminación indirecta se sitúan las críticas que ha merecido por parte de un sector doctrinal el establecimiento de salarios o retribuciones a los trabajadores con contratos formativos, en las que nos detendremos más adelante. Cabe decir en éste momento que hoy es comúnmente aceptada la ausencia de discriminación siquiera sea tipo indirecto en las diferencias salariales entre trabajadores con contratos formativos de sus compañeros aunque afecten en mayor proporción al grupo de población joven que son quienes acaparan el mayor volumen de sujetos contratados bajo alguna de estas modalidades contractuales. No obstante ello, alguna medida diferenciadora que desfavorezca de otro modo a los trabajadores con contratos formativos puede poner en riesgo el derecho al tratamiento igualitario que exige el art. 15.6 ET para todos los contratos temporales y específicamente la prohibición de discriminación de tipo indirecto por razón de edad. Por poner algún ejemplo, sería preciso conocer las razones que justifique el establecimiento en art. 27 del CC industria siderometalúrgica de Huesca del pago de un plus de eventualidad a la finalización del contrato de interinidad, eventual o de duración determinada con exclusión expresa de los contratados en base a alguna de las modalidades formativas o en prácticas<sup>1489</sup>. En circunstancias similares, un convenio colectivo italiano excluye a los aprendices de la

---

<sup>1487</sup> Art. 92 trabajadores intermedios , 109 para los empleados, CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*,

<sup>1488</sup> En todo caso, la excedencia de cualquier trabajador podrá superar la fecha en que el trabajador adquiera tales requisitos. Art. 58.12 CCNL *ABI*.

<sup>1489</sup> También excluye del abono del plus de eventualidad a los contratados bajo la modalidad formativa el art. 27 del CC *Industria Siderometalúrgica de Huesca*.

obtención del premio de productividad que se proporciona a los trabajadores de la plantilla<sup>1490</sup>.

Pero sin duda, el criterio que ha sido más discutido en cuanto a su potencial efecto discriminatorio indirecto por edad es la antigüedad como elemento decisivo para el otorgamiento de determinados derechos o prestaciones previstas en el convenio colectivo que puede perjudicar tanto para los trabajadores jóvenes, que se ven privados de derechos salariales por carecer de suficiente antigüedad, como a los trabajadores mayores pues los aumentos de antigüedad provocan el encarecimiento del mantenimiento en el empleo de los mismos y padecen el riesgo de ser trasladados a puestos que no contemplen emolumentos calculados en función de la antigüedad o incluso ser expulsados del mercado de trabajo<sup>1491</sup>.

Sin embargo, son varias las razones que reducen las probabilidades de que admita la existencia de discriminación indirecta en éste supuesto. En primer lugar, la interpretación literal del art. 6 de la directiva permite excluir tal posibilidad. La antigüedad se menciona expresamente como elemento de diferenciación habilitado si se sustenta por una finalidad legítima, aunque suponga un menoscabo indirecto sobre otros trabajadores. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia europeo ya consideró legítimos aquellos complementos o tratamientos con consecuencias económicas directamente relacionados con la antigüedad del trabajador excluyendo la existencia de discriminación- en sus primeras sentencias razón de sexo-, siempre que existiese ligamen expreso con el dato de la experiencia profesional lo que se constituye como una finalidad legítima de política salarial y cuando éstas resulten adecuadas y necesarias ante la denuncia de una discriminación indirecta. Concretamente, no resulta ilegítimo establecer los niveles salariales en función de la antigüedad pero sí la diferencia salarial en el momento de contratación cuando ésta se vincula solo a la edad y por lo tanto excede de lo que es necesario para lograr el objetivo legítimo invocado<sup>1492</sup>.

De éste modo, la antigüedad es utilizada en multitud de ocasiones para determinar preferencias, atribuir mayores retribuciones, para otorgar permisos o como técnica de desempate ante solicitudes contemporáneas para el disfrute de un mismo beneficio. Es una realidad que caracteriza el modo de atribuir condiciones económicas o prestacionales en la práctica negocial<sup>1493</sup>, de modo que se sigue constatando que los complementos de antigüedad, aunque tienden a reducirse tras la desaparición de su

---

<sup>1490</sup> Art. 12 CCRL *impresie artigiane dei settori Metalmeccanica, Istallazione di impianti, Orafi, Argentieri e Affini e delle imprese odontotecniche Lombardia*.

<sup>1491</sup> SERRANO ARGÜELLO, N., "La edad como factor de discriminación en el empleo", op.cit. PP. 15-16. Considera que la antigüedad no es un factor que produzca discriminaciones indirectas por edad sino más bien directas, aplicando en sentido análogo la jurisprudencia del TJ en materia de género, en la que admite que ésta se produce también de modo implícito cuando se trata de un requisito que seguramente no será en grado de satisfacer, en este caso, el colectivo de jóvenes en comparación con los de más edad, BONARDI, O., "Le discriminazioni basate sull'età", BARBERA, M., (Coord.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale* op.cit. P.159.

<sup>1492</sup> Si bien en éste caso ante la denuncia de discriminación por razón de sexo, STJCE de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, asunto C-109/88. En asuntos relativos a la edad del trabajador SSTJUE de 8 de septiembre de 2011, *Hennings*, asuntos acumulados C-297/10 y C-298-2010, apartados 74 a 77 y de 19 de junio de 2014, *Specht y otros*, asuntos acumulados, C-501/12 y otros, apartados 50 y 51.

<sup>1493</sup> Resultaría desorbitado traer a colación cada una de las medidas o disposiciones que utilizan el elemento de la antigüedad para atribuir derechos o preferencias. Entre otros, algunos ejemplos: promoción o cobertura de vacantes: art. 26 CC *enseñanza privada no concertada*; Art. 23 CC *enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos*. Ascenso: art. 15.1.3 CC *Banca*. Premios de antigüedad: Art. 17.2 b) CC *Banca*; art. 33 XI CC *industria química*; art. 60 CC *industria textil*.

exigencia legal, todavía gozan de una importancia cuantitativamente relevante<sup>1494</sup>. De igual modo, también en Italia todos los convenios analizados a nivel nacional incluyen los denominados «scatti di anzianità», que suponen aumentos retributivos cada cierto periodo de tiempo (normalmente de carácter bienal), sometidos a un amplio debate doctrinal desde el punto de vista de la discriminación por el criterio de la edad<sup>1495</sup>, así como otros emolumentos o derechos erogados ante una determinada antigüedad en la empresa<sup>1496</sup>.

Corresponde en todo caso al poder judicial resolver éstas situaciones que suponen una discriminación encubierta por razón de la edad e incluso servir como modelos que posteriormente recoja el legislador a modo de ejemplificación de prácticas convencionales y empresariales prohibidas por esta causa, como así se lleva a cabo en algunos países del common law en los que la discriminación por edad tiene fuertemente asentada sus raíces<sup>1497</sup>.

#### 4. TRATAMIENTO DE LA EDAD EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

La desidia de los interlocutores sociales en España para afrontar los supuestos palpables de discriminación por razón de edad es todavía frecuente y ello se hace notar incluso en la ausencia generalizada de la edad como criterio autónomo protegido en las cláusulas generales de prohibición de discriminaciones con excepciones<sup>1498</sup>, en las que se incorpora más a menudo de forma implícita cuando se reproduce la clásica prohibición de tratamientos discriminatorios por cualquier otra condición o circunstancia personal o social<sup>1499</sup>. En otros convenios excepcionalmente se incluye a la edad entre los criterios vetados de discriminación en circunstancias singulares, como es el caso de la aplicación de condiciones laborales a los trabajadores contratados para ser cedidos por la empresa usuaria en el ámbito de aplicación del CC nacional del sector de la Construcción<sup>1500</sup>, o en procedimientos de selección de personal para los que se deberán utilizar criterios objetivos y neutros que eviten cualquier tipo de discriminación directa o indirecta desfavorable por razón de edad, facultando a los representantes de los trabajadores a

---

<sup>1494</sup> SOLER ARREBOLA, J.A., “Los complementos salariales consolidables. la reorganización del complemento de antigüedad”, ESCUDERO RODRÍGUEZ.R., *La negociación colectiva en España: una mirada cualitativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. PP.365-378.

<sup>1495</sup> LASSANDARI, A., *Le discriminazioni nel lavoro nozione, interessi, tutele*, op.cit.P.159. Vid. ROCCELLA, M. “Gli scatti di anzianità, discriminazioni in ragione dell’età: a proposito di un singolare revirement della Casazione”. *Riv. Giur. Lav.* II, 2010, PP.16 ss. Como ejemplos en la negociación colectiva italiana, art. 99 CCNL *metalmecanico artigianato*, art. 69 CCNL *Mobilità/Area Feroviaria*. Art.14 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*.

<sup>1496</sup> Aumento de los días de vacaciones en función de la mayor antigüedad ésta última medida también prevista en el art. 10 CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*.

<sup>1497</sup> En países como Nueva Zelanda, EE.UU, Canadá, Irlanda o Reino Unido, se identifican por los poderes públicos las prácticas discriminatorias por razón de edad que suelen ser comunes. SERRANO ARGÜELLO, N. “La edad como factor de discriminación en el empleo”, op. cit. P. 32.

<sup>1498</sup> Art. 69 CC *para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria*; Art. 9 CC *sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías*; Art. 14 CC *de Umano de Seguridad, SL*. Dedicada su art. 24 a la política de igualdad en el seno del capítulo referido a la RSE en el que empresa y representantes de los trabajadores muestran su compromiso inequívoco en el establecimiento y desarrollo de políticas que integren la igualdad de trato y oportunidades, entre otras, por razones de edad, así como en el impulso y fomento de medidas para conseguir la igualdad real en el seno de la organización

<sup>1499</sup> Art. 54.1 CC *Banca*. Art. 6 CC *Farmacias*. Apostillando que tal prohibición se somete a la conformidad con la Legislación vigencia nacional, jurisprudencia y Directiva comunitaria, D. A. 3ª CC de *Hostelería de Cádiz*. Art. 5 II CC *empresa distribución y gestión de tiendas de frutos secos LB, S.L.*

<sup>1500</sup> Art. 25.3 d) CC *Construcción*.

emitir informes al respecto y velar por su objetiva aplicación en ausencia de discriminación<sup>1501</sup>. En última instancia, otros incluyen entre las faltas muy graves que pueden propiciar la expulsión definitiva de la empresa por causas disciplinarias, cualquier tipo de situación de acoso moral por razón de la edad del trabajador<sup>1502</sup>. Entre las funciones que desempeña la comisión para la igualdad de oportunidades y no discriminación algún convenio incluye la de realizar un estudio sobre la evolución del empleo y la igualdad de oportunidades en el sector y en base en el mismo realizar políticas activas que eliminen las eventuales discriminaciones que pudieran detectarse por razón edad, entre otras<sup>1503</sup>.

Paralelamente, la negociación colectiva italiana no dista mucho de la situación que acaba de ser descrita sobre el contexto español. Con carácter general, se corrobora la carencia de cláusulas de contenido antidiscriminatorio por razón de edad, habiendo sido detectadas escasamente. En algunos casos se refieren a ello en las notas introductorias del convenio colectivo donde plantean sus propósitos de aumentar el empleo de los compartimentos sociales en riesgo de exclusión y desigualdad como los ancianos<sup>1504</sup>, la valoración de la solidaridad intergeneracional<sup>1505</sup>, o la determinación de la igualdad de retribución para todos los trabajadores independientemente de la diferencia de edad<sup>1506</sup>. Más frecuente que en el caso español, los convenios crean instrumentos de control e información periódica de los datos de empleo distribuidos por edad que serán objeto de análisis y base para la proposición de nuevas medidas. En ellos, comisiones paritarias u observatorios tienen el deber de informar con carácter periódico acerca de los datos porcentuales de contratación por distintos segmentos de edad o de las tendencias de empleo<sup>1507</sup>, así como el estado de desarrollo y aplicación al ámbito empresarial de la normativa en materia de ocupación juvenil<sup>1508</sup>. Dirigido especialmente a éste último aspecto, algún convenio nacional reenvía a la negociación de segundo nivel el establecimiento de acciones positivas para promocionar la contratación de jóvenes<sup>1509</sup>.

---

<sup>1501</sup> Art. 11 CC *Industria Química*.

<sup>1502</sup> Art. 56.13 CC *Hostelería y Turismo Cataluña*.

<sup>1503</sup> Anexo 4 CC *harinas panificables y sémolas*. Habiendo reconocido la edad como factor de discriminación, el Art. 66.2 CC *sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías* determina que la Comisión para la Igualdad de Oportunidades y la No Discriminación, para garantizar el principio de no discriminación, realizará un seguimiento de las posibles discriminaciones, tanto directas como indirectas.

<sup>1504</sup> Premisa del CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*.

<sup>1505</sup> Premisa del CCNL *ABI*.

<sup>1506</sup> Art. 1, Tit. II, Sac. 4. CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*.

<sup>1507</sup> Al Comité Paritario Nacional corresponde definir orientaciones, líneas guía y objetivos, entre otros, sobre la perspectiva del empleo elaborando un análisis sobre las variaciones divididas por grandes grupos de edad, art. 1 CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*. A nivel territorial los comités paritarios y a nivel empresarial la RSU, igualmente tienen que informar periódicamente sobre la ocupación juvenil, así como del resto de trabajadores divididos por edad. Punto 1 a nivel nacional, punto 2 a nivel regional y punto 3 a nivel empresarial, Primera parte, CCNL *chimica, concia e settori accorpate, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*. Se exige al observatorio nacional el estudio, profundización y valoración, entre otros, de la situación ocupacional en relación a las líneas de tendencias de empleo particularmente en referencia a los jóvenes. Así mismo, se compele a cada empresa a indicar anualmente a los representantes de los trabajadores el porcentaje relativo a los ascensos profesionales divididos por edad (y sexo). arts. 9 y 12 respectivamente CCNL *ABI*. *Observatorio Nazionale*, art. 1 C) CCNL *mobilità, area contrattuale ferroviarie*.

<sup>1508</sup> Art. 1 CCNL *edili ed affini*; Art. 1.5 B) CCNL *mobilità, area contrattuale ferroviarie*. En su caso, el Observatorio Nacional instituido por el CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*, corresponde el conocimiento y examen de la ocupación juvenil.

<sup>1509</sup> Art. 4.6 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*.

#### 4.1. Acceso al empleo y promoción profesional

##### 4.1.1. El criterio de la edad como freno al acceso al mercado laboral y el denominado techo de cristal en la promoción profesional

Las soluciones ante el desafío de aumentar la ocupación de los segmentos de población especialmente preteridos por su edad pasa por la remoción de obstáculos a su estigmatización como trabajadores poco productivos o rentables mediante la perseverancia en políticas activas de inserción y reinserción, fomento del empleo estable y adecuadamente remunerado.

Partiendo de la legitimidad bajo ciertas circunstancias de las limitaciones de acceso al empleo en razón de la edad, en España han sido frecuentes las restricciones al acceso a determinadas profesiones ligadas directamente a un criterio selectivo de edad<sup>1510</sup>. La existencia de una habilitación comunitaria al establecimiento de requisitos de edad máximos para el acceso a determinadas profesiones basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación, habilita un uso flexible pero ponderado de éste requisito. En esta línea se pronunció el TJ resolviendo la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Oviedo sobre la contradicción con la directiva de la previsión de una edad máxima de acceso al Cuerpo local de policía<sup>1511</sup>. En otras se corrobora la razonabilidad y proporcionalidad de la fijación de un límite de edad, como el caso de la fijación en 35 años para el acceso al Cuerpo de Policía autonómico vasco separándose de la anterior doctrina en base a las diferencias existentes entre las funciones de un cuerpo de policía y otro<sup>1512</sup>. También en España los Tribunales se han pronunciado en tales términos en algunas sentencias eliminando el acceso a cuerpos funcionariales cuando éstos fijaban la exigencia de no exceder de la edad en la que falten menos de diez años para la jubilación forzosa<sup>1513</sup>, o a cuerpos de policía<sup>1514</sup>.

---

<sup>1510</sup> Sostena en su STC 75/1983, de 3 de agosto, RTC 1983, 75, F. 3 que «en cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador, 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». Antes de la aprobación de la Directiva, ya el Tribunal Supremo español había estimado conforme al art. 14 CE la convocatoria de plazas de auxiliares de vuelo en la compañía Iberia que exigía una edad entre 18 y 25 años al tratarse de una actividad que requiere notoriamente unas condiciones psico-físicas especiales, dada la singular naturaleza de la actividad aérea de modo que requisito el de edad constituye una distinción objetiva, seria, abstracta y razonable, en su STS de 27 de diciembre de 1999, RJ 1999,100091.

<sup>1511</sup> Dado que la fijación del umbral máximo de edad establecido a los 30 años no resulta necesario para garantizar a dichos agentes un período de actividad razonable previo a la jubilación a efectos del artículo 6, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78. STJUE (Sala Segunda) de 13 de noviembre de 2014, *Vital Pérez*, asunto C-416/13, apartado 72.

<sup>1512</sup> STJUE de 15 de noviembre de 2016, *Salaberría Sorondo*, asunto C-258/15, apartado 40. Dado que la Ertzaintza «tiene como misión esencial proteger a las personas y bienes, garantizar el libre ejercicio de sus derechos y libertades y velar por la seguridad ciudadana en todo el territorio de la Comunidad Autónoma», el establecimiento de un límite de edad resulta idóneo en tanto la posesión de capacidades físicas específicas y las funciones relativas a la protección de las personas y bienes, la detención y custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas pueden requerir el empleo de la fuerza física y esta característica, relacionada con la edad, constituye un requisito profesional esencial y determinante.

<sup>1513</sup> No se encuentra justificada aplicándose de forma indiferenciada a todos los funcionarios públicos locales, STC 37/2004 de 11 marzo, RTC 2004\37, FJ 6. Vid. Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M. P., «La edad como límite para el acceso a la función pública. Comentario a la STC 37/2004», *Aranzadi Social (Estudios Doctrinales)*, nº 13, 2005.

<sup>1514</sup> SSTS (Sala de lo Contencioso) de 21 de marzo de 2011 (RJ 2011\2405) que declara nulo el límite de edad de 30 años impuesto en las categorías de Policía e Inspector en 1 art. 7 b) del RD 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, ; de 31 de enero y 28 de junio de 2006, (RJ 2006\502 y RJ

No se han localizado en los convenios colectivos analizados pruebas que evidencien el uso de la edad como requisito de acceso al empleo más que para formalizar contratos para la formación y el aprendizaje. Sin embargo, tales pactos estarían capacitados, como hemos advertido con otros factores de discriminación, para prevenir éste tipo de comportamientos que unilateralmente pueda llevar a cabo el empresario cuando publique ofertas de empleo, a modo de establecimiento de la prohibición de fijar una determinada edad para el acceso al empleo o de controlar la razonabilidad y proporcionalidad en caso en que ésta se fije. Sirva de modelo el ANI francés de 2005 en materia de mantenimiento e incorporación de los trabajadores mayores al mercado laboral en el que se instituye el deber de hacer de la edad un elemento estratégico para la progresión de la tasa de empleo prohibiendo métodos de reclutamiento de personal en los cuales la edad sea un criterio de selección, sino considerando a la edad como un criterio de valoración positiva de las capacidades de los candidatos con algún ejemplo detectado en la práctica italiana<sup>1515</sup>.

A la problemática del acceso al empleo se le suman las dificultades de promoción profesional de los trabajadores, de los más jóvenes castigados por la temporalidad, lo que les impide generalmente el ascenso profesional y sobre los de mayor edad, presuntamente menos capaces de adaptarse a las innovaciones tecnológicas implantadas en los puestos de mayor responsabilidad. Así, es frecuente que al alcanzar determinada edad exista una barrera a la promoción profesional del trabajador que se retroalimenta además de la escasa dedicación a la formación específica de éstos trabajadores de edad madura. El conocido concepto de «techo de cristal», aunque asociado tradicionalmente con el colectivo femenino, puede ser adoptado para definir en términos sintéticos la ulterior degradación de las condiciones de los trabajadores limitados en su progresión de carrera debido a su edad. De éste modo, las normas sobre promoción profesional en los distintos convenios no solo deberán evitar cualquier tipo de discriminación por causa de la edad, sino también tomar en consideración cualidades y virtudes del trabajador asociadas a su propia capacidad y experiencias, como puede ser el conocimiento del puesto de trabajo o el historial profesional, en términos tales que redundará en beneficio de aquellos trabajadores con más edad, y por ende, con una experiencia consolidada<sup>1516</sup>, cuidando en todo caso de evitar de la forma más idónea posible el riesgo de revertir en una menor preferencia sistemática entre los más jóvenes. En éste sentido, ya advertíamos cómo una medida que trata de favorecer al colectivo de mayor edad podría revertir en discriminatoria para los jóvenes si no se encuentra

---

2006(3764) en las que se anula el criterio de haber cumplido 21 años y tener menos de 40 edad como requisito para acceder a la convocatoria de concurso-oposición para cubrir plazas de inspector de los Mossos d'Esquadra de la Generalitat de Catalunya.

<sup>1515</sup> Art. 13 *Accord national interprofessionnel relatif a l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour a l'emploi* de 9 de marzo de 2006.

<sup>1516</sup> Son éstas circunstancias que se tomarán como referencia ante procedimientos de ascensos de carrera según establece el art. 46 CC *Construcción*. En términos similares establece el art. 19 CC *industria química* que las empresas convocarán un concurso-oposición en base a un sistema de carácter objetivo, tomando como referencia las siguientes circunstancias: titulación adecuada, valoración académica, conocimiento del puesto de trabajo, historial profesional, haber desempeñado función de superior grupo profesional y superar satisfactoriamente las pruebas que al efecto se establezcan y en cualquier caso, objetivos y neutros para evitar cualquier tipo de discriminación directa o indirecta desfavorable por razón de edad. Entre los méritos profesionales de los aspirantes, y en el último orden de preferencia, se encuentra la antigüedad, pero no la edad, en el art. 28 CC *sanidad privada Burgos*.

debidamente fundamentada como es permitir la preferencia por el trabajador de mayor edad para el ascenso en caso de equivalentes capacidades y antigüedad<sup>1517</sup>.

En ocasiones, el convenio fortalece la participación preceptiva de los representantes de los trabajadores en la determinación de éstos criterios de selección del personal en ascenso<sup>1518</sup>, mientras que en otro caso deben emitir dictamen favorable a la convocatoria de ascenso examinando que aquella no contiene criterios que puedan discriminar por razón de la edad a los trabajadores, cuyas desavenencias con el sistema de selección previsto se resolverán en última instancia en sede administrativa o judicial<sup>1519</sup>.

#### 4.1.2. Impacto de la edad en medidas de contratación

##### 4.1.2.1. Contratación indefinida

En España, podía concertarse bajo la modalidad incentivada de contrato para el fomento de la contratación indefinida a los jóvenes de 16 a 30 años y a los mayores de 45 años antes de su derogación en 2012<sup>1520</sup>. Ya en 2007 los interlocutores sociales al más alto nivel se comprometían a utilizar estas medidas de fomento público para dichos grupos de edad dirigiéndose a los niveles inferiores de negociación<sup>1521</sup>. Sin embargo en la actualidad existen políticas de fomento que comparten la misma finalidad de impulsar la contratación indefinida mediante bonificaciones u otras ayudas e incentivos fiscales a quienes contraten bajo esta modalidad<sup>1522</sup>.

El acceso al empleo indefinido, si bien teóricamente puede ser un aliado perfecto para la incorporación estable de la mano de obra joven al mercado de trabajo<sup>1523</sup>, es marginal en la práctica. Dos factores sustentan ésta afirmación. En primer lugar, las evaluaciones realizadas sobre las políticas de incentivos a la contratación han puesto de relieve el escaso impacto macroeconómico que producen, tanto en términos de creación de empleo como de reducción de la tasa de desempleo, unido a una escasa eficacia dado el amplio margen de población al que van destinadas<sup>1524</sup>. Si se atiende en cambio a la realidad convencional, se comprende que no son interesantes desde el punto de vista económico u organizativo para el empresario y por ello no son recurrentes en la negociación colectiva aunque en algunos sectores destaca la preferencia general por la

<sup>1517</sup> En ese sentido, sirva de ejemplo el art. 24 CC *conservas vegetales*. En Italia, como uno de los criterios de selección para la promoción profesional, art. 9 CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*.

<sup>1518</sup> Se prevé que los representantes de los trabajadores controlarán, junto con el empresario, las pruebas de capacidad impuestas para consumir el ascenso, art. 19 CC *Hostelería y Turismo de Cataluña*.

<sup>1519</sup> Art. 19.2 CC *industria química*.

<sup>1520</sup> Programa de Fomento del Empleo e incentivos a la contratación. Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Ya desde principios de los años 90 se bonificaba la transformación de los contratos formativos en indefinidos Art. 2.2 ley 22/1992 de 30 de julio.

<sup>1521</sup> Cap. V, 1 a), ANC de 2007.

<sup>1522</sup> Vid. Guía publicada por el Servicio Público de Empleo Estatal sobre «Bonificaciones / reducciones a la contratación laboral» publicado en enero de 2017.

<sup>1523</sup> Junto con el contrato de apoyo al emprendedor, es el instrumento teóricamente básico en la lucha contra el desempleo y la temporalidad, en los que constantemente ha tenido presencia el colectivo juvenil, CALVO GALLEGU, J., “El impacto de las medidas «contractuales» en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo joven: un primer intento de evaluación”, en MORALES ORTEGA, J.M., *Jóvenes y políticas de empleo*, op.cit. P. 151.

<sup>1524</sup> ROCHA SÁNCHEZ, F., “El desempleo juvenil en España. Situaciones y recomendaciones políticas”. Fundación 1º de Mayo, Informe nº 50. P. 21.



contratación indefinida<sup>1525</sup>. En cambio, son más prolíferas las cláusulas de convenios que prevén como medida de fomento del empleo estable entre los jóvenes el compromiso que deberán asumir las empresas de contratar de forma indefinida a trabajadores y trabajadoras contratados al amparo de la modalidad de los contratos formativos que hayan agotado la duración máxima legalmente establecida<sup>1526</sup>.

Por último, existe otra modalidad denominada contrato indefinido de apoyo a los emprendedores introducido en España introducido por el art. 4 de la Ley 3/2012 y destinado a empresas que ocupen a menos de 50 trabajadores. Este tipo de contrato ideado para contratar a jóvenes menores de 30 años o desempleados mayores de 45 hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%, ha dado origen de una densa discusión doctrinal acerca de su adecuación constitucional al derecho al empleo en condiciones de certeza y seguridad, estabilidad y causalidad de la extinción contractual, atendiendo a la previsión de un periodo de prueba de 1 año. Dicha previsión ha sido avalada por el Tribunal constitucional que no acoge los argumentos antes esgrimidos puesto que la previsión cuestionada constituye una medida que cuenta con una justificación legitimadora-el fomento de la contratación de grupos vulnerables como desempleados mayores de 45 y jóvenes- y resulta razonable y proporcionada en atención a los fines perseguidos por el legislador con su establecimiento<sup>1527</sup>. Al margen de la controversia judicial, alguno ya había comenzado a contemplar la vigencia de éste tipo de modalidad contractual reenviando su régimen regulatorio a la propia ley<sup>1528</sup>, e incluso en otro se exceptúa la utilización del mismo dentro de su ámbito aplicativo<sup>1529</sup>, pero existe una ausencia generalizada de referencias a ésta modalidad en la negociación colectiva. No obstante ello, la regulación legal de éste tipo de contrato permite un escaso margen de maniobra al convenio colectivo en el ejercicio de adecuación a la realidad productiva y social en la que se aplica pues es taxativa la norma en cuanto al periodo de prueba –en todo caso de un año–. A ello se limitan a menudo la referencia a éstos contratos en los convenios<sup>1530</sup>.

Fuera de nuestras fronteras, existen ciertas similitudes con respecto al fomento por parte de los poderes públicos de la contratación indefinida que trata de combatir las altas tasas

---

<sup>1525</sup> Sostienen que el contrato indefinido es característico del sector bancario el art. 9 CC. *Banca*. La contratación indefinida es la habitual en el sector en virtud de lo establecido en el art. 29 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*. En el sector farmacéutico se exige dar prioridad a la contratación indefinida de manera que se exige tener en las farmacias un mayor número de contratos indefinidos que temporales de lo contrario deben transformarse en indefinidos hasta que se cumpla el porcentaje mínimo por orden de la mayor antigüedad de los trabajadores temporales, art. 12 CC *Farmacias*. Exigen ocupar al 50 % de la plantilla vinculada mediante contrato indefinido en empresas de 1 a 5 trabajadores/as y del 75 % a empresas a partir de 6 en el art. 13 CC *sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías*. También se comprometen a priorizar la contratación indefinida en el art. 19 CC *sectorial de limpieza de edificios y locales* o el art. 13 CC *industria química*.

<sup>1526</sup> En virtud de cuanto dispuesto en el art. 11.3 ET. Artículo 29 V *Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería*. Art. 21.1 f) CC *hostelería y turismo de Cataluña*. Con objeto de facilitar la colocación estable, se podrán convertir en contratos de trabajo indefinidos los formativos. En parecidos términos, art. 34 CC *harinas panificables y sémolas, fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados*. En el art. 13 CC *Decathlon* se compromete a transformar en indefinidos el 30% de aquellos contratos para la formación que durante cada año natural agoten el período máximo de duración de 3 años. Ascende al 50% en el art. 13.3 CC *III Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería*

<sup>1527</sup> STC 119/2014, de 16 de julio (RTC 2014, 119), doctrina reiterada en la STC 8/2015 de 22 de enero (RTC 2015/8).

<sup>1528</sup> Art. 20 IV *Convenio colectivo estatal de prensa diaria 2013-2015*.

<sup>1529</sup> Art.18 del *sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado*.

<sup>1530</sup> Art. 11 *Acuerdo marco del sector de la pizarra 2012-2017*. Art. 12 CC *estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida 2014-2016*. Art. 11 CC *Sector de Comercio Vario Comunidad de Madrid 2015-2015*. Art. 8 CC *sector de la pizarra de Ourense y Lugo 2014*.

de temporalidad disparadas con la crisis financiera. Así, también en Italia el legislador proporciona incentivos a la contratación indefinida de jóvenes<sup>1531</sup>, que se erogan tanto en el acceso al empleo como en el caso de transformación de un contrato de duración determinada, a tiempo indeterminado. Precisamente en ésta última línea, para fomentar la contratación indefinida de jóvenes, alguna norma convencional italiana dispone la dotación de una cantidad fija abonada con fondos propios a cada empleador que asuma bajo esta modalidad contractual a trabajadores, comprendido el contrato de aprendizaje «profesionalizante», si se trata de contratación de desocupados jóvenes hasta de hasta 32 años<sup>1532</sup>. Por otro lado, la asunción indefinida de trabajadores mayores también justifica la erogación de incentivos en Italia<sup>1533</sup>, circunstancia que no consta en la negociación colectiva analizada.

#### 4.1.2.2. Contratación temporal

Aunque la temporalidad en España ya puede ser considerada como un mal crónico, tanto el AI de 2007 como los anteriores han sido propicios en valorar positivamente las modalidades contractuales de empleo temporal, en tanto que permiten responder de un modo flexible y eficaz ante necesidades coyunturales de producción<sup>1534</sup>. A ello también se han referido los Acuerdos para el Empleo y la negociación colectiva firmados hasta la fecha, aun precisando la necesidad de corregir el excesivo uso de contratos temporales que afectan en gran medida a jóvenes.

La contratación temporal puede tener un efecto diverso y en su caso opuesto si va dirigida a jóvenes o a personas de mayor edad. Mientras que en relación a los primeros, si bien el estancamiento en la temporalidad también erosiona sus aspiraciones de estabilidad y seguridad, para ellos se trata de proporcionar un primer contacto con el mercado laboral, con la consecuente adquisición de experiencia y formación mientras que para los segundos se advierte de forma más incisiva su aspecto negativo como forma precaria de obtener el empleo, de forma transitoria y que provocará que el trabajador vuelva a estar desempleado de nuevo pero con aún más edad y por tanto con mayor riesgo de exclusión laboral.

Los momentos de desaceleración y la incertidumbre de los mercados han exigido todo tipo de ajustes por parte de los Estados. En el marco de la política laboral, se ha asentado una idea de flexibilización no exenta de riesgos de extrema precarización y segmentación del mercado de trabajo entre insiders y outsiders.

---

<sup>1531</sup> La Ley n. 99/2013 *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 giugno 2013, n. 76, recante primi interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, della coesione sociale, nonché in materia di Imposta sul valore aggiunto (IVA) e altre misure finanziarie urgenti*, introduce en el ordenamiento italiano además de la Garantía juvenil, incentivos a la contratación indefinida de trabajadores entre 18 y 30 años, incluso aplicable a contratos de aprendizaje, a su vez sujetos a otras bonificaciones.

<sup>1532</sup> Art. 31 CCNL ABI, erogados por el "*Fondo nazionale per il sostegno dell' occupazione nel settore del credito*" regulado en el Apéndice n. 11, la cantidad de 2.500 € anuales por cada trabajador y con un máximo de tres años.

<sup>1533</sup> Art. 4.10 Ley 92/2012, *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*.

<sup>1534</sup> Apartado 2.1, Cap. V ANC 2003; Cap. IV ANC 2005; Cap. IV ANC 2007.

En España, las últimas reformas han venido a incidir en la introducción de tipologías contractuales favorablemente temporales como es el caso del contrato de primer empleo joven para contratar a sujetos con una experiencia laboral inferior a tres meses. Es un contrato materialmente acausal-la causa formal es la adquisición de una primera experiencia profesional- regido en parte por la normativa aplicable al contrato eventual. Se trata de una medida ideada para incorporar a menores de 30 años al mercado laboral vigente hasta que la tasa de desempleo baje del 15%<sup>1535</sup>. La reciente incorporación al plano de las políticas activas de empleo de estos nuevos remedios de flexibilidad impide conocer cuál es la acogida que le proporcionarán los interlocutores sociales. Baste aquí con conjeturar una leve atención en los textos convencionales o una simple remisión al contenido legal.

En el marco comparado también son recurrentes las medidas de fomento del empleo temporal con el objetivo de aumentar la tasa de empleo del sector joven. En Italia, el ya derogado *contratto di inserimento* permitía la contratación bonificada y a causal de jóvenes y trabajadores de edad madura a tiempo determinado. La norma vigente en materia de contrato temporal ha eliminado la ventaja que suponía para el empresa incorporar a un trabajador que cumpliera los criterios descritos por la norma. Ahora existe la modalidad de contrato temporal se configura de manera acausal para todo tipo de trabajo y dirigida a cualquier tipo de trabajador, solo limitado en el aspecto cuantitativo-20% del número de empleados indefinidos, salvo que el convenio colectivo modifique dicho porcentaje-<sup>1536</sup>. Por lo que se refiere a las medidas de contratación temporal en la negociación colectiva, los convenios prevén algunas disposiciones, como es el caso de la posibilidad de asunción de trabajadores desocupados de más de 50 años, a través de un contrato a tiempo determinado, sin aportar causa objetiva que ampare dicha asunción, aun amparados en normativas obsoletas<sup>1537</sup>. La derogación a los límites objetivos para estipular contratos temporales produce el solapamiento entre las normas legales y convencionales vigentes, cuestión que ha de resolverse cautelarmente con el mantenimiento de la aplicación más restrictiva de los segundos en tanto no decaiga su eficacia<sup>1538</sup>.

En materia de contratación temporal de los segmentos de la población según la edad, también es destacable el establecimiento de otra tipología contractual, «*contratto di lavoro intermitente*», esto es, trabajo intermitente o a llamada, que puede ser estipulado con quienes no hayan alcanzado los 25 años de edad o hayan superado los 55. En ambos supuestos deben ser trabajadores expulsados del mercado de trabajo o inscritos en las listas de movilidad o colocación (*mobilità* o *collocamento*), cuya prestación laboral no podrá ser superior a 400 días en el arco de tres años. En cualquier caso la prestación

---

<sup>1535</sup> Art. 12 y 9 respectivamente Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. Sobre ésta nueva modalidad contractual, vid. CALVO GALLEGOS Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. "El contrato de primer empleo joven" en CALVO GALLEGOS Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (Dir.) *La estrategia de emprendimiento y empleo joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*. Bomarzo, Albacete, 2013. PP.257-307.

<sup>1536</sup> Art. 19 D.Lgs. 15 de junio de 2015, n. 81.

<sup>1537</sup> Art. 23 CCNL *Tessili - Occhialeria, Industria, Anfao*, renovado en 2013. Art. 29CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI*. Art.3 *Accordo territoriale per i dipendenti degli studi professionali nella provincia autonoma di Bolzano*. Jóvenes hasta los 29 años de edad, maduros de 50 años en el caso de hombres y las mujeres mayores de 40 años Art. 27 A), a) CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*.

<sup>1538</sup> Vid supra § 4.1.2, Cap. II.

laboral llevada a cabo por el joven debe finalizar al cumplimiento de los 25 años. A los trabajadores asumidos a través de esta tipología contractual, les corresponden todos los derechos previstos en el convenio aplicable. Puede ser estipulado a tiempo completo o a tiempo parcial y no es extraño que los convenios colectivos se refieran a él<sup>1539</sup>.

Este tipo de contrato ha sido criticado por cuanto a que introduce mayores dosis de flexibilidad, con menor nivel de empleo y de seguridad de ingresos, sobre todo porque en aplicación de la doctrina Mangold no se justificaría conforme a la directiva al utilizar a la edad como único elemento subjetivo de relevancia. En definitiva se trata de una forma añadida de precariedad laboral como instrumento alternativo y económicamente atractivo para determinados sectores productivos<sup>1540</sup>.

#### 4.1.3. Contratos formativos

##### 4.1.3.1. Medida de fomento del empleo joven

A resultas de la aprobación de la Recomendación del Consejo de la UE sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil, los Estados miembros han ideado paquetes de medidas todas ellas destinadas a cumplir con el propósito de fomentar el empleo de los más jóvenes. De entre los países que han desarrollado los respectivos planes de garantía juvenil adaptados a su situación singular<sup>1541</sup>, los dos cuyos sistemas de relaciones laborales están siendo analizados en éste trabajo incluyen entre la batería de medidas para la contratación de los jóvenes, nuevos incentivos en materia de contratos formativos, cuyo despliegue y uso dependerá en gran medida de la adaptación a las circunstancias particulares de los diversos sectores económicos por parte de la negociación colectiva<sup>1542</sup>.

En España, los interlocutores sociales han incidido, desde que se firmase el primer ANC en 1997, en el fomento de medidas de contratación para la formación y el aprendizaje y

---

<sup>1539</sup>Regulado en el art. 34.2 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 tras la modificación introducida por la ley 92/2012 y el más reciente decreto ley de 28 de junio de 2013 n. 76. Art. 34 CCNL *Metalmeccanico-Artigianato*. No obstante, el precepto no hace referencia a la situación de especial vulnerabilidad del sujeto a contratar a la que se refiere el convenio. En las mismas circunstancias, art. 5 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*; Art. 3 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*.

<sup>1540</sup>Favorable a la contradicción de esta modalidad contractual con el derecho comunitario, LOI, P., “La discriminación por edad en la legislación laboral italiana”, en CABEZA, J. BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, op.cit.p.352. Se trata de un contrato poco valorado por parte de la negociación colectiva que ha suscitado dudas de inadecuación frente a la normativa antidiscriminatoria europea. CALAFÀ, L. “Lavoro intermitente e discriminazione diretta in base all'età: prove di disapplicazione”, *RIDL*, n° 2. 2015 . PP.541-549.

<sup>1541</sup>Aunque la Unión Europea otorgaba un periodo relativamente breve para su desarrollo (“lo antes posible”), no todos los Estados miembros han cumplido esta labor, entre otros, Chipre, Grecia o Bulgaria. Vid. MORALES ORTEGA, J. M. “Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil: antecedentes, contexto y contenido”, MORALES ORTEGA, J. M (Dir.) *Jóvenes y políticas de empleo: entre la estrategia de emprendimiento y empleo joven y la garantía juvenil*, op.cit. PP. 41 ss.

<sup>1542</sup>En España se introducen en a través del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, para las personas beneficiarias del sistema Nacional de Garantía Juvenil, que se enmarca en la estrategia de Emprendimiento Joven aprobada en febrero de 2013 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. En Italia por su parte se introduce la “*Garanzia per i Giovani*” en el art. 5 del Decreto ley de 28 de junio de 2016, n. 76, en cuyo art. 2 reclama la adopción de medidas dirigidas a restituir al contrato de aprendizaje el rol de modalidad típica de entrada de los jóvenes en el mercado de trabajo.

en prácticas -entonces llamados contratos para la formación y en prácticas<sup>1543</sup>-, con la idea de contribuir al empleo de jóvenes<sup>1544</sup>, centrándola más como elemento de inserción en el mercado laboral propicio a la estabilidad en el empleo, en la medida en que los trabajadores sean incorporados definitivamente en la empresa una vez acabada la vigencia de tal contrato<sup>1545</sup>, que como medio para favorecer el aumento de cualificación de los mismos, a pesar de que su configuración formativa subsista teóricamente como verdadera finalidad subyacente<sup>1546</sup>. Si bien es cierto que durante una época fueron suprimidas en España las bonificaciones y subvenciones para celebrar estos contratos<sup>1547</sup>, han sido continuamente adaptados a cada etapa socio-política mediante las oportunas modificaciones legislativas<sup>1548</sup>. En ocasiones, los interlocutores prevén como mecanismos de política de empleo el fomento de la contratación formativa y en prácticas, así como la contratación de demandantes de primer empleo y de jóvenes creando a efectos de su seguimiento una Comisión específica<sup>1549</sup>.

Son contratos, por lo general, dirigidos a facilitar la incorporación de los jóvenes, con alguna excepción como es el caso francés, en el que el contrato de profesionalización bonificado por el Estado (contrat de professionnalisation) de naturaleza mixta laboral-formativa, está igualmente destinado a contratar a demandantes de empleo y personas que se encuentran en otras circunstancias particularmente previstas aunque su remuneración depende de la edad del trabajador contratado siendo inferior cuanto más joven es éste<sup>1550</sup>, o el contrato en prácticas en España que no tiene establecido un máximo de edad para que se pueda acceder al mismo.

#### 4.1.3.2. El tratamiento convencional de las modalidades de contratos formativos

Centrándonos ahora en la casuística convencional, se trata de una materia que por excelencia viene prevista en la mayoría de convenios colectivos en España, ya que la propia ley los hace partícipes de la configuración de su régimen aplicativo así como para la fijación de criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante estos contratos y

---

<sup>1543</sup> Apartado IV, ámbito material

<sup>1544</sup> Apartado 3.1 ANC 2002.

<sup>1545</sup> Cap. V, en materia de «contratación» del ANC 2005. Apartado 1. d) Cap. V ANC 2007. Apartado 1 e) Cap. I AENC 2010-2012. Apartado 1 d), Cap. II AENC 2012-2014

<sup>1546</sup> Sobre la idea de la finalidad originaria de cualificación de los trabajadores, APARICIO TOVAR, J. OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, op.cit. P. 89.

<sup>1547</sup> El RD ley 1/1992 de 23 de abril convalidado en ley 22/1992 de 30 de julio (Disposición derogatoria única 2) suprimió el sistema de exenciones y bonificaciones para los contratos en prácticas y formativos.

<sup>1548</sup> Vid. las últimas modificaciones y grado de utilización de los mismos en CALVO GALLEGU, J. “El impacto de las medidas «contractuales» en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo joven: un primer intento de evaluación”, en MORALES ORTEGA, J.M., *Jóvenes y políticas de empleo*, op.cit. PP.153ss.

<sup>1549</sup> Art. 31 CC *Industria siderometalúrgica de Huesca*.

<sup>1550</sup> En las condiciones fijadas por el decreto n° 2011-524 de 16 de mayo de 2011. Contrato de profesionalización regulado en los arts. L. 6325-1 à L. 6325-22 Código de Trabajo.

compromisos en materia de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido<sup>1551</sup>.

En primer lugar, el contrato en prácticas mediante el que se asume generalmente a jóvenes por un máximo de dos años y un mínimo de seis meses, aunque no existe un límite de edad para acceder al mismo, podrá concertarse con quienes estuvieran en posesión de un título universitario o de Formación Profesional de grado medio o superior, o de títulos reconocidos legalmente como equivalentes o de certificado de profesionalidad que habiliten para el ejercicio profesional, dentro de los cinco años, o siete años si se trata de un trabajador con discapacidad, inmediatamente siguientes a la expedición de su último título. Excepcionalmente se permite que se celebren estos contratos con menores de 30 años aunque hayan transcurrido más de 5 años desde la obtención del título<sup>1552</sup>.

El período de prueba para esta modalidad contractual será el estipulado en el convenio y en su defecto, no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3, utilizado como referencia normalmente<sup>1553</sup>, o su concreción se remite a niveles inferiores de negociación<sup>1554</sup>. En cuanto a su duración generalmente se remiten a la norma vigente o en algún caso modifican el límite mínimo de duración elevándolo de seis meses a un año<sup>1555</sup>.

Excepcionalmente los convenios cumplen con la exigencia impuesta en el art. 11.3 ET, a modo de declarar que en los procesos selectivos de personal que vaya a ser contratado bajo la modalidad en prácticas, se aplique el criterio de prevalencia, en igualdad de condiciones, a favor de mujeres o de hombres, de tal manera que se tienda a la paridad entre ambos sexos dentro del mismo grupo profesional<sup>1556</sup>.

Algún convenio especifica las actividades que pueden desempeñar los contratados en prácticas<sup>1557</sup>. Por otra parte, la retribución de éstos trabajadores será fijada por convenio

---

<sup>1551</sup> Con respecto al contrato en prácticas, los convenios colectivos están facultados para determinar el tipo de trabajo a desempeñar, la clasificación profesional de los mismos [art. 11.1 a) ET], duración del contrato dentro de los límites legales [art. 11.1 b) ET], período de prueba [art. 11.1 d) ET], retribución respetando la norma mínima [art. 11.1 e) ET]. En relación al contrato para la formación y el aprendizaje pueden prever la duración dentro de los límites marcados por el Estatuto [art. 11.2 b) ET] y retribución [art. 11.2 g) ET]. Art. 11.3 sobre equilibrio de género y conversión de contratos en indefinidos.

<sup>1552</sup> Real Decreto-ley 4/2013. Art. 13: *incentivos a los contratos en prácticas para el primer empleo*. Aunque la norma posteriormente no exige que se trate del primer empleo en general, entendemos que se refiere al primer empleo con la titulación o formación que se exige al trabajador. A ello se refiere, por ejemplo, el art. 20.1 CC *Corcho*.

<sup>1553</sup> Art. 12 CC *Industria Química*; art. 25 *Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería* recogido en el art. 21.1 f) CC *Hostelería y Turismo de Cataluña*.

<sup>1554</sup> Art. 19 CC *enseñanza privada no concertada*.

<sup>1555</sup> Art. 16 CC *enseñanza privada concertada*.

<sup>1556</sup> Art. 19 CC *enseñanza privada no concertada*.

<sup>1557</sup> El art. 14 CC *Farmacias* prevé que el personal que ostente la titulación de Licenciado en Farmacia y que sea contratado para prestar sus servicios en una Oficina de Farmacia, tendrá que ser encuadrado en el grupo profesional de Personal Facultativo. Quienes ostenten el resto de las titulaciones que habilitan para celebrar este contrato deberán ser encuadrados en el grupo profesional que les corresponda, de acuerdo con las funciones que realicen y el nivel de estudios cursado. Los convenios colectivos de ámbito inferior, podrán determinar los puestos de trabajo grupos, niveles o categorías profesionales objeto de este contrato. Se podrán celebrar para todas las categorías incluidas en los grupos profesionales reflejadas en el Anexo n.º 6 en virtud del art. 34. A, a) CC *nacional del sector de harinas panificables y sémolas* Art. 8.7 CC *industrias transformadoras de plástico de la Comunidad de Madrid* Grupos Profesionales 3, 4, 5, 6 y 7 del Convenio.

sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60 o al 75% durante el primer y segundo año respectivamente con respecto al salario fijado en el convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo ni en todo caso ser inferior al SMI<sup>1558</sup>. En dichos términos la capacidad de mejora por parte de la negociación colectiva se evidencia en numerosos convenios que fijan porcentajes superiores de retribución<sup>1559</sup>.

Con respecto a la suspensión del contrato en prácticas, la norma impone que en los supuestos de incapacidad temporal, riesgos durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad se interrumpe el cómputo de la duración del contrato. Algún convenio amplía el catálogo de derechos extendiendo la suspensión a otros supuestos previstos en el art. 45 ET que incluye suspensiones por el ejercicio de cargo público o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, entre otras y los supuestos previstos en el art. 46 ET que regula las excedencias<sup>1560</sup>.

En segundo lugar, a través de la contratación mediante la modalidad de contrato para la formación y el aprendizaje, el trabajador adquirirá la formación teórica y práctica necesaria para el adecuado desempeño de un oficio o de un puesto de trabajo ejecutado en régimen de alternancia con la prestación profesional. Éste contrato se podrá celebrar con trabajadores mayores de 16 años y menores de 25 que carezcan de la titulación o del certificado de profesionalidad requerido para realizar un contrato en prácticas. Algún convenio limita la edad máxima de contratación bajo esta modalidad a los 21 años, situación que se produce debido a la falta de actualización del convenio después de la entrada en vigor de la normativa que elevaba la edad máxima de contratación por lo que deberá ser inaplicable<sup>1561</sup>. Otros, en cambio, limitan la edad mínima elevándola más allá de lo previsto legalmente, sobre todo cuando se trata de evitar riesgos que puedan dañar la seguridad y salud de los menores<sup>1562</sup>. No obstante, transitoriamente y hasta que la tasa de desempleo en nuestro país no se sitúe por debajo del 15%, podrán realizarse contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de 30 años, aunque no es frecuente que los convenios recojan ésta previsión temporal<sup>1563</sup>. Finalmente, con independencia de la tasa de desempleo, el límite máximo de edad no

<sup>1558</sup> Art. 2.1 Real Decreto 488/1998, 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de Contratos Formativos. Se remite o incorpora las exigencias legales, art. 13.1.5 CC *Industria Química* o art. 33.A CC *Industria siderometalúrgica de Huesca*.

<sup>1559</sup> Por poner algunos ejemplos, El art. 14 del CC de *farmacia* determina que los contratados bajo ésta modalidad deberán ser encuadrados en el grupo profesional encuadrado en el grupo profesional de Personal Facultativo y serán retribuidos con el 90% durante el primer año y 100% durante el segundo, art. 14.4 CC *farmacias*. El 60 por ciento o el 80 por ciento durante el primer o segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, art. 12.2.1.2 CC *turrones y mazapanes*. El 80 y 90% respectivamente, art. 16 CC *enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos público*; 85% y del 95 % respectivamente, art. 19 CC *enseñanza privada*. 90 y 95% respectivamente, arts.34. A) a) CC *harinas panificables y sémolas* y DA 3ª CC *sanidad privada Burgos*. Retribución correspondiente a su Grupo Profesional, todo ello en proporción a la jornada de trabajo que realice, art. 15.1 VI CC *Decathlon España*. El 70% y 80% respectivamente y nunca en cantidad inferior a lo percibido por un trabajador contratado en formación. La equivalente a un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo, art. 22 CC *sector elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio*. El 100% del salario base de su categoría profesional, art. 7 b) CC *sector del comercio de alimentación de A Coruña*

<sup>1560</sup> Art. 21.1 e) CC *hostelería y turismo de Cataluña*.

<sup>1561</sup> El art. 6 del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre eleva de 21 a 25 la edad máxima. Art. 20 CC *enseñanza privada*. Art. 39 A) CC *Hostelería de Cádiz*. Art. 7 A) CC *del sector del comercio de alimentación de A Coruña*.

<sup>1562</sup> Hasta 18 años para los oficios de vigilante, pocero y entibador, o para aquellas tareas o puestos de trabajo que expresamente hayan sido declarados como especialmente tóxicos, penosos, peligrosos e insalubres. Art. 25.4 e) CC *Construcción*. Del mismo modo, para el desempeño de tareas que por disposición legal hayan sido declaradas como especialmente peligrosas, tóxicas, penosas e insalubres art. 34 B) CC *industria siderometalúrgica de Huesca*.

<sup>1563</sup> Entre ellos, DT 4ª CC *Construcción*. Art. 20.2 A) CC *Corcho*. Art. 15.2 VI CC *Decathlon España*. Art. 9 CC *Barnet Hoteles*.

será de aplicación cuando el contrato se concierte con personas con discapacidad ni con los colectivos en situación de exclusión social previstos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, en los casos en que sean contratados por parte de las mismas.

En lo referido a su duración, aquella será como mínimo de un año y un máximo de tres. La norma prevé cierta flexibilidad en la regulación de éste aspecto por los convenios colectivos que podrán establecer distintas duraciones en función de necesidades productivas y organizativas empresariales sin que puedan fijar periodos mínimos inferiores a seis meses ni superiores a 3 años. Algunos convenios utilizan ésta vía de modulación de la duración de estos contratos<sup>1564</sup>.

Son más comunes las cláusulas convencionales que introducen el elemento de la paridad de género en los procesos selectivos del personal que vaya a ser contratado bajo ésta modalidad en determinadas normas convencionales<sup>1565</sup>.

La retribución del trabajador contratado para la formación se fijará de forma proporcional al trabajo realizado sin que en ningún caso inferior al SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo. En aplicación de tal régimen, encontramos métodos de estimación del salario variopintos. Lo más común es que se fije en proporción al tiempo efectivamente trabajado de acuerdo con lo que establezca el convenio para su categoría<sup>1566</sup>. Otro convenio ha previsto la retribución durante el primer año del contrato del S.M.I. en proporción al tiempo de trabajo efectivo mientras que el segundo año del contrato, será el S.M.I con independencia del tiempo dedicado a formación teórica<sup>1567</sup>, directamente el salario mínimo interprofesional con independencia del tiempo dedicado a la formación durante toda la vigencia del contrato<sup>1568</sup>, o bien directamente estableciendo la cantidad a percibir<sup>1569</sup>. Por último cabe resaltar como positiva la cláusula que a pesar de establecer el salario de forma porcentual al salario fijado para un

---

<sup>1564</sup> 6 meses de mínimo y la máxima de 2 años, art. 20 CC *Enseñanza privada*. Duración mínima será de 12 meses y la máxima de dos años. En el supuesto de contrataciones inferiores a dos años, las partes podrán acordar una prórroga de 12 meses, art. 34 A) CC *harinas panificables y sémolas*. La duración mínima del contrato será de seis meses y la máxima de tres años, art. 32 CC *peluquerías, institutos de belleza y gimnasios*. La duración máxima de los mismos será de nueve meses, art. 11 CC *sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías*. Modula la duración máxima en función del área funcional entre los 12 meses (área 4), los 24 meses (área 2) y 18 meses (áreas 1,3 y 6) el art. 21.2 CC *hotelería y turismo de Cataluña*. La duración mínima del contrato será de nueve meses y la máxima de 30 meses. En atención a las necesidades formativas del trabajador, éste podrá prorrogarse seis meses más, art. 34 B) CC *Industria Siderometalúrgica de Huesca*.

<sup>1565</sup> Artículo 30 V *Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería*. Art. 20 CC *enseñanza privada no concertada*.

A tal fin, las empresas que contraten sucesivamente personas al amparo de esta modalidad formativa, alternarán la contratación de mujeres y hombres siempre que sea posible, art. 35.2 in fine CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*.

<sup>1566</sup> El art. 15 CC *farmacia*, instituye la retribución del 90% durante el primer año y el 100% durante los siguientes del grupo profesional en el que ha sido contratado. 80, 90 y 95 % del Salario Mínimo Garantizado respectivamente, art. 13.1.4 CC *Industria Química*. El 90% del salario mínimo intertextil durante el primer y el segundo año en proporción al tiempo efectivamente trabajado, sin que pueda ser inferior al SMI, art. 54 CC *Industria Textil*. 75% el primer año y un 80% el tiempo restante, art. 33 B) CC *Industria siderometalúrgica de Huesca*. 80 y 90% respectivamente, del salario del nivel de entrada del grupo profesional en que se encuadre el trabajador, art. 16.1 b) CC *Repsol Química, SA*. El 75, 85 y 95% del salario del grupo profesional VI, asignándoseles además el complemento extrasalarial mientras subsista, en régimen de igualdad de condiciones que al resto de trabajadores, art. 26.2 e) y g) CC *estatal del sector de la madera*. Art. 6 E) CC *Aserrío Murcia*. 85 % el primer año, un 90 % el segundo año y el 100% el tiempo restante, sobre el salario base correspondiente al trabajo para el que se ha formalizado el contrato de formación y aprendizaje, art. 15.2 VI CC *Decathlon España*.

<sup>1567</sup> Art. 20 IX *Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada*.

<sup>1568</sup> Art. 15 CC *Enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos*.

<sup>1569</sup> 1º año: 708,75 Euros; 2º año: 763,26 Euros; 3º año: 820,50 Euros, Art. 39. a) CC *Hostelería de Cádiz*.



determinado nivel retributivo se asignen los complementos extrasalariales en las mismas condiciones en que son disfrutados por el resto de la plantilla<sup>1570</sup>.

En el supuesto que el trabajador continuase en la empresa al término del contrato, no podrá concertarse un nuevo período de prueba para el mismo puesto de trabajo, computándose la duración del anterior contrato a efectos de antigüedad, pasando en ese supuesto a ocupar la categoría inmediatamente superior a la suya de las determinadas convencionalmente, como así recogen algunos convenios<sup>1571</sup>. Por otro lado, de acuerdo con lo previsto en el art. 20 del Real Decreto 1529/2012<sup>1572</sup>, algunos de ellos también prevén la figura del tutor que deberá desempeñar aquella persona que cuente con la cualificación o experiencia profesional adecuada. El propio empresario podrá asumir esta tarea<sup>1573</sup>.

A la finalización del contrato por la expiración del tiempo convenido, el trabajador no tendrá derecho a indemnización, salvo si el convenio colectivo aplicable así lo prevé, circunstancia que no es frecuente en la práctica convencional, salvo excepciones<sup>1574</sup>. En ocasiones, se otorga prioridad en el acceso a un puesto ofertado por la misma empresa a aquellos que previamente hayan mantenido con la misma un contrato en formación o prácticas<sup>1575</sup>.

En fin, del análisis de los convenios seleccionados, podemos confirmar la escasa referencia al control sobre el uso de las modalidades contractuales analizadas y los efectos prácticos de la misma dentro de las empresas a los representantes de los trabajadores. No obstante de forma paradigmática señalaremos el convenio que atribuye determinadas funciones a la Comisión Paritarias como el establecimiento de los oficios, puestos de trabajo o categorías que pueden ser objeto de este contrato, o el envío de copia tales contratos en la que se debe indicar en su caso qué tipo de formación es la que se va a dar al trabajado y a la vista de todo ello, estudiará la problemática de dicha contratación. Del análisis de las condiciones que se efectúe por dicha Comisión sobre la utilización del citado tipo de contratación, las partes negociadoras del Convenio Colectivo se reservan la posibilidad de abordar su regulación y reestructuración de la futura negociación del mismo<sup>1576</sup>. Por último, algún convenio limita el número de contrataciones bajo ésta modalidad<sup>1577</sup>.

---

<sup>1570</sup> Art. 25.4 i) CC *Construcción*.

<sup>1571</sup> Entre ellos, art. 20 CC *enseñanza privada*.

<sup>1572</sup> De 8 de noviembre, *por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual* (BOE de 9 de noviembre de 2012).

<sup>1573</sup> 13.1.4 CC *Industria Química*. Art. 25.4 h) CC *Construcción*. Art. 18.2 CC *yesos, escayolas, cales y sus prefabricados*.

<sup>1574</sup> Art. 25.4 m) CC *Construcción*.

<sup>1575</sup> Art. 11 CC *Industria Química*. Art. 10 CC *IV Convenio colectivo estatal de prensa diaria*. Art. 22 CC *perfumería y afines*. Art. 6 CC *industrias transformadoras de plástico de la Comunidad de Madrid*.

<sup>1576</sup> Art. 39 A), 41 y 48 CC *Hostelería de Cádiz*.

<sup>1577</sup> Art. 11 CC administración de loterías, limitándolo en función del volumen de plantilla: Hasta cinco trabajadores: uno. De seis a 10 trabajadores: dos. De 11 a 25 trabajadores: tres. De 26 a 40 trabajadores: cuatro. De 41 a 50 trabajadores: cinco. De 51 a 100 trabajadores: ocho. De 101 a 250 trabajadores: 10 o el 8 por 100 de la plantilla. De 251 a 500 trabajadores: 20 o el 6 por 100 de la plantilla. Más de 500 trabajadores: 30 o el 4 por 100 de la plantilla. No computan los contratados bajo ésta modalidad. Por su parte, el art. 12 CC *turrones y mazapanes*: Hasta 10 trabajadores, el 25 por ciento de la plantilla. De 11 a 50 trabajadores, el 20 por ciento de la plantilla. De 51 a 250 trabajadores, el 12 por ciento de la plantilla. De 251 a 500 trabajadores, el 8 por ciento de la plantilla. Más de 500 trabajadores, el 6% de la plantilla. No computan los trabajadores minusválidos contratados para la formación. Hasta 5:1.De 6 a 10: 2.De 11 en adelante: 3, art. 15.3 CC *Farmacias*.

En el sistema comparado encontramos modalidades contractuales homólogas aunque no estrictamente homogéneas con los tipos aquí descritos cuyo elemento en común radica en la finalidad de fomento de inserción profesional de la población más joven. En Italia, país cuya negociación colectiva está siendo analizada de forma paralela, ha sido implantada una única forma de contratación formativa que aglutina las diversas modalidades que existían previamente<sup>1578</sup>. Se trata del «contratto di apprendistato» definido como submodalidad de contrato de duración indeterminada<sup>1579</sup>, dirigido a la formación y ocupación de los jóvenes, con la perspectiva de superar el perenne problema de la marginalidad de las nuevas generaciones en el contexto productivo causada por la alta desocupación y de abandono escolar que se constata en el país vecino. Es por ello que los interlocutores sociales lo contemplan como instrumento privilegiado para incorporar a jóvenes en las empresas<sup>1580</sup>.

La norma vigente contiene una amplia delegación para su regulación a la negociación colectiva. Aunque ésta, a veces, tan solo se limita a reproducir las disposiciones mínimas determinadas por la ley, o añadiendo limitadas particularidades<sup>1581</sup>, lo más común es que los convenios regulen de una forma bastante pormenorizada el contrato de aprendizaje, régimen que desarrollan sobre todo los convenios nacionales de sector y adaptan a las circunstancias propias al territorio o la empresa los convenios de segundo nivel.

Como especialidades a destacar, prevén generalmente los convenios el cómputo del periodo de aprendizaje a efectos de antigüedad y consecuencias económicas que de ello deriva<sup>1582</sup>. Como en España, la norma establece la posibilidad de prolongar el periodo de aprendizaje en caso de enfermedad, accidente u otra causa de suspensión involuntaria de duración no superior a treinta días. Algunos convenios reconocen la suspensión del curso del contrato por enfermedad, accidente, maternidad o disfrute de permisos parentales, previendo la ampliación del periodo formativo por el tiempo equivalente o el que específicamente prevea el convenio colectivo o las partes mediante acuerdo<sup>1583</sup>.

---

<sup>1578</sup> El régimen actual es el introducido 25 de junio de 2015 con la entrada en vigor del D.LGS. de 15 de junio de 2015 nº 8, decreto emanado en desarrollo de la reforma laboral conocida como *Jobs Act* (Cap. V, arts. 41 a 47). Previamente, la normativa en materia de formación y aprendizaje fue refundida en el D. Lgs. 14 de septiembre de 2011, nº167, Texto Único sobre aprendizaje.

<sup>1579</sup> Salvo alguna excepción como es el caso que plantea el art. 55 CCNL per i dipendenti del terziario: commercio, distribuzione e servizi, en el que se prevé la contratación de duración determinada en empresas que trabajan en un sistema de ciclos estacionales.

<sup>1580</sup> Art. 51 CC *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria*. Premisa del Titolo I, Secc. IV, CCNL per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi. Tit. IV, art. 4ss *AT Studi professionali Bolzano*. Art. 12.1 CC *aziendale integrativo Infocert S.p.A*. Apartado «solidarietà intergenerazionale» CC integrativo aziendale *Saras/Sarlux*.

<sup>1581</sup> Texto legal al que efectúa reenvío el art. 14 del CCNL *dependenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi*, 2014 o el art. 12 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*. Art. 13CCRL *imprese artigiane dei settori Metalmeccanica, Istituzione di impianti, Orafi, Argentieri e Affini e delle imprese odontotecniche Lombardia*.

<sup>1582</sup> CCNL dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso, art. 2. Art. 31. B) y C) para la modalidad de aprendizaje profesionalizante y de alta formación CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI*, 2014. En relación con el contrato de aprendizaje profesionalizante, art. 23 CCNL *Tessili - Occhialeria, Industria, Anfao*. Art. 132 CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*. Computa integralmente el periodo de aprendizaje en la maduración de la antigüedad del servicio y a la mitad para la asignación de los «scatti di anzianità» o primas por antigüedad y otros beneficios automáticos (*automatismi*), art. 32 CCNL *ABI*. Cómputo de la antigüedad en todas las modalidades de aprendizaje, art. 2 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*.

<sup>1583</sup> Enfermedad, accidente o causa de suspensión involuntaria, cuando la duración de dicha circunstancia se prolongue más allá de 30 días, art. 127 bis CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*. Art. 24 CCNL *articoli ottici Anfao*, con una prórroga de duración igual al periodo de suspensión siempre que lo decidan mediante acuerdo las partes; Como facultad dispositiva de la

Existen límites cuantitativos máximos de contratación bajo ésta modalidad contractual, normalmente reconocido en los convenios<sup>1584</sup>. La retribución es determinada de forma dispar en la negociación colectiva<sup>1585</sup>, limitado por la norma el pago por trabajo a destajo de la que muchos convenios se hacen eco<sup>1586</sup>. Excepcionalmente, algún convenio incluso veta el uso de esta submodalidad contractual durante la vigencia del mismo<sup>1587</sup>.

En el sistema italiano se contemplan tres subespecies de contrato de aprendizaje, a saber, aprendizaje para la cualificación y el diploma profesional (con la nueva reforma se añade también para la obtención del diploma de educación secundaria superior y el certificado de especialización técnica superior), el aprendizaje «profesionalizante» o de perfeccionamiento profesional (ya no se contempla referencia alguna al contratto di mestiere como lo hacía la ley de 2011) y por último el aprendizaje de alta formación e investigación, siendo el segundo de ellos el más recurrido y desarrollado en la práctica convencional de forma tan variada como detallada, de lo que se destacarán algunos aspectos interesantes en las siguientes líneas.

Los Acuerdos Interconfederales y los convenios colectivos- la reforma introduce el requisito de la representatividad comparada a nivel nacional de los sujetos legitimados para ello- deben establecer en razón del tipo de cualificación contractual a conseguir- antes de la reforma también debían tener en cuenta a edad del aprendiz-, la duración y las modalidades de erogación de la formación para la adquisición de las competencias técnico-profesionales y relativas a la especialidad en función de los perfiles profesionales establecidos en los sistemas de clasificación y encuadramiento del personal. En todo caso, cada contrato de aprendizaje-en la ley prevista para el empleo de

---

empresa, art. 32 CCNL *ABI*. Además de lo anterior, determina que la ampliación no podrá superar en todo caso los 6 meses el art. 46 *Metalmecanico-Artigianato*. Elevándolo a 60 días en caso de suspensión de la relación laboral en casos en que el trabajador tiene derecho a la conservación del puesto (enfermedad, accidente, permisos parentales, etc.), art. 61.6 bis CCNL, *Abbligamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria*. Con un máximo de 11 meses en caso de maternidad obligatoria y facultativa, 8 meses por accidente, 12 meses en caso de Cassa Integrazione Guadagni Ordinaria o Straordinaria. Disciplina general del aprendizaje. Por enfermedad o accidente en igualdad de condiciones que al resto Art. 64 CCNL *settore edili ed affini*. A condición de que se hubiese prolongado al menos 60 días de calendario, art. 51. 6 bis CCNL *Tessile, Abbligamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria*.

<sup>1584</sup> Límites que se han visto modificados por el art. 42.7 del D. lgs. 81/2015 (no puede superar el 100% en empresas de hasta 9 trabajadores y las empresas que tengan hasta 3 trabajadores cualificados podrán asumir como máximo a otros 3), mientras que los convenios recogen la previsión vigente hasta fechas recientes. Art. 2 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*. El art. 58 CCNL *Metalmecanico-Artigianato* reproduce el contenido de la ley de 2011. Art. 31 a) CC *Tessile Abbligamento Moda. SMI*. Art. 61 CCNL *Settore edile, costruzione, restauro ed affini*.

<sup>1585</sup> Art. 127 CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*. Porcentajes que pueden variar por acuerdo entre la empresa y representantes de los trabajadores, sin que en ningún caso pueda superar la retribución recibida por un trabajador del mismo nivel profesional debido al nivel inferior de retenciones contributivas. 60, 70,80 %cada año y eventualmente 90% el sucesivo año, art. 31 A) CCNL *Tessile Abbligamento Moda. SMI*. Art. 5 E) AT *Studi professionali Bolzano*. El CC *Abi* determina un nivel salarial específico, 3ª área profesional, 1º nivel retributivo, art. 33.

<sup>1586</sup> Art. 1, Allegato al CCNL *industria metalmeccanica privata e istalazione di impianti*. El art. 1.1, Cap. I, CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*, prevé que en el caso de que el trabajador sea ocupado en un trabajo que lleve aparejada la retribución a destajo, adquirirá automáticamente la cualificación de operario incluso antes de la fecha prevista para la terminación del periodo de aprendizaje, en cuyo caso le serán aplicadas las tarifas de trabajo a destajo. En los mismos términos, art. 24 CCNL *articoli ottici Anfao*.

<sup>1587</sup> Premisa y art. 31.4 CCNL *ABI*.

cualquiera de los subtipos- deberá contener un plan formativo individual, donde vendrá especificado el tutor en la empresa<sup>1588</sup>.

En el caso del aprendizaje para la cualificación y el diploma profesional, el ámbito subjetivo se restringe a sujetos que hayan cumplido 15 años hasta los 25 años. Se ha considerado por algunos sujetos sociales como un instrumento idóneo para combatir la dispersión escolar, además de la evidente ventaja de introducir a los jóvenes en el mercado laboral<sup>1589</sup>. La duración será la necesaria en consideración al título o diploma a conseguir y no podrá ser superior a 3 años, prorrogable por uno más para la adquisición del diploma cuatrienal regional y en algún caso puede ser prorrogado<sup>1590</sup>.

Por su parte, el contrato de aprendizaje para el perfeccionamiento profesional o «profesionalizante», es el que mayor atención recibe desde los instrumentos convencionales, al que otorgan especial prioridad como típico contrato dirigido a la formación y a la ocupación de jóvenes<sup>1591</sup>, en tanto que introduce un factor estratégico de desarrollo de la competitividad de las empresas y al mismo tiempo, gracias a sus contenidos formativos, es un mecanismo de acceso al mercado laboral capaz de favorecer una ocupación estable y de calidad<sup>1592</sup>. Puede ser concertado con sujetos desde los 18 (o 17 si están en posesión de una certificado profesional según lo dispuesto por el decreto legislativo 226/2005 de 17 de octubre) hasta los 29 años de edad, edad en ocasiones ampliada por el convenio<sup>1593</sup>-mientras que en España solo en tanto permanezcan circunstancias coyunturales de desempleo cabe estipularlo con jóvenes de hasta 30 años-. Como particularidad, la ley no prevé ningún límite de edad para el acceso a este tipo de contrato de aprendizaje si el trabajador está inscrito en las listas de movilidad (*mobilità*) –a los que se añaden con la nueva ley a los beneficiarios de tratamiento por desempleo–, incluso con carácter públicamente bonificado en la contribución empresarial<sup>1594</sup>.

---

<sup>1588</sup> Encargado de gestionar la acogida en el contexto laboral y favorece la integración del aprendiz, contribuyendo además a la definición del Plan Formativo Individual. El tutor puede ser incluso el empleador. Art. 4 Allegato al CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*. Art. 127 bis CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale* El tutor podrá ser el empleador en empresas con menos de 15 trabajadores art. 25 CCNL *produzione del cemento, della calce e suoi derivati, del gesso e relativi manufatti, delle malte e dei materiali di base per le costruzioni, nonché la produzione promiscua di cemento, calce, gesso e malte*. Art. 52 CCNL *Metalmeccanico-Artigianato*. Otros convenios imponen la elaboración del plan de formación y la asignación de tutor para cualquier tipo de contrato de aprendizaje. Arts. 70 y 71 CCNL *settore edile ed affini Conflavoro e CILS*.. Ampliamente desarrolladas sus funciones y requisitos inherentes a la figura del tutor, art. 58 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*. Art. 52 *Metalmeccanico-Artigianato*. Dedicado todo el Allegato 9 a la figura del «Tutore aziendale», el CCNL *ABI*.

<sup>1589</sup> Art. 127 CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*. Art. 31 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI y Confindustria*.

<sup>1590</sup> Art. 2 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*, demandando a la negociación colectiva empresarial la suscripción de acuerdos que hagan operativa dicha tipología contractual.

<sup>1591</sup> Art. 32 CCNL *ABI*.

<sup>1592</sup> Es el único desarrollado mediante acuerdo específico en el *Contratto nazionale per la disciplina dell'apprendistato professionalizzante nell'industria metalmeccanica e nella installazione di impianti*, incorporado como anexo al CCNL general dirigido al mismo ámbito de aplicación. Sin remarcar los efectos potencialmente positivos del mismo, solo regula el aprendiz profesionalizante el art. 22 CCNL *mobilità, area contrattuale ferroviarie*.

<sup>1593</sup> Ampliando hasta los 29 años y 364 días el art. 2 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*., renovado en 2013.

<sup>1594</sup> Art. 47.4 D. Lgs. 81/2015. Las listas de «*mobilità*» son aquellas que incluyen a trabajadores que acceden al régimen de desempleo mediante la extinción de su contrato indefinido debido a circunstancias conexas a la empresa y desde el 31 de diciembre de 2012, solo aquellos despedidos por empresas que acceden al sistema de «*cassa integrazione guadagni straordinaria*», a través del cual las retribuciones debidas a los trabajadores son cubiertas por el sistema público cuando la empresa en grave crisis o que deba hacer frente a reestructuraciones o reorganizaciones. La normativa de referencia la Ley. n. 1.115 de 5 de noviembre de 1968,

Con respecto al salario, normalmente suele estar estipulado en referencia a niveles retributivos inferiores con respecto al nivel correspondiente a la categoría profesional que se pretende adquirir con el periodo de aprendizaje<sup>1595</sup>. Otros determinan un sistema de remuneración proporcional al tiempo trabajado con respecto al nivel profesional en el que se incluye<sup>1596</sup>. En ocasiones, la negociación colectiva de carácter nacional reenvía al convenio de empresa la posibilidad de atribuirles premios de resultado o cualquier otro tipo de retribución establecida en el convenio<sup>1597</sup>, corroborándose en algún caso la expresa exclusión de los mismos en la percepción de premios conectados a la productividad<sup>1598</sup>.

Finalmente, quizás el que menos interés despierta entre los negociadores sea el contrato de aprendizaje de alta formación e investigación, aunque existe amplio consenso en considerarlo un tipo de contrato de gran importancia, en grado de favorecer el desarrollo de ideas y proyectos innovadores en las empresas<sup>1599</sup>. Por ello, en alguna ocasión los actores sociales contemplan el deseo de promover un mayor uso de ésta tipología contractual, así como alcanzar mayores acuerdos entre el mundo formativo (Universidades, administraciones provinciales, órdenes profesionales) y el laboral<sup>1600</sup>. Disponible para cualquier sector de la actividad en puestos de trabajo que describirá cada convenio colectivo<sup>1601</sup>, podrán acceder a él sujetos con edades comprendidas entre los 18 (o 17 si disponen de una cualificación profesional según lo dispuesto por el decreto legislativo 226/2005 de 17 de octubre) y los 29 años de edad. La regulación y duración del aprendizaje corresponde a las regiones, con respecto a los perfiles formativos, con la colaboración de otras instituciones como las asociaciones de

---

Ley n. 164 de 20 de mayo de 1975 (art. 1 y 2), Ley. n. 223 de 23 de julio 1991, L. n. 236 de 1993 y L. n. 92 de 28 de junio de 2012. A ello se refieren algunos convenios. Entre otros, art. 44 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*. Art. 63 CCNL Metalmeccanico-Artigianato. Art. 32 CCNL *ABI*. Art. 94 CCNL *settori edili ed affini*. Art. 24 del CCNL *Tessili - Occhialeria, Industria, Anfao*.

<sup>1595</sup> Por destacar algún ejemplo, 2 niveles inferiores la primera parte del contrato y 1 nivel inferior la segunda, sin que en ningún caso pueda ser retribuido a destajo. Art. 53 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*. En los mismos términos, art. 66 CCNL Metalmeccanico-Artigianato. Se ubican directamente en un nivel profesional en aras a la asignación de su nivel retributivo, art. 32 CCNL *ABI*. Durante el primer periodo, dos niveles inferiores, durante el segundo un nivel inferior y durante el tercero el mismo nivel retributivo correspondiente a la destinación final, art. 24 CCNL *articoli ottici Anfao*. Para los primeros 24 meses será encuadrado en la posición retributiva más elevada del nivel profesional inmediatamente inferior al previsto para la figura profesional atribuida y para los 12 sucesivos la posición retributiva inicial del nivel profesional de destino final, posición en la que será encuadrado desde el principio si posee certificado de cualificación profesional idóneo respecto a la actividad a desarrollar, art. 22 bis .3 CCNL *mobilità, area contrattuale ferroviarie*.

<sup>1596</sup> 75%, 85% y 95% respectivamente. Art. 6 D) AT Studi professionali Bolzano.

<sup>1597</sup> corresponde al nivel empresarial determinar el modo de aplicación de los premios de resultado o de otros elementos retribuidos a los aprendices, art. 31 B) *Tessile Abbigliamento Moda. SMI y Confindustria*. Expresamente indicado, art. 1, Cap. I. CCNL *chimica, conca e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro. El Convenio empresarial integrativo de la empresa SMA S.p.A.* incluye entre los beneficiarios del premio de resultado empresarial y el premio de progreso a los aprendices sin distinguir las submodalidad de contrato de aprendizaje, arts. 19. 3 y 20.5, respectivamente. Con carácter general, los convenios colectivos aplican el premio de resultado o análogo a todo el personal en servicio, incluidos de modo implícito los aprendices. Ej. Art. 5 CC *Banca di Valle Camonica S.p.A.* Art. 5 CC *Ubi Private Investment*. Art. 10 CC integrativo aziendale *Infocer S.p.A. El CC aziendale integrativo Saras/Sarlux* asigna la atribución de un porcentaje del premio de productividad/participación que se va incrementando cada año y equivale al 100% en el último.

<sup>1598</sup> Art. 14 bis CC *Rome International School*.

<sup>1599</sup> Declaración común para el contrato de alta formación e investigación, Allegato al CCNL *industria metalmeccanica privata e istalazione di impianti*, mostrando las partes su empeño por incentivar el recurso a dicho tipo de contrato.

<sup>1600</sup> Art. 8 AT Studi professionali Bolzano.

<sup>1601</sup> Excluyendo la contratación para determinadas categorías profesionales, art. 2 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e geso*.

empresarios, Universidades o Institutos técnicos y profesionales. En ausencia de planes regionales, el empleador podrá estipular directamente convenios para el aprendizaje de alta formación con las Universidades, institutos técnicos y profesionales y con instituciones formativas o de investigación. Algunos convenios extienden el régimen aplicable al contrato de aprendizaje profesionalizante al de alta formación, dejando a salvo algunas especificidades destacables en cada sector de la producción como el perfil de la formación o la duración del periodo de aprendizaje, disciplinados en el ámbito de las iniciativas territoriales o nacionales<sup>1602</sup>. En cuanto a la retribución, se aplica el régimen general de prohibición de salario a destajo y puede ser determinada o bien atribuyendo la prevista hasta dos niveles inferiores o de modo proporcional y gradual a la antigüedad de servicio<sup>1603</sup>.

Al término del aprendizaje desarrollado bajo cualquiera de las modalidades contractuales descritas, cada una de las partes está facultada para rescindir el contrato de forma libre con un preaviso mínimo de 15 días, con lo cual la determinación inicial del contrato como indefinido sufre una importante modelación que lo diferencia de aquellos contratos de duración indeterminada ordinarios. En ausencia de denuncia al fin del periodo formativo, el trabajador será considerado subordinado a tiempo indeterminado, en cuyo caso, las empresas gozaran de un específico régimen contributivo previsto en la ley, así como otros incentivos o subvenciones legalmente previstas.

En definitiva, resulta necesario someter a control y vigilancia por parte de los representantes de los trabajadores la utilización de éste tipo de contratos tan pormenorizadamente detallado en los contratos colectivos y ante el constante cambio del régimen regulador al que lo viene sometiendo el legislador. Por ello, algunos convenios atribuyen a los observatorios sectoriales o comités paritarios de interpretación y control del convenio u órganos paritarios, facultades de diversa índole<sup>1604</sup>. También se atribuyen competencias de información en algunos casos a los representantes de los trabajadores en la empresa a quienes la dirección deberá informar con carácter periódico o previa solicitud por parte de aquellos<sup>1605</sup>. En algún caso se contempla la creación de comisiones ad hoc, como es la Commissione nazionale per la formazione professionale e l'apprendistato que actualice constantemente la disciplina formativa de éste tipo de contratos, de acuerdo con las modificaciones legales, individuando las exigencias específicas en el sector al que pertenece. En niveles inferiores también han de ser

---

<sup>1602</sup> Art. 31 C) CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI.*

<sup>1603</sup> Opta por la retribución proporcional y gradual, art. 52.7 CCNL *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria. Art. 2 CCNL produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*, aplicable a todas las modalidades de aprendizaje.

<sup>1604</sup> Por ejemplo, el estudio y profundización en lo referente al contrato de aprendizaje se delega en la Comisión paritaria, art. 2 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*. Se atribuye al ente bilateral ENFEA la gestión del servicio inherente a las iniciativas de desarrollo del contrato de aprendizaje, art. 1 CCNL *per i dipendenti della piccola e media industria dei settori chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*.

<sup>1605</sup> Entre otros, art. 1, Cap. 1, CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*. Con cadencia anual, la empresa está obligada a proporcionar a la RSA información sobre el número de contratos celebrados, rescindidos, confirmados o cesados y en ausencia de RSA, a las organizaciones sindicales a nivel territorial firmantes del convenio colectivo, art. 61 CCNL *Settore edile, costruzione, restauro ed affini*. En parecidos términos, art. 7 CCNL *per i dipendenti del settore tessile – abbigliamento – calzaturiero – pulitintolavanderie ed occhialeria Aziende artigiane*. Información sobre el estado y la dinámica cualitativa y cuantitativa de la ocupación derivada del uso del contrato de aprendizaje, a nivel nacional, art. 1; a nivel regional art. 2 CCNL *per i dipendenti del terziario: commercio, distribuzione e servizi*.

previstas comisiones análogas que mantengan un permanente contacto con la de nivel nacional y se encarguen de aplicar los nuevos avances en su ámbito de actuación<sup>1606</sup>.

#### 4.1.4. Contrato de relevo y jubilación parcial

Los tres Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva aprobados en el marco del diálogo social tripartito en España, han puesto el acento en el acceso a la jubilación parcial y uso de contratos de relevo para beneficiar tanto el mantenimiento de empleo de los mayores como el rejuvenecimiento de las plantillas, fundamentos ya mencionados en los previos ANC de 2005 y 2007. Sin embargo, el posible ligamen entre el acceso a la jubilación parcial del trabajador y la creación de puestos de trabajo para jóvenes que se vislumbraba en la Exposición de Motivos de la ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, mediante la que se instauraba el contrato de relevo, se ha demostrado menos relevante de cuanto se podía pensar, amén de ser considerados de forma positiva entre cuyos beneficios destacan el superar el «shock de la jubilación» o contribuir a que las exigencias del puesto se adapten a las circunstancias de desgaste físico y psicológico del trabajador, además de fomentar la contratación juvenil<sup>1607</sup>. No obstante, desde una perspectiva opuesta, algún sector doctrinal considera que el binomio jubilación parcial/contrato de relevo responde únicamente a una finalidad puramente de equilibrio presupuestario<sup>1608</sup>.

Con éste sistema, el trabajador de más edad se beneficia de la prestación pública de jubilación de forma parcial siempre que cumpla los requisitos impuestos por la normativa aplicable<sup>1609</sup>, mientras que sigue empleado pero en un porcentaje inferior del tiempo previsto para un trabajador a tiempo completo de la plantilla. Al mismo tiempo, un trabajador desempleado o empleado temporalmente en la misma empresa (no necesariamente joven) será contratado para cubrir la vacante dejada en parte por el trabajador relevado mediante el contrato de relevo de carácter no obligatoriamente temporal, que puede ser prorrogado si llegado a la edad de jubilación el trabajador

---

<sup>1606</sup> Art. 4 CCNL *industria metalmeccanica privata e istallazione di impianti*.

<sup>1607</sup> Todas las cuales fueron señaladas por CASEY, B., "Incentives and disincentives to early and late retirement". Working paper AWP3, Ageing working papers, OCDE, 1998. P. 21-22. Trajo a colación la mejora de salud en el trabajo como objetivo añadido del contrato de relevo PRADOS DE REYES, F. "El tiempo del trabajo en la normativa comunitaria". DL, nº 43, 1994. P. 131-132. El objetivo del «bienestar social de los trabajadores con edad próxima a la jubilación» al que viene a mejorar se incluía en la Exposición de Motivos de la Ley 32/1984 de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Ésta primera interconexión de la jubilación parcial y el contrato de relevo como mecanismo de reparto entre jóvenes y mayores parece diluirse con la reformas introducidas en 2001, CASAS BAAMONDE, M.E., "La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial (y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación parcial y gradual y de los contratos de relevo)". *Relaciones Laborales*, nº 11/12, 2002. PP.531ss.

<sup>1608</sup> En este sentido, APARICIO TOVAR, J. OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, op.cit. P. 58-59.

<sup>1609</sup> Fundamentalmente alcanzar la edad de sesenta y cinco años y treinta y tres años de cotización o de sesenta y tres cuando se acrediten treinta y seis años y seis meses de cotización y una antigüedad en la empresa de seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial, edades aplicables desde 2027, sometidas actualmente a su aplicación gradual en virtud de lo establecido en la DT 10ª de la LGSS. Como excepción, a quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 se exigirá haber cumplido la edad de sesenta años.

relevado se mantiene en su puesto<sup>1610</sup>. Por regla general se fija como fecha de su expiración la salida definitiva del trabajador relevado<sup>1611</sup>, siendo posible mediante pacto acumular en jornadas a tiempo completo el tiempo que media para acceder a la jubilación total para el trabajador relevado sin que con ello se desnaturalice la temporalidad fijada para el contrato de relevo<sup>1612</sup>, como así prevén algunos convenios<sup>1613</sup>. Cuando el trabajador haya cumplido sesenta y siete años de edad-edad que se irá aplicando de forma progresiva-, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin embargo, no es preciso contratar a un relevista<sup>1614</sup>.

Algunas normas convencionales consideran interesante acudir a ésta figura contractual y a tal efecto proponen la divulgación entre las empresas de las características del mismo para favorecer a su utilización<sup>1615</sup>. Otras, se comprometen en hacer los esfuerzos necesarios para fomentar la utilización de dicho sistema, de forma que en aquellas empresas en las que se produzcan las circunstancias que posibiliten la jubilación parcial, éstas atenderán las solicitudes que reúnan los requisitos establecidos en cada momento por la legislación<sup>1616</sup>. Otras prevén el acceso a la jubilación parcial remitiéndose sin más al modelo legal<sup>1617</sup>. Por último en algunos casos configuran el acceso a la jubilación parcial como un derecho autónomo del trabajador y por consiguiente una obligación del

---

<sup>1610</sup> Art. 21 CC *Enseñanza privada no concertada*. El contrato de relevo se regula en el art. 22 del mismo texto convencional. El art. 20 CC *Enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos*

<sup>1611</sup> Un repaso crítico a las modificaciones a la jubilación parcial SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Jubilación Parcial: Mitos y realidades. ¿Revitalización de una institución "fracasada"?. ¿Soluciones coyunturalmente satisfactorias o soluciones estructuralmente adecuadas, sostenibles y seguras?* 2013 En repositorio E-Prints Complutense. Open acces: <http://eprints.ucm.es/20708/>. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "Las claves de la actual jubilación parcial", URIBE OTALORA, A., (Dir.) *Envejecimiento activo en España: derechos y participación en la sociedad de los mayores*. Tirant Humanidades, Valencia, 2014, PP.475-506. LÓPEZ BALAGUER, M., "La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual". *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 5, n° 2, 2015. PP.108-132 Algunos convenios lo establecen con carácter indefinido y jornada completa como por ejemplo, art. 12.6 Cap. XIII CC *Compañía Española de Petróleos*.

<sup>1612</sup> STS de 19 de enero de 2015, R° 627/2014, considera que aunque la concentración de toda la jornada de trabajo en un único año no tiene expresa contemplación legal, esa ausencia de específico tratamiento normativo no implica de suyo ilegalidad alguna. Partiendo de la liberalidad de pacto que impera en nuestra legislación, esta concentración de jornada sólo resultaría prohibida en el caso de que se apreciara fraude de ley. Con éste pronunciamiento, el TS viene a corregir la tesis sostenida mayoritariamente por jurisprudencia previa que definía éste mecanismo de distribución irregular de la jornada del jubilado parcialmente entendiendo que representaba un fraude de ley a través del cual el jubilado parcial lograba una anticipación de la edad de jubilación sin que a la prestación se le aplicara el coeficiente reductor legalmente dispuesto para los casos ordinarios de jubilación anticipada (SSTS Aragón 28-1-2008, R° 1128/2007, 21-11-2007, R° 952/2007, Madrid 24-6-2011, R° 1190/2011, Andalucía 29-4-2013, R° 1982/2012, País Vasco 64/2014, de 14 de enero de 2014 Sala de lo Social Rec. n.º 2265/2013. En sentido contrario, STSJ Madrid 13-7-2012, R° 3382/2012). Sobre éste asunto, MARTÍN JIMÉNEZ, R., "Jubilación parcial y acumulación de jornada". *Revista de información laboral*, n° 5, 2015. PP. 39-51.

<sup>1613</sup> Dispone que mediante mutuo acuerdo entre empresa y trabajador jubilado podrá pactarse la acumulación de jornada en una determinada época del año el art. el art. 13.3 CC *Industria Química* en los mismos términos que el art. 8.9 CC *industrias transformadoras de plástico de la Comunidad de Madrid*; el art. 12.3 del apartado XIII del CC *de la empresa Compañía Española de Petróleos, SA*, prevé la prestación del 15% de la jornada de forma acumulada en el período inmediatamente siguiente al acceso a la situación de jubilación parcial en el primer año y en los siguientes lo somete a pacto entre trabajador y empresa. Prevé la flexibilidad en su aplicación en los términos de la legislación laboral vigente el art. 18 CC *Comercio vario La Coruña*

<sup>1614</sup> El acceso a la jubilación parcial y el contrato de relevo se encuentran regulados en los arts. 12.6 y 7 ET y 215 y concordantes LGSS.

<sup>1615</sup> Art. 19. A)3 CC *Industria Textil*, dentro del apartado dedicado a los contratos temporales. No obstante, prevén en su art. 76, como obligación de la empresa que emplee a más de 80 trabajadores, informar a la RT con carácter anual de los planes de rejuvenecimiento de la empresa, incluidos contratos de relevo, formación y en prácticas.

<sup>1616</sup> Art. 21 CC *Corcho*. Art. 4 CC *de Agencias de limpieza de edificios y locales de la provincia de Huelva*.

<sup>1617</sup> Como hacen, entre otros, el art. 21 CC *enseñanza privada*, art. 31. CC *Farmacias*, art. 23 CC *aguas potables y residuales* o la DA 1ª CC *Hostelería y Turismo de Cataluña*.



empresario<sup>1618</sup>, aunque el art. 12 ET haya previsto que está sujeto a acuerdo entre las partes.

En virtud de la norma vigente, la reducción de la jornada y de salario del trabajador relevado se situará entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 50 por 100 y podrá alcanzar el 75% si el contrato de relevo se celebra por tiempo indefinido y a jornada completa. En muchos casos no fijan un porcentaje preestablecido del nivel de reducción y consecuentemente las condiciones en las que se llevará a cabo la prestación del contratado para el relevo, dejando la decisión en manos del trabajador parcialmente a jubilar<sup>1619</sup>.

El contrato de relevo se puede celebrar a tiempo completo o parcial-salvo que la reducción de jornada del relevado ascienda al 75% en cuyo caso deberá ser a tiempo completo e indefinido-, a menos que el convenio colectivo limite la posibilidad de la segunda de las opciones<sup>1620</sup>. En algunos supuestos, habiendo estipulado un contrato de relevo, el cese definitivo del trabajador debido al cumplimiento de la edad referida provocará la conversión automática del contrato del relevista por tiempo indefinido<sup>1621</sup>.

La ley permite la aplicación de la normativa anterior cuando el trabajador con anterioridad al 1 de abril de 2013 se incorporase a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos con independencia de la fecha del acceso efectivo a la jubilación parcial<sup>1622</sup>. En tales términos, alguna norma convencional dispone un «Plan de acceso a la jubilación parcial» abierto a los trabajadores con 61 años de edad como mínimo en 2013 (o 60 si tienen la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967) siempre que reúna las condiciones legales para acceder a la jubilación parcial con una reducción de jornada del 85%, es decir, al menos 6 años de antigüedad en el grupo y 30 años de cotización a la seguridad social, computados en el modo previsto en la LGSS. En tal caso, la celebración del contrato de relevo se encuentra supeditada a la necesidad de contratación del exterior de nuevos trabajadores. Así, las contrataciones indefinidas de nuevos empleados que cumplan con los requisitos exigidos para concertar un contrato de relevo, se efectuarán, de ser posible, utilizando esta modalidad contractual, de tal forma que puedan acceder a la jubilación parcial aquellos trabajadores que hubieran solicitado acogerse a la misma y no hubieran podido obtenerla por no ser necesario efectuar contrataciones del exterior por razón de su puesto. En caso de existencia de más solicitudes de jubilación parcial que número de contrataciones previstas, se utilizarán los criterios de preferencia para acceder a la jubilación parcial

---

<sup>1618</sup> Art. 43 CC *estatal de administraciones de loterías* o art. 18 CC *Comercio vario La Coruña*.

<sup>1619</sup> Art. 40 CC *Hostelería de Cádiz*. Art.36.1 CC *sanidad privada Burgos*, que dispone que igualmente, corresponderá al trabajador que se acoja a la jubilación parcial fijar el porcentaje de su jornada parcial, dentro de los márgenes establecidos legalmente.

<sup>1620</sup> Así lo hace el art. 77 CC *estatal de las empresas de seguridad*.

<sup>1621</sup> Siempre y cuando las circunstancias productivas, económicas, técnicas y organizativas lo permitan. En caso contrario, la empresa deberá justificar a la representación de los trabajadores la concurrencia de dichas causas, art. 28 CC *estatal de la madera*. Art. 36.3 CC *sanidad privada Burgos*. Se prevé el paso a contrato indefinido siempre y cuando exista un puesto disponible en la misma categoría, art. 19 CC *harinas panificables y sémolas profesional*.

<sup>1622</sup> Se someterán a los requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social en virtud de lo dispuesto en la DT 4ª LGSS. Como requisito de procedibilidad, tales pactos o acuerdos de empresa se deben encontrar debidamente registrados en el Instituto Nacional de la Seguridad Social o en el Instituto Social de la Marina.

que fijen en cada empresa. En ese caso, el trabajador jubilado parcialmente pasará a ser un contratado a tiempo parcial con prestación del 15% de la jornada anual pactada hasta que llegue a la edad mínima a partir de la cual el jubilado parcial reúna los requisitos exigidos para acceder a la jubilación ordinaria, momento en el cual se extinguirán todos los derechos que traigan su causa en la relación laboral que unía al trabajador con su empresa<sup>1623</sup>.

Lo más destacable en el régimen de jubilación parcial y relevo en el sistema convencional español es que las cláusulas convencionales se centran en la regulación de las modalidades de acceso a la jubilación parcial mientras al contrato de relevo se atiende de forma secundaria. Si bien en ocasiones se alude al rejuvenecimiento de las plantillas como valor subyacente, en ningún caso se materializa tal propósito en el establecimiento de medidas de acción positivas que prioricen la contratación de jóvenes como relevistas.

En Italia, en cambio, al margen de la existencia de propuestas legislativas destinadas a introducir la figura del «part time generazionale» incentivando la contratación de jóvenes de forma simultánea a la reducción de la jornada del trabajador propio a la jubilación<sup>1624</sup>, la reforma laboral de 2015 reintroduce la posibilidad de que convenios colectivos de empresa fijen un sistema de reparto de trabajo generacional mediante la reducción de la jornada de trabajo de quien está próximo a la edad de jubilación a quien se concede el acceso a una jubilación parcial cumpliendo los requisitos previstos por la ley como una edad inferior no más de 24 meses a la prevista para acceder a la pensión ordinaria de jubilación o un periodo determinado de carencia contributiva. El acceso a dicha modalidad resulta, en todo caso, voluntaria para el trabajador. Por otro lado se precisa la estipulación de un contrato indefinido de un trabajador, en cuyo caso podrían acceder a bonificaciones y si el nuevo contratado tiene entre 15 y 29 años, a reducciones a la cuota contributiva por trabajador a cargo correspondiente al empleador-utilizando al efecto la norma prevista para el contrato de aprendizaje<sup>1625</sup>. En éste caso, en cambio,

---

<sup>1623</sup> Previsto en la disposición transitoria segunda del IV *Convenio colectivo de la empresa Repsol, S.A.* Resolución de 18 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo relativo al mantenimiento del plan de acceso a la jubilación parcial del IV Convenio colectivo de Repsol SA. Vigente hasta 2018. En parecidos términos, el Plan de Jubilación aprobado por Cepsa y vigente hasta 2018 supedita la posibilidad de que la empresa pueda llevar a cabo la contratación de trabajadores relevistas por la existencia de necesidades de contratación acordes a su organización y producción. Resolución de 18 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo relativo al mantenimiento del plan de acceso a la jubilación parcial del Convenio colectivo de la Compañía Española de Petróleos, SAU.

<sup>1624</sup> Arts. 1 y 2 del Proyecto de ley presentada el 21 marzo 2013, por los Senadores Giorgio Santini y Rita Ghedini titulado: “Intervención para el acceso flexible y gradual a la pensión a los fines de envejecimiento activo y de la solidaridad intergeneracional”. Vid. Sobre el alcance de la propuesta y un recorrido por otras anteriores, AMORIGI, M.C., ZUCARO, R. “La solidarietà intergenerazionale tra part time e staffetta: commento al DDL Santini-Ghedini del 21 marzo 2013”. SQUEGLIA, M. (Coord.), *La «staffetta intergenerazionale» tradiscutibili modelli e dubbie prospettive*. Bolletino Adapt especial de 30 de mayo de 2013. TADINI, L., “Esempi di pensionamento parziale in Europa”, recogido en el mismo Especial de Adapt. Antes, ya había sido emanada una norma, la ley de 27 de diciembre de 2006, n. 296, que recogía en su apartado 1.160, un mecanismo de conversión del contrato a tiempo parcial cuando el trabajador cumplía la edad de 55 años, favoreciendo la contratación de jóvenes menores de 25 años o 29 años estando en posesión del título de licenciatura, a tiempo parcial, por el periodo reducido por el trabajador mayor. Sin embargo, la norma que debía desarrollar el precepto nunca se adoptó.

<sup>1625</sup> Bajo el título de “contratos de solidaridad expansiva”, art. 41 D.Lgs. de 14 de septiembre de 2015, n. 148 *Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*. También se exige que el convenio colectivo sea depositado, en este caso, en la Dirección territorial de trabajo. Ésta modalidad se complementa con la prevista en el art. 1.284 de la ley de 28 de diciembre de 2015, n. 208 *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Regulado previamente en la ley 863/84 “Misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali”*, art. 2. Vid. MASSI, E., “Il contratto di solidarietà expansiva”. *Diritto & Pratica del Lavoro*, nº 7, 2016. PP. 419-423.

no tiene que darse un perfecto automatismo entre la reducción de las horas del trabajador próximo a la edad de jubilación y las atribuidas al contratado ni tampoco entre las funciones desempeñadas por uno y otro. Para el trabajador próximo a la edad de jubilación, el empleador, los entes bilaterales o los fondos de solidaridad pueden versar la contribución para la jubilación del trabajador, en correlación a la cuota de retribución perdida siempre que la misma no venga ya reconocida por el INPS.

No es ésta la primera vez que se propone una medida semejante. Tampoco en la negociación colectiva. En efecto, ya algunos convenios preveían la necesidad de consentir la transición laboral intergeneracional proponiendo una regulación legal que permitiera a los trabajadores cercanos a la edad de pensión reducir su horario de trabajo, dando entrada al empleo de los más jóvenes<sup>1626</sup>. En parecidos términos otros reclamaban el principio de «solidaridad intergeneracional», en virtud del cual las partes se empeñan en valorar soluciones en la gestión y organización empresarial que consientan al personal de más avanzada edad reducir el tiempo de la prestación laboral o resolver anticipadamente la relación de trabajo con respecto a lo previsto con carácter general para el acceso a la jubilación<sup>1627</sup>, o activar el sistema del reparto generacional o «staffetta generazionale»<sup>1628</sup>. Sin duda, cualquier iniciativa privada supone aunar esfuerzos económicos y estructurales de gran alcance, pero ello no ha impedido que determinadas normas convencionales y legales a nivel regional hayan aprobado «proyectos puente» que conjugan el acompañamiento a la pensión de los trabajadores cercanos a la edad de jubilación con la inserción de jóvenes en las empresas<sup>1629</sup>. Como ejemplo de ello merece ser destacado el denominado «Progetto ponte» del CCNL del sector químico farmacéutico, que se define como un pacto de solidaridad generacional fundando en la disponibilidad de la empresa a invertir en nuevas contrataciones de jóvenes a cambio de la disponibilidad de los trabajadores maduros que se dispongan a transformar su contrato de tiempo completo a tiempo parcial<sup>1630</sup>.

## 4.2. Efectos de la edad sobre algunas condiciones laborales

### 4.2.1. Movilidad

#### 4.2.1.1. Movilidad geográfica

---

<sup>1626</sup> Declaración común al trabajo a tiempo parcial, art. 4, Tít. I, Secc. 4. CCNL *Metalmeccanica privata e installazione di impianti*.

<sup>1627</sup> Apartado «*solidarietà intergenerazionale*», CC aziendale integrativo *Saras/Sarlux*.

<sup>1628</sup> Art. 6 CC *Luxottica*, que establece un sistema de reducción de la jornada del trabajador próximo a la edad de jubilación para quienes siguen abonando la contribución correspondiente por toda la jornada de trabajo inicialmente prevista, mientras que se asumen a trabajadores jóvenes a tiempo parcial que pasarán a tiempo completo con la retirada total del trabajador de mayor edad.

<sup>1629</sup> Como resultado de la iniciativa experimental denominada «*Staffetta generazionale*», promovida y financiada por el Ministerio de Trabajo con el Decreto Direttoriale 807 de 19 de octubre de 2012. Entre otras, Proyecto 'Ponte Generazionale' Región Lombardia decreto n. 1676 de 28 de febrero de 2013. Iniciativa de la Región Piemonte en actuación de la iniciativa del Ministerio de Trabajo denominada «*Staffetta generazionale*», DGR 18-6043 del 02 de julio de 2013, entrada en vigor en enero de 2015. También ha desarrollado la iniciativa ministerial la Región de Campania tras la aprobación en la deliberación de la Junta Regional n°81 del 28 de marzo de 2014.

<sup>1630</sup> Art. 2 CCNL *per gli addetti all'industria chimica, chimico-farmaceutica, delle fibre chimiche e dei settori abrasivi, lubrificanti e GPL*.

El Estatuto de los trabajadores español admite que la madurez puede ser un factor desventajoso ante el advenimiento de traslados como mecanismo de gestión flexible estableciendo la capacidad de introducir la edad entre los criterios de prioridad de permanencia en convenios colectivos ante la inminencia de traslados forzosos, desaparecida la referencia legal que exigía tal extremo directamente a los empresarios<sup>1631</sup>. De forma indirecta, también el criterio de la antigüedad favorecerá la permanencia de los trabajadores de mayor edad<sup>1632</sup>, mientras que de forma proporcionalmente inversa perjudica a los más jóvenes quienes padecen comúnmente los traslados forzosos<sup>1633</sup>. En sentido contrario, aunque no se refiere a ello, tampoco se descarta que puedan incluir derechos de preferencia para ser trasladados por éste mismo motivo como acción positiva por razón de edad. Pensemos, por ejemplo, en que el trabajador tenga intención de trasladarse a la localidad en la que habitan otros parientes que puedan proporcionarle ayuda asistencial, o incluso como estrategia de crecimiento personal y profesional tras una vida dedicada a la familia que impedía entonces efectuar cambios drásticos de este tipo<sup>1634</sup>. En todo caso, la negociación colectiva actual parece ser reacia a incorporar éste criterio entre los que dotan de preferencia al trabajador para permanecer o salir de la empresa.

Con carácter general podemos afirmar que los interlocutores sociales en Italia se han mostrado algo más sensibles en el tratamiento de la movilidad geográfica de los trabajadores que alcanzan edades maduras y una amplia trayectoria en la empresa<sup>1635</sup>. Con respecto a la permanencia en la sede, en algún caso el convenio italiano condiciona la transferencia del trabajador a otro centro de trabajo situado en una localidad diversa al cumplimiento de una determinada edad –criterio al que se acompaña eventualmente del de poseer determinada una antigüedad mínima en la empresa–en cuyas circunstancias se precisará de su consentimiento previo<sup>1636</sup>. En otros casos, la preferencia a ser trasladado recae sobre el trabajador de menor edad cuando existan dos trabajadores expuestos a la medida modificativa, en igualdad de cualificación profesional<sup>1637</sup>. En sentido inverso, algunos reconocen el derecho de petición de ser transferido a otra sede de la empresa bajo el pretexto de la edad. De éste modo, los

---

<sup>1631</sup> Art. 40.7 ET. Sobre éste asunto vid. APARICIO TOVAR, J. J. OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, op.cit. P. 149. Prioridad de permanencia de los trabajadores mayores de 60 años en el art. 27.3 CC *industria química*. No será trasladado por decisión de la Empresa, el personal que tenga cuarenta y cinco años cumplidos o con una antigüedad superior a diez años en la Empresa, 4.2 apartado IV CC de *Compañía Española de Petróleos*.

<sup>1632</sup> Ante traslados forzosos, art. 28 CC *Banca*.

<sup>1633</sup> Habilita al desplazamiento por necesidades del servicio y al traslado por causas empresariales de entre el 5% más moderno en la empresa y dentro de éste a quien sufra menos perjuicio atendiendo a criterios y orden de prioridades como el traslado anterior forzoso no disciplinario o la proximidad geográfica del puesto a cubrir. Es determinante la antigüedad del trabajador. Solamente podrá ser ejecutada la movilidad geográfica por necesidades del servicio con el personal que lleve a su servicio menos de diez años, y deberá ejercerla la empresa, en igualdad de condiciones, según el orden inverso al de antigüedad. art. 6.6.3.b) CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares.

<sup>1634</sup> Comparten la opinión que la edad puede favorecer la movilidad geográfica dificultada en tiempos anteriores, AA. VV. SEMPERE NAVARRO, A. V., QUINTANILLA NAVARRO, Y. (Dirs.) *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada...* op.cit. P. 168.

<sup>1635</sup> Materia regulada por el art. 2103 del Código Civil italiano que impone la existencia de razones probadas de carácter técnico, organizativo o productivo.

<sup>1636</sup> 47 años de edad y 22 años de antigüedad. Solo se aplica a los cuadros directivos y siempre que la localidad de destino diste más de 50 km de la de origen. Para el resto de áreas profesionales, la edad desciende a los 45 años e igualmente 22 años de antigüedad y además siempre que la sede de destino se encuentre a más de 30 km de distancia, Art. 88 y 111 respectivamente, CCNL *ABI*. 55 años de edad, sin necesidad de acreditar una antigüedad mínima, art. 45.4 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*.

<sup>1637</sup> Criterio aplicable después de la menor antigüedad en la actividad desarrollada y la menor antigüedad general en la empresa, art. 50.5 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*.

trabajadores que hayan alcanzado determinada edad pueden solicitar el traslado, que le será reconocido solo en casos excepcionales a examinar en sede sindical, mientras que para el resto del personal, se estudiarán las objetivas y comprobadas razones que motiven el traslado<sup>1638</sup>. Otros simplemente lo establecen como criterio a tomar en consideración detrás de la mayor antigüedad a la hora de aprobar el traslado de dos trabajadores que lo solicitan simultáneamente<sup>1639</sup>.

Como se aprecia, el impacto de la edad sobre la movilidad geográfica se plantea de un modo exclusivo en el establecimiento de condiciones de traslado o resistencia al mismo de los trabajadores maduros. Sin embargo, con respecto a los jóvenes no se ha planteado la necesidad de protegerlos frente a éstos mecanismos de modificación en sus condiciones laborales, aunque pueden ser imaginables circunstancias en las que se estime conveniente. Piénsese, por ejemplo, en los trabajadores más jóvenes que acaban de acceder a su primera vivienda tras haber obtenido un préstamo hipotecario o quienes sigan cursando estudios que tengan que suspender si no es viable su continuidad en el lugar de destino.

#### 4.2.1.2. Movilidad funcional

La movilidad funcional es una herramienta excelente para adaptar las condiciones profesionales a la edad del trabajador cuando ésta afecta a sus aptitudes personales, beneficiando de este modo a los dos extremos de la relación sinalagmática y evitando el acceso a otras soluciones más traumáticas. En esa línea se sitúan las previsiones convencionales que contemplan la modificación de funciones del trabajador que no se encuentra capacitado para seguir desarrollando de forma eficaz las tareas objeto de su contrato inicial debido a la disminución de su capacidad. Aunque éstas cláusulas se suelen relacionar con la protección de la discapacidad, en algunos casos también protegen a los trabajadores que por edad experimenten la disminución de su capacidad y por ello podrán ser destinados a trabajos adecuados a sus condiciones actuales, siempre que existan posibilidades para ello, asignándosele la clasificación profesional que proceda de acuerdo con sus nuevos cometidos, así como la remuneración correspondiente a su nueva categoría profesional<sup>1640</sup>. En parecidos términos, se consideran comprendidos entre el colectivo de trabajadores con capacidad disminuida aquellos en los que concurra alguna limitación funcional o psíquica, por razón de edad, en virtud de lo cual el trabajador podrá, en función de las capacidades residuales apreciadas en el mismo por la empresa, ser recolocado en puesto de trabajo idóneo a sus características personales. Aunque en éste otro supuesto la retribución correspondiente al nuevo puesto pueda ser inferior, se precisan dos límites. En primer lugar, no podrá ser

<sup>1638</sup> Trabajadores mayores de 50 años en el caso de los hombres y 45 si son mujeres Art. 8, Tít. I, Secc. IV, CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*.

<sup>1639</sup> Criterio aplicable después de la mayor antigüedad en la actividad desarrollada y la mayor antigüedad general en la empresa, art. 50.5 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*.

<sup>1640</sup> Art. 78 CC *Costrucción*.

inferior al correspondiente a más de dos grados por debajo del que personalmente tuviere consolidado. En segundo lugar, se incrementará la retribución a con la asignación de una garantía por capacidad disminuida, cuyo importe se fijara en el momento de la adscripción del trabajador al nuevo puesto, con carácter posteriormente revalorizable, y consistirá en la diferencia entre dicha nueva retribución y la que el interesado pudiere tener personalmente consolidada. A mayor abundamiento los representantes de los trabajadores y al Comité de Seguridad y Salud Laboral quedan habilitados para proponer a la Dirección de la empresa la iniciación del proceso de reconocimiento interno de las situaciones individuales de capacidad disminuida, siendo sistemáticamente informada del curso de tales procesos y de su adaptación al puesto, para su seguimiento y control, así como de la evolución general de tales situaciones en los centros de trabajo respectivos. Finalmente se establece que las circunstancias de los trabajadores de capacidad disminuida, serán además tenidas en cuenta en el supuesto de cambio de puesto de trabajo con carácter provisional<sup>1641</sup>.

Por otro lado, pocas normas convencionales prevén la adopción de un sistema de preferencia o prioridad de permanencia por razón de la edad en el puesto de trabajo ante cambios organizativos originados en la empresa para sortear vicisitudes de tipo económico o productivo. Aisladamente algún convenio prevé entre los trabajadores que preferentemente no se verán afectados por la movilidad funcional a los mayores de 50 años más resistentes que los que tienen menor antigüedad y solo preteridos cuando se trate de personal con capacidad disminuida y a representantes del personal<sup>1642</sup>.

#### 4.2.2. Formación

En tiempos de creciente apertura y globalización de los mercados, se requiere del trabajador mayor especialización, niveles superiores de formación y de polivalencia funcional, que proporcionen de una mayor adaptación y capacidad de respuesta ante las situaciones que puedan plantearse ante un futuro incierto que sobre todo interesa a los más jóvenes<sup>1643</sup>. A su vez, la inversión en formación tiende a disuadir el estigma del supuesto déficit de competencias asociado a los trabajadores de más edad, agiliza la profesionalización y adaptación del trabajador experimentado y le proporciona una adecuada actualización de sus conocimientos, formación sin la cual, corren el riesgo de ser expulsados del mercado laboral.

---

<sup>1641</sup> Art. 16.1 c) y 16.2 y 16.3 f) CC *Nissan Motor Ibérica, SA (Centro de Trabajo Distribución de Unidades NDS-B)*, mientras que el art. 16.2.II b) del *Nissan Motor Ibérica, S.A. (Centro de trabajo de Los Corrales de Buelna)* se refiere quienes padezcan un desgaste físico natural como consecuencia de una dilatada vida de servicio en la Empresa en los mismos términos que el art. 32.5 CC *sanidad privada Burgos*. La asignación de la garantía retributiva a la que se hace referencia está sujeta a ciertos requisitos de cumplimiento debido por el trabajador como llevar a cabo el tratamiento médico indicado por la empresa, aceptar expresamente el puesto asignado, seguir los cursos o métodos de readaptación ordenados por la empresa y alcanzar el rendimiento debido.

<sup>1642</sup> Art. 14 CC *Nissan Motor Ibérica, S.A. (Centro de trabajo de Los Corrales de Buelna)*.

<sup>1643</sup> Ésta situación se contraponen a una anterior en la que se requería mano de obra no estrechamente cualificada pero sí fuertemente disciplinada. MARTÍN PUEBLA, F., *Formación profesional y contrato de trabajo, Un estudio sobre adquisición de cualificación profesional a cargo de la empresa*. Wolters Kluwer, Madrid, 1998. P. 23.

Según datos proporcionados por el INE, se constata una brecha de formación entre los trabajadores de mayor edad, mientras que aumentan los niveles formativos entre los jóvenes que se encuentran generalmente sobrecualificados para los puestos de trabajo que desempeñan<sup>1644</sup>. El análisis comparado permite considerar que no se trata de un suceso aislado en el contexto español, sino al contrario, se encuentra generalizado en el panorama europeo el dato según el cual, las generaciones de más edad sufren generalmente un déficit de formación en comparación con los más jóvenes y perciben menos oportunidades de formación continua<sup>1645</sup>. De ello se deduce la necesidad de adoptar criterios de selección formativa en razón de la mayor edad como medida de acción positiva de permanencia en el empleo de los trabajadores maduros, produciendo un doble beneficio tanto para asegurar la permanencia en activo del trabajador, como para el sostenimiento de las cargas de Seguridad Social a efectos de mayor cotización y reducción de costes por desempleo o jubilación<sup>1646</sup>.

Ésta idea, sin embargo, no se encuentra bastante extendida entre los agentes sociales en países como España, poco propensos a incorporar planes formativos específicos para jóvenes o mayores, con excepciones. De éste modo en alguno se prevé en la configuración convencional de los cursos de formación el deber de garantizar el principio de igualdad de trato y oportunidades en la incorporación a la formación de trabajadores con mayor dificultad de acceso a la misma<sup>1647</sup>. En virtud de ello, las acciones de formación podrán incluir acciones positivas respecto al acceso a la formación de trabajadores pertenecientes a determinados colectivos, entre otros, jóvenes o mayores de 45 años<sup>1648</sup>. Por otra parte destacan entre los objetivos de formación profesional de otro convenio colectivo, capacitar al personal de nuevo ingreso que puede redundar en beneficio de los más jóvenes o fomentar el reciclaje profesional para asegurar la estabilidad del personal en su empleo, en supuestos de transformación tecnológica o modificación funcional de los distintos puestos de trabajo que pueden resultar especialmente convenientes, como ya se ha apuntado, para los trabajadores de más edad<sup>1649</sup>.

En la negociación colectiva italiana, se encuentran de modo frecuente cláusulas de carácter general donde las partes declaran su voluntad de fomentar la formación y con ello la empleabilidad de los jóvenes. En ese orden de cosas, las partes se comprometen a desarrollar los oportunos mecanismos formativos a través del Ente nacional bilateral sectorial, con la finalidad de realizar cursos de formación profesional dirigida a jóvenes,

---

<sup>1644</sup> Fuente: Nivel de Formación de la población. Ministerio de cultura y deporte.

<sup>1645</sup> GUILLEMARD, A.M., *Les défis du vieillissement. Age, emploi, retraite, perspectives internationales*, op.cit. P. 73.

<sup>1646</sup> Vid. VAQUERO GARCÍA, A. "La inversión en educación y formación como respuesta a la discriminación laboral por la edad", en CABEZA PEREIRO, J. BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, op.cit. P. 113.

<sup>1647</sup> Art. 96 CC *Textil*.

<sup>1648</sup> Art. 84 a) 1. CC *Industria Química*. La Comisión de Empleo, Formación y Productividad creada a través del convenio colectivo, está encargada del fomento de actividades formativas dirigidas a colectivos que padecen de forma más severa circunstancias de acceso a la formación, como son los mayores de 45 años. Cláusula Final 5ª, C) CC *Industria siderometalúrgica de Huesca*

<sup>1649</sup> Art. 43.1 y 6 CC *Farmacia*.

entre otros<sup>1650</sup>. De éste modo, incluso en alguna norma convencional nacional se propone la creación de escuelas formativas de cualificación en el sector al que se aplican financiadas por las propias empresas, cuyo plan formativo se dirige tanto a los jóvenes aún inactivos como a los desempleados, los recién diplomados o licenciados o contratados para el aprendizaje. Al fin del periodo formativo, será entregado un certificado habilitante para ejercer determinadas profesiones en el sector<sup>1651</sup>.

Con independencia de los planes de formación a iniciativa los propios interlocutores sociales, en ambos ordenamientos y de forma generalizada en los convenios se reconocen determinados permisos destinados a favorecer la cualificación del trabajador y, en cierta medida, más propicios para favorecer la formación de los más jóvenes. El ordenamiento español reconoce el derecho de los trabajadores de ausentarse por el tiempo indispensable para la asistencia a exámenes-sin que lo disponga como permiso retribuido, a libre elección del convenio- así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional que debe concretar cada convenio colectivo-ambos ex art. 23. a) ET- y así lo reconocen algunos de ellos<sup>1652</sup>. Otras normas convencionales mejoran su modalidad de ejecución prohibiendo que le sea atribuido al trabajador sometido a exámenes un horario de trabajo irregular que coincida con las horas a las que se fijen los mismos<sup>1653</sup>, o concediendo además del día señalado para el examen, el anterior<sup>1654</sup>, permitiendo al trabajador optar por el disfrute del día anterior al del examen de que se trate, en lugar del propio día de la prueba<sup>1655</sup>, mientras que otras reducen el margen de aplicación de tal derecho fijando un número máximo de días a disposición de los trabajadores para llevar a cabo los exámenes necesarios<sup>1656</sup>.

---

<sup>1650</sup> art. 9 CCNL dipendenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi. Art. 7 “occupazione giovanile”, CCNL chimica ed affini CEP-A e UGL. Art. 8 *dependenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi* corresponde al Ente paritario para la formación y el adiestramiento profesional (EASY FO. R.) promover la inserción profesional de los jóvenes, en búsqueda de una ocupación cualificada, cuyas actividades formativas irán dirigidas precisamente a jóvenes desocupados o inactivos, CCNL *settore costruzioni ed affini*.

<sup>1651</sup> Por ejemplo, “Scuole Edili” creadas por el Ente Formazione Edile Italia, E.F.E.I., art. 15 CCNL *Settore edile, costruzione, restauro ed affini*.

<sup>1652</sup> Ambos derechos reconoce el art. 47.1 a) CC *Industria Textil* que no contempla el permiso como retribuido. Art. 31CC *recolección de cítricos Comunidad valenciana*, que tampoco lo retribuye. Los define como exámenes finales o parciales liberatorios el art. 27.1 A), g) CC *sanidad privada Burgos*, que sí lo contempla como retribuido.

<sup>1653</sup> Art. 11c) CC *Industria siderometalúrgica de Huesca*.

<sup>1654</sup> Entre otros, establece que cuando para la realización del examen el trabajador tenga que realizar un desplazamiento superior a 100 kilómetros por trayecto desde su domicilio esta licencia se otorgará por el día completo. Los trabajadores que el día anterior al examen tengan asignado turno de noche podrán disfrutar del permiso retribuido durante éste último, siempre y cuando la convocatoria al correspondiente examen sea anterior a las 14:00 horas En parecidos términos establece el art. 41.i) CC *Repsol Química SA.*: por el tiempo indispensable, añadiendo que en el supuesto de que el examen tenga lugar en horario de mañana y el trabajador esté saliente del turno de noche, la licencia se cambiará a la noche inmediatamente anterior al examen.

<sup>1655</sup> Art. 24.6 CC *Interprovincial de la Empresa FGV*, dentro de las licencias con sueldo.

<sup>1656</sup> Diez días como máximo establece el art. 36 del CC *Conservas Vegetales* que sí lo prevé como retribuido. Por su parte, presenta una redacción ambigua el art. 25 d) CC *Hostelería de Cádiz* que prevé que, en caso de tener que asistir a exámenes de Enseñanza General Básica, media o superior en Centros Oficiales y similares, se le concederá el tiempo necesario para realizarlo como una licencia con sueldo, con el límite máximo de tres días y siempre justificando su asistencia. Con un máximo de dos convocatorias por examen, como licencia retribuida, art. 11 f) CC *Barnet Hoteles*.



En otro orden de cosas, algunos convenios otorgan ayudas o becas por la realización de estudios<sup>1657</sup>, mientras que en otro se reconoce un periodo de excedencia con reserva de puesto para el disfrute de becas o viajes de estudio<sup>1658</sup>.

Con respecto a la preferencia en la elección de turno, aunque el Estatuto lo reconoce como derecho de forma incondicionada, algunos convenios lo someten a ciertos requisitos de admisibilidad en relación con las necesidades de la empresa o servicio<sup>1659</sup>. El mismo art. 23 reconoce además el derecho a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional así como a la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo-que no se configura como excedencia pero puede funcionar como tal<sup>1660</sup>- emplazando también a la negociación colectiva a que pacten los términos del ejercicio de estos derechos<sup>1661</sup>. Finalmente algún convenio prevé la concesión de permisos no retribuidos a los que tendrá acceso el trabajador para realizar o finalizar estudios<sup>1662</sup>.

En parecidos términos el Estatuto de los trabajadores italiano prevé el derecho de los estudiantes de turnos de trabajo que permitan la asistencia a cursos y la preparación de exámenes sin que sean obligados a prestar trabajo extraordinario o durante los descansos semanales. Además, los trabajadores estudiantes tienen derecho a disfrutar de permisos para realizar exámenes, esta vez sí aclara que deben ser retribuidos-ex. art. 10. Casi la totalidad de convenios analizados prevén el permiso de ausencia para asistir a pruebas o exámenes en distintos términos. En menor medida también incluyen la referencia a la ubicación en un turno de trabajo que facilite la asistencia a cursos y para la preparación de exámenes, así como flexibilidad de horario de entrada y salida en los límites previstos por el propio convenio<sup>1663</sup>.

---

<sup>1657</sup> Con carácter general, prevé un Fondo de Ayuda para Estudios de 34.000 euros aportados por la Empresa para asistir al propio trabajador fijo de plantilla, cónyuge e hijos que estén cursando estudios el art. 39 CC *Nissan Motor Ibérica, S.A. (Centro de trabajo de Los Corrales de Buelna)*. Becas de estudios para los trabajadores que cursen estudios universitarios de nivel medio o superior, art. 46 CC *Nissan Motor Ibérica, SA (Centro de Trabajo Distribución de Unidades NDS-B)*.

<sup>1658</sup> Art. 30 d) CC *farmacias*. Además, se le computará a efectos de antigüedad todo el tiempo de permanencia en excedencia.

<sup>1659</sup> Cuando la solicitud tenga carácter permanente, exista puesto de trabajo y lo permitan las necesidades del servicio referido a los estudiantes, art. 44 CC *Industria Química*. Preferencia en la elección de turnos siempre que las necesidades y la organización del trabajo lo permita establece el art. 31 CC *sanidad privada Burgos*.

<sup>1660</sup> En la Guía Laboral publicada en la web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social se prevé como una causa de suspensión y extinción del contrato de trabajo. Más que de permiso, lo contempla como suspensión, NEVADO FERNÁNDEZ, M.J., "Interrumpir la prestación de trabajo. Un derecho "con arrugas" si la causa es personal". *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº. 5, 2015. PP. 39-51.

<sup>1661</sup> Reconocidos de forma idéntica en el art. 55 CC *estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria*; art. 36 CC *conservas vegetales*; 60.2 CC *aguas potables y residuales* en el cual se somete a que las necesidades del servicio lo permitan.

<sup>1662</sup> Estudios superiores o doctorado, entre uno y seis meses. art. 27.7 CC *Banca*. En el mismo sentido con respecto a la adaptación de la jornada, art. 31 CC *recolección de cítricos de la Comunidad de Valencia*.

<sup>1663</sup> Art. 61 CCNL *ABI* en el que además recoge permisos para la realización de exámenes, desplazamiento a la localidad donde se realizan, así como el día precedente al examen para quienes cursen carreras universitarias o un permiso de 8 días para quienes deban realizar exámenes para la obtención del título de educación secundaria de primer y segundo grado en escuelas estatales o legalmente reconocidas. Art. 61 CCNL *dependenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi* que incluye el permiso retribuido para hacer exámenes elevado a cuatro días para exámenes universitarios. Incluye además permisos retribuidos y no retribuidos para asistir a cursos y a exámenes para la obtención de titulaciones medias y superiores, así como formativas y también prevé que serán exonerados de prestar trabajo extraordinario o durante reposos semanales. Además de la posibilidad de cambiar de turno, no hacer horas extraordinarias o trabajar en días de descanso, prevé permisos para realizar exámenes más los dos días anteriores y eventualmente un tercero el art. 59 CCNL *articoli ottici Anfao*. En parecidos términos, Art. 58 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*.

Por otra parte, también es frecuente reconocer la posibilidad de solicitar permisos retribuidos o no retribuidos de distintas duraciones<sup>1664</sup>, mientras que de forma alternativa se puede acceder a periodos de excedencia de hasta 11 meses con finalidad formativa, de acuerdo con el art. 5 de la ley de 8 marzo 2000, n. 53 de carácter no retribuido pero que permite reservar el puesto de trabajo, para la adquisición del título de escuela obligatoria, de segundo grado, universitario o de otra actividad formativa indicada o financiada por el empleador y que recogen asiduamente los convenios<sup>1665</sup>.

Como rasgo diferencial de la práctica convencional italiana en éste aspecto, algún convenio exige a la empresa valorar positivamente la petición de modificación de su contrato de tiempo completo a tiempo parcial por necesidades de estudio conectadas con la obtención del título de escuela obligatoria, de estudios de segundo grado o universitario<sup>1666</sup>. Incluso se bonifica la formación de los trabajadores mediante el reconocimiento de primas para obtención de un título educativo oficial<sup>1667</sup>, así como la erogación de una cantidad monetaria por la superación de un número mínimo de exámenes al año<sup>1668</sup>, o por haber obtenido el título de escuela media o universitaria<sup>1669</sup>.

#### 4.2.3. Medidas de conciliación por razones vinculadas a la edad

Algunas condiciones laborales están llamadas a tener un principal impacto sobre los trabajadores en relación al criterio de la edad pero no necesariamente entendida como un rasgo inherente a su persona. De acuerdo con el art. 6.1 a) de la Directiva 2000/78CE, se permite el establecimiento de tratos desiguales por razón de edad justificados en base a la finalidad de promover la garantía de derechos de los

---

<sup>1664</sup>Entre otros, 15, 20 o 30 días de permisos no retribuidos en función del título de estudio, además de permisos retribuidos de 150h cada tres años para frecuentar cursos con un máximo del 3% de la fuerza de trabajo del mismo turno disfrutándolo contemporáneamente, art. 61 CCNL *dependenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi*. Permisos de 20 horas retribuidas y por otro lado de 30 días no retribuido en atención al tipo de estudio, art. 61 CCNL *ABI*. Art. 52 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini* que prevé permisos retribuidos por un máximo de 150 horas por cada tres años y en caso excepcional 200h. Art. 61 CC *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria*. 150 horas por trabajador al año, como también el art. 58 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*. Permisos para el estudio que comprenden las jornadas en que se fijan 100 h de permisos retribuidos, art. 5.7 CC integrativo aziendale *Automobili Lamborghini S.p.A.* los exámenes y 15 días de permisos no retribuidos para su preparación previa, art. 7 e) *CC Luxottica*.

<sup>1665</sup>Art. 61 CC *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria*. Art. 38 CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*. Se refiere a excedencia/ permiso para la formación, art. 40 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*. Se reconoce junto con otros permisos retribuidos y no retribuidos en los arts. 7-9 Sez. Quarta – Titolo VI, CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*. En idénticos términos, art. 65 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI y Confindustria*. También recogido en el art. 59 CCNL *articoli ottici Anfao*.

<sup>1666</sup> Es un deber del empleador cuando la empresa ocupe a más de 100 trabajadores y con el límite del 4% del personal de plantilla a tiempo completo, o del 3% si ocupan a menos de 100 cuando exista fungibilidad del trabajador interesado, art. 4 C) Sez. Quarta – Titolo I, CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*.

<sup>1667</sup> Licencia de escuela media superior, 133,51€; por la obtención de una carrera universitaria (laurea) 136,35 €; o por la obtención de la especialización universitaria (*laurea magistrale*) 85,22 €. Art. 61.8 CCNL *ABI*.

<sup>1668</sup> 350€ netos por la superación de 2 exámenes y 600€ por la superación de al menos tres a nivel universitario y 400€ por la superación del examen de madurez (la equivalencia a la selectividad) o aprobar el paso a un curso superior en institutos de grado medio y superior, junto con la concesión de permisos retribuidos para la preparación de exámenes o tesis de laurea y no retribuidos por necesidades de estudio. Arts. 14.2.1y 2 *CC aziendale integrativo Gruppo Assimoco*.

<sup>1669</sup> 500€ euros en el primer caso, 600 € en caso de obtención de laurea breve y 800€ por el título de laurea superior a 4 años. Además, se reconocen permisos retribuidos y no retribuidos para quienes cursen estudios universitarios y de escuela secundaria, art. 12 CC *Consap*.

trabajadores con personas a su cargo, estableciendo una suerte de discriminación por asociación que se ha hecho presente a través de la jurisprudencia comunitaria en la protección de la discriminación por discapacidad.

En la legislación española han sido incorporados permisos que cubren tal propósito. En primer lugar, se prevé para aquellos trabajadores que tengan a su cargo a un familiar de hasta el segundo grado de consanguinidad que por razones de edad no puede valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, la reducción de su jornada de trabajo diaria, con disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Aunque se configura como un derecho, si dos o más personas de la misma Empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, se podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la Empresa. Normalmente los convenios se aquietan sin más a los términos y condiciones en que rige tal derecho<sup>1670</sup>. A mayor abundamiento, algunas normas convencionales benefician la situación profesional de los trabajadores en situación de reducción de jornada a quienes se le aplican -mutatis mutandis-las mismas condiciones que para quienes reduzcan su jornada por cuidado de hijo a efectos de concreción de jornada o de formación<sup>1671</sup>.

En parecidos términos se prevé la posibilidad de obtener un período de excedencia no superior a dos años con reserva de puesto durante el primer año y del mismo grupo profesional en el tiempo restante, para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida en virtud de lo dispuesto en el art. 46.3 ET<sup>1672</sup>. También en esta ocasión el periodo de excedencia computa a efectos de antigüedad. Pocas veces la negociación colectiva introduce novedades como la ampliación de la duración máxima<sup>1673</sup>, al margen de otras que se han analizado ya cuando estudiamos la excedencia por cuidado de hijos<sup>1674</sup>.

Al margen de las dos modalidades legales, excepcional resulta la previsión en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal de la adaptación de la jornada para atender a necesidades familiares derivadas del cuidado de parientes mayores que no pueden valerse por sí mismos. La ausencia de previsión legal justifica que sean pocos convenios los que prevean un elemento de disposición sobre la propia jornada laboral sin reducirla o suspenderla<sup>1675</sup>. Además, en algún convenio se prevén permisos que

---

<sup>1670</sup> Entre otros, art. 34.3 CC *Banca*; art. 42 CC *enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos*; art. 38 CC *Enseñanza privada no concertada*; art. 74.5 CC *Construcción*; art. 45.5 CC *Industria Textil*; art. 36 CC *recolección de cítricos Comunidad valenciana*; art. 27. A).3 CC *sanidad privada Burgos*; art. 15.14 CC *Industria siderometalúrgica Huesca*; art. 35 VI CC *Decathlon España*; rt. 43.2.1 a) CC *Repsol Química S.A.*

<sup>1671</sup> Vid. cap. II § 4.3.1.4.

<sup>1672</sup> Se remiten o repiten la previsión legal, entre otros: art 33 CC *Banca*. Art. 53 CC *Enseñanza privada no concertada*. Art. 29.5 CC *Calzado*. Art. 42 CC *Industria Textil*. Art. 78 CC *estatal de la madera*. Art. 34.2 CC *sanidad privada Burgos*. Art. 38 II, VI CC *Decathlon España*.

<sup>1673</sup> Art. 47 CC *Enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos*, la eleva a tres años. En iguales términos, art. 54 CC *Industria Química*. Art. 43 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*. Art. 20.3 CC *Hostelería y Turismo Cataluña*. Art. 26.1 CC *recolección de cítricos Comunidad valenciana*. Art. 42.3 CC *Repsol Química S.A.* El art. 93.2 CC *Construcción* la fija en 2 años, salvo que se establezca una duración superior por acuerdo entre las partes.

<sup>1674</sup> Cap. II § 4.3.1.3.

<sup>1675</sup> Art. 24 CC *empresa Umano seguridad SL*. A tales efectos, la empresa negociará y, en su caso, acordará las medidas oportunas con los representantes legales de los trabajadores y trabajadoras

corresponde al trabajador para acompañar a consultorio médico a un pariente que esté a cargo del trabajador que presente la necesidad real de tal acompañamiento en base a razones de edad, en cumplimiento de otros requisitos o criterios que serán tenidos en cuenta por el empresario previa concesión del mismo<sup>1676</sup>.

En Italia no existe parangón al efecto en la norma legal, con independencia del establecimiento de permisos o excedencias ante situaciones de especial gravedad que incluye problemas familiares relacionados o no con la ancianidad. Con carácter excepcional, algunos convenios a nivel de empresa se comprometen a facilitar la conciliación de la vida profesional y familiar del trabajador que tenga a cargo a familiares ancianos no autosuficientes y en aras a ello incorpora el propósito de aceptar las solicitudes de transformación de la jornada a tiempo completo a la jornada a tiempo parcial<sup>1677</sup>.

#### 4.2.4. Otras condiciones beneficiosas por razón de edad

Del análisis de las normas convencionales vigentes tanto españolas como italianas, se han podido detectar otros beneficios de tipo material que se configuran sobre la base exclusiva de la edad del trabajador, con independencia a los ya referidos anteriormente. Principalmente se detectan beneficios de tipo económico o material, mientras que son muy escasas las medidas tendentes a adaptar el trabajo a la persona fuera de las exigencias impuestas por las normas de protección de la seguridad y salud en el trabajo. La directiva comunitaria de protección de los jóvenes en el trabajo exige a los Estados miembros tomar las medidas necesarias para prohibir el trabajo nocturno de los niños y adolescentes-entre 16y 18 años- entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana para niños o entre diez de la noche y las seis de la mañana o entre las once de la noche y las siete de la mañana para los adolescentes, salvo excepciones en determinados sectores como el de navegación o pesca o sector cultural, artístico, deportivo o publicitario norma sobre la que generalmente los convenios no reparan<sup>1678</sup>.

Como decimos, son más recurrentes los beneficios de alcance económico no comprendidos estrictamente en el concepto de mejoras voluntarias, sino en el plano de la acción social o asistencial empresarial, como es el caso de aquella medida que

---

<sup>1676</sup> Por el tiempo indispensable para acompañar a un pariente de primer grado, art. 48.9 CC *Industria química*. En los mismos términos, art. 34.8 CC *industrias transformadoras de plástico de la Comunidad de Madrid*. Familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o cónyuge que por razones de edad no puede valerse por sí mismo, hasta cuatro horas al año, art. 23 CC *recolección de cítricos Comunidad valenciana*. En caso de familiares de primer grado de consanguinidad con más de 70 años de edad, por el tiempo necesario que se resta a las 16 horas anuales de visita al médico de la Seguridad Social para el propio trabajador art. 26. J) CC *Nissan Motor Ibérica, SA (Centro de Trabajo Distribución de Unidades NDS-B)*.

<sup>1677</sup> En el seno del artículo 7 CC Aziendale Nestlé Italia dedicado al “Welfare aziendale, promozione delle opportunità y work-life balance”, dentro del límite del 7% del personal fijo de plantilla. Familiar hasta el segundo grado de consanguinidad mayor de 80 años, pero en éste caso solo se prevé entre los sujetos que tienen derecho a la transformación de forma prioritaria en caso de varias solicitudes, art. 4 P) CC aziendale *Luxottica*. Propósito renovado en el Accordo Sindacale per il Sistema Welfare aziendale firmado por Luxottica.

<sup>1678</sup> Art. 9 Directiva 94/33/CE del Consejo de 22 de junio de 1994. Previsión que cumple el ordenamiento español en el art. 6 ET, el ordenamiento italiano, arts. 15 y 17 de la ley nº 977/1967, *Tutela del lavoro dei bambini e degli adolescenti* o el ordenamiento francés en sus arts. L3163-1 a L3163-3 del Código de trabajo.

prescribe la entrega de 2.000 € a los trabajadores que durante la vigencia del convenio cumplan la edad de 60 años, por una sola vez<sup>1679</sup>. En otros, vinculándolo con la finalización del contrato, prevé que al momento de la cesación de un trabajador de determinada edad percibirá junto a la liquidación una compensación económica determinada en función de los años de permanencia en la misma<sup>1680</sup>. En parecidos términos, se configura aquella otra medida que otorga al trabajador que cesa en la empresa a la edad de 65 o más años, 60 días adicionales de vacaciones<sup>1681</sup>, o más genéricamente la entrega al trabajador que se jubile de la gratificación extraordinaria de forma inmediata y en cantidad íntegra sin prorrateo ni descuentos<sup>1682</sup>. Además dispone el art. 41 del CC Banca que la empresa no podrá promover el desahucio del inquilino jubilado a quienes tuvieran arrendadas sus viviendas y en caso de fallecimiento, mientras viva el viudo sin contraer nuevas nupcias, sensu contrario, el desahucio será ejecutable frente a cualquier otro trabajador que no hubiese accedido a la jubilación, entiéndase ordinaria o anticipada ante la falta de aclaración de dicha cláusula.

En la negociación colectiva italiana podemos destacar, a modo de ejemplo, en el pago a trabajadores de más de 55 años que hayan trabajado a turnos y posteriormente hayan sido destinados a trabajos a jornada ordinaria de un porcentaje recibido en cifra fija de la indemnización por turno media recibida en el último año<sup>1683</sup>.

Por otro lado, a nivel empresarial es común especificar elementos de política activa de empleo de jóvenes y mayores. Alguno de ellos, sin embargo, de dudosa legitimidad pues con el fin de promover el reparto intergeneracional, fomentan el intercambio «padre-hijo», instrumento que debe ser desarrollado en un acuerdo específico, mediante el cual el trabajador puede proponer que su salida del mercado laboral venga acompañada por la contratación del hijo, previo cumplimiento de las condiciones de carácter cualitativo técnico-organizativas y de los requisitos técnico-profesionales del posible candidato<sup>1684</sup>.

Otro de los convenios que apuestan por valoración del empleo juvenil es el de Luxottica, en el que las partes se empeñan en definir proyectos de inserción laboral y valoración de los jóvenes para lo cual se comprometen en elaborar a medio plazo un proyecto conforme y coherente con la normativa regional y provincial vigente<sup>1685</sup>. Éste

---

<sup>1679</sup> Art. 41 CC *Nissan Motor Ibérica, S.A. (Centro de trabajo de Los Corrales de Buelna)*.

<sup>1680</sup> Art. 37 premio de vinculación para trabajadores de 45 o más años, con excepción del supuesto de despido procedente por sentencia firme, y sin perjuicio de otras indemnizaciones que pudieran corresponderle, CC *Hostelería y turismo Cataluña*. Establece el art. 17 CC *sector de Industrias de Hostelería de Huelva* un premio de fidelidad y constancia en la empresa para aquellos que habiendo cumplido 60 años y hubieran permanecido al menos 10 en la empresa, de cuantía igual a dos mensualidades del salario garantizado, incrementándose según la antigüedad correspondiente. No se entregará si el cese se produce por motivo de despido o por causas objetivas.

<sup>1681</sup> Siempre que no haya cesado por despido procedente y hubiese trabajado en la empresa al menos 20 años. La empresa y el trabajador se pondrán de acuerdo para llevar a cabo el disfrute de los días de vacaciones art. 26.3 CC *Sanidad Privada Burgos*.

<sup>1682</sup> Art. 14 CC *textil*.

<sup>1683</sup> Art. 27 CCNL *dependenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi*. En los mismos términos, art. 24 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*.

<sup>1684</sup> Apartado «solidarietà intergenerazionale», CC aziendale integrativo *Saras/Sarlux*. Dicho programa de intercambio generacional no ha llegado a desarrollarse por oposición sindical derivada de la utilización de un criterio tan restrictivo de selección del joven como es la parentela. IPPOLITO, G., «Progetto Ponte: un patto per il futuro», en *Bolletino Adapt*, 29 de octubre de 2012. <http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/19096pezzo.boll.IPPO..pdf>

<sup>1685</sup> Art. 5.5 CC aziendale *Luxottica*.

proyecto se ha materializado en un posterior acuerdo sobre bienestar empresarial (welfare aziendale), entre las que destacan como área de prioritaria importancia el apoyo a los jóvenes, que se concretan en previsiones de orientación escolar/profesional acompañada de premios de excelencia a modo de becas de estudio, ofertas de prácticas formativas retribuidas destinadas a evitar el abandono escolar y oportunidad de realizar estancias en el extranjero para hijos de trabajadores<sup>1686</sup>.

#### 4.3. Extinción del contrato por razón de edad

Finalmente, la edad ha utilizada frecuentemente para determinar el momento en el que una relación laboral puede ser regularmente extinguida lo que en ocasiones ha promovido denuncias por trato discriminatorio no siempre avaladas como tal. En el panorama internacional, es frecuente que en el marco de acuerdos colectivos de diversa naturaleza (convenios colectivos, acuerdos de despido colectivo, de movilidad, etc.) se utilice el dato de la edad del trabajador en detrimento del derecho de los mismos a la permanencia en la empresa. Pero sin duda, ha sido especialmente conflictivo en el sistema legal y convencional español, así como en otros países del entorno europeo, el establecimiento por vía legal y convencional de edades fijas a las que proceder a la extinción contractual ad nutum, edades a las que el trabajador automáticamente cesa de prestar servicios y accede a la categoría de jubilado.

##### 4.3.1. Las cláusulas de jubilación forzosa

Ha sido muy voluminosa la producción literaria que trata la controversia surgida en torno a la estipulación de cláusulas en convenios colectivos en España en los que se fijaban, amparados por la ley, una edad de jubilación forzosa del trabajador. No obstante, dicha controversia no es fruto de un hecho aislado de la realidad española, más bien al contrario, en el seno de otros regímenes nacionales ha sido discutida ésta misma cuestión que finalmente recibió el aval por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea siempre que la medida diferenciadora dentro de un convenio colectivo por cuestión de edad se justifique mediante objetivo legítimo y razonable relativo a la política de empleo y al mercado de trabajo como es la de favorecer el acceso al empleo mediante su mejor distribución intergeneracional y reducir el desempleo a través de medios adecuados y necesarios. La atribución de ésta facultad a la negociación colectiva se valora positivamente porque así se tendrán en cuenta no sólo la situación global del mercado de trabajo en cuestión, sino también las características propias de los puestos de que se trate<sup>1687</sup>. En todo caso, los convenios no son ajenos al control judicial de

---

<sup>1686</sup> Luxottica: rinnovato l'Accordo Sindacale per il Sistema Welfare aziendale, 5 de junio de 2013.

<sup>1687</sup> SSTJCE de 16 de octubre de 2007 *Palacios de la Villa*, asunto C-411/05, apartado 74; de 12 de Octubre de 2010, *Rosebladt*, asunto C-45/09, apartado 49. *Determinadas críticas se han cernido precisamente contra la postura del Tribunal europeo sobre la*

compatibilidad con el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva y podrán ser declarados nulos si se observa que incumplen la norma cuando establecen cláusulas de éste tipo. Sin embargo en España después de episodios de permisividad y prohibición legal de las mismas, se produce desde 2012 su rechazo –quizás no definitivo<sup>1688</sup>.

Éste último referente legal se aprueba un año después de la Estrategia 55 y más<sup>1689</sup>, compromiso del Gobierno español incorporado al Acuerdo Económico y Social de 2011 en la que, entre otras valoraciones, se considera preciso que los interlocutores sociales estudien vías alternativas al establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa de tal forma que se impliquen con mayor rigor en la lucha por erradicar la discriminación de los trabajadores de mayor edad en el acceso y mantenimiento en el empleo, valorando la oportunidad, acierto e incluso legalidad de la previsión de las cláusulas de jubilación forzosa. No obstante, no se debe olvidar más que dudas de constitucionalidad de las normas legales que sostenían la legitimidad de dichas cláusulas por oposición a la igualdad y la no discriminación-por motivo de edad- fueron examinadas desde la perspectiva del derecho al trabajo consagrado en el art. 35 CE<sup>1690</sup>, motivo por el cual nunca se pensó que fuese necesario someterla a un juicio estricto de igualdad.

Quizás por ello, o quizás porque se convencieron de que la jubilación por encima de cualquier otra cosa incorporaba el derecho al reposo digno tras toda una vida en activo, los interlocutores sociales desde 2005 fomentan su previsión a nivel Interconfederal se promovían como medidas de rejuvenecimiento de las plantillas. Tanto fue así, que la reforma de 2005 que resucitó la facultad de su previsión convencional, vino precedida por un Acuerdo llevado a cabo entre el Gobierno y las Organizaciones Empresariales y Sindicales en el marco de la Declaración para el Diálogo Social 2004, en el que se comprometían a cumplir los requisitos procedimentales y sustanciales que la ley definía, a saber, cumplimiento de cierta edad y exigencias en materia de cotización para el

---

*base de haber otorgado a los Estados miembros un amplio margen de discreción a la hora de determinar edades de jubilación forzosa. Vid. NUMHAUSER-NENNING, A., "La prohibición de la UE contra la discriminación por edad y el papel de los agentes sociales", GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) El derecho a la negociación colectiva, op.cit. PP.335-343. O'DEMPSEY, D. AND BEALE, A., "Thematic Report of the European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field", Age and Employment, Brussels, European Commission/MPG, 2011, pp. 13-14. Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. "Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario". Op.cit. P.27ss. CABEZA PEREIRO, J. "Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005, de 1 de julio", A.L., nº 8, 2006. PP. 8ss.*

<sup>1688</sup> Para un análisis minucioso acerca de las etapas por las que transcurre la visibilización de cláusulas de jubilación forzosa en el ordenamiento jurídico español vid. entre otros, AMAUGER-LATTES, M.C., YSÀS MOLINERO, H. "Extinción del contrato, acceso a la pensión de jubilación y salvaguarda de los derechos constitucionales", AMAUGER-LATTES, M.C., ESTEBAN LAGARRETA, R. (Dirs.) *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva Franco-Española*. op.cit. PP 61ss. TOMÁS JIMÉNEZ, N. "La jubilación forzosa y su evolución legislativa", en MONEREO PÉREZ, J.L., MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs. y Coords.) *La edad de jubilación*. Editorial Comares, Granada, 2011. PP.239-266. APARICIO TOVAR, J. "Sobre la jubilación obligatoria establecida en convenio colectivo y la política de empleo como justificación de las diferencias de trato en razón de la edad madura", CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, op.cit. PP. 189ss.

<sup>1689</sup> Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y Trabajadoras de Más Edad 2012-2014. Defiende el carácter extensivo de la prohibición a todo tipo de convenio colectivo o acuerdo, conclusión que se deja entrever del propio texto legal cuando se refiere a dichas cláusulas «*cualquiera que sea la extensión y alcance*» TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., "Evolución y régimen jurídico vigente de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa". *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1 2015.P. 44.

<sup>1690</sup> BALLESTER PASTOR, M.A. "El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario", en CAMAS RODA, F. (Coord.), *La edad en relación al empleo...* op.cit. P.99. En éste mismo libro, Alarcón Caracuel para quien la práctica extendida de imponer cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva suponía una evidente violación del derecho al trabajo. ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Edad y trabajo: cuatro momentos críticos", op.cit. P. 373.

acceso a una prestación contributiva de jubilación, debiendo expresamente hacer referencia a los objetivos de política de empleo, circunstancia que raramente se vislumbraba en los mismos. Éste último elemento procedimental pretendía restringir el uso desmesurado o el abuso en el establecimiento de extinciones forzosas al cumplimiento de una edad a pesar de que el juez comunitario aclarase su innecesidad<sup>1691</sup>. Posteriormente, los sucesivos Acuerdos para el Empleo y la Negociación colectiva han seguido manifestando el deseo de los agentes sociales del mantenimiento de las mismas, para desaparecer por completo en el celebrado en 2015, coincidiendo con su prohibición última<sup>1692</sup>.

Llegados a éste punto, debemos corroborar que las cláusulas de jubilación forzosa previstas en convenio colectivo nunca han sido diagnosticadas por los propios agentes sociales como foco de producción de discriminaciones por razón de edad, sino al contrario, como un instrumento de oportunidad en términos de política de empleo que sirve para responder a las necesidades laborales como el reequilibrio generacional de la población asalariada<sup>1693</sup>. En la actualidad cualquier pacto al respecto será absolutamente nulo, no solo porque prevé una medida basada en la edad, sino por contravenir el veto legal. Sin embargo, aún encontramos normas convencionales vigentes en España que incorporan cláusulas de jubilación obligatoria<sup>1694</sup>. Éstas son plenamente lícitas si el convenio que las contiene fue aprobado antes de la prohibición en tal sentido que introdujo la ley 3/2012 cuyo régimen transitorio permite su aplicación en tanto el convenio mantenga su vigencia<sup>1695</sup>. Por el contrario, otros solo contemplan el deseo de prever, a través de su poder de negociación, cláusulas de jubilación forzosa si la normativa futura así lo volviese a permitir<sup>1696</sup>.

En el sistema comparado ha surgido una problemática similar, mas no sometido a semejante vaivén legal. En Italia concretamente, el legislador nunca ha delegado en la negociación colectiva la potestad de determinar edades máximas para trabajar en combinación con otros requisitos, ni tampoco prevé la cesación automática de la relación laboral a la edad de jubilación a nivel legal. No obstante al mismo resultado llega por la vía de excluir a los trabajadores que cumplan los requisitos de edad máxima y cotización para acceder a la pensión de jubilación del ámbito de aplicación de la disciplina de la tutela real por despido, o lo que es igual, instala una suerte de extinción ad nutum, situada hoy en los 70 años y que puede ser adaptada a la esperanza de vida en las empresas que ocupen a más de 15 trabajadores, disminuyendo la edad en la que

---

<sup>1691</sup> STJCE de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa*, asunto C-411/05, apartado 63.

<sup>1692</sup> Apartado 1 g), Cap. I. AENC 2010-2012; apartado 1 f) Cap. II AENC 2012-2014.

<sup>1693</sup> En sentido inverso, considera que en el fondo lo que se viene a producir es una tolerancia y consentimiento de manera consciente de la discriminación por razón de edad SERRANO ARGÜELLO, N., "La edad como factor de discriminación en el empleo", op.cit. P.25.

<sup>1694</sup> Entre otros, la establece a los 65 años de edad y sometida al resto de requisitos señalados por la norma aplicable, art. 55 CC *enseñanza privada no concertada*, convenio aprobado en 2011 cuya renegociación se prevé en 2017; establece el aumento de edad progresivo en aplicación de la reforma en materia de pensiones el art. 96.3 CC *Construcción*. Convenio vigente desde febrero de 2012 vigente hasta diciembre de 2016 que todavía no ha sido denunciado.

<sup>1695</sup> DT 15º de la ley 3/2012. La STS (Sala de lo Social, Sección1ª) de 17 junio 2014 (RJ 2014\3774) declaró la extinción del contrato de trabajo por jubilación forzosa del trabajador establecida el art. 84 del Convenio Colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos por el cumplimiento del requisito de vinculación a objetivos coherentes de empleo, dado que su entrada en vigor se produjo antes de la reforma introducida en 2012.

<sup>1696</sup> En tales términos se expresa el art. 19 bis del CC *Repsol S.A.*



están protegidos los trabajadores frente a un despido sin causa para empresas que ocupen a menos de 15 trabajadores en cuyo caso el límite se sitúa en la edad fijada por la ley para la obtención de la pensión de jubilación que en la actualidad aumenta gradualmente en relación con la esperanza de vida<sup>1697</sup>.

La Casación ha sido la encargada de determinar la nulidad de las cláusulas de convenios colectivos que prevén la cesación automática de la relación laboral al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación contributiva sin necesidad de preaviso que contrastan con la disciplina que limita la colocación de un término al contrato -más allá de lo legalmente previsto- y con el principio de taxatividad de las modalidades de extinción del contrato de trabajo<sup>1698</sup>. No obstante, algún convenio en la actualidad se refiere entre las modalidades de despido cuando se alcanza el límite de edad y de antigüedad contributiva necesaria para tener derecho a la pensión de vejez (jubilación por cumplimiento de edad y cumplimiento de los requisitos contributivos), causando la resolución automática de la relación laboral. En tal supuesto, la empresa debe poner a disposición del trabajador la indemnización sustitutiva del preaviso<sup>1699</sup>. Por el contrario, adecuándose a la norma legal, si el trabajador que alcance la edad de pensión no ha acumulado los años de cotización necesarios para acceder a la pensión, podrá permanecer en su puesto de trabajo, permiten otros convenios, previa solicitud, como máximo hasta el cumplimiento del septuagésimo año de edad<sup>1700</sup>.

En conclusión, antes del cumplimiento de dicha edad y previo cumplimiento de ciertos requisitos, el empleador puede proponer la jubilación al trabajador, a la que accederá entonces de mutuo acuerdo. De esta forma, si no se dan las circunstancias para imponer la jubilación y el trabajador no acepta una jubilación antes de ese momento, la jubilación a iniciativa del empleador será nula por entrañar una discriminación por razón de edad<sup>1701</sup>.

---

<sup>1697</sup> En virtud de lo dispuesto en el art. 24 del D. ley de 6 de diciembre de 2011, n. 201 convertido con modificaciones en la ley de 22 de diciembre de 2011 n. 214. La esperanza de vida se sitúa en los 70+7 meses para 2016-2018. En doctrina se plantean dudas de legitimidad constitucional, a pesar de que la Corte constitucional ha declarado conforme el diverso régimen de tutela en función de la dimensión empresarial, RUSSO, M., "Lavorare fino a settant'anni: disciplina, tutele ed effetti sul mercato del lavoro dell'art. 24 L. n. 214/2011". *Lavoro e Previdenza Oggi*, n.º. 5-6, 2014. PP. 273-290. D' AMBROSIO L., "Il licenziamento ad nutum del lavoratore in possesso dei requisiti pensionistici di vecchiaia: disciplina e problematiche". *Bollettino ADAPT*, 20 de febrero de 2012, n.6.

<sup>1698</sup> Entre las más recientes, sentencia de la Corte de Casación, Sección Trabajo, de 17 de abril de 2015, n. 7899 que cita a otras como las sentencias de la Casación de 2 de marzo de 2005, n. 4355; de 3 noviembre de 2008, n. 26377; de 9 de febrero de 2004, n. 2406.

<sup>1699</sup> Se trataría de cláusulas conforme a derecho en tanto que la Corte de Casación prohíbe que la extinción automática se haga derivar del cumplimiento de determinada edad y no por el hecho de haber madurado el derecho a la pensión, por todas, sentencia de 17 de abril de 2015, n. 7899. Art. 74, 95 y 117, aplicables los trabajadores encuadrados en la 3ª de los Grupos C Super e C, de la 2ª declaratoria Grupos D y E y de la declaratoria del Grupo F; 2º declaratoria, Grupos B, C Super y C; declaratoria de los Grupos A Super y A y de la declaratoria de los Grupos B, C Super, C, D ed E CCNL *per i dipendenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*. CCNL *per i dirigenti dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali renovado en 2012*, art. 26. En parecidos términos, establece el art. 81 CC *per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali delle banche di credito cooperativo casse rurali ed artigiane*, que la relación de trabajo cesa automáticamente cuando se adquieren los requisitos necesarios para tener acceso al derecho de pensión de vejez.

<sup>1700</sup> Art. 38 CC *Rome International School*.

<sup>1701</sup> Sin embargo, se trata en la práctica de una modalidad de extinción laboral poco utilizada. AMAUGER-LATTES, M.C., HYSÀS MOLINERO, H. "Extinción del contrato, acceso a la pensión de jubilación y salvaguarda de los derechos constitucionales", op. cit. P.44.

#### 4.3.2. Vías alternativas a la prohibición de fijar cláusulas convencionales de jubilación forzosa

Al margen de la introducción de una mayor dosis de flexibilidad para proceder a la extinción del contrato de los trabajadores de más edad, a través de la vía del despido improcedente tras la rebaja sustancial de la cuantía indemnizatoria a ello aparejada, cabe pensar en vías alternativas de naturaleza convencional mediante las cuales se incentiva la expulsión de los trabajadores de más edad del mercado laboral de manera alternativa al establecimiento de una edad máxima para el trabajo. Dada la nulidad de cualquier cláusula convencional al respecto, contemporáneamente se están fomentando, como ha sido puesto de manifiesto, vías alternativas para alcanzar la misma meta a través de distintos medios. Probablemente se trata de la manifestación de la voluntad de conservar éste tipo de cláusulas por parte de los negociadores sociales, artífices o principales colaboradores del legislador en la constante intervención al efecto sobre el Estatuto de los Trabajadores y que incluso durante los espacios temporales en las que permanecieron prohibidas siguieran incluyéndolas en sus convenios<sup>1702</sup>.

Una de tales manifestaciones se produce con la regulación de las jubilaciones anticipadas voluntarias, bonificadas por los convenios colectivos. Las organizaciones firmantes del III AENC hoy vigente han vuelto a mencionar como instrumento adecuado a la recuperación del empleo a las jubilaciones anticipadas y a las medidas de prejubilación ligadas a las circunstancias económicas que atraviesan las empresas, a pesar de que la Unión Europea precisamente declara la necesidad de restringir los instrumentos de acceso a la jubilación anticipada al mismo tiempo que la adecuación de la edad de jubilación a la esperanza de vida<sup>1703</sup>.

Aunque la negociación colectiva normalmente se mantiene respetuosa con las normas en materia de acceso a las pensiones por jubilación anticipada<sup>1704</sup>, también es frecuente observar situaciones que por la vía indirecta pueden producir segmentación, como son aquellas ofertas de prejubilación, no reguladas por las normas legales, en la medida en que permiten que, mediante el acuerdo entre la empresa y trabajador puedan pactarse jubilaciones anticipadas e incentivadas, mediante la puesta a disposición del trabajador de una indemnización simultánea o premios de jubilación, no constitutivos de un plan de pensiones o asimilado y por ello, no asegurables<sup>1705</sup>. Tales premios se suelen disponer en forma de indemnización a tanto alzado aunque en ocasiones se otorgan en especie o en tiempo, por ejemplo, con vacaciones previas al cese de la actividad

<sup>1702</sup> Así se recogía su interés por la pervivencia de éstas cláusulas en el ANC de 2003 o en la Declaración para el Diálogo Social "Competitividad, empleo estable y cohesión social" de 8 de julio de 2004.

<sup>1703</sup> 3.1.2 y 3.1.3 del Libro Blanco "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" presentado por la Comisión en Bruselas, 16 de febrero de 2012, COM (2012) 55 final. A favor de formas flexibles de acceso a la pensión de jubilación en un marco de elección responsable por parte del trabajador, BALANDI, G. "La edad de jubilación" en CAMAS RODA, F. (Coord.) *La edad en relación al empleo...*, op. cit. P.62. Se refiere la realización de un estudio de viabilidad de jubilaciones anticipadas con el objeto de en conjunto mejorar la productividad y la competitividad de la empresa el art. 21.1 CC *Interprovincial de la Empresa FGV*.

<sup>1704</sup> Se remite a su regulación legal el art. 64CC *estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria*; 97.5 CC *Construcción*; art. 55 CC *enseñanza privada*; art. 52 CC *enseñanza concertada*.

<sup>1705</sup> Es frecuente que la negociación colectiva establezca planes de pensiones obligatorios para las empresas, especialmente común en el sector bancario. Por ejemplo así lo contempla el CC del *sector bancario*, arts. 43 y 48. También en Italia son frecuentes los pactos en tal sentido.

laboral<sup>1706</sup>. También se arroja la pregunta sobre la virtualidad misma de tales disposiciones cuando la entrega del premio está vinculada al acceso a la jubilación- y no solo al cese de actividad<sup>1707</sup>-desde los 60 años, habida cuenta de que solo a partir de dos años antes al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación cuando tiene el trabajador posibilidad de acogerse a la jubilación anticipada voluntaria si cumple además con los requisitos de cotización exigidos por la norma<sup>1708</sup>. En tales casos entendemos que solo se podría exigir cuando se accede a la jubilación anticipada y no antes aunque decida el trabajador abandonar la empresa, a menos que su concesión sea fruto de un pacto entre empresario y trabajador. Esta cuestión arroja otra pregunta y es la relativa a si en aquellos casos en que no se hace referencia al acceso a la jubilación anticipada voluntaria sino simplemente el cese de la actividad al llegar a determinada edad o por jubilación anticipada –sin mencionar el carácter voluntario de la misma- también se origina el derecho a percibir tal cantidad cuando la anticipación de la jubilación se origina de forma forzosa como consecuencia del cese del mismo por causa no imputable a su voluntad, en cuyo caso la jubilación se podrá anticipar hasta cuatro años antes de la edad ordinaria, único supuesto legal de carácter genérico en que el trabajador se podrá jubilar con 61 años siempre que acumule un periodo de cotización determinado que se va incrementando hasta que alcance los treinta y ocho años y seis meses de cotización en 2027<sup>1709</sup>. En éste caso consideramos que la respuesta ha de ser afirmativa cuando nada en contrario advierte el precepto convencional.

Habida cuenta de que a la jubilación anticipada voluntaria solo se puede acceder dos años antes de cumplir la edad de jubilación ordinaria en el régimen actual<sup>1710</sup>-a excepción del acceso a la jubilación anticipada, a partir de los sesenta años, de quienes

---

<sup>1706</sup>Si la jubilación, fruto del pacto individual se produce a los 60 y 61 años: 6 meses de vacaciones y si se produce a los 62 y 63 años: 4 meses de vacaciones previos a la jubilación, art. 20 CC *comercio de alimentación de A Coruña*. También se disponen indemnizaciones por jubilación anticipada pactada con el empresario en edades comprendidas de los 60 a los 63 años el art. 16 CC *Limpieza de Cáceres*.

<sup>1707</sup> Por ejemplo el art. 49 CC *Calzado* incluye una cláusula de fidelización mediante la cual: « El personal, con 60 o más años cumplidos, y que lleve como mínimo diez años ininterrumpidos de permanencia en la Empresa, podrá solicitar unilateralmente la rescisión de su contrato de trabajo con derecho, por una sola vez, y al causar baja, a una indemnización» decreciente cuanto mayor es la edad del trabajador; el art. 43 CC *Turrónes y mazapanes* también reconoce, con independencia del premio por acceso a la jubilación anticipada un premio de fidelidad al trabajador cuya edad esté comprendida entre los 60 años cumplidos y hasta antes de cumplir los 64 años, que cese voluntariamente en la Empresa calculado en base de la antigüedad en la misma, o el art. 14 CC *Barnet hoteles* que reconoce como «Premio de fidelidad y constancia» al personal que cese voluntariamente con al menos 60 años cumplidos y diez años de antigüedad al servicio de la empresa, equivalente a dos mensualidades del salario garantizado incrementado con la antigüedad correspondiente; si lleva veinte años, cuatro mensualidades; si lleva veinticinco años, cinco mensualidades, aumentándose en una mensualidad por cada cinco años, manifestando que no tienen en ningún caso el carácter de complemento de la pensión que en su caso le pueda corresponder al trabajador de la seguridad social, es decir, con la naturaleza de mejora voluntaria de las prestaciones públicas, ni suponen compromiso de pensión de clase alguna. En el art. 42 CC *Hostelería de Cádiz* se establece una indemnización para cuando el trabajador extinga su contrato de trabajo con una edad comprendida entre 60 y 65 años a la que no se tendrá derecho en los supuestos de baja voluntaria ni de despido sea cual sea el motivo de éste y la calificación del mismo.

<sup>1708</sup> Premio de jubilación anticipada que se puede obtener cumplida cierta antigüedad calculado por meses de salario que disminuye en función del acercamiento a la edad de jubilación y se extingue desde que el trabajador cumple 64 años, art. 18 CCNL *harinas panificables y sémolas*. En parecidos términos dispone un premio de jubilación anticipada cuando acumulan determinada antigüedad, desde que el trabajador la solicita con 60 años que disminuye en su cantidad hasta alcanzar los 64 años, art. 43 CC *industrias de turrónes y mazapanes*. Premios de jubilación, para las provincias de Alicante, Castellón, Vizcaya, Zaragoza y la Comunidad Autónoma de Asturias, Anexo III CC *yesos, escayolas, cales y sus prefabricados*. Indemnizaciones equivalentes a meses de trabajo de mayor cantidad cuanto menor es la edad de 60 a 64 años en que se retira anticipadamente el trabajador previo acuerdo con la empresa, art. 16 CC *limpieza Cáceres*. Por ejemplo el Artículo 45 del *Nissan Motor Ibérica, SA (Centro de Trabajo Distribución de Unidades NDS-B)*:«Premio de jubilación»: Se entregarán 2.495,22 (dos mil cuatrocientos noventa y cinco con veinte y doscientos cuarenta y uno con cuarenta) EUR, sin revisión posible por toda la duración del Convenio, por una sola vez en el momento de la jubilación a los trabajadores que pasen a la referida situación en una edad comprendida entre los 60 y los 65 años. El CC *Barnet Hoteles* establece un premio a trabajadores que se jubilen desde los 57 años hasta los 65.

<sup>1709</sup> Arts. 207 y 208 LGSS.

<sup>1710</sup> El régimen transitorio mediante el cual se siguen aplicando las normas anteriores a 2011 en materia de jubilación hasta 2019 está previsto en la DT 4, apartado 5.

tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967-, cuando el trabajador extinga su contrato con la empresa a una edad anterior se tratará de una extinción voluntaria incentivada cuando el premio no esté vinculado a la solicitud de la jubilación anticipada. Sin embargo, tales medidas no son contrarias a la ley en tanto no disponen de la cesación obligatoria o forzosa del trabajador al cumplimiento de determinada edad pero sí demuestran una falta de concordancia con la disposición legal.

Por otro lado, se produce una suerte de jubilación forzosa en procesos de reestructuración empresarial cuando se procede a sustituir la selección de trabajadores para ser despedidos colectivamente por una prejubilación en tanto que existe cierto consenso entre las empresas, las organizaciones sindicales y los propios trabajadores, en considerar que los pactos de prejubilación son el mejor mecanismo de reestructuración de plantillas con mantenimiento de la paz social<sup>1711</sup>. No solo en España, también en Italia el legislador ha previsto el mecanismo de la jubilación anticipada, además de la prevista legalmente, cuando ésta es acordada por el empresario y los representantes de los trabajadores pero que deberá ser aceptada voluntariamente por el trabajador a quien la empresa tendrá que abonar la cantidad que le correspondería en virtud de la jubilación<sup>1712</sup>.

Junto al mecanismo de la jubilación anticipada bonificada, también será un método eficaz para fomentar la salida del trabajador que alcanza determinada edad mediante la ausencia de flexibilidad en las condiciones laborales que permitan una adaptación adecuada del puesto de trabajo a sus circunstancias, como ya vimos al analizar las medidas de movilidad o conciliación. De éste modo, mediante el trabajador permanecerá expuesto a condiciones físicas o psicológicas que pueden minar su salud del trabajador sin que las normas convencionales impongan la necesidad de recolocación del trabajador, que debido a su edad lo precise o al contrario, someterlo a la aplicación de medidas de movilidad funcional obligatorias precisamente fundado en su edad<sup>1713</sup>. En diferentes términos, el mismo efecto perverso puede derivarse de la interposición de barreras ante la reorganización de la jornada laboral de éstos trabajadores o la conversión de su contrato de tiempo completo a tiempo parcial cuando existen opciones empresariales para proceder a la modificación de la modalidad contractual. Detrás de todos estos mecanismos de reorganización puede subyacer una intencionalidad subrepticia, en dirección a coaccionar al trabajador a una salida anticipada del empleo ante el advenimiento de trabas difíciles de superar, o cuanto menos a provocar en éste el deseo de alcanzar la edad y condiciones de cotización suficientes para acceder a la jubilación cuanto antes.

---

<sup>1711</sup> GODINO REYES, M., "Del Empleo a la Jubilación en tiempos de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas", en *Revista de información laboral*, nº. 7, 2014. PP. 21-52. En Aranzadi digital, BIB 2014\3227.

<sup>1712</sup> Art. 4.1 Ley 92/2012, *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*. Puede ser acordada con trabajadores a los que reste como máximo cuatro años para acceder a la jubilación anticipada o a la jubilación por vejez.

<sup>1713</sup> En ese sentido, TUORTO, D., *Il lavoro difficile. Discriminazione e gruppi discriminati in Italia*, op.cit. P. 74,

#### 4.3.3. Criterios de selección de trabajadores afectados por despido colectivo

En España, como en otros países de nuestro entorno tales como Francia o Italia, la negociación colectiva está facultada para incorporar criterios de selección de personal objeto de despido colectivo. En consecuencia, los empleadores vinculados a un convenio donde hayan sido previstos tales criterios deben respetarlos estrictamente<sup>1714</sup>. Aunque el texto del informe de la OIT sobre “Empleo y protección social frente al nuevo contexto demográfico” advierte a los Estados de que han de velar por que el factor edad no incida en el despido de los trabajadores de edad madura<sup>1715</sup>, de hecho suelen ser preteridos en la conservación del puesto en operaciones de extinciones colectivas. En éste contexto, resulta ser recurrente la preferencia de los interlocutores por llevar a cabo pactos de prejubilación como medida alternativa en los despidos colectivos<sup>1716</sup>, mientras que poco inusitada se encuentra la vía abierta por el propio Estatuto que permite a los interlocutores sociales pactar la prioridad de permanencia de los trabajadores mayores ante situaciones de excedencia de personal<sup>1717</sup>.

Pero aparte de lo anterior, el uso del criterio de la edad en la selección del personal al que incluir en la nómina de trabajadores afectados por un despido colectivo, lejos de advertirse como motivo de discriminación directa, ha sido avalado por la jurisprudencia, en tanto que han sido justificados desde el punto de vista objetivo, proporcionadas en sus términos, adecuados y necesarios en los medios para garantizar la viabilidad de la empresa<sup>1718</sup>, o en atención al menor perjuicio que el despido supone para los trabajadores de más edad dada la mayor protección social brindada a los trabajadores próximos a la edad de jubilación en orden a minimizar en la medida de lo posible el perjuicio económico<sup>1719</sup>, sin que quepa en ningún modo justificar única y exclusivamente el despido en virtud de la proximidad a la edad de jubilación. En este caso, el derecho fundamental cede ante la existencia de intereses dignos de igual o superior tutela. Por

---

<sup>1714</sup> La SAN 76/2014 de 21 abril que resuelve una demanda de conflicto colectivo, precisa que el ejercicio regular del derecho de dirección y organización empresarial consagrado en el art. 20 del ET, se encuentra limitado por lo acordado en Convenio Colectivo en virtud precisamente de la fuerza obligatoria y la eficacia jurídica del pacto normativo, en el que se establecían los criterios de selección del personal objeto de despido colectivo y que la empresa desatiende.

<sup>1715</sup>Presentado en la 102ª Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 2013. Punto 278.

<sup>1716</sup> CAMBEIRO RELOVA, L. “Prejubilación en ERE”, CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dir.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social, op.cit.* PP. 173ss. Se incorpora como propósito su incorporación en la negociación colectiva en el II AENC 2012-2014, apartado 4 del Cap. II. Se mantiene en el último AENC firmado con vigencia 2015-2017.

<sup>1717</sup>Art. 51.5 ET, eliminada la prioridad de permanencia expresa de los trabajadores mayores de 40 años antes de la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980 que establecía el art. 13.2 del RD 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

<sup>1718</sup>«Y ello porque el mantenimiento de las relaciones laborales de trabajadores próximos a la edad de jubilación repercutiría negativamente, a corto y medio plazo, en la delicada situación económica de la empresa que, una vez ajustada su plantilla, se vería obligada, casi inmediatamente, a sustituir a esos trabajadores, según fueran llegando a la edad de jubilación forzosa, con el coste económico añadido que comporta la formación e integración en la empresa de los nuevos trabajadores que se fueran incorporando» STS de 15 de junio de 2005, RJ 2005/9367, FJ 5.

<sup>1719</sup> STC 66/2015 de 13 abril, RTC 2015/66, FJ 6. En el concreto supuesto de hecho, se había suscrito la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial en los términos previstos en la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) para todas las recurrentes y también el empresario suscribió determinadas mejoras voluntarias de la prestación por desempleo para los trabajadores de mayor edad. Por el contrario, no acoge el argumento en virtud del cual es menos gravoso despedir a los trabajadores más próximos a la edad de jubilación porque se ahorran los costes de formación de nuevas contrataciones cuando aquellos se jubilasen.

tanto, resulta justificado, aunque a la postre cause un perjuicio indidable sobre ellos, quienes probablemente no vuelvan a regresar al mercado de trabajo.

El legislador, no obstante, ha tratado de frenar los despidos de trabajadores de mayor edad a través de la imposición de cargas económicas al empresario. En primer lugar estableciendo el deber de entregar una aportación económica al Tesoro Público cuando se incluya entre los seleccionados para ser despedidos de forma colectiva a trabajadores mayores de 50 años, cuando la empresa ha obtenido beneficios durante los dos ejercicios económicos anteriores<sup>1720</sup>. A través del Convenio Especial con la Seguridad social, el empresario queda constreñido a pagar las cotizaciones del trabajador desde el momento en que se produce el despido o bien finaliza la prestación contributiva por desempleo, hasta que éste alcanza la edad de 63 años o 61 en los casos de expedientes de despido colectivo por causas económicas (el más frecuente). A partir de ese momento, el trabajador deberá abonar por sí mismo de forma obligatoria las cotizaciones correspondientes hasta alcanzar la edad de jubilación ordinaria<sup>1721</sup>, mientras que cualquier trabajador desempleado que suscriba voluntariamente dicho convenio asumiendo él mismo el pago de las cotizaciones, no está obligado a perpetuarlo si esta es su voluntad<sup>1722</sup>. Esta diferencia de trato, que no se ha puesto en cuestión ante los Tribunales, podría resultar paliada por el acuerdo colectivo que recoge los términos en que se producirá el despido colectivo. A tales efectos podría ser impuesta al empleador la obligación de cubrir las cotizaciones debidas hasta que el trabajador pueda acceder a la pensión de jubilación ordinaria.

En Italia, al margen de que eventualmente puedan ser pactadas jubilaciones anticipadas en el transcurso de las negociaciones de un despido colectivo, frecuentemente entre los criterios de selección del personal objeto de amortización de puestos de trabajo se instaura el de cercanía a la edad de jubilación o prejubilación, disposiciones que han suscitado dudas de legitimidad en la doctrina<sup>1723</sup>. Los interlocutores sociales tienen la facultad de fijar los criterios de selección de personal objeto de despido colectivo y subsidiariamente se aplicarán los que establece la ley<sup>1724</sup>. Dicho criterio ha venido a ser legitimada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal de Casación Italiano<sup>1725</sup>.

---

<sup>1720</sup> En empresas que ocupen a más de 100 trabajadores, en aplicación de la conocida como «cláusula telefónica» introducida por la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social en su disposición adicional 16.ª (modificada posteriormente por la disposición final 4.ª de la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral). La SAN 100/2015 de 5 junio. AS 2015\1015 (rec. 77/2015), avala la medida legal por cuanto a que la finalidad de la misma es proteger a los trabajadores de más edad puesto que «son un colectivo especialmente vulnerable, puesto que la pérdida de su empleo comportará su inclusión en el grupo de parados de larga duración, que no encontrará probablemente otro empleo» (FJ 3).

<sup>1721</sup> Arts. 51.9 ET y DA 13ª LGSS.

<sup>1722</sup> Art. 10.2 e) Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social

<sup>1723</sup> PICCININI, A, ZAMPINI, G., *I licenziamenti collettivi*. Ediesse, Roma, 2004. PP.91 ss; GISANTI, L. “Criterio di scelta del pensionamento nel licenziamento per riduzione del personale e discriminazione ai sensi del d. lgs. 216/2003”. *Lav. Giur.* 2005. PP. 1.166 ss.

<sup>1724</sup> Art. 5 de la ley de 23 de julio de 1991, nº 223” *Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamento di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*”.

<sup>1725</sup> La Corte Constitucional consideró en su sentencia 268/1994 de 30 de junio, que la selección de los criterios de selección del personal a despedir, incluidos en un acuerdo colectivo, deben respetar el principio de no discriminación y de racionalidad, deben contener además los criterios de la objetividad y generalidad. Por ello, el criterio de la proximidad a la pensión puede estar justificado en una situación del mercado de trabajo que excluye a los jóvenes o en caso de reestructuración industrial con altos niveles de innovación tecnológica. En ese sentido, la Corte de Casación ha aceptado como racionalmente adecuado el criterio de la proximidad a la edad de jubilación, justificado en el menor impacto social de la operación, así como el poder del acuerdo en el que

Además, cuando los trabajadores acceden a la jubilación anticipada como consecuencia de un acuerdo celebrado en el seno de un despido colectivo y dada la finalidad de la norma de consentir una salida anticipada del mercado de trabajo, no se le aplicará a los mismos el derecho de precedencia en las nuevas contrataciones efectuadas por el mismo empleador en los meses sucesivos al despido<sup>1726</sup>. Pese a todo, la jurisprudencia ordinaria ha reconocido en alguna ocasión la existencia de discriminaciones por razón de edad en el acuerdo sindical que prevea la posibilidad de acceso a la pensión de jubilación como único criterio en base al cual llevar a cabo un despido colectivo<sup>1727</sup>.

En última instancia se denota que los ordenamientos español e italiano otorgan una amplia capacidad a los interlocutores sociales para equilibrar los intereses en juego adoptando éste tipo de criterios de edad y por extensión, reduciendo la probabilidad de admitir la existencia de discriminación<sup>1728</sup>.

---

se determinan los criterios de selección, siempre que los mismos excluyan cualquier discrecionalidad del empleador. Además, la jubilación anticipada, aplicada en observancia de los acuerdos sindicales, conjuntamente con el criterio productivo responde indudablemente a criterios de racionalidad habida cuenta de la finalidad perseguida, manteniéndose en todo caso el límite de la prohibición de discriminación. Entre otras, sentencias de 2 de marzo de 1999, nº 1760; de 7 de diciembre de 1999, nº 13691; nº 20455 de 21 de septiembre de 2006; nº. 9866 de 24 de abril de 2007; de 26 de abril de 2011, nº 9348; de 13 de enero de 2012, nº. 391; nº 22914 de 10 de noviembre de 2015. En sentido contrario rechazan la ausencia de justificación y adecuación de la medida a las disposiciones europeas, IMBERTI, L., “Il criterio dell’età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, nº 301, 2008. P. 314.

<sup>1726</sup> En virtud de lo dispuesto por el art. 4.7-ter, la ley 92/2012 de 28 de junio, según aclara el Ministro de Trabajo y de las Políticas Sociales en su circular n. 24 de 9 de junio de 2013.

<sup>1727</sup> Corte de Apelación de Florencia de 27 de marzo de 2006, en *D&L* 2006, 910 y en *RCDL*, 2006, P. 910. Sentencia del Tribunal de Milán de 22 de enero de 2005, en Foro it, 2006.

<sup>1728</sup> En ese sentido, LOI, P. “La discriminación por edad en la legislación laboral italiana”, CABEZA, J. BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, op.cit. P.360.

## CAPÍTULO V: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### 1. LA DISCAPACIDAD COMO CONCEPTO COMPLEJO

El mayor riesgo del analista de la situación laboral de las personas con discapacidad radica precisamente en la predeterminación de qué concepto asumir como tal. Decimos que se trata de un riesgo por la propia complejidad que entraña su definición partiendo de una realidad evidente de la que resulta que casi todas las personas sufren, han sufrido o sufrirán algún tipo de discapacidad transitoria o permanente en algún momento de sus vidas<sup>1729</sup>.

El recorrido conceptual de la discapacidad, desde su inicial apego al castigo divino o la maldición, pasando por su anexión a la minusvalía, defecto físico o «subnormalidad» psíquica para cuyo tratamiento se precisa de asistencia social y sobre todo médica, hasta la definición que hoy se asigna, relacionando la condición personal de discapacidad o la diversa habilidad de cada sujeto en un determinado contexto social, material, económico o laboral, ofrece sin duda una primera aproximación a la complejidad de adoptar un concepto de base en un sistema normativo de protección de los derechos de personas que se relacionen directa o indirectamente con dicho factor de riesgo. Influyen en su adopción los condicionantes sociológicos de la discapacidad, que hace diferir el concepto en función del momento histórico, de las características sociales y culturales en que pretende ser adoptado<sup>1730</sup>, aunque con independencia del espacio y el tiempo, se puede afirmar que se caracterizan por ser uno de los grupos más frágiles de población.

El mismo Informe Mundial sobre la Discapacidad de 2011 muestra que entre los mayores obstáculos frente a la discapacidad se encuentran las políticas y normas insuficientes, actitudes sociales negativas o deficiente prestación de servicios. En concreto, en el ámbito laboral, pervive la creencia de que estas personas son menos productivas que sus homólogos sin discapacidad, e incluso netamente incapaces para desempeñar óptimamente cualquier profesión u oficio con un grado adecuado de calidad, sin que se trate de optimizar su situación a través del empleo de los ajustes eficaces frente a todo tipo de limitaciones o incidir de forma persistente en su formación. Es en éste ámbito en el se debe poner en conexión las circunstancias del personal con discapacidad y sus familiares y las necesidades empresariales para buscar la solución más adecuada con el objetivo de su participación en el mercado laboral a

---

<sup>1729</sup> Resumen Informe Mundial Sobre la Discapacidad. Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial. Ginebra, Suiza, 2011. Pág. 7.[http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/summary\\_es.pdf?ua=](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf?ua=).

<sup>1730</sup> GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2015. P. 25. JIMÉNEZ LARA, A., “Conceptos u tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, DE LORENZO, R., PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Tratado sobre discapacidad*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007. PP. 184ss. PÉREZ J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*. Lex Nova, Valladolid, 2015.P. 103ss.



través de los instrumentos de carácter legal y especialmente mediante la negociación colectiva.

## 1.1. Concepto de discapacidad para el empleo

### 1.1.1. El concepto de discapacidad en el ámbito internacional

El empleo es un indicador de la calidad de vida de cualquier persona en edad laboral, cuya ausencia supone claro factor de exclusión social que repercute más negativamente entre quienes acumulan otras circunstancias que fomentan la exclusión como son las personas con discapacidad. Por este motivo, la integración laboral de los mismos se marca como objetivo que cuenta con una base constitucional y legal expresa, se erige como pieza clave de la tutela de la discapacidad y por ende será fundamental concretar el ámbito subjetivo de actuación de las políticas de fomento del empleo y prohibición de discriminación en el mercado de trabajo.

La discapacidad nace como un término peyorativo que situaba al discapacitado en el terreno de la marginalidad y de la exclusión social que posteriormente evolucionó hasta su acepción más científica en la que se catalogaban a los sujetos en virtud de sus deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales de diversos tipos y grados. Éste enfoque puramente médico o rehabilitador que se centraba en las deficiencias personales del sujeto favorecía la interposición de tratamientos especiales, proteccionistas y poco integrativos. Éste segundo modelo irá paulatinamente integrando aspectos no tan puramente asistenciales y desembocará a en un modelo social interesado por dotar de mayor autonomía personal y vida independiente, cuya razón de ser radica en trasladar el centro de atención de la persona al entorno en el que participa<sup>1731</sup>.

Hoy en día, no podemos decir que el concepto de discapacidad desatienda a sus orígenes más o más remotos. Por el contrario, es fruto de la integración de los elementos de cada uno de los modelos de la discapacidad existentes y atenderá a su aspecto médico o social en virtud del ámbito en el que pretenda ser aplicado. En efecto, la Clasificación Internacional Del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) realizada por la OMS en 2001 definió el concepto de discapacidad considerando que es un término general que engloba además de las deficiencias, como problemas que afectan a una estructura o función corporal asociados con las condiciones de salud, a las limitaciones de la actividad , que son dificultades para el desempeño de acciones o tareas y finalmente las restricciones de la participación o problemas para involucrarse en situaciones vitales. Precisamente la CIF sugiere que los términos utilizados pueden, a

---

<sup>1731</sup> Una lectura analítica de los modelos de tratamiento de la discapacidad en GARRIDO PÉREZ, E. "El tratamiento comunitario de la discapacidad: Desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades". *Temas Laborales*, nº59, 2001.PP. 165-192. DE ASÍS ROIG, R., BARIFFI, J., PALACIOS RICCO, A., "Principios éticos y fundamentos jurídicos", DE LORENZO, R., PÉREZ BUENO, L.C. (Dirs.) *Tratado sobre discapacidad*, op.cit.PP.84-90.PALACIOS RIZZO, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CERMI. Madrid, 2008. PP. 37 ss. PÉREZ J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, op.cit. PP.82-90.

pesar de todos los esfuerzos realizados, estigmatizar y etiquetar, por lo que tomó la decisión de abandonar totalmente el término «minusvalía» debido a su connotación peyorativa y de utilizar en su lugar el de «discapacidad», como término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación<sup>1732</sup>.

Años más tarde, la definición será completada por la Convención sobre Derechos de las Personas con discapacidad de 2006 en (adelante CDPD)<sup>1733</sup>, verdadero hito a nivel internacional en la defensa y protección de los derechos de los integrantes de éste colectivo en la que se utiliza como elemento de base sobre el que edificar la normativa sobre discapacidad a los derechos humanos. Así mismo, pone el énfasis en el reconocimiento de la discapacidad en el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los obstáculos tales como barreras físicas y actitudes imperantes en el entorno en que se insertan que impiden su participación plena en la sociedad, esto es, utilizando un modelo social de la discapacidad. A estos efectos, la discapacidad denota los aspectos negativos de la participación de las personas que padecen alguna deficiencia física, mental o psíquica con el entorno laboral y, por tanto, varían según el contexto ambiental, legal, económico o social, la cultura y el progreso, así como las propias ideas preconcebidas sobre la misma<sup>1734</sup>.

Para completar el concepto de discapacidad a efectos de incorporar mecanismos de tutela en el ámbito laboral, no podemos desconocer la heterogeneidad como rasgo definitorio del colectivo<sup>1735</sup>, que nos indica que el recorrido adoptable en materia de discapacidad se sustenta en una definición elástica de la misma, inclusiva de todos los individuos que se encuentran afectados por alguna discapacidad.

Son los ordenamientos jurídicos los que, en definitiva, configuran una definición de discapacidad a la que se asocian derechos particulares, beneficios o prestaciones, que deberán respetar en todo caso los compromisos internacionales en los que se fijan pautas para la protección e integración de tales sujetos. Particularmente, en nuestro ordenamiento se define como aquella situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de

---

<sup>1732</sup> A ello se acomoda la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* en la que se establece que las referencias en textos normativos a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad», mientras que insta a que las normas futuras se refieran a «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad».

<sup>1733</sup> La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Vid. DE ASÍS ROIG, R., “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la discapacidad”, en CARBALLEDA PIÑEIRO, M., PÉREZ BUENO, L.C., (Dirs.) *Hacia un nuevo Derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor: Aranzadi, Pamplona, 2009.

<sup>1734</sup> Informe de la OIT: “DISCAPACIDAD Una cuestión de derechos humanos” Servicio de Género, Igualdad y Diversidad. Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad. Ginebra, diciembre de 2013.

<sup>1735</sup> Manual Disability Rights and Collective Bargaining editado por el Congreso de Trabajo de Canadá: «Las personas con discapacidad tienen una cosa en común: sus diferencias. Pueden tener una discapacidad física, o sensorial, o intelectual o mental. Su discapacidad puede ser congénita o haber sido desarrollada durante su infancia, su adolescencia o en fases posteriores de su vida. Puede llegar a manifestarse en la escuela o en el trabajo. Su discapacidad puede tener efectos mínimos en su capacidad para trabajar y tomar parte activa en la sociedad, o puede tener efectos mayores, lo que requerirá importantes apoyos y asistencia». Definición extraída del Informe “Impacto de la Negociación Colectiva sobre los trabajadores y trabajadoras con discapacidad”, Fundación Largo Caballero, 2012.PP. 63-64. <http://portal.ugt.org/flic/estudios/Impac-negcol-discapacidad.pdf>.

condiciones con las demás, que se acomoda plenamente a la concepción de discapacidad consagrada en la CDPD<sup>1736</sup>.

Si bien el concepto acuñado por el vigente texto en materia de discapacidad imprime una alta dosis de generalidad, los instrumentos jurídicos aplicables a la relación laboral de éstos sujetos, tanto de carácter legal como de carácter convencional, van a limitar el juego de la tutela antidiscriminatoria siendo lo más común la necesidad de acreditación oficial de un determinado grado de discapacidad o declaración de incapacidad permanente para acceder a los beneficios o prestaciones establecidas al efecto<sup>1737</sup>. De ésta forma, la delimitación del concepto de discapacidad para acceder al mercado laboral, ejercer una profesión u oficio u obtener prestaciones, en condiciones de igualdad y sin discriminación ha resultado ser bastante compleja, no solo debido a la propia heterogeneidad de los sujetos que lo integran, sino también porque difiere en cada instrumento jurídico en el que se regulen los derechos de las personas a quienes afecta<sup>1738</sup>.

### 1.1.2. La interpretación jurisprudencial del concepto de discapacidad

#### 1.1.2.1. Interpretación expansiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En el ámbito europeo, el concepto de discapacidad para el empleo debe ser interpretado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como consecuencia del análisis que ésta ha efectuado sobre el alcance de la Directiva 2000/78/CE, que no contiene una definición específica de discapacidad. Para salvar éste escollo, el TJUE ha ido perfilando en su jurisprudencia un concepto llamado a ser de aplicación uniforme, quien en su primera sentencia en la materia, acercándose a un concepto médico o rehabilitador, identifica la discapacidad con «una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponga(n) un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional», siendo necesario acreditar la probabilidad de que dicha limitación sea «de larga duración»<sup>1739</sup>. Aunque la definición parece tan amplia como para poder incluir las enfermedades dentro del concepto de discapacidad, el Tribunal restringe esa aparente amplitud al entender que el mero hecho de la utilización del término discapacidad por la Directiva supone una opción de política legislativa que tiende a excluir, pura y simplemente, la identificación de ambos conceptos, sin ofrecer una justificación de fondo en cuanto a la delimitación de los mismos.

<sup>1736</sup> Art. 2.1 a) Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. (TRLGD en adelante).

<sup>1737</sup> Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Se valoran los criterios técnicos unificados fijados a través de dos baremos: “Limitaciones en la actividad” y “Factores sociales complementarios” Se establece como grado mínimo para acceder a prestaciones o servicios el 33%; Art. 136ss LGSSD establece el procedimiento de determinación de incapacidad permanente, situación de invalidez en modalidad contributiva.

<sup>1738</sup> Identifican brillantemente los problemas de la definición del término MOMM, W, RANSOM, R. “*Discapacidad y trabajo*”. Enciclopedia de la OIT. D - INSHT (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo), 2012. Cap. 17.PP 52ss.

<sup>1739</sup> STJUE de 11 julio de 2006, *Chacón Navas*, asunto C-13/05, apartados 43 y 45.

Dicho concepto ha ido evolucionando paulatinamente gracias a la resolución de cuestiones prejudiciales y con ello, acercándose en su concepción a la entablada en la CDPD a raíz de la ratificación por la Unión de la misma, introduce el enfoque del modelo social. Este cambio de paradigma incorpora como especiales elementos a valorar en el juicio de discriminación por razón de discapacidad las barreras y elementos que dificulten la accesibilidad universal y plena en la sociedad y particularmente en la vida profesional, en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, donde la adaptación del entorno a las circunstancias personales y no al contrario, desempeñan un papel primordial<sup>1740</sup>.

La jurisprudencia del TJUE más reciente ha tratado de delimitar el concepto de discapacidad del de enfermedad, cuya equiparación pura y simple a la discapacidad había excluido, salvo si la discapacidad proviene de una enfermedad curable o incurable, de larga duración<sup>1741</sup>, que impida a la persona participar en la vida profesional, o ejercer su profesión con dificultad<sup>1742</sup>, en igualdad de condiciones que el resto, al interactuar con diversas barreras<sup>1743</sup>. Sin embargo, parece que el TJUE se ha contradicho en éste aspecto. En primer lugar sostiene en el destacado asunto *Ring*, que enfermedades como la que padecían las recurrentes -dolores permanentes en la región lumbar y «latigazo cervical» respectivamente-, pueden desembocar en una discapacidad y por tanto se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la directiva, porque el concepto adoptado no solo comprende las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes<sup>1744</sup>.

Avanzando en el tiempo, el concepto de discapacidad resulta ampliado de modo que éste no solo abarca una imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta. Una interpretación distinta sería incompatible con el objetivo de la Directiva, que pretende, en particular, que una persona con discapacidades pueda acceder a un empleo o ejercerlo. Tal planteamiento no ha impedido denegar que la rara afección que impide a la trabajadora dar a luz a un hijo esté protegida por el marco de aplicación de la Directiva, dado que tal limitación física no le supone una limitación discapacitante para acceder al trabajo o progresar en él. La trabajadora había acudido a un proceso de gestación por sustitución en un país donde es legalmente viable. En consecuencia, solicitó en su empresa el permiso de maternidad o adopción correspondiente que le fue denegado, por no encontrarse en ninguno de los

---

<sup>1740</sup> Entre otras, sentencias de 11 de abril de 2013, *Ring*, asuntos C-335/11 y C-337/11, apartado 38; de 18 de marzo de 2014, Z., asunto C-363/12, apartado 76; de 18 de diciembre de 2014, *FOA*, asunto C-354/13, apartado 53.

<sup>1741</sup> STJUE de 11 de abril de 2013 *Ring*, asuntos C-335/11 y C-337/11, apartado 47.

<sup>1742</sup> STJUE asunto Z de 18 de marzo de 2014, C-363/12, apartado 77.

<sup>1743</sup> Ya hemos advertido que a efectos de la protección de la igualdad y la no discriminación por razón de discapacidad en el ámbito laboral no proporciona la Directiva una definición concreta, sino que ha sido la jurisprudencia la que ha perfilado su significado, ésta se encuentra presente en el concepto de «trabajador con discapacidad» a efectos de la aplicación del Reglamento UE) N° 651/2014 DE LA COMISIÓN de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado que se refiere en su art. 2.3): a) A quien esté reconocida como persona con discapacidad con arreglo a la legislación nacional, o b) tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan dificultar su participación plena y efectiva en un entorno de trabajo, en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

<sup>1744</sup> STJUE de 11 de abril de 2013, *Ring*, asuntos C-335/11 y C-337/11, apartado 40. Parece contradecir ésta definición la STS 366/2016 de 3 mayo (RJ 2016\2152) que resuelve inadmitiendo la nulidad del despido de una trabajadora durante el periodo de incapacidad temporal tras haber sufrido un latigazo cervical, entendiendo que se trata de una enfermedad que no encuentra encaje en el concepto de discriminación.

supuestos que dan derecho al mismo, circunstancia que no generó, por ello, discriminación por razón de discapacidad<sup>1745</sup>. Sin embargo, no repara el Tribunal en éste asunto en que en las mismas circunstancias, una madre adoptiva que tampoco ha practicado el proceso de gestación, tiene reconocido el permiso por maternidad, suponiendo éste un concepto de comparación válido. No aprecia relación entre el padecimiento físico y el acceso o progresión en el empleo, circunstancia que, en nuestra opinión, debió ser considerada. En primer lugar porque tal negativa puede disuadir a la trabajadora con discapacidad al libre desarrollo de su personalidad cuando quiere optar por ser madre a través de un proceso de gestación por sustitución, proceso menos complicado y más ágil que el de la adopción. En segundo lugar, efectuada la elección, la madre subrogante con discapacidad, podrá tener dificultades en mantener el empleo cuando por motivos de cuidado del hijo, deba ausentarse de forma entonces injustificada de su puesto de trabajo durante sus primeras semanas de vida.

Tras éste pronunciamiento no se ha visto mermado el ánimo expansivo del concepto aludido a efectos de la aplicación de la directiva europea. En efecto, en una ulterior sentencia se acepta a la obesidad-enfermedad de tipo crónico y que podría ser en el futuro un factor de discriminación aislado<sup>1746</sup>, cuyo reconocimiento se ha extendido ya en la doctrina norteamericana y canadiense y admitido en alguna sentencia<sup>1747</sup>-como elemento integrante del concepto de discapacidad siempre y cuando sea concebido como limitación que al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores<sup>1748</sup>. Se espera, o al menos se imagina, que la jurisprudencia interna en los sucesivos se acople a éste pronunciamiento en tanto hasta la fecha solo se han emitido pronunciamientos denegatorios de la consideración de discriminación ante un acto dirigido a un trabajador con obesidad<sup>1749</sup>, a la vez que se estima su incorporación paulatina al panorama laboral normativo no solo desde la

---

<sup>1745</sup> STJUE de 18 de marzo de 2014, Z., asunto C-363/12, apartado 91.

<sup>1746</sup> Dada la generalización del «lipofobismo» que define la discriminación basada en el peso, GARCÍA OLIVA, M.: “Obesidad y estigma. Procesos de desvalorización y discriminación social”. Comunicación presentada al X Congreso español de sociología, grupo de trabajo 28 (<http://www.fes-web.org/congresos/X/grupos-trabajo/grupo.php?numero=28>), Federación Española de sociología, 2013. Disponible en: <http://www.fes-web.org/uploads/files/modules/congress/10/grupostrabajo/ponencias/168.pdf>). GRACIA ARNAIZ, M., “La medicalización de la obesidad. Concepciones y experiencias sobre la gordura en jóvenes con “exceso” de peso”. *Zainak*, nº 34, 2011. P. 228. Desde el punto de vista del Derecho antidiscriminatorio, RIVAS VALLEJO, P., “¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?”, *IUSLabor, Revista electrónica de Dret del Treball i de la Seguretat Social*, nº 1, 2015. PP. 1-29.

<sup>1747</sup> Vid. PUHL, R.M., ANDREYEVA, T., BROWNELL, K.D.: “Perceptions of weight discrimination: prevalence and comparison to race and gender discrimination in America”. *International Journal of Obesity*, Londres, nº. 32,2008. PP. 992-1000, accesible en : <http://www.nature.com/ijo/journal/v32/n6/pdf/ijo200822a.pdf>). ANDREYEVA, T., PUHL, R.M., BROWNELL, K.D., “Changes in perceived weight discrimination among Americans, 1995-1996 through 2004-2006”. *Obesity*, nº16, 2008. PP. 1129-1134; LATNER, J.D., O'BRIEN, K.S., DURSO, L.E., BRINKMAN, L.A., MACDONALD, T.: “Weighing obesity stigma: the relative strength of different forms of bias”. *International Journal of Obesity*, nº 32, 2008. PP. 1145-1152. Entre otros, sentencia del United States District Court Eastern District of Missouri de 24 de abril de 2014 Whittaker v. America's Car-Mart, Inc., case No. 1:13-cv-00108, in the U.S. District Court for the Eastern District of Missouri. En Canadá, sentencias de la Corte Suprema, asuntos Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City) 2000 SCC 27; Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City) 2000 SCC 27.

<sup>1748</sup> STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, asunto C-354/13, apartado 64.

<sup>1749</sup> STSJ Comunidad Valenciana, 1259/2012 de 9 mayo. AS 2012\1843, denegatoria de la existencia de discriminación por éste motivo ante el despido del trabajador por imposibilidad de equiparación a una de las causas contenidas en los arts. 14 CE y 17.1 ET y ello a pesar de que una norma, si bien sin alcance laboral, ya contempla la prohibición de discriminación por sobrepeso, Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, art. 37, en la que se adoptan los conceptos básicos en materia de prohibición de discriminación presentes en las leyes protectoras específicas en el ordenamiento comunitario e interno como discriminación directa o indirecta, orden de discriminar o nulidad de los actos y cláusulas que constituyan discriminación por razón de sobrepeso u obesidad, así como la exigencia a los poderes públicos de adoptar medidas tendentes a corregir la situación desigualdad patente en la sociedad española por este motivo.

perspectiva antidiscriminatoria, sino también en la relativa a la protección de la salud y la prevención de riesgos laborales<sup>1750</sup>. En tanto tales cambios normativos no se produzcan, la protección del personal con obesidad en los términos establecidos por el intérprete europeo, podrá ser efectuada a través de la negociación colectiva, aunque hasta el momento mantiene silencio al respecto.

Destaca de entre todos los conceptos indeterminados que introduce la jurisprudencia, el referido a la característica de «larga duración» que debe ser apreciada cuando la limitación física o psíquica tenga su posible encaje en el concepto de discapacidad. En tales supuestos deberá analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio, sin que sea excluyente el carácter temporal de la incapacidad para que pueda sostenerse la existencia de una dolencia de tipo duradero. Pero advierte, como se trata de una circunstancia de carácter fáctico, difícilmente predecible en virtud de las infinitas combinaciones posibles de incapacidades que por sus rasgos se incluyan en el concepto de discapacidad, es el juez nacional el encargado de apreciar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero». No se detiene ahí, sin embargo, el Alto Tribunal, que proporciona unas pistas para identificar cuándo una dolencia es de larga duración mediante la selección de determinados indicios que ayudarán al juez a quo a diferenciar si la limitación debe ser incluida en el concepto de discapacidad o no. Así, señala como tal el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. En fin, el juzgador deberá tener presente todos los elementos objetivos de que disponga, particularmente documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales. Una vez interceptados todos los indicios a los que el Tribunal se refiere, así como otros que puedan servir para delimitar la durabilidad de la limitación, no se descarta que las sanciones derivadas de la prolongación de un periodo de incapacidad temporal sin fecha cierta de reincorporación al puesto de trabajo pueda ser subsumido en el supuesto de discriminación por razón de discapacidad en los términos establecidos por la directiva europea<sup>1751</sup>.

En su jurisprudencia más reciente, vuelve a encontrarse con el obstáculo de tener que interpretar, a la luz de la Directiva, un asunto en el que no le consta que la situación personal del actor en el litigio principal, encaje en el concepto de discapacidad que la misma pretende proteger. El conflicto parte de la denegación al Sr. Glatzel la

---

<sup>1750</sup> Plantea interesantes condicionantes que plantea la obesidad en el cumplimiento de medidas preventivas y de protección de la seguridad y salud, RIVAS VALLEJO, P, “¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?”, op.cit. PP. 14-16.

<sup>1751</sup> STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Daouidi*, asunto C-395/15, especialmente apartados 51, 55,56, 57. En vista del momento procesal en que se plantea el conflicto, en el que debe ser interpretada la existencia de limitación duradera en los términos expuestos, no se pronuncia el Tribunal acerca de la existencia o no de integración de la IT por enfermedad o accidente en el concepto de discapacidad. En todo caso, puede resultar revelador de la futura jurisprudencia en éste ámbito la conclusión del abogado general que concibe que incapacidad laboral derivada de una herida-dislocación de codo en el supuesto enjuiciado- causada por un accidente laboral-puede estar comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 si cumple los requisitos contenidos en la definición adoptada por el Tribunal de Justicia. El Tribunal remitente de la cuestión, el JS de Barcelona, nº 33, en su sentencia de 23 de diciembre 2016 (proc. 1219/2014), procedió a declarar la nulidad del despido. Sin embargo, recientemente el TSJ de Cataluña 12 de junio 2017 (rec. 2110/2017) ha revisado declarando la improcedencia del mismo.

expedición de un nuevo permiso de conducción de vehículos pesados por no alcanzar en un ojo la agudeza visual requerida debido a que el Sr. Glatzel sufría una ambliopía unilateral que implicaba una acusada pérdida funcional de la visión de un ojo, a pesar de que la agudeza visual binocular sí alcanzaba la agudeza plena. Aunque aclara no estar en disposición para confirmar que la limitación que sufre el demandante encaje en el concepto de discapacidad, admite que si tal fuera el caso, la insuficiencia de la agudeza visual puede estar objetivamente justificada a la luz de consideraciones imperiosas relacionadas con la seguridad vial. En este sentido considera que dicha característica constituye un requisito profesional esencial y determinante, que responde a un objetivo de interés general, resulta necesario y no constituye una carga desmesurada<sup>1752</sup>.

#### 1.1.2.2. Independencia de la discapacidad y la enfermedad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional

Ésta última deriva jurisprudencial europea sin duda impacta de forma especial sobre nuestra jurisprudencia que con carácter general excluye a la enfermedad de la esfera protectora del derecho de tutela de la discapacidad. Sobre la misma se configuró la doctrina de la improcedencia y no la nulidad del despido de un trabajador por razón de su enfermedad<sup>1753</sup>, pues no se encuentra ésta incluida en el concepto de discapacidad y por tanto no puede ser objeto de discriminación, constituyendo en nuestro ordenamiento el art. 45.1 c) ET que consagra la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo para el trabajador incurso en un procedimiento de incapacidad temporal prácticamente el único elemento de tutela del trabajador enfermo que no impide el despido del trabajador en todo caso<sup>1754</sup>.

En cambio, pronto la doctrina de la jurisprudencia ordinaria será matizada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, para quien el concepto de enfermedad podrá ser utilizado como motivo de discriminación independiente cuando adquiera relevancia como factor de segregación o estigmatización de los trabajadores por su mera existencia<sup>1755</sup>, pero en ningún caso coincidente con la discapacidad por cuanto a que existen significativas diferencias de base entre ambos conceptos- mientras otros ordenamientos como el francés, prevén la prohibición de discriminación de manera conjunta por razón de discapacidad o estado de salud-<sup>1756</sup>, ni siquiera extensible

<sup>1752</sup> STJUE de 22 de mayo de 2014, *Glatzel*, C-356/12

<sup>1753</sup> Entre otras, SSTs de 29 de enero de 2001 y 23 de septiembre de 2002.

<sup>1754</sup> Si bien el ET en su primera versión protegía al trabajador en situación de suspensión por IT declarando la nulidad del despido no declarado procedente ex art. 55.6, en la reforma de 1994 se eliminó la referencia expresa a la nulidad de los despidos en los supuestos de suspensión del contrato.

<sup>1755</sup> STC 62/2008 de 26 mayo, FJ 6. Sin embargo, ya puntualizó anteriormente el TS que la enfermedad (...) desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo (...) no es un factor discriminatorio en el sentido estricto (...), aunque pudiera serlo en circunstancias en las que sea apreciable el elemento de segregación. STS de 29 de enero de 2001, FJ.2. reiterada por su jurisprudencia posterior, entre las más recientes, STS 366/2016 de 3 mayo. RJ 2016\2152, FJ 3. Los tribunales inferiores han seguido esta doctrina para calificar el despido como improcedente: entre otras, SSTSJ de Asturias, 542/2012 de 17 febrero; de Cataluña, 5630/2010 de 8 septiembre; de Madrid, 5/2010 de 12 enero; de Extremadura 540/2009 de 12 noviembre. Como elemento de segregación, la STSJ de Islas Canarias 9/2011 de 25 enero estima la nulidad del despido del trabajador por el mero hecho de su enfermedad.

<sup>1756</sup> Art. 1132-1 del Código de Trabajo. Así mismo se define la discapacidad como «toda limitación de actividad o restricción de participación en la vida en sociedad sufrida en su entorno por una persona debido a una alteración sustancial, sostenible o definitiva»

a las de tipo crónico<sup>1757</sup>. Ésta jurisprudencia entrará en contradicción con la doctrina del TEDH que ha extendido a las enfermedades de tipo crónico la prohibición de discriminación por razón de discapacidad protegida por el artículo 14 CEDH<sup>1758</sup>.

Para el TS la esencialidad de la protección de una persona enferma es la de curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. En cambio, sigue anclado en un concepto de discapacidad asociado al modelo rehabilitador definiéndola en nuestros días como « (...) una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada (...)» la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido (...) las personas con discapacidad o aquejados de una minusvalía permanente, constituyen un grupo o colectivo de personas de composición estable, y como miembros de tal grupo o colectividad poseen unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades<sup>1759</sup>.

## 1.2. Consolidación de la discapacidad como factor de discriminación laboral

Como grupo tradicionalmente segregado, comienzan fundamentalmente a mitad de siglo pasado las autoridades de todos los órdenes políticos a proporcionar herramientas para el progreso y la inclusión de todas éstas personas en los ámbitos ordinarios de la vida, y no solo en el marco del empleo y la ocupación, a pesar de que la discapacidad no está reconocida expresamente en muchos de los textos constitucionales como rasgo o condición sobre la que no cabe discriminación.

En primer lugar, en el ámbito europeo ni la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) ni los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refieren a ella expresamente como sí lo hará la Carta Social Europea que

---

de una o varias funciones físicas, sensoriales, mentales, cognitivas o psíquicas, de un discapacidad múltiple o de un trastorno de salud invalidante» en el art. L114 del Código de Acción Social y de las Familias. Sobre el «estatuto ambiguo de la discriminación fundada en el estado de salud, LOCHAK, D. “Loi du marché et discrimination”, BORILLO, D., (Dir.), *Lutter contre les discriminations* op.cit. PP.30ss. La Corte de Casación francesa ha efectuado un análisis restrictivo de la referencia al estado de salud del trabajador precisando que no se opone a un despido motivado, no por dicho estado, sino por la situación objetiva de la empresa que se encuentra en la necesidad de reemplazar a un trabajador cuya ausencia prolongada o repetida perturben su funcionamiento. El fundamento del despido ha de ser real y serio. Sentencias de 16 de julio de 1998, pourvoi n° 97-43.484, Bull. 1998, V, n° 394; de 13 de marzo de 2001, pourvoi n° 99-40.110, Bull. 2001, V, n° 84.

<sup>1757</sup>. En su voto particular a la STC 62/2008, de 26 de mayo el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez sostiene que las enfermedades de tipo crónico constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias que es necesario considerar prohibidas en la cláusula «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» del art. 14 CE.

<sup>1758</sup>La exclusión de un camionero suizo del servicio militar debido a su diabetes- enfermedad de tipo crónico- le obligó a pagar una prestación sustitutoria por no superar un umbral mínimo de discapacidad, supuso un trato discriminatorio. STEDH caso *Glor contra Suiza*, de 30 abril 2009, considerando 80. Otro tanto sucede en el asunto *Kiyutin contra Rusia*, donde viene a incluir el Tribunal al VIH como circunstancia por la que el actor ha sido discriminado, reconduciendo dicha enfermedad al concepto de discapacidad en el marco del CDPD .STEDH de 10 marzo 2011. Legislaciones como la alemana o la estadounidense la incluyen en sus leyes contra la discapacidad. Declaró la nulidad del despido de un trabajador con VIH la SJS n°3 de Castellón 269/2005 de 7 de junio de 2005.

<sup>1759</sup> STS 366/2016 de 3 mayo, RJ 2016\2152, FFJ 3 y 5.



reconoce los derechos de los «minusválidos» a la orientación y formación profesional y a la readaptación profesional y social<sup>1760</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea por primera vez se dará cuenta de la importancia de eliminar cualquier restricción que soporten las personas con alguna discapacidad con la firma del Tratado de Ámsterdam. Así, el artículo 13 incluía la discapacidad entre los motivos de discriminación que pueden motivar la incoación de acciones de lucha contra la discriminación por parte del Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo. Éste compromiso se ha trasladado a la conocida directiva 2000/78/CE sobre discriminación en materia de empleo y ocupación de cuya interpretación se nutren los distintos ordenamientos para elaborar sus políticas en materia de discapacidad. Por otro lado, encuentra acomodo en la CDFUE que prohíbe cualquier forma de discriminación por motivos de discapacidad -artículo 21- y el derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, la integración social y profesional, y la participación en la vida de la comunidad-artículo 26-.

A nivel interno, si bien el ordenamiento jurídico español, así como en otros como el italiano o el francés, no contempla la discapacidad la lista de causas discriminatorias, se entenderá circunscrito de forma implícita a través de cláusulas de apertura como «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»<sup>1761</sup>-art. 14 CE- o «condizioni personali e social»-art. 3 de la Constitución Italiana. Otras, en cambio, como la Constitución alemana aluden a los impedimentos físicos o psíquicos, como causa en base a la cual nadie puede ser perjudicado- art. 3.3-.Con carácter más reciente, el propio concepto de discapacidad pasa a formar parte del elenco integrante de factores legales objeto de políticas antidiscriminatorias en materia de empleo<sup>1762</sup>. Queda así de modo explícito prohibida cualquier discriminación de forma directa o indirecta de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

La discapacidad como concepto elástico puede servir para ampliar el ámbito aplicativo de la tutela antidiscriminatoria por éste motivo aunque según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no procede ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva<sup>1763</sup>, pero sí incorporar al ámbito protegido otras circunstancias que puedan recibir acomodo en la misma como ha sucedido con la obesidad.

Desde otra perspectiva, el TJUE dio un importante paso en materia de tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad, en virtud de la resolución de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal británico que se cuestiona acerca de la existencia de discriminación por aproximación o asociación. En puridad, la discriminación por

---

<sup>1760</sup> Arts. 10.1 y 15.

<sup>1761</sup> STC 269/1994 de 3 octubre, FJ 4.

<sup>1762</sup> Párrafo c) del apartado 2 del artículo 4 del ET modificado por el número uno del artículo 37 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre. Art. 15.2 del Estatuto de los trabajadores italiano modificado por el art. 4, 1, D.lgs. de 9 de julio de 2003, n. 216. Art. L1132-1 Código de Trabajo francés en aplicación de la ley n°2008-496 de 27 de mayo de 2008 - art. 1 Todas ellas son normas transposición al ordenamiento interno la Directiva 2000/78.

<sup>1763</sup> Véanse las sentencias de 11 julio de 2006, *Chacón Navas*, asunto C-13/05, apartado 56, y de 17 de julio de 2008, *Coleman*, asunto C-303/06, apartado 46.

asociación o discriminación transferida (*transferred discrimination*) es aquella que sufre una persona sin discapacidad o grupo de personas en que se integra cuando es víctima un trato discriminatorio debido a su relación con otra persona con discapacidad<sup>1764</sup>.

Las alegaciones de varios gobiernos de la UE acerca de la definición restrictiva que ofrecía el Tribunal en el asunto Chacón Navas sobre el concepto de discapacidad para impedir una interpretación amplia de la Directiva, no son estimadas por el mismo en el asunto Coleman contra Attridge Law<sup>1765</sup>. Afirma el TJ, que en aquella, no se declaró que el principio de igualdad de trato y el alcance *ratione personae* de la Directiva deban interpretarse de manera limitada en lo que atañe a los criterios de discriminación contemplados, para así no desvirtuar su efecto útil. En el asunto Coleman contra Attridge Law, la actora denuncia a su empleador, tras haber aceptado lo que en el ordenamiento jurídico del Reino Unido se denomina «despido encubierto» (*constructive unfair dismissal*) debido al mal trato que le había dispensado aquel a raíz del nacimiento del hijo de la Sra. Coleman, que padecía sendas causas de discapacidad. El Tribunal sostiene que la Sra. Coleman se encuentra en una situación análoga a la de las personas con discapacidad y por ello se incluye en el ámbito de protección de la Directiva<sup>1766</sup>. En virtud del fallo, ha de prevalecer una interpretación amplia que llevado al fin de sus términos, puede incluso provocar un riesgo de «desvirtualización» del concepto útil adoptado o del radio de acción de la Directiva, donde cabría incluir hipotéticos supuestos en los que ni el trabajador posee el rasgo subjetivo objeto de discriminación, ni tampoco una persona con la que éste íntimamente se relacione y sin embargo, es discriminado o acosado, a sabiendas de que tal característica no le es propia, recayendo todo el peso de la discriminación en la premisa intencional<sup>1767</sup>. Será, en todo caso, el Tribunal de la Unión Europea el que aprecie o no la existencia de discriminación ante tales supuestos, en casos como éste que encajan en el concepto ya existente de «discriminación por error», al que la doctrina aun dispensa poca atención y cuyo tentativo de incorporación a la normativa española permanece en suspenso, mientras que otros ordenamientos, como el francés, se refieren a ello en el ámbito de la etnia, la raza o la nación<sup>1768</sup>.

---

<sup>1764</sup> La doctrina de la «*transferred discrimination*» proviene de la casuística británica a raíz de la aplicación de la Race Relations Act de 1976, en el que se especificaba la prohibición de discriminación «*on racial grounds*» (por razones de raza). Para UN detallado análisis de la institución ver FORSHAW, S., PILGERSTORFER, M. “*Taking Discrimination Personally? An Analysis of the Doctrine of Transferred Discrimination*”. *King’s Law Journal*, nº 19 2008. PP. 265-292.

<sup>1765</sup> STJCE de 17 de julio de 2008, C-303/06. Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, MERCADER UGUINA, J., “Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación: la discriminación refleja o transferida (la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman)”. *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 37, 2009.PP. 5 a 10.

<sup>1766</sup> Art. 2 e) TRLGD. Introduce por primera vez en nuestro ordenamiento el instituto de la discriminación por asociación mientras que algún otro ordenamiento europeo lo previera ya hace una década –art. 3 b) de la norma irlandesa *Employment Equality Act 1998–2004*.

<sup>1767</sup> En el asunto *English v Thomas Sanderson Blinds Limited*, tanto el Tribunal de Empleo, como el Tribunal de Apelación de Empleo como la Corte de Apelación en Reino Unido, rechazan la existencia de acoso discriminatorio por razón de la orientación sexual dispensado por algunos compañeros a sabiendas de que el perjudicado no era gay. No se adopta la amplia interpretación del TJUE tras el asunto Coleman, cuando éste especifica que la Directiva es de aplicación frente a discriminaciones por las *razones (grounds)* previstas en ella, utilizando la misma expresión que la ley inglesa aplicable al caso (*grounds of sexual orientation*), pues dicha conclusión podría imponer una interpretación demasiado extensa. La trayectoria del caso puede apreciarse en la sentencia UKEAT/0556/07/LA Court of Appeal Case No: A2/2008/0600.

<sup>1768</sup> Es aquella discriminación se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas. Así lo recoge el art. 6.2 del Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de trato y no discriminación de 2011. Ejemplo de ello sería la ausencia de contratación de una persona por su discapacidad sin serlo.

En todo caso la perspectiva utilizada permite situar en el ámbito de la empresa y de la negociación colectiva un límite de actuación reforzada constitucionalmente ante la regulación de las condiciones laborales que afecten a un trabajador que deba procurar cuidados a un familiar con discapacidad a su cargo, que supongan desigualdades de tratos injustificadas o medidas discriminatorias.

Finalmente resulta de especial consideración a efectos de ampliar la tutela discriminatoria a los supuestos de discriminación múltiple, que se da en la mayor parte de ocasiones de forma indirecta, unidas a otros rasgos como el sexo o la edad. Así, las mujeres tienen mayor riesgo de exclusión laboral cuando padezcan alguna discapacidad o aquellos que pertenecen a grupos étnicos minoritarios presentan un riesgo significativamente mayor de exclusión. En esta sede en la que se unen perjuicios de diversa índole que se aprecian de forma simultánea, aunque se aprecia de forma más incisiva en las conexiones con el género<sup>1769</sup>, las carencias son patentes a nivel normativo y de la propia negociación colectiva en la que ni tan siquiera se alude.

La discriminación por razón de discapacidad se basa pues en una condición humana que todos estamos en riesgo de padecer en algún momento de nuestras vidas, y que hoy alcanza a más de mil millones de personas en todo el mundo (15% de la población mundial), situación que va en aumento. Sin embargo, no toda discapacidad será objeto de discriminación y al contrario, las situaciones limítrofes se multiplican y en ocasiones la normativa aplicable a cada situación particular determinará exclusiones de situaciones subjetivas que precisan de una especial protección, al margen del reconocimiento oficial o de la atribución de un grado superior o inferior de discapacidad<sup>1770</sup>.

### 1.3. El empleo de las personas con discapacidad en el marco legal actual

Los principales problemas con los que se enfrentan las personas con discapacidad son los relacionados con el acceso a un mercado de trabajo altamente selectivo a la par que escaso<sup>1771</sup>. En España, la normativa de protección a las personas con discapacidad se encuentra en un único texto legal aplicable asimismo al ámbito laboral en el que se disciplina la discapacidad como aquella situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. «Además», en virtud de la legislación vigente y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Por

<sup>1769</sup> SERRA CRISTOBAL, R. (Coord.) *“La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. PP.15ss. En las Directivas europeas 43 y 78 del 2000 considerando 14 y 3 en referencia específica a la discriminación múltiple de la mujer.

<sup>1770</sup> Garantizar que todas las personas con discapacidad tengan acceso a la protección contra la discriminación con independencia de su nivel de minusvalía es una de las recomendaciones que el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad realizó sobre el nivel de cumplimiento del ordenamiento español de la CDPD, CRPD/C/ESP/CO/1, de 19 de octubre de 2011, punto 12. Vid. un análisis del mismo en MARTÍNEZ LOZANO, I.M., “El examen de España en aplicación de la convención: asignaturas pendientes y camino recorrido”, PÉREZ BUENO, L.C., DE LORENZO, R., (Dir.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - 2006/2016: una década de vigencia*. Ed. Cinca, Madrid, 2016. PP.217ss.

<sup>1771</sup> PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, op.cit. PP. 24-25.

extensión, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente para la profesión habitual en el grado de total, absoluta o gran invalidez<sup>1772</sup>. En último lugar se incluyen a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad<sup>1773</sup>.

Con ocasión de la concreción de la discapacidad utilizando el elemento de su reconocimiento administrativo en adición a la definición general otorgada por el art. 4 TRLGD, han surgido problemas interpretativos acerca de la eventualidad de reconocer como persona con discapacidad a los mismos efectos, a quienes se hallen en un porcentaje inferior al referido. En ese sentido, una interpretación más flexible del término discapacidad se debe imponer en materia de derecho antidiscriminatorio, en cumplimiento además de la percepción amplia del término en la CDPD<sup>1774</sup>, mientras que los derechos ligados a prestaciones sociales son susceptibles de limitarse a quienes adquieran el reconocimiento público de un grado específico de discapacidad<sup>1775</sup>. Por ello, algún autor defiende la vigencia de un concepto amplio que extendería la protección de todo el texto legal a las personas que padecieran alguna limitación que les impida la plena participación social<sup>1776</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia tiende a reconocer la tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad a quienes tienen reconocido el grado mínimo previsto en las normas<sup>1777</sup>. Por otra parte, el reconocimiento de la situación de discapacidad descrita en esos términos afecta a la participación obligatoria en empresas de trabajadores con reconocimiento expreso de la situación de discapacidad, o en el acceso a un empleo de tipo protegido, enclaves laborales disfrute de permisos u otras medidas de conciliación o acceso a programas de formación específicos así como a cualesquiera otras disposiciones normativas o convencionales dirigidas a los mismos, salvo determinación o pacto en contrario. La salvedad de éste régimen disciplinado en torno a la exigencia de reconocimiento oficial como persona con discapacidad a efectos de la aplicación de las medidas pertinentes, viene representada en primer lugar por la protección frente a la negación de llevar a cabo los pertinentes ajustes razonables para las personas con discapacidad enunciadas en el art. 4.1 –definición que no se refiere a un porcentaje mínimo reconocido- así como por la extensión de los sistemas de garantía del derecho a la igualdad de oportunidades

---

<sup>1772</sup> Sobre el problema interpretativo que causó la asimilación de la incapacidad permanente a la discapacidad a los efectos de la LIONDAU y la denegación del TS a que fuese extendido a cualquier otro ámbito normativo, PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad...* op.cit. PP. 165-167. STS de 21 de marzo de 2007, Rj 2007/4999. En el mismo sentido, SSTS 22 de marzo de 2007, RJ 2007, 4627,6109, de 29 de marzo de 2007, RJ 2007/6110; de 29 de mayo de 2007, RJ 2007,7394.

<sup>1773</sup> Art. 4.2 TRLGD que regula el ámbito subjetivo de aplicación de la misma.

<sup>1774</sup> Acorde con ésta postura, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables al puesto de trabajo a las personas con discapacidad”. *Temas Laborales*, nº 127, 2014. P.95.

<sup>1775</sup> CUENCA GÓMEZ, P., “El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los derechos constitucionales”, CUENCA GÓMEZ, P., (Edit.) *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Dykinson, Madrid, 2010. P. 55.

<sup>1776</sup> RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables...”, op.cit. P. 95.

<sup>1777</sup> El TS en su sentencia de 2 de mayo de 1990, RJ 1990\3937, frente a la alegación de la infracción del principio de igualdad de trato a tenor de los arts. 2 y 5 de la Directiva mencionada, no acoge la pretensión de nulidad del despido de la actora por ineptitud dado que no ha tenido por causa la discapacidad de la actora, quien no tiene dicho estatus al no estar declarada afecta de grado alguno de discapacidad. FJ 3.

mediante las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial previstas en el Texto Refundido<sup>1778</sup>.

Similares restricciones o limitaciones al acceso a los derechos laborales se ponen de manifiesto en el marco normativo italiano. La ley italiana de derecho al trabajo de las personas con discapacidad incluye en su ámbito de aplicación a quienes se les reconozca una reducción de la capacidad laboral superior al 45% por la comisión competente para determinar el grado de incapacidad civil, así como a las personas con reconocimiento de invalidez para el trabajo superior al 33% con posibilidad de desarrollar otras actividades laborales como consecuencia de una disminución física, psíquica o sensorial, la inhabilidad (incapacidad en nuestro ordenamiento). Se extiende la cobertura legal así mismo a ciegos y sordomudos y finalmente a los inválidos de guerra<sup>1779</sup>. Las situaciones reconocidas como tal por ello serán determinantes del otorgamiento de prioridad en los programas e intervenciones de los servicios públicos<sup>1780</sup>. En ella se regula, entre otros asuntos, el sistema de cuota de reserva y se exige a los empresarios dotar de las mismas condiciones a los trabajadores con discapacidad contratados para cumplir con la misma, que a los que no lo son. Son, en definitiva, definiciones de discapacidad que siguen estando ancladas al modelo médico<sup>1781</sup>.

Sin embargo, no es ésta la única definición de discapacidad que contienen las normas italianas. Por el contrario, la ley para la asistencia, integración social y los derechos de las personas con discapacidad utiliza un concepto amplio de discapacidad, desconectado del reconocimiento de un grado específico de discapacidad, que se relaciona con la disminución de la capacidad psico-física que incide sobre la vida, siendo irrelevante con respecto a la capacidad laboral<sup>1782</sup>. Se trata de una disminución física, psíquica o sensorial, estabilizada o progresiva que causa dificultad de aprendizaje, de relación o de integración laboral que puede determinar un proceso de desventaja social y marginación<sup>1783</sup>. En lo que respecta al ámbito laboral, aquella regula algunos beneficios en el disfrute de permisos, por razón de discapacidad, como se verá. Si bien, es necesario que se estudie el grado de minoración, de dificultad, de necesidad de intervención asistencial permanente y sobre la capacidad individual residual, que será llevada a cabo por las unidades sanitarias locales mediante comisiones médicas. En virtud de tal resolución médica, tendrá derecho en mayor o menor medida a las prestaciones establecidas a su favor. Aunque tampoco es pacífico en la doctrina, algún sector asimila la discapacidad con algunas enfermedades de tipo crónico o de gravedad

---

<sup>1778</sup> Arts. 63 y 64.2 TRLD.

<sup>1779</sup> Art. 1 Ley 68/1999.

<sup>1780</sup> Art. 3.1 ley 104 de 1992 de 5 de febrero. VADALÀ, V. *La tutela delle disabilità*, op.cit. P. 62.

<sup>1781</sup> En tales términos se pronuncia el Comité de los derechos de las personas con discapacidad en sus observaciones conclusivas sobre el informe presentado por Italia relativo a la aplicación de la Convención de 2006, CRPD/C/ITA/1, de 1 de octubre de 2016, punto 5.

<sup>1782</sup> AVIO A., *“I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline”*, en Ballestrero M.V., Balandi G.G. (Edit.), *“I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale”*, Bologna, Il Mulino, 2005. La confusión es patente en el texto italiano de la Directiva donde se utilizan alternativamente los términos handicap y discapacidad.

<sup>1783</sup> Art. 3.1 Ley de 5 de febrero de 1992, nº 104 « Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate ».

como la seropositividad o la epilepsia, o incluso con la dependencia a drogas o alcohol<sup>1784</sup>.

A pesar de la incertidumbre con la que se asume hoy la noción de discapacidad para el empleo también en Italia, con cada vez más frecuencia se promueve la utilización de un concepto neutro al que se acude como sustitutivo de los términos discapacidad, hándicap o minusvalía como es la noción de «diversamente hábiles» al que se refieren algunos convenios colectivos<sup>1785</sup>. El uso del lenguaje representa así una evolución del modelo conceptual de la discapacidad en cuanto a que sustituyen los términos con connotaciones negativas con términos equivalentes de naturaleza positiva<sup>1786</sup>.

Dentro del panorama así descrito, vale la pena resaltar algunos datos que ponen de manifiesto el impacto medio de las distintas normas sobre discapacidad que adelantamos siguen mostrando la incapacidad de la norma imperativa por si sola para modificar el escenario laboral deseado.

En España, según la Base de Datos Estatal de las Personas con Discapacidad, en 2014 4,4% de la población española en edad laboral poseía certificado de discapacidad, cifra que ha decrecido ligeramente en los últimos años. En 2015 suponían el 1,31% de la contratación total, el valor más alto en una década, al mismo tiempo que el desempleo aumentó en mayor medida para el colectivo de personas con discapacidad que para el resto, tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres desde el inicio de la crisis económica. Resulta llamativa la escasa participación en el mercado laboral, más de 37 puntos inferiores a la tasa de empleo de personas sin discapacidad<sup>1787</sup>. Así mismo, se reduce el número de trabajadores con discapacidad que deben ser incorporados en el mercado de trabajo en cumplimiento de la cuota de reserva, debido posiblemente al asentamiento de la crisis económica y la reducción de las dimensiones empresariales como el cierre de otras muchas.

Finalmente relevante resulta el impacto de la tipología de discapacidad con el nivel de empleo de los mismos surgiendo la necesidad de proponer un replanteamiento de algunos mecanismos de tutela que se ponen en marcha en el momento que se reconoce un nivel mínimo de discapacidad, como es el caso del empleo obligatorio, a razón del cual las empresas generalmente contratan a trabajadores con niveles de discapacidad más bajos y en circunstancias menos complicadas de adaptación. La tasa de actividad va disminuyendo de forma inversamente proporcional al aumento del grado de discapacidad. Son los que padecen alguna discapacidad intelectual quienes presentan inferiores niveles de empleo. En tales elementos se sustenta la idea de diversificar o intensificar las medidas promotoras de integración laboral en función del grado o

---

<sup>1784</sup> LASSANDARI, A., *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, op.cit. P. 148.

<sup>1785</sup> Art. 32 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI y Confindustria*, titulado “Lavoratori diversamente abili”. En los mismos terminos, art. 63 CCNL *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria Anfao* englobando en su seno tanto a las personas diversamente hábiles como a los discapacitados. Art. 6 Tit. I. Secc. 4. Se hace referencia a dicha expresión en alguna legislación regional, ex. 20/2005 de 5 de diciembre della Regione Autónoma della Sardegna.

<sup>1786</sup> VADALÀ, V., *La tutela delle disabilità*, op.cit.P. 7. ROMEO, C., “*La tutela del lavoratore disabile discriminato*”, LA MACCHIA, C., op.cit. P. 365.

<sup>1787</sup> El Empleo de las Personas con Discapacidad. Explotación de la Encuesta de Población Activa y de la Base Estatal de Personas Con Discapacidad e Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal publicado en 2016.

especial gravedad de la situación de discapacidad en relación al entorno<sup>1788</sup>. Aunque la Directiva no ha aclarado si cabe utilizar como medio de comparación personas con distintos tipos de capacidad ni tampoco la ley lo aclara<sup>1789</sup>., es cierto que en ésta se encuentran algunas medidas dirigidas a quienes tienen especial dificultad para acceder al empleo<sup>1790</sup>.

## 2. LA DISCAPACIDAD EN EL SENO DE LAS ESTRATEGIAS DE NEGOCIACIÓN

### 2.1. La escasa participación inicial de los agentes sociales

Los agentes sociales no solo se consideran en éste escenario como una de las instituciones básicas del Estado para la protección y promoción de los intereses de los trabajadores, sino también como piezas clave para el desarrollo de políticas internacionales de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. El Informe Mundial en materia de Discapacidad de la ONU señala que todos los organismos nacionales e internacionales deben trabajar en la discapacidad como un asunto transversal, es decir, han de ser aplicadas políticas que incorporen el asunto de la discapacidad en todas sus vertientes. Por ello, para su cumplimiento, es necesaria la colaboración conjunta de poderes públicos, así como de otros actores de la vida social que incidan con sus decisiones en asuntos que atañen a personas con discapacidad.

Durante los primeros pasos de andadura de la Unión Europea, en un contexto normativo ligado a la igualdad de género así como a la apertura a un mercado global europeo que prescindiera de fronteras y permitiera un intercambio constante de trabajadores sobre la base de unos pilares económicos fundamentales, la discapacidad, como se ha visto, solo era utilizada desde un enfoque asistencial y médico-rehabilitador sobre todo ligado al advenimiento del final de las guerras mundiales había dejado un saldo negativo de combatientes impedidos para el desarrollo de otras funciones de carácter laboral y en general para el desarrollo de las más elementales condiciones de vida y en general, a la asignación de un menor valor de las capacidades laborales de quienes adolecían de alguna minusvalía. Posteriormente se reconocen paulatinamente derechos a las personas «minusválidas» e «inválidas» desde organismos internacionales como la OIT o la propia Unión Europea, sin que en cambio se trasladen a los grupos de interés privado como

<sup>1788</sup> PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, op.cit. P.173.

<sup>1789</sup> Sobre el asunto BARBERA, M., “Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario”. *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, op.cit. PP. 411ss.

<sup>1790</sup> A modo de ejemplo, el RD 290/2004 de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, entre cuyos objetivos destaca el de «favorecer el tránsito desde el empleo en los centros especiales de empleo al empleo en empresas del mercado ordinario de trabajo de las personas con discapacidad y, en particular, de aquellas que por sus características individuales presentan especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo», art. 2 a). También Real Decreto 156/2013, de 1 de marzo, por el que se regula la suscripción de convenio especial por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral que se dirige a personas con discapacidad intelectual superior al 33% y con discapacidad física o sensorial superior al 65%. A la diversidad y pluralidad del colectivo de personas con discapacidad se refiere la EM del RD 270/2007 de 2 de julio, regulador del empleo con apoyo, como aspectos a tener en cuenta al introducir fórmulas de políticas activas de empleo.

organizaciones sindicales y empresariales funciones de participación activa o de abstención de comportamientos contrarios a su propia dignidad. En este marco normativo y social, no es de extrañar que los interlocutores sociales carezcan de la sensibilidad necesaria que requiere todo tratamiento de la discapacidad desde el punto de vista de la igualdad de oportunidades. Dadas las circunstancias brevemente narradas, el asunto de la discapacidad no ha irrumpido hasta momentos más recientes si los comparamos con otros factores de discriminación entre las estrategias negociadoras de los interlocutores mediante la exclusión sistemática en las mesas de negociación del asunto de la discapacidad con un claro efecto segmentador entre los miembros del colectivo.

La ausencia de un fuerte arraigo en materia de discapacidad en la negociación colectiva, proviene además de la inexistencia de previsiones expresas que insten a los interlocutores sociales a participar de modo activo, compromisos que se distinguen de evitar cláusulas discriminatorias desfavorables en los convenios colectivos frente a las personas con discapacidad prevenidos de su nulidad-art. 17 ET.1-, al contrario de lo que sucede en otros países de nuestro entorno como Francia, cuyo Código de Trabajo, instituye la obligación de negociar sobre las medidas tendentes a la inserción profesional, al mantenimiento del empleo de los trabajadores con discapacidad y sobre sus condiciones laborales<sup>1791</sup>. En cambio, será por la vía indirecta mediante la que se permite desde la primera versión del Estatuto, que los convenios incluyan medidas de acción positiva para los miembros de éste colectivo precisamente por no vetar las acciones favorables por razón de discapacidad. Más aún si se realiza una interpretación sistemática y finalista de ésta norma con aquellas que admiten el establecimiento de acciones positivas por razón de discapacidad<sup>1792</sup>.

Resulta llamativo que en anteriores normas los interlocutores tenían un papel más destacado. Así, la primera ley española en materia de discapacidad imponía a los sindicatos y asociaciones empresariales -en tanto que asociaciones privadas-la obligación de participar dentro de su ámbito de actuación en la persecución de los objetivos anclados en la misma<sup>1793</sup>. La entrada en vigor del nuevo Texto Refundido en materia de discapacidad ha omitido la referencia a su participación imperativa, más allá del llamamiento a los mismos («participarán») para velar por el cumplimiento de los objetivos que en ella se atribuyen a los poderes públicos entre los que destaca la inclusión social y laboral<sup>1794</sup>, referencia genérica que poco o nada constriñe a un comportamiento efectivo. No es de extrañar esta ausencia premeditada de los interlocutores sociales en un texto normativo del que se ha destacado de modo negativo

---

<sup>1791</sup>El artículo L 2241-5 instaura la obligación de negociar cada tres años y a nivel sectorial. El artículo L2242-8, impone la misma obligación de negociar en el ámbito empresarial y cada año.

<sup>1792</sup> Art. 40.1 TRLGD, art. 35 Ley 62/2003, de 30 de diciembre que transpone a nuestro ordenamiento lo establecido específicamente el art. 7.2 Directiva 2000/78/CE.

<sup>1793</sup> Derechos que el artículo 49 de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia. Art. 3.2, en relación con el artículo 1 de la Ley 13/1982 de 7 de Abril de Integración Social de los Minusválidos (LISMI).

<sup>1794</sup> Art. 57.2. TRLGD.



la ausencia de participación activa de los actores sociales en la elaboración del capítulo dedicado al empleo de las personas con discapacidad<sup>1795</sup>.

Precisamente en el seno de instituciones públicas con labores específicas en materia de discapacidad como es el Consejo Nacional de la Discapacidad, órgano interministerial de carácter consultivo en el que se institucionaliza la colaboración del movimiento asociativo de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, para la definición y coordinación de una política coherente de atención integral, no se prevé la participación de los interlocutores<sup>1796</sup>. Tampoco participan en la Oficina de Atención a la Discapacidad, órgano del Consejo Nacional de la Discapacidad con el que colaborarán las asociaciones de utilidad pública más representativas de las personas con discapacidad y sus familias, ni en el Observatorio Estatal de la Discapacidad<sup>1797</sup>. Finalmente, también se excluyen de la programación de la Estrategia Española sobre Discapacidad que se desarrolla hasta 2020 en el que no se alude al diálogo social sino al diálogo civil y la participación de asociaciones que representen con carácter general sus intereses como uno de sus principios inspiradores.

En cambio, en otros países de nuestro entorno tienen mayor participación. A modo de ejemplo, en Francia son parte de la Conferencia Nacional de la Discapacidad, que se reúne cada tres años para discutir acciones o políticas públicas, en el Consejo Superior para la Reclasificación Profesional y Social de los Trabajadores Discapacitados que es el órgano consultivo de control de la eficacia de las soluciones puestas en práctica en el ámbito del empleo, la formación profesional y la educación y en el Consejo Nacional Consultivo de las Personas Discapacitadas al que acudirá imperativamente el gobierno cuando se trate de aprobar un texto reglamentario en aplicación de la ley general de discapacidad o una disposición de carácter general que afecte a las políticas de discapacidad y finalmente en la Comisión de los Derechos y de la Autonomía de las Personas con Discapacidad, órgano rector del reconocimiento de la condición de trabajador con discapacidad<sup>1798</sup>. En Italia fue instituido el Observatorio Nacional sobre las condiciones de personas con discapacidad<sup>1799</sup>, como organismo consultivo y de apoyo técnico-científico para la elaboración de las políticas nacionales en materia de discapacidad. Entre sus componentes se encuentran un representante de cada una de las confederaciones sindicales CGIL, CISL, UIL y UGL, así como un representante de la Confederación general de la industria italiana. Además se prevé la inclusión de tres

---

<sup>1795</sup> ESTEBAN LAGARRETA, R., “Integración laboral de las personas con discapacidad”, op.cit. PP. 234-235. Consejo Económico y Social, “Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social”, Dictamen 9, 2013. Sesión ordinaria del Pleno de 23 de octubre de 2013.

<sup>1796</sup> Art. 55 TRLGD y Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad.

<sup>1797</sup> Arts. 56 y 73 TRLGD.

<sup>1798</sup> YSÁS MOLINERO, H. “La participación de los sindicatos en funciones normativas en Francia”. Área de Estudios Sindicales, Fundación 1º de mayo, Noviembre, 2010, P. 85. Art. R323-82 del Código de Trabajo especifica la participación de sindicatos en el Consejo Superior para la Reclasificación Profesional y Social de los Trabajadores Discapacitados. Por su parte el Consejo Consultivo fue creado por la ley de 30 de junio de 1975 *d'orientation en faveur des personnes handicapées*. A la Comisión de los Derechos y de la Autonomía de las Personas con Discapacidad se refiere el L241-5 del Código de la acción social y de las familias.

<sup>1799</sup> Art. 3 della Ley 3 marzo 2009, n. 18 de ratificación de la Convención de la ONU sobre discapacidad y su Reglamento, Decreto Interministeriale del 6 julio de 2010 n. 167.

representantes sindicales en el Comité nacional para las políticas de discapacidad adscrito al Ministerio de Asuntos Sociales<sup>1800</sup>.

En definitiva, el desconocimiento generalizado y escasa sensibilidad de los actores sociales principalmente ocasionada por la falta de participación institucional de los mismos en organismos dedicados a la discapacidad sirve para nutrir al mantenimiento de un rol marginal de la negociación colectiva en éste ámbito en el que dista mucho de poder incidir en la eliminación de una segmentación crónica a la que parecen seguir abocados, como se verá.

## 2.2. Intensificación paulatina de las estrategias de promoción e integración de las personas con discapacidad

La culminación en la protección internacional de personas con alguna discapacidad se encuentra en la ya citada Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en 2006 y ratificada por España el 3 de diciembre de 2007. La Convención, que dirige todo su contenido a los Estados partes, concibe ya a la persona con alguna discapacidad como sujeto de derechos propios, entre ellos, los de carácter fundamental y no como mero objeto de políticas asistenciales o de rehabilitación. Para la consecución del objetivo prioritario de hacer penetrar en todos los ámbitos la igualdad y no discriminación a miembros de éste colectivo, la Convención sienta la obligación de los poderes públicos de garantizar que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad sea pleno y efectivo, coincidiendo con la línea seguida por nuestra Constitución en los artículos 9.2 y 49<sup>1801</sup>. En cambio no se refiere aquella a la negociación colectiva como instrumento adecuado de ejecución de sus mandatos sino simplemente se refiere a que los derechos ya garantizados por éstos pactos no podrán disminuir bajo pretexto de que la Convención los reconoce en menor medida-ex. art. 4.4-.

La Directiva 2000/78/CE recoge en materia de discapacidad algunas de las prescripciones puestas ya de manifiesto en el seno de la Unión Europea con la Recomendación 86/379/CEE, de 24 de julio dedicada a la ocupación de las personas con discapacidad en la Comunidad y la Resolución del Consejo de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades en el trabajo para las personas con discapacidad. La Directiva se dirige principalmente a los Estados que deberán velar por el cumplimiento de la prohibición de discriminaciones directas e indirectas y la obligación de adoptar soluciones razonables, avanzando en una clara clave antipaternalística y poniendo al centro de la intervención normativa la tutela de la idéntica dignidad de

---

<sup>1800</sup> Art. 41 ley 104/1992, Ley marco para la asistencia, integración social y derechos de las personas con discapacidad (*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*).

<sup>1801</sup> Sobre los efectos de la Convención sobre el ordenamiento español, DE ASÍS ROIG, R., "Algunas reflexiones sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad en el Derecho español", CUENCA GÓMEZ, P., (Edit.) *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, op.cit. PP.11-33.

todos los seres humanos. La cuestión no es otra que tratar a la discapacidad como un asunto de justicia social, ampliando el significado de la tutela antidiscriminatoria, a través de la imposición de comportamientos activos<sup>1802</sup>. A través de la Decisión 2010/48 la Unión ha aprobado la Convención de la ONU. Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor de ésta, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión<sup>1803</sup>. Sin embargo, aunque ha quedado patente la influencia de la misma en el desarrollo de un concepto de discapacidad en el ámbito de ésta, ha declarado el TJ que sus disposiciones no constituyen, desde el punto de vista de su contenido, disposiciones incondicionales y suficientemente precisas y carecen por tanto de efecto directo en el Derecho de la Unión de forma tal que validez de la Directiva 2000/78/CE no puede apreciarse en relación con la Convención de la ONU, aunque ello no exime que aquella se deba interpretar, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdo internacional<sup>1804</sup>.

La plena integración de las personas con discapacidad en tales términos no solo es viable mediante normas públicas sino que precisa el apoyo de toda la colectividad. Siendo parte de la misma y adoptando un papel preponderante en la regulación de las relaciones laborales, los interlocutores sociales a través de la negociación colectiva pueden y deben efectuar los cambios sociales pertinentes dentro del ejercicio de sus competencias para asegurar a éstos una más y mejor calidad de vida laboral<sup>1805</sup>. Los convenios podrán servir de mecanismo de transposición de las normas que plasma la Directiva solo si así lo deciden los Estados, que deberán además fomentar que los mismos establezcan normas antidiscriminatorias y asegurar la nulidad de las que contravengan los derechos reconocidos con efecto discriminatorio. En tales términos, la norma de referencia en España impone al sector privado la exigencia de realizar adaptaciones razonables, cuotas de reserva de puestos de trabajo o igualdad de oportunidades desde los procedimientos de contratación y selección, hasta modificaciones en el entorno laboral que en muchas ocasiones será gestionado por el convenio colectivo como se verá con más detalle en las páginas siguientes. No obstante, será la ley 62/2003 de 30 de diciembre encargada de transponer al derecho español la Directiva 2000/78/CE, la que dedica un precepto en exclusiva al fomento de la igualdad en la negociación colectiva, incluyendo la posibilidad de incorporar medidas de acción positiva. Así, dicha norma insta -(«podrán»)-, que no obliga, a incluir en convenios colectivos medidas dirigidas a paliar situaciones de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso fundando en cualquier causa de discriminación, entre otras, la discapacidad.

---

<sup>1802</sup> BARBERA, M. “Le discriminazioni basate sulla disabilità”, BARBERA, M. (Edit.) *il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, op.cit.. P. 79ss. En ésta línea, VADALÀ, V. *La tutela delle disabilità*, op.cit.P 71-72. En el mismo sentido, MARELLA, L., “L’integrazione sociale delle persone disabili tranormalità e differenza (in margine all’art 8 della legge quadro sull’handicap)”. *Riv. crit. dir. priv.* 1994. P. 192.

<sup>1803</sup> SSTJUE de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, apartado 30; de 18 de marzo de 2014, *Z*, asunto C-363/12, apartado 73.

<sup>1804</sup> STJUE de 18 de marzo de 2014, *Z*, asunto C-363/12, apartados 75 y 90; de 22 de mayo de 2014, *Glatzel*, asunto C-356/12, apartados 68 a 70; de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, apartado 32.

<sup>1805</sup> Concepto popularizado por Irving Bluestone, director del Departamento de trabajadores unidos de la industria automovilística de la General Motors. GOODE, D.A., “Calidad de vida y calidad de vida laboral”. *Siglo Cero*, nº147. P. 46. Ver también MUNTANER GUASP, J. J., “Calidad laboral y discapacidad”, SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A., et al. (Coord.), *Discapacidad y vida laboral*. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.PP. 84ss.

La tutela de la discapacidad puede ser prevista como medio no solo para eliminar las diferencias, sino también como instrumento de protección del bien jurídico protegido que es la igual dignidad y de derechos de todos los seres humanos<sup>1806</sup>. El carácter pactado del sistema de negociación colectiva funciona como vehículo conductor de las innovaciones normativas y no solo eso, siendo un instrumento de regulación de relaciones laborales próximo a la realidad empresarial y social, el laboratorio perfecto de experimentación de nuevas formas de vinculación y fomento de la igualdad material de quienes se integran en éste colectivo. Pero como sucede con el resto de factores de discriminación, su carácter de arma de doble filo es a veces causa del mantenimiento de los sujetos con diversa capacidad a extramuros del mercado laboral o en condiciones desventajosas una vez accedido al mismo en comparación con quienes no padecen discapacidad alguna.

Las claves para evitar que la regulación de la discapacidad pueda soportar los efectos perniciosos de una negociación colectiva carente de interés por participar activamente en la inclusión de éstos trabajadores, se sitúan en el nivel de aprehensión o sensibilización del factor de riesgo sometido a regulación de los propios representantes de los trabajadores, la participación activa de las personas con discapacidad en las mesas negociadoras y el conocimiento en profundidad de las herramientas que tanto la legislación internacional como la nacional ponen a disposición de toda la colectividad.

En esta clave, los elementos negativos a los que se acaba de hacer referencia no deben empañar los esfuerzos que llevan a cabo los interlocutores sociales oído el llamamiento efectuado por las instituciones europeas desde los años 70<sup>1807</sup>. Los interlocutores sociales europeos han comenzado a participar con sus iniciativas en las políticas de implementación de la discapacidad como factor de riesgo de discriminación encaminadas a la remoción de dificultades de acceso al trabajo y compensación de desigualdades. En ésta dirección han elaborado sendos documentos dirigidos a recopilar las buenas prácticas empresariales y a plasmar el compromiso con la integración laboral de las personas con discapacidad<sup>1808</sup>. La diversidad de culturas, de mercados económicos y de políticas empresariales y de empleo, exige que existan divergencias en las necesidades que los interlocutores sociales deben promover y proteger con respecto a las personas que se relacionan con la discapacidad.

---

<sup>1806</sup> LOY, G. "La disabilità nelle fonti internazionali", LA MACCHIA, C. (Edit.) *Disabilità e lavoro*, op.cit. P.36.

<sup>1807</sup> Tanto el *Primer Programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos* de 1974 como el *Segundo programa de acción de la Comunidad en favor de los minusválidos (HELIOS)* (1988-1991) y el tercer *Programa de acción comunitaria para las personas «minusválidas»*, (*Helios II*) (1993-1996), ya pretendían potenciar la intervención de los interlocutores sociales en la organización del programa (apartado II del primer programa), en actividades de coordinación y realización de actividades destinadas a fomentar las innovaciones, a facilitar los intercambios de experiencias y a fomentar la difusión de las experiencias positivas [art. 4.1 a) Helios I] o en actividades relacionadas con la coordinación, emprendimiento y estimulación de actividades que sirvan para promover la innovación, el mayor conocimiento y difusión de las experiencias obtenidas. -[Art. 4.1, a), 2º párr. Helios II]. Además integraban el *Foro europeo de personas «minusválidas»* -[art. 9.1.b)]. Así mismo uno de los ejes de la estrategia de la Comunicación sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía, adoptada por la Comisión el 30 de julio de 1996, fue la participación de los agentes sociales como actores clave en el esfuerzo de integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral. En las acciones posteriores las instituciones regularmente los incluyen como miembros de necesaria colaboración en el desarrollo de sus objetivos en materia de discapacidad.

<sup>1808</sup> Compendio de buenas prácticas sobre la integración de las personas con discapacidad en el mundo laboral, remitido al Consejo Europeo de Viena en diciembre de 1998; *Declaración común sobre el empleo de las personas con «minusvalías»* (suscrita por UNICE, CES, y CEEP) en Bruselas, 1999.

Puesta en marcha la Directiva 2000/78/CE, los interlocutores sociales europeos vuelven a reunirse con el propósito de dar un nuevo impulso publicando en 2003 una «Declaración de empleo de personas con discapacidad», con razón del año europeo dedicado a los mismos. En tal documento, se arenga a todos los sindicatos de los Estados miembros a examinar los asuntos relacionados con el empleo y a desarrollar políticas de igualdad de trato y oportunidades en ésta área<sup>1809</sup>. Parece, no en vano, que el paso del tiempo ha ido desgastando el ímpetu con el que los interlocutores sociales europeos habían actuado en éste terreno, sin que desde entonces hayan emitido nuevas declaraciones conjuntas o puesto en marcha acciones propias<sup>1810</sup>. No obstante se incluye en Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 una recomendación donde se insta a los interlocutores sociales a incluir en sus negociaciones como prioridad el asunto de la discapacidad.

También a escala interna, los interlocutores sociales españoles han ido incrementando paulatinamente sus esfuerzos por la integración en igualdad de oportunidades y la eliminación de barreras materiales o inmateriales en el ámbito de las empresas que impidan una participación plena. Se advierte en primer lugar una cadencia más lenta de trabajo en comparación con otros sectores de la población especialmente protegidos generalmente aludidos en torno a buenos propósitos o declaración de intenciones que deberán materializarse en medidas más incisivas en niveles inferiores. Principalmente son destacables los compromisos y declaraciones aisladas incluidas en los sucesivos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva (ACN) desde el año 2002<sup>1811</sup>.

Fruto de su compromiso con las políticas de integración e igualdad, la Comisión de Seguimiento de los ANC emitió en 2006 su informe «Negociación Colectiva e Inserción Laboral de Personas con Discapacidad»<sup>1812</sup>. Dicho informe pone especial énfasis en el rechazo a la ausencia de Organizaciones Empresariales y Sindicales en la discusión y elaboración de las normas vigentes en materia de discapacidad. Así mismo, presentan fuertes críticas frente a mecanismos que consideran ineficaces como es la creación de Centros Especiales de Empleo (CEE)<sup>1813</sup>, o la ausencia de datos en determinados aspectos que permitan su evolución y seguimiento, como es el caso del cumplimiento de la cuota de reserva de personas con discapacidad. Con carácter general, emiten propuestas a los poderes públicos en materia de educación, formación o empleo.

---

<sup>1809</sup> “Declaration of the social partners for the European year of people with disabilities. Promoting equal opportunities and access to employment for people with disabilities” de 20 de enero de 2003.

<sup>1810</sup> Prueba de ello es la ausencia de iniciativas al respecto en su cuarto programa de trabajo 2012-2014. [http://www.ceoe.es/resources/image/programa\\_trabajo\\_interlocutores\\_sociales\\_europeos\\_2012\\_2014.pdf](http://www.ceoe.es/resources/image/programa_trabajo_interlocutores_sociales_europeos_2012_2014.pdf). Tampoco en el quinto y más reciente ‘Partnership for inclusive growth and employment’ para el periodo 2015-2017. [https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/publication/files/final\\_joint\\_social\\_dialogue\\_work\\_programme\\_2015\\_2017.pdf](https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/publication/files/final_joint_social_dialogue_work_programme_2015_2017.pdf).

<sup>1811</sup> ANC 2002 apunta el alto nivel de desempleo de éste colectivo; el ANC de 2003, encarga a la Comisión de Seguimiento del Acuerdo instar al Gobierno para un mayor diálogo social en ésta materia, a elaborar y difundir buenas prácticas a y así como se comprometen a analizar los factores externos que influyen en sus oportunidades de obtener un empleo y el estudio de medidas que puedan contribuir a eliminar los obstáculos. El ANC de 2005 se limita a reconocer dificultades en la integración laboral de los mismos, o para su incorporación en términos de igualdad y reconoce la importancia de adaptar los puestos de trabajo para favorecer la incorporación al empleo. Finalmente el ANC de 2007 dedica un apartado a reiterar las declaraciones y compromisos incluidos en el Informe de la Comisión de Seguimiento sobre negociación colectiva y discapacidad de 2006.

<sup>1812</sup> Publicado en, *Negociación colectiva e inserción laboral de personas con discapacidad: informe aprobado por la Comisión de Seguimiento del Acuerdo para la Negociación Colectiva el día 26 de Enero de 2006*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

<sup>1813</sup> A pesar de que en 2001 los datos demostraban la efectividad de los CEE como mecanismos de generación de empleo. LALOMA GARCÍA, M., *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*. Ediciones Cinca, Madrid, 2007. P. 111.

Además ofrecen propuestas a la negociación colectiva muy particularizadas con respecto a la cuota de reserva, el empleo protegido o los enclaves laborales sin entablar medidas dirigidas al quienes trabajan en el mercado laboral ordinario<sup>1814</sup>. Finalmente en 2007 será la última vez que un ACN haga referencia expresa al asunto de la discapacidad como objetivo prioritario de la negociación colectiva, fruto quizás del comienzo de una etapa de recesión económica que ha desviado la atención de los interlocutores sociales hacia otros asuntos.

Con carácter posterior se constituye la Estrategia global de empleo para las personas con discapacidad para los 2008-2012, llevada a cabo por las instituciones públicas, previa consulta con los interlocutores sociales y con la principal organización española representativa de las personas con discapacidad y sus familias (CERMI), dirigida a promover el acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo mejorando su empleabilidad e integración laboral<sup>1815</sup>. Es importante a efectos del cumplimiento de los objetivos de la estrategia global respetar la autonomía colectiva puesto que los interlocutores sociales deben ser partícipes del fomento de la inserción laboral de las personas con discapacidad y utilizar la negociación colectiva para hacerla posible.

A mayor abundamiento y no solo a través de su participación en las instituciones públicas, las organizaciones sindicales han proporcionado mecanismos dentro de su estructura interna para la elaboración de propuestas y representación especial de este colectivo sin que se hayan creado en ninguno áreas específicas dedicadas a los mismos de forma análoga a los grupos de trabajo de mujer o juventud. Así, la discapacidad en la realidad sindical española viene a ser tratada dentro de áreas temáticas generales como la política social (CCOO, CGT) o la igualdad (UGT, USO). Como dato positivo podemos incluir aquí la creación del Sindicato Independiente de Discapacitados, de ámbito andaluz cuya implantación en la realidad de representación laboral es sumamente escasa. Su singularidad estriba en la escasez de este tipo de sindicatos en todo el mundo.

En el ámbito comparado también se incorpora la discapacidad a la estructura sindical. Así se manifiesta en los principales sindicatos en Italia, como son CGIL, CISL, UIL y UGL<sup>1816</sup>. La CGIL dispone de una oficina de políticas sobre la discapacidad, que se reproduce en cada sección provincial, cuyas acciones se dirigen a tutelar el cumplimiento normativo por parte de las empresas. Realiza actividades de seguimiento, consulta e información a los trabajadores con discapacidad o a miembros de su familia. Por su parte la CISL cuenta con un departamento de políticas sociales al interno del cual se desarrollan líneas de apoyo a las personas con discapacidad. El sindicato UIL incluye dentro de sus áreas temáticas de actividad el apartado «Handicap», contando en su

---

<sup>1814</sup> Fomentar el cumplimiento de la cuota de reserva, que la negociación colectiva sea el mecanismo regulador del empleo protegido y adecuar el encuadramiento profesional en los CEE e incluir la normativa de prevención con respecto a los enclaves laborales en los procesos de negociación.

<sup>1815</sup> Aprobada en aplicación de la DA 12ª de la Ley 43/2006, para la mejora del crecimiento y del empleo.

<sup>1816</sup> DAITA, N., "Introduzione", LA MACCHIA, C., (Edit.), *Disabilità e lavoro*, op.cit. P. 25. La autora, responsable del área de contratación social y de la oficina de políticas de discapacidad en la CGIL, sostiene que el sindicato continúa llevando a cabo su parte de responsabilidad siempre de forma mejorada, a través de la representación de las personas con discapacidad en las empresas, en los organismos, en las confederaciones y en la negociación colectiva.

página web con útil información acerca de los conceptos, permisos y acciones referentes a la discapacidad. Finalmente UGL instituyó en el 1953 el Ente Nacional para la Asistencia Social, que se ocupa de tutelar a los trabajadores en situación de desventaja social así como a pensionistas, ofreciendo un servicio gratuito en el plano técnico, de defensa de sus derechos, sin precisar, no obstante, de una acción diferenciada e independiente para las personas con discapacidad. Todo lo anterior es el resultado del rol central que asumen los agentes sociales en Italia en la elaboración de políticas e instrumentos de tutela de los trabajadores con discapacidad<sup>1817</sup>.

### 2.3. Organismos paritarios de representación y participación de las personas con discapacidad en las mesas de negociación

Ya hemos visto en capítulos anteriores que es frecuente que los textos convencionales españoles prevean la creación de comisiones u otros organismos bilaterales para la protección de la igualdad y no discriminación de los trabajadores. Resta conocer si las normas convencionales prevén la creación de órganos ad hoc, secciones u otros entes específicos cuyos objetivos primordiales de actuación se limiten a la problemática de la discapacidad o incluso si la discapacidad se menciona entre el contenido funcional de aquellos organismos generales de igualdad y no discriminación.

Lamentablemente el rastreo por la muestra de un conjunto de convenios colectivos vigentes en España nos ofrece un panorama poco transitado por lo que se refiere a la creación de organismos especializados en discapacidad. Algún ejemplo hallamos en las competencias atribuidas a la Comisión Paritaria Sectorial de Seguridad y Salud Laboral cuando éste es encargado de establecer un catálogo de puestos para personas con discapacidad y adaptación de los mismos<sup>1818</sup>. En cambio, en el panorama convencional italiano se ha encontrado algún ejemplo de comisión específica en materia de discapacidad<sup>1819</sup>, o en otro caso se dota al organismo paritario para la igualdad de funciones específicas de formación de las personas con discapacidad, a través de mecanismos como la organización de cursos dirigidos a su captación con el objeto de favorecer su útil colocación en puestos de trabajo adecuados a sus habilidades laborales, de forma compatible con las necesidades técnicas y organizativas del ente empresarial<sup>1820</sup>. En otros casos se atribuyen funciones de proposición de acciones a favor de las personas con discapacidad<sup>1821</sup>, o de evaluación del grado de aplicación de la normativa aplicable en materia de discapacidad<sup>1822</sup>.

<sup>1817</sup> LA MACCHIA, C., "Conclusioni", LA MACCHIA, C. (Edit.) *Disabilità e lavoro*, op. cit. P. 485.

<sup>1818</sup> Art. 45.3 b) CC *Farmacias*.

<sup>1819</sup> El 22 CC *aziendale Equitalia S.p.A* prevé un observatorio sobre las diversas habilidades y mobbing. Mediante el mismo las partes se comprometen a buscar todos los instrumentos idóneos para favorecer la entrada en la empresa de quienes tengan diversas habilidades para lo cual la empresa las adaptaciones necesarias y los instrumentos de trabajo.

<sup>1820</sup> art. 24.4.3 CCNL CCNL *Abbigliamento Moda. SMI y Confindustria*.

<sup>1821</sup> Al Observatorio Nacional Paritario, art. Apéndice 7 CCNL *ABI*.

<sup>1822</sup> Concretamente de la ley 68/1999 de 12 de marzo, art. 1 de la Parte Primera CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*.

Finalmente, sin carácter estructurado como el que pueda ofrecer el nacimiento de una comisión o ente paritario al que se atribuyen funciones específicas y de control, algún convenio prevé un encuentro anual de los representantes de trabajadores y empresarios para el tratamiento de asuntos relativos a la discapacidad como intervenciones efectuadas en orden a la eliminación de barreras arquitectónicas ,sobre los puestos de trabajo que puedan ser asignados a personas con discapacidad, o introducción de innovaciones tecnológicas dirigidas a la eliminación de barreras a la comunicación e información a las personas con discapacidad<sup>1823</sup>.

Al margen de los paradigmas traídos a colación, es poco frecuente que las comisiones paritarias instituidas en materias de igualdad o de conciliación también en Italia prevean mecanismos de implementación de políticas antidiscriminatorias por razón de discapacidad o de integración y desarrollo de la carrera laboral de los mismos. Al contrario, como sucede en España, generalmente dichos organismos dirigen sus funciones y ocupaciones desde una óptica de género, sin que prevean la ampliación de su radio de actuación a categorías de sujetos protegidos dignos de especial tutela<sup>1824</sup>.

Sin duda entre los diversos factores que inciden en el mantenimiento de la segmentación de las personas con discapacidad destaca no solo la escasez de formación y conocimiento específico de los representantes de los trabajadores en materia de discapacidad, sino la ausencia de participación articulada y constante de miembros de esta segmento en cualquier tipo de negociación, ya verse sobre aspectos que directamente les involucran, ya sea para cualquier otro asunto en el que puedan ofrecer una visión transversal de la discapacidad mediante la traslación de sus conocimientos específicos y de la propia experiencia al resto<sup>1825</sup>. Para ello, resulta imprescindible que las candidaturas sindicales a elecciones a representantes de trabajadores incluyan a miembros de éste colectivo, careciéndose en la actualidad de sistemas que fomenten su participación efectiva.

Desgraciadamente, no son tiempos los que corren en los que estos propósitos parezcan llevarse a cabo en el panorama de la negociación colectiva actual. En este sentido se pronunciaba el Presidente del CERMI en Extremadura, momentos antes de dar inicio las Jornadas sobre “Negociación Colectiva y Discapacidad” organizadas por la institución que preside y UGT-Extremadura, lamentándose de que «en nuestro país, hace tiempo, fuimos los últimos –los discapacitados- en sentarnos a esa mesa de negociación donde

---

<sup>1823</sup> Art. 12.1 D, 1,4 y 5 CCNL *ABI*. En parecidos términos, art. 17 CCNL *Banche di credito cooperativo casse rurali ed artigiane*.

<sup>1824</sup> Reconoce Sergio Spiller, secretario general adjunto de Femca-Cisl, que entre sus reclamaciones a la parte empresarial nunca se incluyó la de atribuir a dicha comisión la función de ocuparse del tema de la discapacidad. STEFANOVICHJ, S. “Disabilità e non autosufficienza nella contrattazione collettiva . Il caso italiano nella prospettiva della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020”. *Adapt Labour studies*, Ebook series n° 33, 2014.P. 234.

<sup>1825</sup> Merino Segovia ya indicaba que la incorporación de estas personas a la actividad sindical y el reconocimiento de sus derechos colectivos deben ser estimulados y facilitados, así como debe ser promovido su presencia en las comisiones negociadoras. MERINO SEGOVIA, A., “El tratamiento de la discapacidad en la negociación colectiva”, ROMERO RÓDENAS, M. J. (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*. Bomarzo, Albacete, 2003. P. 170.



parece que había abundancia, y en estos momentos hemos sido los primeros en salir de esa mesa donde no hay nada ya»<sup>1826</sup>.

Es preciso que estas personas tengan entrada en las mesas de negociación colectiva para dar mayor visibilidad a la discapacidad en el empleo ordinario así como evitar el bloqueo de los avances recogidos en disposiciones de carácter legal. La heterogeneidad que caracteriza al propio colectivo ha de redundar en una heterogeneidad de sujetos que la representan para así configurar una práctica negocial que se haga eco de las necesidades de estos individuos.

Por estas razones es necesario retomar el lema inspirador del movimiento de Vida Independiente que se desarrolla en Estados Unidos por los años 60, a tenor del cual «nada para nosotros sin nosotros»<sup>1827</sup>.

#### 2.4. Medidas de reconocimiento general de la igualdad de oportunidades y no discriminación

Los últimos instrumentos de regulación de la condición personal y social de las personas con discapacidad han puesto especial énfasis en la promoción de la igualdad de oportunidades como clave fundamental para el éxito su empleabilidad, así como la no discriminación en ningún aspecto de su vida laboral, objetivos sobre los que se centrará la política de inserción de éste colectivo<sup>1828</sup>. El reconocimiento de tales derechos se ha de incorporar del mismo modo en la práctica convencional en la que se asegure la protección integral frente a violaciones de los mismos que se puedan producir tanto en los momentos previos a la incorporación al trabajo como en el decurso y fin de la relación laboral.

##### 2.4.1. Cláusulas generales de igualdad y prohibición de discriminación

A los efectos de garantizar la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad resultan igualmente útiles las cláusulas que reconozcan positivamente éstos derechos. Sin embargo, en los últimos años sigue presente la escasez de las mismas como ya se había reflejado en estudios anteriores<sup>1829</sup>. Generalmente los

---

<sup>1826</sup> Fuente: Periódico Región digital. <http://www.regiondigital.com/noticias/portada/204388-ugt-y-cermi-extremadura-apuestan-por-trabajar-en-la-negociacion-colectiva-como-el-mejor-instrumento-para-mejorar-la-empleabilidad-en-el-sector-de-la-discapacidad.html>.

<sup>1827</sup> CHARLTON, J.L., *Nothing about Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment*. Universidad de California Pr. California, 2001. P. 3ss. VIDAL GARCIA ALONSO, J., (Coord.), *El movimiento de vida independiente. Experiencias Internacionales*. Fundación Luis Vives, Madrid, 2003.

<sup>1828</sup> Un enfoque basado en la igualdad de oportunidades es el camino correcto a seguir para mejorar las oportunidades de empleo de éstos en el mercado de trabajo. *Declaración de los agentes sociales europeos por el año de personas con discapacidad*, pág. 2. Ya formaba parte del título de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y se configura como uno de los principales objetivos del texto refundido RD 1/2013.

<sup>1829</sup> Entre otros, MERINO SEGOVIA, A., "El tratamiento de la discapacidad en la negociación colectiva", ROMERO RÓDENAS, M. J. (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, op.cit.P. 171. DILLA CATALÁ, M.J, ARROYO GONZÁLEZ, M.,

convenios colectivos mantienen el compromiso de asegurar la igualdad y la no discriminación de todos los trabajadores, entre otras, por razón de discapacidad<sup>1830</sup>, sin que se exprese en la mayoría de ellos la intención de sistematizar un conjunto integrado de medidas que confieran un valor añadido al reconocimiento pleno de la igualdad y la no discriminación por razón de discapacidad. En algún caso la prohibición de ser discriminados se supedita a que las personas que padecen discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar las funciones propias del puesto de trabajo<sup>1831</sup>. Como excepción, el Convenio Colectivo de la Industria Química dedica un apartado a la «Contratación de Discapacitados físicos, psíquicos y/o sensoriales» en el que enumeran un conjunto de medidas tendentes a garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación, como la recolocación del trabajador con discapacidad sobrevenida o provisión de plazas adecuadas que puedan ser cubiertas por aquellos trabajadores que por discapacidad no puedan seguir desempeñando su oficio con el rendimiento normal, poner en marcha mecanismos de adaptación razonable y accesibilidad cuando sea necesario o fomentar la contratación temporal de personas con discapacidad<sup>1832</sup>.

De forma aislada, algún convenio se detiene en imponer la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad con respecto a determinadas circunstancias especiales. Así, el Convenio colectivo del sector de la Construcción proclama la prohibición de discriminación por razón de discapacidad de un grupo concreto de trabajadores, como son los contratados para ser cedidos<sup>1833</sup>. El Convenio de la Banca, en cambio, impone a sus trabajadores un código deontológico mediante el que se exige respetar, en las relaciones con la clientela y con las personas que trabajan en su entorno, a la persona y a su dignidad y para ello se pondrá especial cuidado en no ejercer ningún tipo de discriminación por razón de discapacidad, entre otros<sup>1834</sup>.

La situación en el sistema convencional italiano no es muy diferente, donde resulta ardua la tarea de identificar un compromiso general y un tratamiento transversal de la discapacidad. Si bien se han detectado capítulos completos dedicados a las personas con discapacidad estos se reducen a la ejemplificación de alguna medida aislada de promoción de su empleabilidad, como es el caso del Capítulo VII del Título I del CCNL per i dipendenti da aziende del terziario di mercato, distribuzione e servizi, donde las partes convienen sobre el objetivo único de favorecer la inserción de los jóvenes con reducción de la capacidad laboral debido a una discapacidad intelectual ligera, sobre la base de convenciones y de otros instrumentos previstos en la ley 68/1999.

---

CUEVA PUENTE, C., SOBRINO GONZÁLEZ, G. M., “*Los trabajadores discapacitados en la negociación colectiva*”, VALDÉS DAL RÉ, F., (Dir.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005. P.330.

<sup>1830</sup> En términos relativos son pocos los convenios que se refieren a la discapacidad en sus cláusulas generales de igualdad y no discriminación. Entre ellos, art. 9 *sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías*.

<sup>1831</sup> Art. 68 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*.

<sup>1832</sup> Art. 13.5. En los mismos términos, art. 8.11 CC *industrias transformadoras del plástico de la Comunidad de Madrid*.

<sup>1833</sup> CC *del sector de la construcción*, artículo 25.3 d).

<sup>1834</sup> Art. 7. De forma similar, el art. 55.4 del CC *del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio* define como acto discriminatorio a efectos de general acoso laboral «cualquier comportamiento realizado por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual o enfermedad cuando se produzcan dentro del ámbito empresarial o como consecuencia de la relación laboral con el fin de atentar contra la dignidad de las personas creando un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». En parecidos términos, art. 112.3 d) CC *industria química*.

Con carácter global, los convenios colectivos en Italia se limitan a recoger la obligación de asumir un porcentaje de trabajadores con discapacidad según lo dispuesto por la norma legal. De forma remota y escasa, se han detectado cláusulas que de modo implícito disponen la prohibición de tratamientos desiguales, a través de la declaración de extensión o confirmación de la total aplicación del convenio colectivo a los trabajadores con discapacidad, ya sean asumidos a tiempo determinado o indeterminado<sup>1835</sup>, disposiciones que pueden resultar innecesarias por su obviedad, pero que recogen la obligación impuesta por la ley<sup>1836</sup>. No obstante lo anterior, el compromiso con la instauración de la igualdad material de este segmento de la población en algún convenio aumenta en intensidad. Es el caso de aquellos donde las partes se proponen realizar cuantas iniciativas y procedimientos estén a su disposición como en el caso de la gestión de horarios flexibles o el reconocimiento de permisos no retribuidos para los trabajadores con discapacidad o los que tengan un familiar con discapacidad a cargo y precisen terapias terapéutico-rehabilitadoras<sup>1837</sup>. Otros incluso promueven la elaboración de estudios en ámbito territorial para examinar la problemática referente a las «barreras arquitectónicas» y de cualquier obstáculo para el correcto desempeño de la actividad en los lugares de trabajo, a fin de favorecer una superación de las mismas compatibles con las exigencias técnicas de la empresa, tratando de buscar soluciones alternativas en todo caso<sup>1838</sup>.

Las normas convencionales de niveles más cercanos a la realidad laboral muestran menor sensibilidad con los trabajadores diversamente hábiles, pese al concreto llamamiento realizado por la negociación colectiva de nivel nacional a la materialización y desarrollo de los objetivos e iniciativas en los niveles inferiores por ser las empresas las unidades productivas adecuadas para resolver el problema de la inserción profesional de los mismos en el que se tendrán las posibilidades técnico-organizativas de la misma. Sin embargo, dichas prescripciones se ubican de un modo más idóneo, según entienden las empresas, en el plano de la responsabilidad social empresarial, externas al marco estrictamente imperativo<sup>1839</sup>. Pese a ello se encuentra algún ejemplo paradigmático de buena práctica a nivel empresarial como es el puesto en práctica por la empresa Equitalia, donde se incorpora la voluntad de favorecer la inserción de los diversamente hábiles en la empresa a través de las adaptaciones e instrumentos de trabajo necesarios, constituyendo a tal fin un observatorio mixto al que

---

<sup>1835</sup> Art. 71 CCNL *per i dipendenti delle imprese metalmeccaniche artigiane ed affini* 2012 (en adelante CCNL Metalmeccanico-Artigianato). Art. 91 CCNL *settore edile ed affini*. Art. 21 CCNL *Settore edile, costruzione, restauro ed affini*.

<sup>1836</sup> Art. 10.1 ley 68/1999.

<sup>1837</sup> Art. 21 CCNL *settore edile, costruzioni, restauro ed affini*. Art. 71 CCNL *Metalmeccanico-Artigianato*. Art. 91 CCNL *settore edile ed affini*. El art. 48 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*, se dirigido a «categorías en desventaja social», bajo la premisa de la existencia de las mismas, podrán promover y sostener iniciativas dirigidas a la inserción profesional, en particular de las personas con discapacidad.

<sup>1838</sup> Art. 71 CCNL *Metalmeccanico-Artigianato*. El art. I/O.2 CCNL *settore costruzioni ed affini* atribuye al empresario la labor de removerlas. Art. 91 CCNL *settore edile ed affini*. El art.16 *Banche di credito cooperativo casse rurali ed artigiane* impone a las empresas informar anualmente a los sindicatos de las remoción de las barreras arquitectónicas llevadas a cabo a favor del acceso de personas con discapacidad.

<sup>1839</sup> Así lo afirma Andrea Piscitelli, director central de relaciones industriales de Federchimica sobre la disposición prevista en la Parte IV del CCNL *settore chimico ed affini e GPL*, en la entrevista contenida en STEFANOVICHJ S., *Disabilità e non autosufficienza nella contrattazione collettiva. Il caso italiano nella prospettiva della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020*, op.cit. P. 106.

corresponden amplias funciones de prevención y remoción de situaciones discriminatorias<sup>1840</sup>.

#### 2.4.2. Medidas de acción positiva

El modelo social de la discapacidad persigue una sociedad en la que se integre con normalidad a quienes padecen alguna disminución física, psíquica o sensorial y por tanto sean innecesarias las acciones específicas para integrar en todos los niveles a estas personas. Por el contrario, ha sido advertido, aunque de forma muy minoritaria, que una sociedad ideal nunca será aquella que no diferencie entre personas con discapacidad y las que no, sino todo lo contrario, el tratamiento positivo dirigido a personas con discapacidad se torna necesario<sup>1841</sup>. Por ello, el término discapacidad para algunos autores se torna en incorrecto cuando el consenso doctrinal traslada todo el problema de la adaptación a la propia sociedad y muestra desinterés por el propio individuo en sí mismo considerado. Si bien la sociedad sin barreras es un fin ideal en sí mismo, no se puede desconocer el hecho de que existen personas que necesitan de acciones específicas para su completa integración, aunque ello sea consecuencia de una disfunción de la sociedad y no al contrario<sup>1842</sup>. Por ello, el uso del término persona con discapacidad en el seno de las normas reguladoras de dicha situación no podrá ser erradicado en tanto sean necesarios, es decir, hasta que se haya superado la dificultad hoy todavía patente de integración y entonces las medidas positivas dirigidas a tal colectivo puedan ser tildadas de paternalistas y por lo tanto, regresivas y eliminables. Es preciso pues, conjugar medidas de adaptación de la sociedad así como la aplicación de una justicia distributiva que permita la igualdad material, sin que sea suficiente trabajar en estas dos dimensiones de forma aislada<sup>1843</sup>.

De la combinación de los artículos 14 ,9.2, y 49 CE, se extrae la capacidad y obligación al mismo tiempo por parte de los poderes públicos de introducir medidas de acción positiva, como mecanismos de sus políticas de promoción de la igualdad de las personas con discapacidad<sup>1844</sup>, que no deben ser consideradas discriminatorias<sup>1845</sup>. Así mismo, el compromiso del Estado español a su utilización quedó plasmado tras la adhesión a la

---

<sup>1840</sup> Art. 22 CC *aziendale Equitalia S.p.A.*

<sup>1841</sup> GIMÉNEZ GLÜCK, D., “El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español”, PÉREZ BUENO, L.C., (Dir.) *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje a Rafael de Lorenzo*. Aranzadi, Cizur Menor, 2009. PP. 235-236. En contra de ésta opinión, MARTÍNEZ PUJALTE, A.L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, op.cit. nota 23. PP. 29-30.

<sup>1842</sup> Propone hablar de «sociedades capaces», PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, op.cit. P. 104. Mientras tanto cree que resulta oportuno huir de términos perifrásticos como el de «personas con diversidad funcional» o «personas con capacidades diferentes».

<sup>1843</sup> Sostienen la necesidad de ambos planteamientos que provienen de la búsqueda por la igualdad real WASSERMAN D., “Distributive Justice”, SILVERS, A., WASSERMAN, D. y MAHOWALD, M. B., (Dir.), *Disability, Difference, Discrimination. Perspective on Justice in Bioethics and Public Policy*. Rowman & Littlefield Publishers, Inc, United States of EE.UU. 1998. PÉREZ DE LA FUENTE, O., *Inclusión, redistribución y el reconocimiento: discriminación positiva, diversidad cultural y justicia*, Dykinson, Madrid, 2008.

<sup>1844</sup> En Francia también se instituye al Estado como garante de la igualdad de tratamiento de las personas con discapacidad al mismo tiempo que se reconoce a las personas con discapacidad el derecho a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional. Art. L114-1, Código de la acción social y de las familias.

<sup>1845</sup> Art. 4 Convenio n° 159 OIT de 1983, ratificado por España en 1980 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas).

CDPD y la Directiva 2000/78 permite introducir medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de las personas con discapacidad en el mundo laboral<sup>1846</sup>.

Si bien previstas de forma vinculante para el Estado, el establecimiento de éste tipo de medidas por parte de los agentes sociales se adaptan a la norma laboral que proscribía en el art. 17.1 ET las medidas discriminatorias desfavorables por razón de discapacidad-no así las favorables-así como a lo establecido en el art. 40 TRLGD que permite la adopción de medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad para garantizar la plena igualdad en el trabajo sin que ello contravenga el principio de igualdad de trato. No obstante, si para los poderes públicos no es exigible en todo caso una respuesta directa a las necesidades de éste colectivo<sup>1847</sup>, sin perjuicio de los controles a los que puedan estar sometidos<sup>1848</sup>, mucho menos lo será a los interlocutores sociales, quienes además se encuentran respaldados por su derecho a la autonomía de la voluntad colectiva y también por la libertad de elección del contenido de sus pactos sin que éstos puedan ser contrarios al art. 14 CE. Por lo tanto, la negociación colectiva posee un amplio margen de discrecionalidad en éste sentido que ha podido ser visto como el causante de discriminación por omisión<sup>1849</sup>, pero que en todo caso permite que sean incorporadas en ejercicio de la buena voluntad de los pactantes<sup>1850</sup>.

Permaneciendo así las cosas, no todos los convenios colectivos recogen en su articulado medidas de éste tipo, mientras que la tipología de las mismas detectadas en la muestra de convenios tomada se muestra heterogénea.

#### 2.4.2.1. Promoción de la igualdad en el acceso al empleo

Las dificultades del personal con discapacidad en el acceso al empleo ha provocado que se intensifiquen los mecanismos de promoción a la contratación desde las instancias públicas mientras que la negociación colectiva suele acomodarse a la norma legal a éste respecto resultando poco innovadora. En éste sentido, un amplio porcentaje de la población con discapacidad en edad activa señala una o más barreras para acceder a un

---

<sup>1846</sup> La CDPD hace referencia expresa a las mismas en el art. 27.1 h). Por su lado, resultan avaladas las medidas de diferenciación basadas en la discapacidad cuando persigan dicha finalidad en base a lo dispuesto en el art. 7.1 de la misma, STJUE de 9 de marzo de 2017, *Milkova*, asunto C-406/15, apartado 46.

<sup>1847</sup> Puesto que no cabe, a modo de ejemplo basar la inconstitucionalidad de un norma por incumplimiento del mandato de promover la igualdad real inserto en el artículo 9.2. STC 98/1985 de 29 de julio, FJ 9 in fine.

<sup>1848</sup> La ratificación del Protocolo facultativo a la CDPD supone el reconocimiento de la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto, o ser sujeto de sanciones por parte del TJUE en aplicación de la Directiva 2000/78 en el restringido marco del empleo y la ocupación.

<sup>1849</sup> RUIZ CASTILLO, M. M. *Igualdad y no discriminación. la proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, Albacete, 2010. PP. 61-62.

<sup>1850</sup> El art. 42 de la ley 62/2003 que permite la inclusión de cláusulas convencionales destinadas a favorecer la igualdad de oportunidades en éste ámbito.

empleo adecuado<sup>1851</sup>. Sufren procesos discriminatorios sobre todo en la fase de ingreso al mercado de trabajo, no siendo capaces de acceder a ocupaciones de mayor cualificación y bien remuneradas. Por el contrario, desarrollan en la mayoría de los casos actividades poco cualificadas porque siguen siendo concebidos como menos productivos, menos adaptables a las transformaciones de la organización laboral e incluso considerados como costes adicionales<sup>1852</sup>. Como en todos los países europeos, las probabilidades de que una persona con discapacidad encuentre un trabajo, es inversamente proporcional al nivel de discapacidad<sup>1853</sup>.

Con independencia de las medidas de acción positiva diseñadas para introducir forzosamente a los miembros de este grupo marginal en el mercado laboral, de las que se darán cuenta en apartados posteriores, es preciso considerar la existencia de cláusulas en la negociación colectiva que impongan la prohibición de discriminación en el momento de acceder al empleo<sup>1854</sup>, circunstancia que puede derivarse a modo de ejemplo, de un sistema de selección del personal poco transparente o que incluso expuesto en términos neutros acabe por desfavorecer a las personas relacionadas con la discapacidad. Por ello, las pruebas de selección, pese a situarse en un momento precontractual y sin vinculación, están limitadas naturalmente por los derechos fundamentales de los sujetos al respeto a su intimidad y a no ser discriminado<sup>1855</sup>.

Entre otras soluciones posibles, destacan en primer lugar las declaraciones de promoción de la contratación de cualquier miembro de éste colectivo en condiciones de igualdad y sin discriminación<sup>1856</sup>. En segundo lugar, puede pensarse en cláusulas que incluyan la identificación de puestos y actividades que puedan ser cubiertos<sup>1857</sup>, o la colaboración de los medios técnicos o humanos que se estimen necesarios para favorecer que las pruebas o métodos selectivos sean adecuados para valorar las distintas capacidades de todos los sujetos aspirantes al puesto. Finalmente, los representantes de los trabajadores deberán controlar que el proceso de contratación sea fiel a la prohibición de discriminar en el acceso al empleo por razón de discapacidad. Lamentablemente este tipo de disposiciones no han sido incorporadas aún por los interlocutores sociales, de manera que una vez más la negociación colectiva no

---

<sup>1851</sup> Informe 1, “La situación de las personas con discapacidad en el mercado laboral”. Odismet (Observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo en España), Madrid, Fundación Once, 2016. P. 36. Casi el 70% en 2012 así lo afirmaba. <http://www.odismet.es/es/informes/>.

<sup>1852</sup> Desde el enfoque italiano TUORTO, D., *Il lavoro difficile. Discriminazione e gruppi discriminati in Italia*, op.cit. P. 81. En España demuestra la alta tasa de empleo poco o nada cualificado el Informe 1, “La situación de las personas con discapacidad en el mercado laboral”. Odismet (Observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo en España), op.cit. P. 11.

<sup>1853</sup> TUORTO, D. *Il lavoro difficile. Discriminazione e gruppi discriminati in Italia*, op.cit. P. 41.

<sup>1854</sup> Por ejemplo así lo dispone el art. 11 CC *industria química* o el art. 6 CC *industrias transformadoras del plástico de la Comunidad de Madrid*.

<sup>1855</sup> Al respecto, GOÑI SEIN, J., L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “El reconocimiento médico de aptitud profesional del aspirante al empleo”, ALENZA GARCÍA, J., ARCOS VIEIRA, M.L., *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho Sanitario*. Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2013. PP. 301ss. ESTEBAN LAGARREGA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, op.cit. PP. 312 ss.

<sup>1856</sup> Como por ejemplo efectúa el art. 14 del CCNL *Legno-Mobili-Arrendamiento-Sughero-Forestale*, que regula el acceso a las empresas donde exigen a las empresas considerar con mayor atención al problema de la inserción del personal con discapacidad, en el ámbito de la propia capacidad técnico-organizativa y de las propias capacidades de la persona a contratar. En parecidos términos, art. 1.9 de la Parte Primera del CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro* o art. 14 CCNL *Legno - Mobili - Arredamento Sughero - Forestale*.

<sup>1857</sup> En Italia, el art. 17 CCNL *Banche di credito cooperativo casse rurali ed artigiane* establece que en reuniones periódicas entre representantes de trabajadores y empresas se evaluarán los puestos de trabajo que, de forma compatible con la organización empresarial, puedan ser asignados en vía experimental a sujetos con discapacidad, sin especificar si se refiere a trabajadores ya incorporados u objeto de nuevas contrataciones. En los mismos términos, art. 12 CCNL *ABI*.

contribuye a la modificación de un panorama especialmente desolador para éste colectivo.

#### 2.4.2.2. Planes de Igualdad

A pesar de que la ley 62/2003 de transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2000/78/CE insta expresamente a los poderes públicos al fomento de la adopción por las empresas y por las organizaciones sindicales y empresariales de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad<sup>1858</sup>, ni las autoridades públicas han cumplido su cometido, desaprovechando la oportunidad que se les brindaba ante la reciente refundición de textos legales sobre discapacidad, ni los interlocutores sociales han trabajado por su implantación<sup>1859</sup>.

En éste terreno tan solo alguna normativa autonómica ha tomado ejemplo. De ésta manera, la Ley 2/2013 en materia de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad aplicable a la Comunidad de Castilla y León, compromete igualmente a la administración pública a la promoción en la adopción de estos planes en empresas<sup>1860</sup>. Los planes deberán contener estrategias, objetivos y acciones de igualdad, llevados a cabo a través de la disposición de los recursos necesarios y sistemas de evaluación e implementación de los mismos, en cuyo caso han de ser elaborados, desarrollados y controlados por la representación legal de los trabajadores. Contendrán, como mínimo, los objetivos de igualdad que se deben alcanzar, las estrategias y prácticas para su consecución, el grado de obligatoriedad para la empresa, los recursos para su implementación y los sistemas de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

El nivel de desarrollo de éste tipo de medidas demuestra ser insuficiente si lo comparamos con el nivel de exigencia alcanzado en países como Francia, donde la ley detalla un amplio número de materias que necesariamente deben ser negociadas en los acuerdos colectivos empresariales o de sector, a las que aludíamos anteriormente. Además, podrán celebrar un acuerdo regulador de tales materias mediante en que se puede sustituir la obligación de empleo a través de la puesta en marcha de programas de acción anual o plurianual en favor de los mismos<sup>1861</sup>.

De éste modo, los planes de igualdad vigentes en España se aprueban en el marco de la protección frente a la discriminación entre mujeres y hombres. En ellos, de forma

---

<sup>1858</sup> Art. 43 ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

<sup>1859</sup> Tal es así que los convenios generalmente identifican los planes de igualdad introducidos ley 3/2007 en materia de igualdad de género. Por su parte, considera que, la imposición por ley de planes de igualdad corre el riesgo de que las empresas los establezcan de forma vacua, limitada o abstracta. RUIZ CASTILLO, M.M. *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, op.cit. P 158.

<sup>1860</sup> Art. 27.4 Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

<sup>1861</sup> La aplicación de dichos planes de acción especial, denominados *Accord Agréé*, siempre que sean aprobados por la autoridad competente vienen a sustituir la obligación de empleo sujeto a la realización de las acciones planteadas en el mismo. Arts. L 5212-8, L 5212-17 y R 5212-12 a R 5212 -18 del Código de Trabajo.

excepcional, se encuentra alguna referencia a la discapacidad<sup>1862</sup>. Un paso más allá da el Plan de Igualdad de Ford aprobado en 2011 en el que junto con una declaración general de igualdad de oportunidades laborales sin discriminación o acoso basado en la discapacidad, se presentan medidas específicas que pretenden favorecer su desarrollo profesional. En ésta línea, pretenden promover la conciliación de la vida profesional y familiar de los trabajadores con hijos o familiares a cargo con discapacidad<sup>1863</sup>, se incluye un apartado específico en atención a estas personas destinado a plantear objetivos de integración en el empleo, a través de la prestación de sus servicios en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato así como a través de la formación necesaria para el mantenimiento y la progresión profesional. Éstos objetivos vienen acompañados por el compromiso de adaptación de los puestos de trabajo en atención tanto a las características del puesto, como las del propio trabajador. Finalmente, se proponen una serie de indicaciones para el seguimiento de los progresos alcanzados a través de análisis de la situación en la empresa mediante el cual se extraiga información sobre el número de personas con discapacidad contratadas, el porcentaje de éstos que han participado en actividades formativas y su eventual promoción en la empresa, tipos de incidencias y soluciones dadas a las mismas, así como evaluación de la segmentación horizontal y vertical<sup>1864</sup>.

## 2.5. Efectos adversos de la negociación colectiva en el marco de la discapacidad

Hemos observado que la negociación colectiva desarrolla en la medida de sus posibilidades una labor de estabilización frente al desequilibrio material entre individuos y actuado como contrapeso de las debilidades sociales. En este marco, han ido proliferando las cláusulas que contemplan de algún modo la discapacidad, desde la protección más general de los derechos a la igualdad y no discriminación hasta concretos instrumentos de promoción activa. Sin embargo, también puede resultar fuente de producción o cristalización de desventajas.

Por un lado, se hace patente como una de las principales desventajas que puede ocasionar el uso legítimo de la negociación colectiva el amplio margen de decisión no solo del espacio de negociación, sino también en cuanto a la libertad de contenido de lo regulado, lo que ocasiona una negociación colectiva sectorial poco o nada comprometida con las especificidades que giran en torno a la discapacidad. Los convenios colectivos de sector generalmente se limitan a reproducir mínimos legales y a establecer coordinadas generales de actuación en materia antidiscriminatoria, disponiendo un régimen general global y neutro, ajeno a las particularidades intrínsecas de los grupos de la población a quienes se dirigen. Por otra parte una excesiva

<sup>1862</sup> Plan de Igualdad de Fnac aprobado en 2013 en el que se reconoce que los procesos y las políticas de Recursos Humanos, están basados en la formación y desarrollo de las personas en igualdad de condiciones, independientemente de su discapacidad como parte del compromiso de la empresa con la igualdad de trato y de oportunidades.

<sup>1863</sup> Acciones 12.3, 12.9, 12.11, 12.12, 12.13, 12.6. Otros planes de igualdad también las contemplan: *Plan de igualdad de Fujitsu Technology Solutions, SA* de 2014; *Plan de igualdad de Mantequerías Arias, SA* de 2014.

<sup>1864</sup> Objetivo específico 17; Acciones 17.1 y 17.2; Criterios de seguimiento de la materia de atención a las personas con discapacidad.



atomización convencional y una estructura que propicia la negociación a nivel de empresa puede influir negativamente aunque éste nivel sea más propicio para adecuar el trabajo de la persona con discapacidad al entorno laboral que se evidencia, a modo de ejemplo, en el grado de cumplimiento de la cuota de reserva solo exigible a empresas que emplean a más de 50 trabajadores, precisamente dentro de un contexto productivo como el español, excesivamente fragmentado, configurado en su más amplio porcentaje por pequeñas empresas y microempresas cuyos convenios colectivos no recogerán el deber de su cumplimiento o la adopción de medidas alternativas.

Desventajosa resulta, además, la excesiva influencia del sistema económico sobre la negociación colectiva, en cuya coyuntura actual de crisis tiende a dotar de menor cabida a la protección de los derechos sociales de los trabajadores, donde no se duda que los primeros perjudicados son aquellos que forma parte de colectivos en riesgos de exclusión social, objeto de tradicional marginación como las personas con discapacidad.

Todo ello redunda la actualidad en un sistema de negociación colectiva que denota carencias significativas de protección e integración de la discapacidad como factor inherente a un alto porcentaje de población y que debe ser normalizado, ausentes de una idea de transversalidad que impregne su política convencional. Más aún, algunos convenios colectivos siguen incorporando o manteniendo medidas diametralmente opuestas a la prohibición de discriminación o a la igualdad del grupo protegido, incidiendo de forma negativa en su segmentación.

### 2.5.1. Medidas discriminatorias manifiestas

Éste tipo de cláusulas radicalmente prohibidas, lamentablemente no han desaparecido radicalmente de la negociación colectiva española. Aunque la norma española solo impone a los poderes públicos el uso imperativo de la expresión «persona con discapacidad» como sustitutivo de sus sinónimos, consideramos directamente discriminatorias las cláusulas convencionales que siguen empleando el término «minusválido»<sup>1865</sup>.

En segundo lugar debemos aludir a determinadas cláusulas convencionales en materia de conciliación que pueden ser leídas en clave de discriminación por éste motivo. El Estatuto de los trabajadores otorga derecho a la excedencia y a la reducción de jornada para atender al cuidado de un familiar que por razones, entre otras, de discapacidad, no pueda valerse por sí mismo. Pues bien, la referencia a la discapacidad del familiar ha sido omitida en algunos preceptos convencionales<sup>1866</sup>. Otro tanto sucede cuando en sede de suspensión de la relación laboral por nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, no

---

<sup>1865</sup> Referencias a «minusválido» o «discapacitado»: X CC enseñanza privada; art. 44 XV CC de la *industria química*, art. 13.6; CC del *sector del Comercio Único de Huelva*, art. 13. 2; artículo 26 del CC del *sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña*; art. 15.14 CC para la *Industria Siderometalúrgica de Huesca*.

<sup>1866</sup> Arts. 42 y 47 VI CC de *empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos*, 2013. Arts. 49.2 y 54 XVII CC *general de la industria química*. Arts. 26 y 36 CC de *Recolección de Cítricos de la Comunidad Valenciana*.

se contempla la duración adicional de dos semanas cuando el hijo o menor adoptado o acogido padece discapacidad (art. 48.4 ET), mientras que si se contempla en casos de parto, adopción o acogimiento múltiples<sup>1867</sup>. Contrariando así la norma legal, la solución viene dada por la sustitución del precepto convencional por el legal que reconoce el derecho en los términos previstos.

Por otro lado, queda supeditada a la interpretación jurisprudencial que se lleve a cabo del concepto de discapacidad a efectos de aplicar la norma en materia laboral, la existencia de discriminación en aquellas cláusulas que supediten el ejercicio de un derecho al reconocimiento oficial del grado de discapacidad como en casos de cumplimiento de la cuota de empleo o reconocimiento de suplidos de carácter económico que contemplan asiduamente los convenios, así como aquellas que permitan excluir de su ámbito aplicativo a quienes se le reconoce una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez quienes el TRLGD asimila a las personas con discapacidad con un porcentaje igual al 33%. Si bien de la interpretación sistemática de las dos normas anteriores al Texto Refundido cabía afirmar que la asimilación de quienes obtuviesen la incapacidad permanente a personas con discapacidad no se producía con carácter automático, ahora la norma incorpora las disposiciones de ambas y por tanto agota el ámbito aplicativo de la normativa en materia de discapacidad, al margen de las disposiciones de desarrollo. Atendiendo a las circunstancias expuestas, es viable en la actualidad la ampliación de la cobertura subjetiva de aplicación de las normas citadas y en consecuencias de las medidas convencionales dirigidas al colectivo relacionado con la discapacidad a quienes tienen reconocida la incapacidad permanente o incluso una discapacidad inferior al 33% para evitar que puedan ser utilizadas en modo discriminatorio<sup>1868</sup>.

También del análisis comparado se ha detectado alguna cuestión discutible desde el punto de vista de la discriminación directa como es la referencia en materia de favorecimiento de la incorporación laboral de quienes tienen reconocida la discapacidad como «inválidos civiles» excluyendo al resto del personal con discapacidad definido por la normativa de protección de la discapacidad del ordenamiento italiano<sup>1869</sup>.

## 2.5.2. Medidas aparentemente neutras con efectos discriminatorios

---

<sup>1867</sup> Art. 27 B) CC del *sector de Hospitalización y Asistencia Privada de Burgos*.

<sup>1868</sup> El TS elaboró la doctrina de no equiparación automática entre incapacidad y minusvalía en la STS de 21 marzo 2007, RJ 2007/3539, FJ 3 cuando seguían siendo vigentes la LISMI y la LIONDAU, siendo la primera la que regulaba materias como la cuota de reserva o la colocación de minusválidos en centros especiales de empleo. Jurisprudencia reiterada en las SSTs 29 de mayo ( RJ 2007, 7394) , 5 de junio ( RJ 2007, 6114) y 6 de noviembre de 2007 ( RJ 2008, 612) o de 29 septiembre 2008, (RJ 2008/7645). NAVARRO AZPIROZ, G. “Apunte sobre la correcta interpretación y aplicación del artículo 1.2) de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad”. *Diario La Ley*, nº 6484, 2006. PP. 1682-1689. TUSET DEL PINO, P., “La asimilación legal de minusválido con respecto a quienes sean pensionistas de la Seguridad Social y tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez.: comentario a la STSJ de Cantabria de 6 de febrero de 2006 (AS 2006, 574)”. *Aranzadi social*, nº 1, 2006. PP. 3232-3236.

<sup>1869</sup> Art. 55 CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*, en el que se exige a las empresas tomar en consideración con mayor atención, de forma compatible con las posibilidades técnico-organizativas, el problema de la inserción de personas con discapacidad reconocidos inválidos civiles.

Puede ser más frecuente que los convenios colectivos incluyan tratamientos discriminatorios de forma indirecta, difícilmente detectables ante una simple lectura de las cláusulas convencionales, que se evidencian en un primer momento en la aplicación de sistemas selectivos establecidos de forma neutra en el que se somete a todo el personal a un procedimiento estándar sin tomar en consideración las dificultades que pueda generar para el personal con discapacidad.

También puede resultar particularmente desventajosa la estructura salarial para el colectivo analizado. De facto, el último informe sobre el Salario de las personas con discapacidad en España, revela una brecha salarial entre trabajadores con discapacidad y sin ella del 17,1% del salario medio anual bruto en 2014<sup>1870</sup>. Dicha circunstancia se puede producir, entre otros factores, por el encuadramiento de las personas con discapacidad en los niveles inferiores de la clasificación profesional. Por otro lado, la retribución inferior viene ligada recurrentemente al establecimiento de pluses de actividad o de asistencia, que perjudican al personal con discapacidad que pueda resultar menos productivo o que acumule ausencias del trabajo a causa igualmente de su discapacidad o por cuidado de un familiar con discapacidad<sup>1871</sup>. Éste mismo efecto puede producir el establecimiento de un plus de polivalencia funcional que no tenga especial consideración a la persona con discapacidad imposibilitada para realizar funciones diversas a aquellas para la que fue contratada<sup>1872</sup>. La discriminación se producirá cuando no existan razones objetivas y razonables que impidan sustentar un sistema retributivo que perjudique al colectivo por razón de discapacidad y si los medios que utiliza son inadecuados e innecesarios. Por el contrario, podrá ser justificado cuando la medida encuentre apoyo en un fin razonable y sea proporcionada, como puede suceder cuando el convenio interponga algún mecanismo que supla el desajuste económico<sup>1873</sup>.

En el sistema convencional italiano se contemplan frecuentemente suplidos de estas características. Los convenios nacionales de sector se limitan, con carácter global, a encomendar a la negociación colectiva de niveles inferiores los criterios de distribución del premio de productividad o resultado, indicando una estrategia de neutralidad en la determinación del montante final a dividir entre los trabajadores de la plantilla<sup>1874</sup>. Determinados convenios de empresa, del mismo modo, definen una serie de indicadores de productividad en los que no participa el criterio de la presencia efectiva del

---

<sup>1870</sup> Descontando las deducciones fiscales y las cotizaciones a la Seguridad Social a cargo del trabajador, esta diferencia se reduce al 11,2%. Publicado por el Instituto Nacional de Estadística el 8 de febrero de 2017.

<sup>1871</sup> Como ejemplos destacamos el sistema de incentivos por rendimiento, que podrá ser suprimido de forma individual a todos aquellos trabajadores que por falta de aptitud, atención, interés o por cualquier causa de índole subjetiva no obtuvieran el debido rendimiento o perjudicasen la cantidad o calidad de producción, art. 10 CC *turrones y mazapanes*. Art. 21 CC de la *Siderometalúrgica de Huesca*: complemento salarial de calidad o cantidad de trabajo, por día efectivamente trabajado. Art. 28 CC *Nissan Motor Ibérica, S.A.*: plus de productividad y de asistencia y puntualidad y premio por Reducción de Absentismo. Plus de asistencia establecido por el art. 22 CC *para el sector de empresas de Transporte de Mercancías por Carretera de Cantabria*, donde se prevé únicamente la exclusión de la pérdida de dicho plus la falta de asistencia debida a actividades sindicales.

<sup>1872</sup> Art. 24.6 CC de la *Banca*.

<sup>1873</sup> Por ejemplo el art. 62 CC de la *Construcción prevé por un lado un plus de asistencia para corregir el absentismo a devengar por cada día efectivamente trabajado. Al mismo tiempo reconoce un complemento por discapacidad mensual, aunque probablemente una y otra cantidades no se compensen.*

<sup>1874</sup> Art. 73, en relación con los arts. 4 y 5, CCNL *mobilità, area contrattuale ferroviare*. Art. 12. Art. 33CCNL *Legno-Mobili-Arrendamento-Sughero-Forestale*. Art. 16 CCNL *dipendenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*. Art. 32 CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*. Art. 45 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI y Confindustria*.

trabajador, cuya erogación se atribuye de forma proporcional entre los trabajadores<sup>1875</sup>, o bien en función del encuadramiento en cada categoría profesional<sup>1876</sup>. En otros, en cambio, se evalúa junto con las ganancias obtenidas en el año precedente, la presencia individual del trabajador. Determinados convenios empresariales prevén mecanismos del cálculo de presencia efectiva en la empresa a efectos de cómputo de participación en las ganancias, cuya cantidad se reduce en el caso de ausencias no retribuidas o suspensiones de la actividad<sup>1877</sup>. Más específicamente, las ausencias debidas a enfermedad, pueden participar en la base de cálculo del premio de resultado de forma perjudicial, hasta el extremo de impedir su beneficio y discriminar por razón de discapacidad si aquellas derivan de ésta<sup>1878</sup>.

En cambio, para evitar el efecto perjudicial al que aludimos, se han detectado convenios en los que se acepta que los permisos disfrutados en base a la normativa vigente en materia de discapacidad son válidos a fin de la maduración del derecho al premio de empresa<sup>1879</sup>.

### 3. TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La doctrina ha señalado a la escasa utilización de la negociación colectiva en la configuración de políticas de integración efectiva junto con el exiguo cumplimiento de la cuota de reserva de empleo legal, entre las principales razones que explican la baja tasa de ocupación de personas con discapacidad en nuestro país<sup>1880</sup>. En relación al primer aspecto, el Comité Social Europeo sugirió la utilización de instrumentos eficaces

---

<sup>1875</sup> Criterio propuesto por la Línea Guía para la difusión del premio de resultado en el Allegato 5 CCNL *Industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti*. CC aziendale Graftech S.p.A. 2013. Art. 21 CC aziendale Gruppo Assimoco. Art. 8 CC Aziendale Nestlé Italia.

<sup>1876</sup> Premio di produttività/partecipazione CC empresarial SARAS S.p.A.

<sup>1877</sup> Art. 4 CC aziendale Banco di Brescia S.p.A, premio de empresa. El art. 5 CC aziendale Ubi Banca Private Investment S.p.A. Brescia, premio de empresa, se refiere solo a las ausencias por permisos retribuidos superiores a 12 semanas de duración. De la misma forma, art. 5 CC aziendale Banca di Valle Camonica S.p.A, premio de empresa. El art. 14 CC Consap determina la retribución del premio empresarial de productividad proporcional a la ausencia del servicio sin derecho a tratamiento económico o con tratamiento económico reducido.

<sup>1878</sup> Así, el art. 3. Contratto integrativo aziendale Vera Lonato, Brescia, prevé una disminución del porcentaje a percibir en función del número de ausencia por enfermedad superior a cinco días en la siguiente proporción: 1 evento= 100% de la retribución; 2 eventos=75%; 3 eventos= 0%. El convenio empresarial del Banco di Brescia -art. 4- prevé que la ausencia por enfermedad no se computará solo si es inferior a 12 días. Si es superior solo computarán los 12 primeros días, salvo que su duración sea de un año. En el mismo sentido, art. 5 CC aziendale Ubi Banca Private Investment S.p.A. Brescia; art. 5 CC Valle Camonica. Por su parte el CC aziendale Piada Leonesa S.R.L., prevé que de la cantidad total de 350 € a que puede ascender el premio de resultado, 150 € se satisfarán si en el curso del año el trabajador no ha estado ausente por enfermedad más de 8 días. A sensu contrario, si traspasa dicho límite no tendrá derecho a percibir esa parte del premio global. No obstante el convenio especifica que no serán previstos los periodos de ausencia por enfermedad que prevean curas salva vida u hospitalización y con respecto a ausencias debidas a otras patologías, la empresa, a su discreción y previa consulta con el sindicato, determinará la exclusión de la base del cómputo. El art. 1 II CC Luxottica disminuye proporcionalmente a las horas no trabajadas debido a enfermedad del cómputo de horas que sirve de base al cálculo del premio de resultado, cuyo importe se va reduciendo proporcionalmente a partir de las 64 horas de ausencia debido a enfermedad.

<sup>1879</sup> Lo asegura en una entrevista Giacinto Palladino, Secretario Nacional de la categoría de Banca y Seguros de la CISL. STEFANOVIČIĆ, S. "Disabilità e non autosufficienza nella contrattazione collettiva. Il caso italiano nella prospettiva della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020", op.cit. P.128.

<sup>1880</sup> RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRANO, C., TOHARIA, L., *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral*. Ediciones Cinca, Madrid, 2009. P. 51.

para dar debido cumplimiento a la CDPD, involucrando a sindicatos y asociaciones empresariales, a los que se invita a incorporar consideraciones vinculadas a la discapacidad en la negociación colectiva al mismo tiempo que compele a los Estados miembros a que adopten medidas financieras específicas dirigidas a fomentar las negociaciones colectivas relativas a cuestiones de discapacidad<sup>1881</sup>.

Es pacíficamente considerado que el rol de la negociación colectiva es esencial en la empleabilidad de este segmento de la población<sup>1882</sup>. Pero también es cierto que la negociación colectiva ha demostrado ser un cauce para petrificar situaciones de marginación social de las personas con discapacidad, mostrando escaso interés por la innovación, la modificación razonable de las estructuras materiales o inmateriales del sistema de trabajo y en definitiva por no llevar a la mesa de los organismos paritarios un enfoque amplio y transversal de la discapacidad como fenómeno social que precisa de atención permanente. Precisamente en las páginas que siguen, serán distribuidas por materias afines las cláusulas convencionales que de algún modo afectan a personas con discapacidad, incluyendo medidas de conciliación cuando el trabajador tiene un familiar con discapacidad a cargo. Se introduce el enfoque comparado a través del análisis de una muestra de convenios colectivos vigentes en Italia, de los principales sectores de la producción de aquel país donde tampoco se encuentran aún en grado de satisfacer las demandas sociales de los colectivos que precisan especial protección, de tal manera que se conforma como instrumento subsidiario de cobertura de sus necesidades.

Las cláusulas que recogen de alguna forma menciones específicas a los trabajadores con discapacidad son tan dispares como lo son los sectores en los que los propios convenios colectivos se aplican, aunque existen algunas prácticas consolidadas en la mayoría de ellos vinculadas por el mismo mandato legal. En ocasiones se reproducen en las cláusulas convencionales las previsiones legales mínimas, inusitadamente mejoradas o incluso se introducen disposiciones innovadoras. En algunos convenios se trata de forma implícita y en otros se encuentran instrucciones específicas en una concreta dimensión de la relación laboral de quienes integran éste colectivo. Resulta especialmente relevante analizar el contenido de los convenios colectivos dirigidos al conjunto de empleados de un sector, territorio o empresa, al margen del los mecanismos de negociación y convenios resultantes en el marco del empleo protegido, donde se aplica un régimen específico y en cualquier caso, la integración laboral en los Centros Especiales de Empleo se prevé teóricamente con carácter temporal o como paso previo a la incorporación de los trabajadores con discapacidad en el medio ordinario, donde se serán de aplicación las normas convencionales aplicables al resto de trabajadores comparables.

---

<sup>1881</sup> Conclusión nº 1.4. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones-Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras», 21 de septiembre de 2011.

<sup>1882</sup> Aunque Guido Lazzarelli, de Confcommercio Italia, considere que no es deber de la negociación colectiva prever específicas medidas de tutela para los trabajadores con discapacidad o no autosuficientes (« Non è quindi compito della contrattazione collettiva prevedere specifiche tutele per i lavoratori disabili o non autosufficienti. »), STEFANOVICHJ, S. «Disabilità e non autosufficienza nella contrattazione collettiva . Il caso italiano nella prospettiva della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020», op.cit.P. 222.

Antes de entrar al análisis concreto, conviene destacar dos puntos relevantes. En primer lugar, existen convenios que se muestran como claros exponentes de la falta de compromiso en éste ámbito de los interlocutores sociales. Se trata de aquellos en los que no contienen referencias expresas a la discapacidad, abundantes sobre todo en los niveles inferiores de negociación<sup>1883</sup>. En segundo lugar, hemos destacado que en el panorama convencional se encuentran otros que producen discriminación de tipo directo o indirecto por razón de discapacidad.

### 3.1. Disposiciones convencionales en materia de contratación

Los convenios colectivos fomentan de forma poco difusa la incorporación de personal con discapacidad más allá del deber de cumplir con la cuota de reserva legal. Un importante aspecto a destacar de la dimensión convencional de la discapacidad es la regulación contractual específica para el fomento de empleo de las personas de este colectivo y que incidirá de forma directa en las condiciones de empleo de las que disfrute el trabajador.

La normativa laboral española promueve el empleo dependiente de las personas con discapacidad a través de dos vías: fomentando la contratación en empleo ordinario, es decir, acceso a puestos de trabajo habituales de cualquier empresa de forma regular o mediante el empleo con apoyo<sup>1884</sup>, o bien, a través del sistema de empleo protegido, al que la ley parece otorgar preferencia contradiciendo de éste modo la CDPD<sup>1885</sup>. Dicho sistema se desarrolla fundamentalmente en Centros Especiales de Empleo (CEE), empresas de todos los sectores y con diversos modelos productivos, cuya principal misión consiste en fomentar la transición hacia el empleo ordinario<sup>1886</sup>. Así mismo, pertenecen a ésta segunda vía de acceso al empleo los enclaves laborales que consiste en la contratación por parte de una empresa del sector ordinario de una CEE para que ésta, mediante el desplazamiento temporal al centro de trabajo de la empresa colaboradora de un grupo de trabajadores con discapacidad propios, preste un servicio que guarde relación directa con la actividad normal de aquélla<sup>1887</sup>.

---

<sup>1883</sup>CC sector de harinas panificables y sémolas CC limpieza Cáceres; CC de Recolección de Cítricos de la Comunidad Valenciana. CC de Starman Hoteles España, SL.; CC de Umano de Seguridad, SL; CC de hoteles con encanto, S.L.; CC Banco de España.

<sup>1884</sup>Definido en el art. 41 TRLGD como el «conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes». Desarrollado a través del Real Decreto 870/2007, de 2 de julio por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo

<sup>1885</sup> Se trata de una finalidad implícita sostiene ESTEBAN LAGARRETA, R., “Integración laboral de las personas con discapacidad”, BELTRÁN AGUIRRE, J.L., EZQUERRA HUERVA, A., *Atención y protección jurídica de la discapacidad*. Aranzadi, Pamplona, 2015.P.232 y 241.

<sup>1886</sup> Sobre el particular, LALOMA GARCÍA, M. *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*, op.cit.

<sup>1887</sup>Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo. Real Decreto 290/2004 por el que se regulan los Enclaves Laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

La negociación colectiva tiene un importante desafío en el fomento de la contratación de las personas con discapacidad principalmente en el empleo ordinario, fomentando el uso de la contratación bonificada, así el empleo con apoyo o los enclaves laborales de forma paralela al tratamiento de las condiciones de trabajo de quienes están empleados en un CEE<sup>1888</sup>. Sin embargo, escasean normas convencionales de tal tipo. Con respecto a los enclaves laborales, en la mayoría de ellas tan solo se remiten a la norma reguladora<sup>1889</sup>.

### 3.1.1. Contrato indefinido

Según los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Empleo, la mayoría de los trabajadores con discapacidad en España son asalariados, tienen contrato indefinido a jornada completa que permite al empleador beneficiarse de bonificaciones en las cuotas de cotización a la Seguridad Social y de determinadas subvenciones cuando la persona contratada tiene un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el Organismo competente, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad<sup>1890</sup>. La negociación colectiva no se detiene en el fomento específico de ésta modalidad para los trabajadores con discapacidad más que en referencia general a la adecuación a la normativa de desarrollo en materia de fomento de la contratación indefinida<sup>1891</sup>, o la conversión en indefinidos de contratos temporales que veremos más adelante.

Igualmente en la normativa italiana se prevé un régimen de incentivos y bonificaciones para el empresario que contrato por tiempo indefinido a trabajadores con discapacidad, sin que tampoco la negociación colectiva fomente la utilización de estos contratos<sup>1892</sup>.

### 3.1.2. Contrato a tiempo parcial

La parcialidad de la relación laboral supone un instrumento idóneo como elemento de adaptabilidad de las circunstancias de los sujetos integrantes del colectivo objeto de

---

<sup>1888</sup> Vigente en ultraactividad el XIV CC *general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad*.

<sup>1889</sup> Manifiesta que son testimoniales los datos de utilización del enclave laboral como medida alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, op.cit. P. 441. Advierte sobre la posible sospecha de cesión ilegal de trabajadores tras la figura del enclave laboral, LLANO SÁNCHEZ, M., "El enclave laboral: ¿cesión de personal discapacitado o subcontratación con Centros Especiales de Empleo?", AA.VV. *Estrategia Europea, Estado Autonómico y política de empleo*. XVIII Congreso Nacional del derecho del trabajo y de la seguridad social. MTAS, 2008. P. 147. De la muestra analizada, se refiere a ésta figura el art. 26.2 *CC de trabajo del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña*.

<sup>1890</sup> Arts. 7 y 12 RD 1451/1983, de 11 de mayo, regulador del empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos modificado por el R. D. 170/2004, de 30 de enero, y art. 2.2 ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo, que regula las bonificaciones y subvenciones en caso de contrato indefinido de personas con discapacidad o asimilados.

<sup>1891</sup> Art. 22 CC *del sector del comercio vario de La Coruña*.

<sup>1892</sup> Art. 13 ley 68/1999.

análisis y de sus familias que permite compaginar ambos escenarios. Los datos demuestran que de las personas con discapacidad ocupadas en España en 2015, tan solo el 16,6 % trabajaban a jornada parcial y es mayoritario el sexo femenino contratado bajo ésta modalidad.

La legislación en materia de fomento de contratación dirigida a éste colectivo incluye la parcialidad de la prestación laboral tanto si el contrato es indefinido como temporal para poder obtener los beneficios correspondientes mediante una fórmula de proporcionalidad corregida<sup>1893</sup>.

Finalmente con el objetivo puesto en el fomento del empleo, se introdujo en España en 2013 una nueva fórmula de contratación parcial con vinculación formativa incentivada, dirigida a la contratación de jóvenes menores de 30 años o 35 en caso de discapacidad igual o superior al 33%<sup>1894</sup>. En modo alguno la negociación colectiva se ha hecho eco por el momento de esta nueva modalidad contractual incentivada pero sí contempla otros mecanismos de promoción de la parcialidad por razón de discapacidad.

### 3.1.2.1. Transformación del contrato a tiempo parcial por razón de discapacidad

Si bien el régimen general tanto en España como en el resto de países procede a determinar la parcialidad de la relación laboral tan solo por acuerdo de las partes<sup>1895</sup>, cabe otorgar la preeminencia a la decisión de una de las partes en la conversión del contrato de tiempo completo a tiempo parcial bajo determinadas circunstancias sin que sea viable su transformación de forma automática por instancias del empleador aunque medien razones de tipo técnico, productivo, organizativo o económico<sup>1896</sup>.

En virtud del Estatuto de los trabajadores español, el empresario solo está sometido al deber de información acerca de la existencia de puestos vacantes para que los trabajadores que así lo deseen puedan solicitar la conversión de la modalidad de prestación de sus servicios, todo ello de conformidad con lo que establezca el convenio colectivo, solicitudes que deberán ser tomadas en consideración, en la medida de lo posible, por el empresario. Nada obsta a que la negociación colectiva regule las

<sup>1893</sup> Art. 2.7 ley 43/2006 de 29 de diciembre.

<sup>1894</sup> Art. 9 y DA 9ª Ley 11/2013 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. Vid. MIÑARRO YANINI, M. "El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia". *Relaciones Laborales*, nº3, 2014. PP 43ss.

<sup>1895</sup> La jurisprudencia italiana ha reconocido la necesidad del pacto. Cassazione civile, sez. lav.; 17 de julio de 2006. Art. 12 ET español y Decreto legislativo de 25 febrero de 2000, n. 61 de transposición de la Directiva 97/81/CE en materia de trabajo a tiempo parcial.

<sup>1896</sup> Aunque el art. 12.4 e) prohíba expresamente la transformación a tiempo parcial a través de las modificaciones sustanciales, puede ser utilizado de forma abusiva cuando el empresario prevea una reducción de jornada que en realidad encubre una modificación del contrato a tiempo parcial sin el concurso de la voluntad del trabajador, ante cuya negativa pende la amenaza de un despido por causas objetivas. Vid. al respecto, TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 26 abril 2013. RJ 2013\4767, FJ 3. Por otro lado sí se encuentra habilitado para reducir la jornada por causas empresariales pero de forma temporal en virtud de lo establecido en el art. 47 ET. Otras sentencias avalan que la reducción de jornada por causas económicas no provoca la conversión del contrato. SSTS 7 de octubre 2011 (RJ 2011\7340) y 14 de mayo 2007 (RJ 2007, 5084). Vid. BELTRÁN HEREDIA, I., "Principio de voluntariedad" ex art. 12.4.e) ET: Un obstáculo (infranqueable) para la reducción de jornada ex arts. 41 y 47 ET". *Actualidad Laboral*, nº 6, 2013. PP. 782 - 792.



modalidades de conversión de contrato a tiempo completo a tiempo parcial aunque haya sido suprimido el apartado que reconocía a la negociación colectiva el establecimiento de requisitos y especialidades para la conversión en tales términos por razones familiares o formativas, pues no existe elemento impeditivo, al margen de la regulación legal separada de la reducción de jornada para el cuidado de familiar con discapacidad<sup>1897</sup>. A nuestro entender, no resulta necesario justificar el mutuo acuerdo como único cauce, puesto que el precepto legal solo exige que la transformación no se lleve a cabo sin la voluntad del trabajador mientras que no cabe imposición unilateral por parte del empleador. Tampoco consideramos que una disposición convencional que imponga al empresario aceptar la conversión del contrato en determinadas circunstancias relacionadas con la discapacidad contravenga la Directiva europea en cuanto al objetivo previsto en la cláusula primera del Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial en orden a facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria, pues con ello se trata de cumplir con las exigencias de igualdad sustancial mediante un mecanismo de acción positiva por razón de discapacidad siempre que se incorpore mediante técnicas adecuadas y proporcionadas.

En el ámbito comparado encontramos un régimen como el aquí defendido aunque referido a un supuesto concreto. De acuerdo con la ley, se prevé la transformación obligatoria para el empresario a trabajo a tiempo parcial de los trabajadores con enfermedades oncológicas u otras enfermedades graves crónico-degenerativas que precisen de una terapia «salva vida» debidamente certificada, aunque en algún caso el convenio parece ampliar el ámbito aplicativo concediendo el derecho por existencia de cualquier enfermedad grave que precisa una terapia salva vidas<sup>1898</sup>. Cuando se ha producido la transformación de la modalidad contractual, algunos convenios impiden la disposición de cláusulas elásticas o flexibles-en virtud de las cuales el empresario puede modificar la colocación temporal de la prestación o imponer horas complementarias de contenido variable- durante el periodo en que se mantengan vigentes las causas que motivan la transformación contractual<sup>1899</sup>.

Sin embargo, en algunas normas colectivas se prevé una tutela bastante amplia reconociendo el derecho a la conversión en referencia meramente al estado de salud, que será aplicable si se justifica debidamente, a situaciones de discapacidad. De ésta forma, el trabajador, motivado por graves y comprobados problemas de salud puede solicitar a la empresa la reducción de su horario, de tiempo completo a tiempo parcial al

---

<sup>1897</sup> Apartado g del art. 12.4 ET, suprimido por el Real Decreto-ley número 16/2013, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

<sup>1898</sup> Art. 8 D.Lgs. 81/2015 de 15 de junio. Art. 4, Tít. I, Secc. 4 CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*, sin que concurra el deber de respetar un porcentaje máximo del 4% de trabajadores a tiempo parcial en la empresa, mientras que solo tendrá que valorar las solicitudes de modificación en otros supuestos. Las solicitudes de transformación serán acogidas por la empresa dentro del límite global de un 8% con respecto al total de la plantilla cuando se refieran a graves problemas de salud. Art. 40 a) CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI y Confindustria*. Art. 7 CC integrativo Nestlé

<sup>1899</sup> Art. 40 c) CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI y Confindustria*. Por su parte el art. 20.23 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie* prevé que el trabajador puede solicitar la suspensión de la cláusula elástica para el periodo en que subsistan causas graves conexas a razones familiares o de tutela de la propia salud. En los mismos términos. Art. 4. C) CCNL *industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti*.

que se concederá prioridad<sup>1900</sup>, o en virtud de graves motivos personales y por voluntad del trabajador<sup>1901</sup>. En el resto de supuestos, la empresa valorará la petición<sup>1902</sup>.

### 3.1.2.2. Transformación del contrato a tiempo parcial para cuidado de un familiar

El Estatuto de los Trabajadores permite la reducción de jornada de al menos un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla del trabajador que tiene la guarda legal de una persona con discapacidad o un familiar de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que debido a un accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y en ambos casos, que no desempeñe una actividad retribuida. La negociación colectiva suele recoger el régimen legal o bien ampliar el ámbito subjetivo de aplicación<sup>1903</sup>. Del mismo modo que en caso de reducción por cuidado de menor o de familiar que por razones de edad no pueda valerse por sí mismo, corresponde al trabajador concretar el modo en que se llevará a cabo la reducción dentro de la jornada ordinaria, salvo que alguna cosa hubiera previsto el convenio aplicable<sup>1904</sup>.

De modo más restrictivo, la norma italiana sobre trabajo a tiempo parcial la prioridad de la transformación contractual a tiempo parcial de trabajadores cuyos hijos, cónyuges o padres padezcan enfermedades oncológicas o graves enfermedades crónico-degenerativas o conviva una persona con total y permanente incapacidad laboral, que asuma la connotación de gravedad según lo dispuesto por el art. 3.3 de la ley 104/1992, a quien además haya sido reconocida un porcentaje de invalidez del 100% y que precise de asistencia continua debido a la imposibilidad de realizar los actos de la vida cotidiana. En los mismos términos se dispone cuando el trabajador convive con un hijo con discapacidad certificada en los términos previstos en la ley de 1992. En todo caso, a éstos les corresponde igualmente el derecho de precedencia a la transformación de nuevo de la modalidad contractual a tiempo completo para desarrollar las mismas funciones o equivalentes<sup>1905</sup>. Entre las mejoras adoptadas en la negociación colectiva destacan la adopción de un sistema de transformación obligatoria y no solo preferente y condicionada a la discrecionalidad empresarial en caso de documentada necesidad de asistir a padres, cónyuge o conviviente, hijos y otros familiares convivientes sin ninguna otra posibilidad de asistencia gravemente enfermos o con discapacidad<sup>1906</sup>. En otro sse prevé el derecho de precedencia de trabajadores con hijos o familiares con discapacidad

<sup>1900</sup> CC aziendale *Coca Cola HBC Italia*, dentro del porcentaje previsto en el convenio nacional.

<sup>1901</sup> Letra d) del artículo 54 CCNL *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria*.

<sup>1902</sup> Art. 20 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*.

<sup>1903</sup> Así lo contemplan, entre otros, art. 74.5 V CC *del sector de la construcción*. Art. 45.5 CC *general de trabajo de la industria textil y de la confección*; Art. 47 del CC *estatal de perfumería y afines*; Art. 49. CC *general de la industria química*. Art. 27.4 CC *de la Banca*. Extendido a los casos de cuidado de familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad dependiente del trabajador, art. 15.14 CC para la *Industria Siderometalúrgica de Huesca*. Art. 35 CC VI CC *de Decathlon España*. Art. 43.2.1 a) XI CC *de Repsol Química S.A.*

<sup>1904</sup> Vid. Cap. II § 4.3.1.4

<sup>1905</sup> Art. 8.4 y 5 D. lgs. 8/2015 de 15 de junio.

<sup>1906</sup> Así lo dispone el art. 4 C) CC *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*, dentro del límite del 4% si la empresa emplea a más de 100 dependientes. Si emplea un número inferior, solo evaluará la solicitud y en todo caso se limita al 3% de la fuerza de trabajo empleada. En otros casos, prevé la valoración de las solicitudes de transformación.

o toxico dependientes<sup>1907</sup>. En definitiva, se prevé en algún otro el derecho a la transformación a tiempo parcial de forma preferente cuando la petición se fundamente en graves motivos familiares<sup>1908</sup>. En caso de denegación de la transformación solicitada, algunos convenios prevén el deber del empresario de informar a la RSU de la valoración negativa en relación con las exigencias técnicas o productivas<sup>1909</sup>.

### 3.1.3. Contrato temporal

#### 3.1.3.1. Contrato temporal de fomento del empleo de las personas con discapacidad

Aunque en términos absolutos hemos advertido la alta tasa de contratación indefinida, la tasa de temporalidad también ha ido aumentando en los últimos años entre la población con discapacidad, ascendiendo hasta el 91,49% de las contrataciones en 2015- representan un total del 23%-. También el legislador hace ya un tiempo que viene fomentando la figura del contrato temporal bonificado cuando el sujeto a contratar pertenece a ésta categoría social<sup>1910</sup>. Se trata de un contrato temporal sin causa que ofrece incentivos para la conversión de estos contratos en indefinido. Está destinado a trabajadores con discapacidad desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento o a pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Bajo ésta modalidad podrán ser contratados para desempeñar cualquier actividad.

Aunque se adscribe entre las medidas que fomentan su contratación quizás sus efectos sobre la integración de éste colectivo no son tan positivos como pueda parecer sobre la base de las siguientes razones<sup>1911</sup>. En primer lugar, se trata de un contrato temporal sin causa más que la relativa al fomento de la contratación de los sujetos a quienes va

<sup>1907</sup> Art. 13 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*. Art. 40 CCNL *Metalmecanico-Artigianato*. Art. 57 CCNL *Settore edile ed affini*. Solo obliga a evaluar la solicitud de transformación en caso de toxico dependencia del familiar conviviente el art. 4 CCNL *metalmecanico privato e installazione di impianti*. Art. 9 y Anexo I CC *Consap* donde se establece como derecho pero no como deber absoluto del empresario, que deberá valorar tanto el orden cronológico de presentación de solicitudes de transformación de la relación laboral a tiempo parcial, como la gravedad de la motivación, así como la compatibilidad con las exigencias organizativas de la empresa, con un máximo del 8% de contratos a tiempo parcial, porcentaje que puede ser aumentado por la empresa por circunstancias excepcionales, en atención al principio de igualdad de oportunidades. Solo referidos a padres de hijos con discapacidad grave, art. 71 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*. Referidos cónyuges, hijos, familiares y/ o convivientes con discapacidad, no subordinada a la compatibilidad de exigencias técnicas. organizativas o productivas de la empresa Art. 9 CC *aziendale del Gruppo Assimoco*.

<sup>1908</sup> Art. 54 letra f) CCNL *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria*. Letra e) del artículo 54 CCNL *area Tessile moda*. en el mismo sentido, art. 35.6 CCNL *ABI*, con respecto al cual asevera Stefano Bottino responsable de la oficina de consulta laboral, dirección sindical y de trabajo de ABI, se produce una amplia mayoría de solicitudes de transformación de la relación laboral acogidas por las empresas, en STEFANOVICHI, S. "Disabilità e non autosufficienza nella contrattazione collettiva. Il caso italiano nella prospettiva della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020", op.cit. P.117.

<sup>1909</sup> Previa petición de la misma. Art. 4, tit. I, Secc. 4 CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*.

<sup>1910</sup> Incorporado en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su art. 44, en principio como medida excepcional. Recogido en la DA 1ª Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

<sup>1911</sup> Más que de un freno, se trata de un motor que mantiene en funcionamiento la estigmatización del colectivo, RUBIO DE MEDINA, M.D., "El contrato temporal de fomento de empleo para personas con discapacidad: dificultando la integración laboral". *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, nº 718, 2006. PP.. 6 y ss.

dirigido. Por otro lado, el número de trabajadores contratados bajo ésta modalidad no se encuentra limitado ni tampoco el número de contrataciones que se pueden efectuar bajo ésta modalidad con un mismo trabajador aunque se deban formalizar a través de la Oficina de Empleo. Aunque no se trate de una contratación libre, tampoco la regulación legal limita a la Oficina de Empleo para proponer al mismo trabajador-excluyendo a quienes no estén debidamente inscritos en la misma-, silencio que deberá completarse, a nuestro entender, con lo dispuesto en el art. 15.5 ET como régimen supletorio<sup>1912</sup>. Por lo tanto, a través de ésta modalidad contractual se ahonda en la precarización del empleo del personal con discapacidad cuyos efectos positivos más que el propio trabajador, se producen en la esfera de la empresa. No obstante, se trata de una modalidad contractual que pasa casi desapercibida por la negociación colectiva que a lo sumo refleja el régimen jurídico legal sin innovaciones<sup>1913</sup>.

En Italia, la normativa materia de discapacidad también ha consentido la asunción a tiempo determinado de una persona con discapacidad como instrumento de promoción de la ocupación a través del cual tiene cabida la contratación a tiempo determinado previa firma del oportuno convenio con el servicio público<sup>1914</sup>. Sin embargo, ésta norma ya no resulta nada excepcional en vista de la liberalización de la contratación temporal sin causa que ha introducido la ley 81/2015 de 15 de junio, aunque a algunos convenios colectivos incorporan las novedades la figura del contrato a tiempo determinado donde se declara la ausencia de necesidad de justificar la causa cuando se trata de un trabajador con una invalidez permanente certificada de al menos el 20% o de aquellos inscritos en el servicio del «collocamento mirato» en función de establecido por la ley 68/1999, cuya duración máxima sería de 36 meses<sup>1915</sup>. En todo caso la negociación colectiva sigue ostentando la facultad de modular el límite máximo de contratos de duración determinada en su ámbito de aplicación<sup>1916</sup>.

### 3.1.3.2. Contratos formativos

Es frecuente el tratamiento en los convenios colectivos de los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, cuya regulación legal ha ido incorporando importantes novedades a favor de las personas con discapacidad en el ordenamiento español. Se trata de averiguar si la negociación colectiva implementa el régimen legal

---

<sup>1912</sup> En la misma línea, CORDERO GORDILLO, V., “Medidas de inserción sociolaboral de las personas con discapacidad en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo”, CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B. (Coord.), *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008. P.296. SEMPERE NAVARRO, A. V., “Limitaciones a la contratación temporal” en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *La Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2006.P 115.

<sup>1913</sup> Art. 13.5.7 CC de la *Industria Química* que lo contempla como alternativa de contratación. Art. 8.11 CC del *Sector de Industrias Transformadoras de Plásticos en la Comunidad de Madrid*.

<sup>1914</sup> Artículo 11 de la ley 68/99.

<sup>1915</sup> Art. 23 CCNL *Occhialeria Anfao*. Art. 30 CCNL *Settore Piccola e Media Industria Legno - Mobili - Arredamento Sughero - Forestale*. Art. 29 CCNL *Tessile Abbigliamento-Moda-SMI*. Sobre la vigencia de éstas cláusulas tras la reforma de 2015 vid. Cap. II §4.1.2.

<sup>1916</sup> Entre ellos, el art. 61 CCNL per i dipendenti del terziario: commercio, distribuzione e servizi, lo establece en el 30%. El mismo límite se encuentra en el art. 17 CCNL settore abrasivi. 10% si la empresa emplea a menos de 70 trabajadores y 5% si emplea a más de 70. Art. 23 CCNL *Occhialeria Anfao*. 25% sobre una base semestral. Art. 30 CCNL *Legno-Mobili-Arredamento-Sughero-Forestale*.

con medidas de fomento de la contratación de los trabajadores más jóvenes con discapacidad, habida cuenta del ingente nivel de desempleo entre la población total en edades más tempranas.

En cuanto al contrato en prácticas la mayoría se limita a recoger la facultad de entablarlo dentro de los siete años siguientes a la acreditación de la titulación cuando se trata de persona con discapacidad –frente a los 5 establecidos con carácter general-<sup>1917</sup>. Se refieren en general al fomento de su transformación en contrato indefinido sin que se disponga ninguna medida específica, como el establecimiento de un porcentaje mínimo reservado a los trabajadores con discapacidad, o del derecho preferente para el ingreso a la empresa en igualdad de méritos cuando ya se ha llevado a cabo un contrato en prácticas o en formación, prescripciones que previsiblemente perjudicarán a los trabajadores con discapacidad en tanto mecanismos de igualdad formal que no les otorga preferencia alguna.

Circunstancias similares se producen en torno a la previsión del contrato para la formación y el aprendizaje para los que el precepto legal elimina el límite de edad cuando se trata de contratar a una persona con discapacidad<sup>1918</sup>. Del estudio realizado se concluye que tampoco en éste punto la negociación colectiva introduce mejoras o iniciativas dirigidas especialmente hacia dichos sujetos<sup>1919</sup>.

No permite el Estatuto de los trabajadores excepcionar el límite máximo de duración de éstos contratos cuando empleen a personas con discapacidad, mecanismo de adecuación de la modalidad contractual a la discapacidad del sujeto que pueda impedir el mismo ritmo de aprendizaje y desenvolvura en las funciones encomendadas que el del resto de sus compañeros. A sabiendas de dichas circunstancias, la norma que regula la relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad en los CEE amplía la duración máxima del contrato hasta los cuatro años<sup>1920</sup>, modelo que debería trasladarse a la contratación para la formación en el empleo ordinario en aras a fomentar la inserción del trabajador con discapacidad en éste medio.

En Italia, el nuevo texto único sobre el contrato de aprendizaje no prevé especialidad alguna en materia de discapacidad. En cualquier caso, la disciplina del nuevo contrato de aprendizaje en Italia queda atribuida a los acuerdos confederales y a la negociación colectiva, respetando en todo caso el mínimo legal. Los interlocutores sociales, sin embargo, no han previsto un régimen de mejoras de la contratación de jóvenes con discapacidad, limitándose en la mayoría de los casos a reproducir y desarrollar el contenido legal mínimo. Por otra parte, a pesar de que muchos convenios todavía

---

<sup>1917</sup> Art. 16 VI CC *enseñanza privada concertada*. Art. 19 IX CC *enseñanza privada*. De la misma forma, art. 21.1 CC *de la Hostelería y el Turismo de Cataluña*. Se estará a lo dispuesto en el art. 11.1, art. Y normativa aplicable, art. 39 B) CC *Hostelería Cádiz*.

<sup>1918</sup> A ello se refieren, entre otros, art. 13.1.4 CC *industria química*; Art. 25.4 el V CC *del sector de la construcción*; Art. 20 CC *enseñanza privada*. De forma escueta con remisión a la ley, art. art. 22 del I CC *Estatal de la Empresa Distribución y Gestión de tiendas de frutos secos L B, S. L.*; Art. 15 CC *enseñanza privada concertada*; CC *Decathlon España SA*, art.15. 2.

<sup>1919</sup> De nuevo con carácter general, se compromete a transformar en indefinidos el 30% de los contratos para la formación que durante cada año natural agoten el período máximo de duración de 3 años. Art. 10 CC VI CC *de Decathlon España*.

<sup>1920</sup> Previo informe favorable del equipo multiprofesional cuando, debido al grado de minusvalía y demás circunstancias personales y profesionales del trabajador, éste no hubiese alcanzado el nivel mínimo de conocimientos requeridos para desempeñar el puesto de trabajo. Art. 7 a) RD 1368/1985, de 17 de julio.

vigentes lo desarrollan, el contrato de «inserimento» de carácter temporal y sin causa destinado a la ocupación de distintos segmentos de la población con necesidades especiales, como las personas con discapacidad, fue derogado por la reforma Fornero de 2012<sup>1921</sup>.

### 3.2. Acceso y mantenimiento del empleo

#### 3.2.1. Sistema de cuota de reserva

La contratación de trabajadores con discapacidad por mandato imperativo, método que pone en práctica el «principio de obligación colectiva»<sup>1922</sup>, ha sido previsto como un valioso instrumento de inserción laboral de los mismos, aunque su seguimiento en los sectores público y privado en España no haya sido el deseado.

El establecimiento de una cuota de reserva de puestos para las personas con discapacidad se establece con carácter general en todos los países de nuestro entorno. Su configuración resulta compatible con el derecho a la igualdad en su vertiente de igualdad material, que cumple con lo dispuesto en el artículo 9.2 CE cuyo fundamento legal se encuentra en el art. 17.3 ET<sup>1923</sup>. Ciertamente es que su constitucionalidad fue admitida por el Alto intérprete de la Constitución, pero también lo es que difícilmente encaja su configuración rígida con la jurisprudencia del hoy llamado Tribunal de Justicia de la Unión Europea que no ampara el establecimiento de sistemas rígidos de acceso de la mujer al empleo ofertado sino que solo serán conformes al Derecho comunitario aquellas preferencias de la mujer que tengan en cuenta las características personales de todos los candidatos, sin que los excluya de forma imperativa. Ante tal planteamiento, se opone la jurisprudencia interna sobre éste asunto en particular-habida cuenta de que en sobre este aspecto no se ha pronunciado el Tribunal europeo<sup>1924</sup>-, su legitimidad sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse. Precisamente se trata de un fenómeno, el de la integración de la persona con discapacidad, que no representa los mismos problemas que el de la distinción entre géneros, por lo que no será siempre adecuado extrapolar las garantías jurídicas aplicadas a éste. Es cierto que la situación de segregación de la mujer representa una minusvaloración de la misma desde el punto de vista social y cultural, mientras que la exclusión de las personas con discapacidad añade a éste tipo de valoración externa la permanencia de la situación de disminución física,

---

<sup>1921</sup>Art. 1.14. El régimen transitorio prevé que para las asunciones efectuadas antes del 31 de diciembre de 2012 continúan a aplicarse las disposiciones precedentes.

<sup>1922</sup> Obligación que recae sobre la sociedad en su conjunto. Visier, L., Thornton, P. y Mora González, V. “*Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo de personas con discapacidad*” Escuela libre Editorial, Madrid, 2002, pág. 288.

<sup>1923</sup> STC 269/1994 de 3 octubre, FJ 4. También amparadas por la Constitución italiana según interpreta la Corte Constitucional de aquel país. Vid. VENTURA, L., *Il principio di eguaglianza nel diritto al lavoro*, op.cit. P. 85, nota 35. VADALÀ, V. *La tutela delle disabilità*, op.cit. P. 140.

<sup>1924</sup> Considera que resultan opuestas a la jurisprudencia europea, a menos que la rigidez de la misma se considera exceptuada con la puesta a disposición de cumplimiento alternativo a las mismas, BALLESTER PASTOR, A., “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)”, op.cit. Versión digital. P. 17.

psíquica o sensorial, aunque su situación de necesidad pueda venir en parte-solo en parte-superada por la consolidación de un modelo social. Pero también es cierto que en los asuntos resueltos por el Tribunal de la Unión Europea la situación era bien distinta; se trataba de la preferencia automática de la mujer al puesto de trabajo cuando poseía las mismas cualidades o capacidad que el hombre candidato al puesto, mientras que aquí se determina la reserva de parte del empleo a quienes poseen una capacidad personal reducida, sin entrar en competición con ningún otro candidato. Para éste no existe discriminación por razón de discapacidad, porque no se encuentra incluido entre los miembros de éste colectivo y por tanto no podría alegar un derecho a no ser discriminado por una circunstancia personal que no le es propia. Distinto sería que la cuota de reserva se destinara a un concreto segmento de personas con discapacidad, excluyendo a otros quienes se caracterizan por ésta misma circunstancia, en cuyo caso, habría que aplicar de forma análoga las limitaciones que propone el juez europeo en su jurisprudencia, estas son, eliminar las preferencias absolutas sin tomar en consideración otros factores o circunstancias de los propios candidatos.

En España el cupo de reserva asciende al 2% en empresas que ocupen al menos 50 trabajadores, obligación que puede ser sustituida a través medidas de cumplimiento alternativo<sup>1925</sup>, pero nunca limitada mediante convenio colectivo<sup>1926</sup>. En éste contexto, la negociación colectiva tiene un doble reto. En primer lugar, está llamada a hacer frente al alto grado de incumplimiento por las empresas, debido al escaso poder coercitivo del sistema español<sup>1927</sup>. En segundo lugar, actuar a sabiendas de que en España el porcentaje legal de reserva es relativamente bajo, menor al de la media europea, así como restringir el uso de las medidas de cumplimiento alternativo y fomentar el aumento de la demanda de empleo ordinario<sup>1928</sup>. En éste sentido, la negociación colectiva serviría como acicate ante la desaparición del Texto refundido en materia de discapacidad de la preferencia por el empleo en el medio ordinario tal y como lo había previsto la LISMI en su art. 37<sup>1929</sup>.

Sin embargo, se ha señalado la escasa presencia de las cuotas de reserva en los convenios colectivos como una de las causas debilitantes de la eficacia de dicha

---

<sup>1925</sup> Art. 42 TRLPD y Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.

<sup>1926</sup> La SAN de 20 de enero de 1999(AS 1999/208) declaró la nulidad de la cláusula de convenio porque restringía la obligación legal de establecer reserva de empleo para personas con discapacidad. Vid. RUIZ CASTILLO, M.M. *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, op.cit. P. 161.

<sup>1927</sup>Vid. datos publicados por Odismet. La multa por infracción de ésta norma va desde su cuantía mínima de de 626€ hasta su cuantía máxima de 6.250€, cantidad aplicable, en todo caso, cuando la empresa es reincidente. Arts. 40.1 b) y 39.2 LISOS. En Francia, tal incumplimiento motiva la imposición de una sanción que puede llegar a casi el salario anual completo de un trabajador en la correspondiente empresa y para reforzar el cumplimiento, el Código de Trabajo exige la declaración anual obligatoria a todas las empresas del cumplimiento de la obligación de empleo de personas con discapacidad, siempre que se encuentren entre los afectados objetivamente por la medida de reserva de puestos. En caso de inexistencia de declaración, se considerará que el empresario no satisface la obligación empleo, aunque en la práctica así fuese. Arts. L5212-5 y Art. L5212-12 del Código de Trabajo. Vid. KESSLER, F., "L'autonomie des personnes handicapées dans la loi du 11 février 2005". *Revue de droit sanitaire et social*, nº3, 2005. PP. 382 Ss.

<sup>1928</sup> En Alemania 5% para las empresas que empleen al menos a 20 trabajadores, § 71 Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX). En Francia la cuota de reserva es de un 6%, en empresas con 20 o más empleados Art. 323 Ley de 10 de julio de 198, reformada por la Ley 2005 nº102 de 11 de febrero de 2005 *pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*; Italia opta por establecer un cupo variable 7% si la empresa tiene más de 50 trabajadores; 2 trabajadores si la empresa ocupa entre 36 y 50 trabajadores y 1 trabajador si la empresa ocupa entre 15 y 35 trabajadores. Ley nº 68 /1999, art.3.

<sup>1929</sup> No obstante, el IIIAENC insta a la negociación colectiva a facilitar la transición del empleo protegido al empleo ordinario.

medida<sup>1930</sup>. Sin embargo, su ineficacia no deriva solo de la escasez de atención convencional, ni tampoco del exiguo efecto disuasorio de las sanciones previstas, sino que es consecuencia en gran medida del tejido productivo español que favorece que solo un pequeño porcentaje de empresas queden constreñidas por tal obligación. Efectivamente, los últimos datos publicados muestran que el 99,3 % de empresas del sector privado en España, estarían exentas de cumplir con la cuota de reserva legal del 2% por emplear a menos de 50 trabajadores<sup>1931</sup>.

Los convenios colectivos se limitan normalmente a reproducir la normativa legal aplicable<sup>1932</sup>, o a prestar colaboración a su cumplimiento<sup>1933</sup>. No obstante, se debe valorar si aquellos que solo se limitan a reiterar el deber de reservar un 2% de los puestos de trabajo a personas con discapacidad en realidad sí innovan por cuanto que eliminan la opción de acudir a la vía de las medidas de cumplimiento alternativo. En ese sentido se deberá analizar el modo en que está redactada la concreta cláusula y solo atribuir éste efecto restrictivo para la empresa cuando así se haya manifestado de forma expresa. Si bien la finalidad de tales normas son las que asegurar o pretender la igualdad material de los trabajadores con discapacidad, ello deberá hacerse compatible, cuando difiera del mandato legal, con los derechos e intereses en juego y, por tanto, el perjuicio desproporcionado que la cláusula controvertida podría provocar en el sujeto constreñido a no emplear medidas alternativas de cumplimiento, permitidas por la ley. En los convenios analizados que contemplan el deber legal de ocupar a un porcentaje de personas con discapacidad se permite, no obstante, el cumplimiento alternativo por mandato al régimen legal.

Excepcionalmente algún convenio mejora el mínimo legal en el sentido de aumentar el porcentaje de reserva exigible a la empresa<sup>1934</sup>. Como ya quedara apuntado, la versión actual del Estatuto de los trabajadores, aunque no prohíbe las medidas de discriminación favorable por razón de discapacidad, solo estima que se podrán establecer cuotas de reserva en materia de contratación por ley. Coincidiendo con una medida del mismo calibre aquella que rebasara el tope legal exigido del 2% mediante convenio colectivo o bien ampliase el ámbito empresarial de aplicación (empresas de 50 o más trabajadores), existe la posibilidad aún inusitada de que los tribunales de justicia, interpretando de

---

<sup>1930</sup> RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRANO, C., TOHARIA, L., *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral*, op.cit.P. 15. RODRÍGUEZ HIDALGO, J., “El fomento del empleo de los minusválidos a través de la cuota de reserva”, *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, nº 5, 2004.P.563. Constatan dicho incumplimiento todos los estudios sobre el particular. Entre otros, ESTEBAN LAGARRETA, R., “La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización”. *Revista de Derecho Social*, nº 61,2013. P. 51.

<sup>1931</sup> Fuente: Retrato de la PYME. Directorio Central de Empresa (DIRCE), Ipyme.org. Datos a 1 de enero de 2016 actualizados en febrero de 2017.

<sup>1932</sup> Entre otros, art. 33 CC *estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria*; art. 68 CC *Conservas Vegetales*. Art. 23 CC *enseñanza privada*. Art. 13 CC *del sector del Comercio Único de Huelva*. Art. 38 del CC *para la Industria Siderometalúrgica de Huesca*. Art. 26.2 CC *del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña*. Art. 37 CC *del Comercio Vario de la provincia de la Coruña*.

<sup>1933</sup> Empresa y representación de los trabajadores colaborarán en el cumplimiento del citado objetivo, art. 17 CC VI *Decathlon España*. los firmantes del presente acuerdo asumen el compromiso de continuar impulsando la inserción laboral de las personas con capacidades diferentes, dando prioridad a la contratación directa por las empresas a las que es de aplicación este Acuerdo Marco, para cumplir, como mínimo, con el porcentaje establecido por la legislación vigente como obligatorio. *Plan de Igualdad del Grupo Repsol*, apartado B.

<sup>1934</sup> El art. 53 CC *Calzado*, la eleva al 5%. El 3% establece el art. 34 CC *Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA*.



manera estricta el precepto aludido, anule una cláusula de dicho tenor<sup>1935</sup>. En cualquier caso, parte de la doctrina defiende su legitimidad,<sup>1936</sup> mientras que resultan expresamente recomendadas desde la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios<sup>1937</sup>. Ya tuvimos ocasión de asegurar que la normativa estatal y europea admiten las medidas de acción positiva y, por tanto, el art. 17 ET debe ser interpretado de forma sistemática con éstas. Además, la jurisprudencia avala su establecimiento siempre que aquellas no supongan una preferencia o reserva absoluta o incondicionada. Como se sabe, la retracción a éste tipo de medidas de resultado tuvo lugar en el ámbito de protección de la discriminación por razón de sexo. La jurisprudencia sentada en desarrollo de dicho causa de distinción ha resultado ser aplicada, por analogía, en asuntos en los que se dilucidaban conflictos originados en razón a otra causa de discriminación. No obstante, no siempre el sistema protector de uno de los factores protegidos a nivel europeo podrá ser aplicable automáticamente al resto sin valorar las concretas circunstancias. Es el caso, a nuestro parecer, de la doctrina en materia de acciones positivas de resultado. En la jurisprudencia paradigmática sobre éste asunto se consagra la prohibición de promocionar a la mujer de forma absoluta, de modo que resulta necesario que el mecanismo favorecedor de ésta en el acceso al empleo se produzca ante igual o equivalente capacitación de los candidatos. Precisamente es la ausencia de equiparación de la capacidad de los trabajadores protegidos lo que sustenta el establecimiento de acciones positivas de resultado en forma de cuotas de reservas en materia de acceso al empleo de trabajadores con discapacidad<sup>1938</sup>. En todo caso, no se ha producido, hasta el momento presente, pronunciamiento expreso del Tribunal de Justicia en sentido afirmativo o negativo de la compatibilidad de las mismas con la Directiva europea que proclama la igualdad de trato y la no discriminación en el empleo por razón de discapacidad. Tampoco el Tribunal Constitucional español ni ninguno de sus homólogos en los países que han establecido medidas similares se han pronunciado al respecto. Síntoma, en nuestra opinión, de la plena admisibilidad de las mismas.

Especialmente negativas por suplantar la finalidad de incorporación efectiva del personal con discapacidad al empleo ordinario se consideran a las medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva previstas en el art. 42.1 del TRLGD , en tanto se

---

<sup>1935</sup> Sobre los criterios interpretativos que podrían avalar su legalidad, vid supra Cap. I, § 4.2.2.

<sup>1936</sup> La cuota de reserva en porcentaje superior al previsto legalmente a través de la negociación colectiva son avaladas por un sector doctrinal, toda vez que resulten proporcionales al fin perseguido y tengan la justificación suficiente, ESTEBAN LAGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, op.cit. PP. 99-100. Sostiene que en éste ámbito la negociación colectiva puede incidir de manera más evidente para favorecer el acceso de este personal en las plantillas, PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, op.cit. P. 406. Incluso considera que la negociación colectiva, si así lo decidiese, podría incorporar otras reservas específicas al margen de la regulación legal, fijando cuotas, ARGÜELLO SERRANO, N., *¿Es la negociación colectiva herramienta garante del empleo y la igualdad?*, op.cit. P. 310.

<sup>1937</sup> “Evolución de la política de bonificaciones y reducciones de cuotas de la Seguridad Social destinadas a las personas en situación de discapacidad”. Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios. 2009. P. 11.

<sup>1938</sup> Solo se ha pronunciado en materia de acción positiva por razón de discapacidad en la STJUE al evaluar una norma “que confiere a los trabajadores por cuenta ajena con determinados tipos de discapacidad una protección especial ex ante frente al despido, sin conferir tal protección a los funcionarios con discapacidades del mismo tipo”. Diferencia de trato que admite siempre que no “se compruebe una vulneración del principio de igualdad de trato”, exigiéndose al órgano jurisdiccional nacional valorar las circunstancias concurrentes para determinar la existencia o no de vulneración del principio de igualdad de trato. STJUE 9 de marzo de 2017, *Petya Milkova*, asunto C-406/15.

basan fundamentalmente en criterios economicistas<sup>1939</sup>. Los convenios colectivos pueden prever su cumplimiento alternativo por medidas como la celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad para el suministro de materias o la prestación de un servicio, la realización de donaciones y de acciones de patrocinio a una fundación o una asociación de utilidad pública entre cuyos fines se encuentre el de la integración laboral de personas con discapacidad o la constitución de un enclave laboral<sup>1940</sup>. Aunque de manera muy esquemática y poco restrictiva en cuanto a las causas que permitan su uso, algunos convenios aprovechan la oportunidad de pactar un cumplimiento alternativo de la reserva de empleo<sup>1941</sup>, a pesar de que la norma supedita su establecimiento al requisito de la excepcionalidad<sup>1942</sup>. Resulta positivo cuando al menos se exige que la empresa informen a los representantes de los trabajadores en el supuesto de acudir a las citadas alternativas y sobre su coste, previa solicitud de los mismos<sup>1943</sup>.

En cuanto al contenido convencional sobre la cuota de reserva, las dificultades que plantea este tipo de previsiones se dan sustancialmente en que no detallan ni los puestos de trabajo a cubrir con carácter general ni el perfil del candidato que se precisa<sup>1944</sup>, situaciones que merecerían mayor atención por parte de los negociadores. Así mismo, podrían mejorar el alcance de la disposición legal, exigiendo un mínimo porcentaje de participación de estos sujetos en cada categoría profesional implantada en la empresa siempre que estén debidamente capacitados para ello. Tampoco regulan los convenios, como sería conveniente, sistemas de cumplimiento del cupo de trabajadores con discapacidad empleados en la negociación colectiva. La falta de rigor y detenimiento en la intervención convencional sobre la reserva de empleo se comprende mejor cuando sabemos que la negociación colectiva Interconfederal, no solo no ha propuesto mejoras a introducir por los convenios colectivos o límites al establecimiento del cumplimiento alternativo, sino que incluso ha tratado de fomentar una rebaja legal proponiendo para

---

<sup>1939</sup> CASADO PÉREZ, D., “Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, 2004. P. 66.

<sup>1940</sup> Art. 2 Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.

<sup>1941</sup> Establece que, si la empresa no pudiera cumplir con la obligación del 2%, podrá recurrir a medidas de cumplimiento alternativo el art. 9.4 CC *Banca*. Los somete a la existencia de causas objetivas el apartado B del Plan de Igualdad del Grupo Repsol. Prevé la opción del cumplimiento alternativo cuando se den las circunstancias previstas en la ley el art. 68 CC *conservas vegetales*, sin sometimiento a ulteriores requisitos el art. 40. CC *limpieza de Huelva*. Del mismo modo, art. 37 CC *Comercio Vario La Coruña*. Se remite a su ley de regulación el art. 26.2 CC *Hostelería y Turismo de Cataluña* del mismo modo que el art. 38 CC *Industria Siderometalúrgica de Huesca*. Otorga la empresa la opción de cumplir la cuota o acudir a las medidas alternativas el art. 33 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria* o el art. 23 CC *enseñanza privada*.

<sup>1942</sup> Por imposibilidad de los organismos públicos de empleo o agencias de colocación de proveer de candidatos en las ofertas presentadas por las empresas o por cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa según establece el art. 1.2 b) Real Decreto 364/2005, de 8 de abril. Así lo aclara el Criterio técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

<sup>1943</sup> Art. 13.5.5 CC *industria química*.

<sup>1944</sup> Mientras que el art. 6 del RD 1451/1983 de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, prevé que los convenios colectivos podrán establecer los puestos de trabajo reservados a «minusválidos». También promueve éste tipo de medidas el ANC 2007 y el IIIAENC. El Informe Largo Caballero sobre el “Impacto de la negociación colectiva sobre los trabajadores y trabajadoras con discapacidad” pone en evidencia que tan solo un 5% de convenios registrados hasta mayo de 2011 identifican los puestos de trabajo destinados con preferencia a personas con discapacidad. P. 86.

ello la modulación de la cuota para aquellas empresas que por las características de su actividad tengan dificultades para su cumplimiento<sup>1945</sup>.

En el sistema comparado se puede mostrar una radiografía parecida. Lo cierto es que ninguna de las normas convencionales vigentes en Italia que han sido analizadas mejora el sistema de contratación obligatoria a través de la ampliación del número mínimo de asunciones forzosas, ni siquiera a través de sistemas de responsabilidad social empresarial, materia que en Italia se encuentra en sobresaliente evolución. Pese a las continuas menciones hacia la mayor sensibilización con respecto a éste colectivo en todos los ámbitos políticos y sociales, especialmente en torno a las instituciones representativas de los intereses laborales, también en Italia la negociación colectiva especialmente en el ámbito empresarial dista de estar a la vanguardia en la promoción de los intereses de dichos sujetos. Así pues, un porcentaje elevado de los convenios analizados se limitan generalmente a mencionar el debido cumplimiento de los mandatos legales al respecto como la asunción de la cuota impuesta por la ley 68/1999, atribuyendo en su caso a la dirección de la empresa y a las RSU el control sobre la oportunidad para facilitar la integración de los mismos y utilizar de la mejor forma posible sus actitudes laborales<sup>1946</sup>. Aisladamente se prevé el respeto por el cumplimiento de la cuota tras procesos de reestructuración empresarial<sup>1947</sup>.

### 3.2.2. Ajustes razonables ¿son medidas de acción positiva?

En la idea de igualdad sustancial se inspira la obligación de adaptar el ambiente a la discapacidad<sup>1948</sup>. A fin de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades para de las personas con discapacidad, la Directiva 2000/78/CE contempla los ajustes razonables como aquellas modificaciones o adaptaciones que deberá efectuar el empresario para eliminar las barreras existentes en el lugar de trabajo que impidan al trabajador con discapacidad el uso normal de cualquier instalación o equipamiento. Con ello se pretende a evitar «discriminación estructural»<sup>1949</sup>, se ha dicho. Así mismo, deberán ser removidos los impedimentos de tipo inmaterial que dificulten el acceso o la progresión profesional, tales como la reordenación de tiempos de trabajo o el acceso a la formación. A su vez, no se entenderá justificada una discriminación indirecta por éste motivo aun existiendo una finalidad legítima si el

<sup>1945</sup> Por primera vez referido en el ANC 2003, Posteriormente lo contempla el Informe «Negociación Colectiva e Inserción Laboral de Personas con Discapacidad» aprobado el 26 de enero de 2006 la Comisión de Seguimiento del ANC y que destaca el Cap. VI ANC 2007.

<sup>1946</sup> Art. 32 CCNL *Abbigliamento. Industria*. Párr. 4º. El art. 63 CCNL *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria*, parr. 4, confiere a la empresa, presente la RSU, el deber de verificar las oportunidades de integración de estos trabajadores y utilización de sus actitudes laborales. Art. 9 CCNL *dipendenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi*, que sucintamente indica el deber de las empresas de considerar con atención el problema de la inserción laboral de las personas con discapacidad, en función de la capacidad laboral de los mismos. Añadiendo el art. 7 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL* que deberán utilizar ello la vía de la Inserción mediante el servicio público (*collocamento mirato*), a través del auxilio de las estructuras públicas y con la participación de la RSU.

<sup>1947</sup> Art. 48 CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*.

<sup>1948</sup> BARBERA, M. “Introduzione” en BARBERA, M (Edit.) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, op.cit. P.XXIV.

<sup>1949</sup> Se trata de la discriminación por el mantenimiento de las barreras existentes. COURTIS, C. “La justiciabilidad de los derechos de las personas con discapacidad”, DE LORENZO, R., PÉREZ BUENO, L.C., (Dir) *Tratado sobre Discapacidad*, op.cit. P.791.

empresario tiene la obligación de realizar ajustes razonables<sup>1950</sup>. Solamente puede eximirse el empresario de llevarlos a cabo ante un supuesto: su excesiva onerosidad<sup>1951</sup>.

La Directiva 2000/78/CE compele a los Estados a especificar el contenido de ésta obligación de adoptar soluciones razonables. En desarrollo de tal mandato, el ordenamiento interno contempla en el art. 63 del TRLGD que la no adopción de ajustes supone la vulneración del principio de igualdad de oportunidades mientras que el art. 66 contempla como medida antidiscriminatoria autónoma la obligación de realizar ajustes razonables, al tiempo que establece, a efectos de determinar si un ajuste es razonable, que se tendrán en cuenta tanto los costes de la medida, como los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción.

Ésta confusión terminológica en cuanto a la determinación en términos jurídicos de la consecuencia de no adoptar el ajuste razonable quizás es el resultado de la incorporación a nuestro ordenamiento de las pautas de protección e integración de las personas con discapacidad recogidas en la Directiva europea y en la Convención internacional de derechos de las personas con discapacidad. En el primer caso, no se aborda el ajuste razonable como medida cuya ausencia de ejecución causa discriminación<sup>1952</sup>. A ello solo se refiere en el marco de la definición de la discriminación indirecta. En efecto, el art. 2.2 de la Directiva declara inexistencia de discriminación indirecta cuando el empleador tiene el deber de realizar ajustes razonables para las persona con discapacidad. También la ley española exceptúa la existencia de discriminación indirecta cuando el empresario tiene la obligación de realizar un ajuste razonable para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión –art. 34.5 TRLGD-. Por su lado, la Convención califica directamente el rechazo a establecer el ajuste razonable como discriminatorio<sup>1953</sup>, como así lo han calificado a nivel interno algunos países como Estados Unidos, Reino Unido, Suecia o Croacia<sup>1954</sup>.

---

<sup>1950</sup> Art. 2.b) ii) de la Directiva 2000/78/2000. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, op.cit.P. 103. Concibe la erradicación de la discriminación indirecta como la finalidad del ajuste razonable REY MARTÍNEZ, F., “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad?”, op.cit. P. 175.

<sup>1951</sup> El origen de los ajustes razonables se encuentra en el Derecho norteamericano, circunscrito en sus inicios al ámbito de la protección de la libertad religiosa y contemplados por primera vez en la “*Equal Employment Opportunity Act*” de 1972 y contemplado de manera expresa para tutelar a las personas con discapacidad en la “*Americans with Disabilities Act*” de 1990, bajo el término de «*reasonable accommodation*».

<sup>1952</sup> Precisamente se abordó el debate sobre ésta cuestión durante los trabajos preparatorios, siendo desechada finalmente la opción de concebirlos como conductas discriminatorias por razones de política legislativa, QUINN, G., FLYINN, E., “Evolutions in antidiscrimination Law in Europe and North America: Transatlantic Borrowings: The Past and the Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability”. *The American Journal of Comparative Law*, vol .60. 2012. P. 11.

<sup>1953</sup> El mismo debate entorno a la calificación jurídica de la denegación de ajustes razonables se produjo durante la elaboración de la CDPD, siendo finalmente adoptada la calificación de discriminatoria., GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas...*op.cit. p. 177. El art. 2 proporciona la definición sobre “discriminación por motivos de discapacidad”, entre las que incluye la denegación de ajustes razonables. Ésta misma idea se reitera por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad en la evaluación del informe remitido por España sobre el grado de cumplimiento de la Convención, en la que insta a que vele por que se proteja contra la denegación de un ajuste razonable, como forma de discriminación, independientemente del grado de discapacidad. CRPD/C/ESP/CO/1, de 19 de octubre de 2011, punto 20. A dicho precepto en referencia expresa a la denegación del ajuste razonable como forma de discriminación de estas personas se ha referido el TC español en las SSTC 10/2014 de 27 enero, RTC 2014\10, FJ 4 y 77/2014 de 22 mayo, RTC 2014\77, FJ 2.

<sup>1954</sup> Sec. 102. 5 de la Americans With Disabilities Act de 1990 (EE.UU.); Art. 6.12 Disability Discrimination Act de 1995 (Reino Unido); Cap. 1 sección 4, Discrimination Act, 2008:567 (Suecia); Art. 4.2 The anti-discrimination Act, 2008 (Croacia).

Aunque la UE ha ratificado la Convención, declara que la misma no resulta inmediatamente aplicable en el ámbito del Derecho europeo, aunque pueda ser invocada a los efectos de interpretar la Directiva<sup>1955</sup>, de tal forma que por ésta vía la cuestión tampoco viene resuelta, especialmente porque en ninguna de sus sentencias se ha pronunciado el TJ en sentido de admitir la existencia de discriminación por la no realización del ajuste.

La cuestión no resulta pacífica en la doctrina<sup>1956</sup>, quienes se sirven de la existencia de pronunciamientos emitidos en la dirección de determinar la existencia de discriminación por la omisión de llevar a cabo tal adaptación. Sin embargo, en aquellos pronunciamientos en que se evalúa el despido de un trabajador con discapacidad por causas objetivas tras no haber sido adoptado el ajuste propuesto por el mismo, se acaba reconociendo la nulidad del mismo porque el empresario despidió a un sujeto con discapacidad y, tras éste mostrar indicios de la existencia de discriminación, no consigue justificar la ausencia de la misma o la justificación del acto extintivo, sin que en ningún caso se exprese en términos claros que la nulidad proviene por no acceder a la petición del ajuste. En puridad el despido se declara nulo porque el mismo, a tenor de la jurisprudencia establecida por el TJ, no se justifica por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate<sup>1957</sup>.

El ajuste razonable es una medida compensatoria o igualadora. En éste sentido, comparte la misma naturaleza de cualquier acción positiva legalmente impuesta, dirigida a evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y a acelerar o lograr su participación plena en el entorno laboral<sup>1958</sup>. Se configura como acción positiva individualizada que pretende la adaptación del entorno a las circunstancias de un solo trabajador cuando no se ha cumplido con el criterio de la accesibilidad universal<sup>1959</sup>. Resulta directamente exigible y su inobservancia constituye una vulneración al derecho a la igualdad de oportunidades<sup>1960</sup>, mientras que en el resto de los supuestos en que no se contemple de modo imperativo, la acción positiva no resulta legalmente exigible ni siquiera a los poderes públicos<sup>1961</sup>. Sin embargo, algún autor pone

---

<sup>1955</sup> SSTJUE de 18 de marzo de 2014, Z, asunto C-363/12, apartado 90; 9 de marzo de 2017, *Milkova*, asunto C-406/15, apartado 48.

<sup>1956</sup> Amparan la existencia de discriminación cuando el empresario no adopte una medida de ajuste GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas...* op.cit. P 179.

<sup>1957</sup> STSJ Cataluña, de 9 de diciembre de 2014 (AS 2015\892), declara la nulidad del despido de una trabajadora con discapacidad que había pedido la reducción de jornada tras la superación de un periodo de incapacidad temporal. SJSial núm. 26 de Barcelona de 23 mayo 2016, AS 2016\1060: «e reputarse nulo por discriminatorio, al basarse en la enfermedad del demandante, que no determinaban su ineptitud para desarrollar su trabajo, pero que implicaba unas dificultades para su integración en la estructura empresarial, que podían haberse tratado de superar con la adaptación del puesto de trabajo y la asunción progresiva de tareas por el trabajador», FJ 6.

<sup>1958</sup> Noción de acción positiva en el ámbito de la discapacidad: art. 2 g) TRLGD; art. 7 Directiva 2000/78.

<sup>1959</sup> Sobre la concepción de los ajustes razonables como medidas de acción positiva LAWSON, A., *Disability and equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*. Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008. PP. 225 y ss. El concepto de accesibilidad universal se recoge en el Art. 2 k) TRLGD.

<sup>1960</sup> Art. 63 TRLGD.

<sup>1961</sup> El art. 9.2 CE no otorga un derecho subjetivo, como se puso de manifiesto en páginas anteriores. Tampoco el art. 26 de la CDFUE sobre integración de las personas con discapacidad que exige que la Unión respete y reconozca el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas de integración. Así, el principio enunciado por ese artículo no implica que el legislador de la Unión esté obligado a adoptar una u otra medida específica. En efecto, para que aquel artículo produzca plenamente sus efectos, debe ser concretado mediante disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional. STJUE de 22 de mayo de 2014, *Glatzel*, asunto C-356/12, apartado 78.

el énfasis en el carácter individualizado de los ajustes razonables como medida exigible para permitir el acceso al trabajo o la permanencia en el mismo, para oponerlos al concepto de acción positiva, instrumento igualmente orientado a la igualdad sustancial, pero dirigidas, en el segundo caso, a grupos específicos<sup>1962</sup>.

La mayor dificultad a la que se enfrenta el juzgador para admitir que el derecho a la acomodación razonable ha sido vulnerado se encuentra en el elemento de la razonabilidad, la inexistencia de una carga excesiva. La directiva europea no aborda el significado que asume en dicho contexto el término «razonabilidad»<sup>1963</sup>, ni tampoco ha ofrecido pautas aclaratorias al respecto a diferencia de lo ocurrido en otros contextos normativos. Así, a modo de ejemplo, en EEUU existe una «Guía interpretativa del Reglamento para implementar la American Disability Act» que clasifica las medidas de ajuste y ofrece indicaciones para llevar a cabo el proceso de determinación del mismo<sup>1964</sup>. También favorece la adaptación específica del trabajo a la persona con discapacidad la guía que ofrece las pautas para tratar de definir los elementos esenciales de la misma editada en Reino Unido. En ella se detallan ajustes que podrían ser razonables para evitar efectos adversos en el personal con discapacidad<sup>1965</sup>. En Francia, la Alta Autoridad contra la discriminación y para la Igualdad, desarrolló una guía para los empleadores del sector privado sobre cómo implementar la noción de ajustes razonables<sup>1966</sup>.

Este tipo de medidas tienen en cuenta los factores reales de cada individuo y sector de la actividad en la que participa y son exigibles en la medida en que no suponga una carga desproporcionada para el empresario no paliada suficientemente a través de contraprestación pública. La ambigüedad del término, unida a la generación de gasto, ocasiona evidentes disputas acerca de su concreción. Si bien en alguna de sus sentencias el Tribunal Constitucional español ha reconocido la imposibilidad de que el trabajador exija al empresario, en razón del respeto a sus derechos fundamentales modificación de sus planes organizativos aun mediando la razonabilidad de la petición<sup>1967</sup>, en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad el ajuste razonable se impone como derecho directamente oponible a cualquier empleador cuando éste resulte necesario y no excesivo<sup>1968</sup>. Por tanto, la adaptación del puesto ha de ser efectuada, dados los términos en los que se configura al ajuste razonable, de forma obligatoria, no

---

<sup>1962</sup> SPINELLI, C., “La sfida degli “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act”. *Diritti Lavori Mercati*, nº 1, 2017. P. 42.

<sup>1963</sup> BARBERA, M. *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, op.cit. P 107.

<sup>1964</sup> Interpretative Guidance on Title I of the Americans with Disabilities Act, de 6 de agosto de 2000. Federal Register vol. 65, nº 111, de 8 de junio de 2000.

<sup>1965</sup> Disability: Equality Act 2010 - Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability, Office for Disability Issues. También aporta luz acerca de la definición de ajuste razonable y proporciona ejemplos en clave práctica en el Cap. 6 *dell Employment Statutory Code of Practice*, editado y publicado, por la Equality and Human Rights Commission.

<sup>1966</sup> Deliberation nº. 2010-126 de 14 de junio de 2010, “Avis de la haute autorité relatif à l'accès à l'emploi des personnes handicapées dans le secteur privé au regard des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination”. Para el empleo público publicó la Deliberation Nº 2010-274.

<sup>1967</sup> SSTC 19/1985 de 13 de febrero, RTC 1985\19 en la que el trabajador pretendía un cambio de sus días de descanso justificado por causas religiosas que resultaba razonable, pero no imperativo; 129/1989 de 17 de julio declara que los derechos que la Constitución garantiza como ciudadano al trabajador no constituyen un factor de alteración del entramado de derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, .Román de la Torre, M. D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Grapheus, Valladolid, 1992. P. 313.

<sup>1968</sup> Sobre su consideración como derecho vid DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, op.cit. PP. 108ss.

solo cuando el sujeto es portador de una discapacidad sobrevenida sino desde el mismo momento en el que es preseleccionado para un determinado puesto, a través de la adecuación del proceso selectivo, así como en el desarrollo de toda su carrera profesional<sup>1969</sup>. A tales efectos, se ha de adoptar, creemos, un concepto amplio o material de discapacidad de manera que no solo se atribuya el derecho a que le sea adoptado el puesto de trabajo a sus cualidades y características personales a quienes tienen oficialmente reconocida una discapacidad.

Aunque por su carácter individualizado el ajuste se adoptará en función de las circunstancias concretas sin que los convenios suelen especificar el tipo o modo de adaptar el trabajo al sujeto en cada momento, cabe fijar ciertos criterios que guíen el proceso de adopción del ajuste o los modos materiales e inmateriales en que aquellos pueden efectuarse. A modo de ejemplo, pueden imponer la modificación y adaptación de condiciones materiales en un plazo estipulado desde la petición realizada por el trabajador, o introducir adaptaciones de determinadas condiciones laborales que vendrán a ser obligatorias para el empresario si fuesen reclamadas por el trabajador con discapacidad, como la readaptación del horario, cambios de turno o reducción de jornada en supuestos distintos a los contemplados en la norma<sup>1970</sup>. Sin embargo, no se configura el ajuste razonable como contenido necesario del convenio en materia de discapacidad como ha sido propuesto por parte de la doctrina<sup>1971</sup>.

Lo cierto es que de la muestra analizada se observan carencias en éste aspecto. Referencia expresa a los ajustes razonables, en la forma más comúnmente usada de «adaptación del puesto de trabajo», la encontramos por ejemplo en el CC de la Industria Química, si bien se configura de forma disponible para las empresas-procurarán-, teniendo en cuenta las características propias de los puestos y de las propias instalaciones de la empresa. En tal caso su adopción se llevará a cabo de forma discrecionalidad por parte de la empresa sin que se instauren medios de control<sup>1972</sup>. En cambio, el conjunto de normas convencionales más que reparar sobre tales ajustes se centran en la exigencia de adaptación del puesto de trabajo a la persona en la medida en que así lo exige la normativa de prevención de riesgos laborales<sup>1973</sup>.

En Italia, como consecuencia de la falta de previsión expresa en la norma legal hasta tiempo reciente, son prácticamente inexistentes los convenios que recogen la obligación del empresario de llevar a cabo cuantos ajustes razonables se estimen pertinentes en atención a las circunstancias del trabajador, más allá de la debida adopción de cláusulas dirigidas al cumplimiento de la normativa en materia de higiene, salud y seguridad en el trabajo, así como a la prevención de los riesgos laborales. En ellos se contempla, a

---

<sup>1969</sup> En términos similares es expresado en el art. 40.2 TRLGD.

<sup>1970</sup> Tal y como advirtió el TJUE, la reducción de la jornada, puede entenderse comprendido en el concepto de ajuste razonable, previsto en el artículo 5 de la Directiva. STJUE de 11 de abril de 2013, *Ring, asuntos* C-335/11 y C-337/11, apartado 56.

<sup>1971</sup> Propone numerosas cláusulas convencionales en alusión a los ajustes razonables, PÉREZ BUENO, L.C., *Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad*. Cinca, Madrid, 2013.PP. 53, 58, 59,61y 63.

<sup>1972</sup> Art. 13.5. 6. XVII CC general de la industria química.

<sup>1973</sup> Art. 86 CC de la *industria textil* introduce un compromiso preventivo para eliminación o reducción de los riesgos, adoptando las medidas necesarias para adaptar el trabajo a la persona. En parecidos términos, art. 66 CC *industria química*. Clausula final quinta CC *para la Industria Siderometalúrgica de Huesca* 2012 Art. 47.2 CC *sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña*. Art. 38.6 VII *Acuerdo marco del Grupo Repsol*. Art. 55.1 CC *Repsol Química*.

semejanza de lo previsto en la negociación colectiva española, el principio general de adaptación del trabajo a la persona<sup>1974</sup>.

A tal efecto, algunos se encargan de vigilar el cumplimiento de las normas en materia de seguridad y salud el representante de los trabajadores para la seguridad y el ambiente en Italia, o delegado de prevención en España así como el Comité para la Seguridad y Salud<sup>1975</sup>, aunque sin funciones específicas en materia de control sobre ajustes razonables por razón de discapacidad que escapan de sus facultades cuando no se relacionen con su seguridad o su salud. En cambio, estas funciones concretas pueden ser atribuidas por el convenio colectivo a las comisiones específicas encargadas de seguir las problemáticas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en el empleo<sup>1976</sup>.

Aunque tanto la Directiva como la jurisprudencia es clara sobre la prohibición de despedir al trabajador con discapacidad sin que se hubiesen adoptado los pertinentes ajustes<sup>1977</sup>, el ordenamiento Español articula vías extintivas que pueden contravenir tales prescripciones. En primer lugar, la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez habilita para extinguir el contrato de trabajo sin necesidad de procurar el mantenimiento del empleado con carácter general. Sin embargo y aunque más tarde nos detendremos sobre el tratamiento de la discapacidad sobrevenida, se sostiene que previa extinción del contrato por ésta vía del art. 49.1 e) ET se deben aplicar las normas sobre ajustes razonables para las personas con discapacidad salvo que su establecimiento resulte excesivo o no debidamente paliado por las Administraciones Públicas<sup>1978</sup>. De lo contrario, se sostiene, resultaría incompatible dicho precepto estatutario con la actual regulación de la protección de la discapacidad en la medida en que se equiparan quienes accedan a una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez al personal con discapacidad<sup>1979</sup>.

Por otra parte, se podrá acudir al despido objetivo por ineptitud sobrevenida o inadaptación del trabajador ante modificaciones técnicas a los que el trabajador no ha

---

<sup>1974</sup> Entre otros, art. 35 CCNL *dipendenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*, donde parece indicativo que se dará prioridad a las medidas de protección colectiva con respecto a las de producción individual y se establece con carácter general el respeto a los principios ergonómicos en la concepción de los puestos de trabajo. El CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*, dedica el Título V a regular el “ambiente de trabajo”. El CCNL *settore edile ed affini* dedica su título XLVIII a la “Tutela de la salud y de la integridad física del trabajador y al ambiente de trabajo”; Art. 67 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI y Confindustria*; art.59 CCNL *Occhialeria Anfao*.

<sup>1975</sup> Art. 47 D.lgs. de 9 de abril de 2008, n. 81 Texto Único en materia de salud y seguridad en el trabajo. Arts. 35 y 39 Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En Italia algunas normas convencionales crean Comités en materia de seguridad y salud para el sector, entre otros, art.64. CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini* dispone un Observatorio paritario al que atribuye funciones en materia de seguridad y salud. Art.55 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*. Art. 35 CCNL *Mobilità, Area contrattuale Attività Ferroviarie*.

<sup>1976</sup> Como función complementaria a las atribuidas por el art. 39 LPRL al Comité de Seguridad y Salud.

<sup>1977</sup> «La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate», STJUE de 11 julio de 2006, *Chacón Navas*, asunto C-13/05, apartado 51.

<sup>1978</sup> , GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas...* op.cit. P. 270. Propuesta también del CERMI dentro de sus “Propuestas normativas con rango de ley derivadas del desarrollo de la estrategia global y plan de acción para el empleo de personas con discapacidad para su inclusión en el proyecto de ley de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas”, publicadas en el Boletín nº 17 de 26 de junio de 2009. <http://boletin.cermi.es/noticia.aspx?noticia=611&a=0>.

<sup>1979</sup> En ese sentido, GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas...* op.cit. P. 287. ESTEBAN LAGARRETA, R., *Contrato de trabajo...* op.cit. PP. 422-423. Del mismo autor, “Integración laboral de las personas con discapacidad”, BELTRÁN AGUIRRE, J.L., EZQUERRA HUERVA, A., *Atención y protección jurídica de la discapacidad* op.cit. P. 257.



podido adaptarse tras un periodo de formación o por acusada morbilidad ante la inadaptación al horario de trabajo que provoquen el cúmulo de ausencias injustificadas del puesto de trabajo [arts.52 a), b) y d) respectivamente]. Al margen de la legitimidad del uso de las mismas a la luz de las normas protectoras del personal con discapacidad, estas causas extintivas<sup>1980</sup>, podrían ser evitadas cuando el trabajador solicita la reducción de su jornada, o redistribución de la misma o la adaptación de su puesto o de sus funciones. Es evidente que el convenio colectivo solo podría participar de las limitaciones externas a la disposición del empresario de sus facultades decisorias de cese de la relación laboral ante dichas circunstancias por medio de la imposición de ajustes razonables sin que pueda variar el régimen legal del despido por causas objetivas ni impedir su uso cuando éste sea legítimo.

Finalmente, cabe destacar que no existen, entre las funciones atribuidas a las comisiones paritarias de igualdad previstas en convenios colectivos, ninguna que repare en el control de la realización de ajustes cuando sea necesario para que el trabajador acceda o mantenga su puesto de trabajo. En tal sentido, sería adecuado no solo prever facultades de éste tipo el ente bilateral, sino identificar dentro de éste o al margen de la misma a una persona encargada de vigilar el cumplimiento del mandato legal de ajustar el trabajo a la persona y que sirva como cauce de peticiones o reclamaciones de nuevos ajustes. En el ámbito comparado, la norma italiana ha previsto la figura del «responsable de inserción laboral», que deberá ser promovida mediante decreto ministerial. Entre sus funciones se encuentran la de predisposición de un proyecto personalizado para el trabajador con discapacidad a los efectos de resolver problemas ligados a las condiciones de trabajo de la persona<sup>1981</sup>. Son, como resulta evidente, funciones conectadas con la efectividad de la obligación de llevar a cabo ajustes razonables. Ante la inexistencia de una norma semejante en nuestro ordenamiento y en tanto su creación no sea prevista de modo imperativo, en el convenio colectivo reside, en nuestra opinión, la capacidad de incorporar un mecanismo similar.

### 3.2.3. Movilidad como medio para mantener el empleo en situación de discapacidad

#### 3.2.3.1. Movilidad geográfica

Los mecanismos que la legislación permite activar para cambiar la ubicación geográfica o funcional del trabajador pueden revertir de forma positiva sobre el personal con discapacidad cuando conduzcan a mejorar sus condiciones laborales o bien incidir en su

---

<sup>1980</sup> Con respecto a la aplicación del art. 52 d), despido objetivo por excesiva morbilidad de un trabajador con discapacidad, cuando una parte de sus ausencias se derivaba de su propia discapacidad, admitió la nulidad del despido por discriminación de tipo indirecto la STSJ de Galicia 7395/2015, AS 2016\385. En efecto, declara el Tribunal que «en nuestro ordenamiento jurídico laboral, el concepto del TJCE supondría que el artículo 52.d) ET (RCL 1995, 997) no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad; sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, toda vez que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de despido que un trabajador sin discapacidad, ya que aquel está expuesto a la ventura adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo.

<sup>1981</sup> Art. 1.1 e) del decreto legislativo 151/2015.

degradación cuando la decisión de modificar el régimen funcional o geográfico provenga de la voluntad empresarial sin que hayan mediado sistemas de adecuación a las especiales circunstancias de los mismos.

Con respecto a la movilidad geográfica, se comprueba un régimen de tutela débil del personal con discapacidad si comparamos con otros ordenamientos como el italiano que ha adoptado un régimen de inamovilidad geográfica del trabajador con discapacidad en situación de gravedad sin su consentimiento así como tiene derecho a elegir, cuando sea posible, la sede más cercana a su domicilio<sup>1982</sup>. De la norma española podemos destacar dos disposiciones concretas que permiten al trabajador con discapacidad beneficiarse de un régimen especial. En primer lugar, reconoce un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo dentro del grupo profesional que la empresa tuviera vacante en otro centro de una localidad en la que sea más accesible el tratamiento de rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad, limitado a una duración inicial de 6 meses con reserva del puesto, finalizado el cual el trabajador puede optar entre el regreso o la continuidad en el nuevo. En segundo lugar, permite a la negociación colectiva establecer prioridades de permanencia por razones tales como la discapacidad ante eventuales traslados o desplazamientos, posibilidad poco extendida entre las cláusulas convencionales relativas a traslados forzosos<sup>1983</sup>. No habría ningún impedimento a que las normas convencionales estableciesen otras preferencias en materia de movilidad geográfica como la de priorizar el traslado de cualquier persona con discapacidad o del trabajador cuyo familiar con discapacidad al que tendrá que cuidar habite en otra localidad en la que la empresa tenga centro de trabajo, cuando las circunstancias lo permitan<sup>1984</sup>. También es viable otorgar prioridad de retorno al centro original para trabajadores con discapacidad o con familiares con discapacidad a cargo que hayan sido desplazados o trasladados<sup>1985</sup>. En ambos casos, la prioridad del personal con discapacidad o con familiar con discapacidad a cargo de forma prioritaria se sustenta en la búsqueda por la igualdad real mediante la adopción de los ajustes necesarios mecanismos así como servir de acomodo a la exigencia legal de adaptación del trabajo a la persona con discapacidad para proteger su salud dispuesto en el art. 25 LPRL mediante una interpretación en sentido amplio y favorable a la movilidad geográfica como medida de recolocación cuando la adaptación funcional en el mismo centro de trabajo sea infructuosa<sup>1986</sup>.

---

<sup>1982</sup> Art. 33.5 Ley 104/1992, de 5 de febrero.

<sup>1983</sup> Arts. 40.5 y .7 respectivamente. El art. 36 CC *Banca* determina que las personas con discapacidad o trabajadores dependientes de tratamiento médico que no pueda ser impartido en la plaza de destino se sitúan en el segundo puesto de orden de prioridad para no sufrir el traslado. Art. 37.2 b) CC *Corcho*, establece la preferencia para no ser objeto de desplazamiento a disminuidos físico y psíquicos, pero se omite dicha preferencia en el régimen de traslados. Prioridad de permanencia ante el traslado del personal con discapacidad, art. 27 CC *industria química*.

<sup>1984</sup> El art. 36.9 del CC *para el personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el periodo 2013-2018* dispone que el trabajador con discapacidad que acredite la especial necesidad, puede solicitar el traslado que tendrá el carácter de forzoso

<sup>1985</sup> El art. 12 CC *sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio* establece la también prioridad para retornar a sus centros de origen cuando se produzca alguna vacante en estos de trabajadores que tengan a su cuidado directo familiares hasta el 2º grado, tanto por consanguinidad o afinidad, con algún tipo de discapacidad que no desempeñen, en ambos casos, actividad retribuida alguna.

<sup>1986</sup> Apuntando en tal sentido GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J. "Recolocación por razones de enfermedad como deber empresarial en materia de prevención". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 7, 2011, BIB 2011\1463. Versión digital. P. 10.

### 3.2.3.2. Movilidad funcional. Adaptación de las condiciones de trabajo en caso de discapacidad sobrevenida

Sin duda, uno de los principales mecanismos que pueden cumplir con la exigencia de adaptar el trabajo a la persona con discapacidad es la flexibilidad para cambiar las funciones que desempeña y así permitir el mantenimiento del empleo. No obstante, en realidad los requerimientos económicos y organizativos de la empresa actúan fundamentalmente como base de la introducción de la flexibilidad en la movilidad funcional. En estos casos, resulta poco frecuente incluir a las personas con discapacidad entre los colectivos con prioridad a no sufrir modificaciones funcionales impuestas de forma unilateral o pactada en periodos de consultas con los representantes de los trabajadores. La prohibición de despido tras la incorporación del trabajador a sus nuevas funciones no supone el único freno al poder empresarial. Junto al mismo, se han de respetar no solo la normativa de Prevención de Riesgos laborales en materia de adaptación del puesto de trabajo a la persona así como realización de cuantos ajustes razonables sean necesarios, sin cuya observación el empleador vulnerará la prohibición de discriminación.

La adaptación del ambiente de trabajo al personal con discapacidad se ha de aplicar no solo cuando el trabajador accede con ésta condición en la empresa sino también cuando desarrolla la discapacidad en el curso de la relación laboral aunque con frecuencia su aparición provoca la ruptura laboral y expulsión del mercado de trabajo. Precisamente uno de los elementos que va a condicionar la adaptación de jornada ante éstos supuestos es el tejido productivo español en el que la dimensión de las empresas va a provocar la opción mayoritaria por la extinción del contrato laboral como vía preferida cuando no, única<sup>1987</sup>.

Los estudios disponibles acerca de la negociación colectiva han detectado paulatinamente una mayor presencia de la regulación de los supuestos de discapacidad sobrevenida. Aunque resulte positiva su evolución, se ha indicado que se encuentra lejos de ser la regla universal u objeto de tratamiento amplio<sup>1988</sup>. Todavía hoy son escasas las cláusulas convencionales que favorecen el mantenimiento del empleo de aquellos trabajadores que adquieren una discapacidad de forma sobrevenida. Éstos serían el lugar apto para ampliar el ámbito subjetivo de trabajadores beneficiarios de medidas de adaptación ante situaciones de discapacidad- por ejemplo entre aquellos que

---

Apunta a la movilidad geográfica como mecanismo subsidiario para cumplir con el deber de adaptación del puesto de trabajo del trabajador especialmente sensible, LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales: protección jurídico-laboral*. Marcial Pons, Madrid, 2010. P.161.

<sup>1987</sup> Al respecto vid., SOLA MONELLS, X., "La extinción de la relación laboral por pérdida de capacidad sobrevenida de menor entidad", PÉREZ AMORÓS, A., *La extinción del contrato de trabajo*. Bomarzo, Albacete, 2006.

<sup>1988</sup> Informe "Impacto de la Negociación Colectiva sobre los trabajadores y trabajadoras con discapacidad", Fundación Largo Caballero. P.157.

no superan el umbral del 33% de discapacidad reconocida-, o también mediante la descripción de las medidas de adaptación que puede adoptar el empresario<sup>1989</sup>.

En cualquier caso, las disposiciones convencionales sobre adaptación y reubicación de éstos trabajadores deben respetar las normas superiores del ordenamiento, entre las que destacan los derechos fundamentales a la salud y a la integridad física proclamados por la Constitución cuya regulación a nivel comunitario se incorpora en nuestro ordenamiento mediante normas en materia de prevención de riesgos<sup>1990</sup>. De ésta forma, el contenido del art. 25 LPRL que protege al trabajador especialmente sensible a determinados riesgos que exige al empresario garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Por lo tanto el derecho a la adaptación del puesto de trabajo por causa de salud no podrá quedar minorado por la regulación que al efecto pueda hacerse en el convenio colectivo, siendo nula cualquier prescripción que al efecto se haga en el mismo, atribuyéndole carácter discrecional o sujetándolo a cualesquiera condiciones, pues se trata de un derecho irrenunciable del trabajador y una correlativa obligación del empresario<sup>1991</sup>. Además el derecho reconocido por la ley de prevención de riesgos laborales debe servir de límite para el uso indiscriminado del despido por ineptitud<sup>1992</sup>. En este sentido algún convenio contempla el cambio de puesto de trabajo por disminución de la capacidad del trabajador<sup>1993</sup>. Otro ejemplo paradigmático lo constituye aquella cláusula convencional que repara en la necesidad de asignar al trabajador especialmente sensible- reconocido por la vía del art. 25 LPRL- a un puesto no correspondiente a su grupo si no existiese puesto equivalente dentro de su grupo, compatible con su estado de salud, si bien conservando, como mínimo, el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen<sup>1994</sup>.

Pese a lo restringido de su contenido que pasaremos a analizar en breve, es preciso elogiar las disposiciones que sí contemplan una suerte de reubicación del trabajador en supuestos de discapacidad adquirida durante el transcurso de su vida laboral como

---

<sup>1989</sup> GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op.cit. P. 240. RUIZ CASTILLO, M.M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, op.cit. PP. 168ss. CABEZA PEREIRO, J., "La discriminación por motivos de discapacidad", LOUSADA AROCHENA, J.F., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2008. PP. 552ss. SERRANO ARGÜELLO, N., "El tratamiento de las incapacidades laborales en la negociación colectiva". *Iustel, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 16, 2008. Accesible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=402386](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=402386).

<sup>1990</sup> STSJ de Galicia de 15 de abril de 2004 (JUR 2004, 229002); STJ País Vasco de 23 de febrero de 2010 (AS 2010/1436).

<sup>1991</sup> STSJ de Castilla y León de 20 de abril de 2006 (AS 2006/1155) FJ Único.

<sup>1992</sup> « (...) el empresario ha de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y en función de las evaluaciones de los riesgos, debe adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias (art. 25.1 LPRL)(... ) la empresa no puede limitarse a despedir por ineptitud sobrevenida sin haber justificado el cumplimiento de estas obligaciones». Entre otras, STSJ de Madrid 344/2016 de 18 abril, JUR 2016\131447, FJ 2; STSJ C. Valenciana 2355/2016 de 8 noviembre, JUR 2017\1148, FJ 2.

<sup>1993</sup> En cuyo caso la retribución no podrá ser inferior a dos grados retributivos inferiores del que personalmente tuviere consolidado Art. 16.1 c) y .3 f) *Nissan Motor Ibérica NDS-B*. La asignación de dicha garantía está supeditada a una serie de condiciones impuestas al trabajador como seguir el tratamiento médico indicado, aceptar expresamente el puesto, seguir los cursos de readaptación ordenados por la empresa y alcanzar en el nuevo puesto el rendimiento y el grado de calidad establecidos. El incumplimiento de las mismas dará lugar a la pérdida automática de la garantía por capacidad disminuida. Se limita a prescribir la colocación en puestos más aptos cuando el trabajador disminuye su capacidad por causa de enfermedad o accidente laboral Art. 68 CC *conservas vegetales*.

<sup>1994</sup> Art. 79 CC *Corcho*.

medida previa a la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida. La normativa legal solo se asegura el mantenimiento del empleo si la misma desemboca en incapacidad Permanente Parcial. En éste caso, si la incapacidad no afecta el rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba previo reconocimiento de la incapacidad deberá el empresario reincorporarlo al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo. En cambio, si el empresario acredita la disminución en el rendimiento, deberá ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual, y si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25% ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional. Los convenios colectivos analizados ni siquiera recogen estas exigencias legales.

Al margen del supuesto anterior, el resto de trabajadores con discapacidad sobrevenida o a quienes se le reconoce una incapacidad permanente están expuestos a la extinción contractual o al despido objetivo por ineptitud si no se entablan los mecanismos de protección de los ajustes razonables o de adaptación del puesto para proteger su salud, mientras que en sistemas comparados como el italiano, cualquier trabajador que adquiere una discapacidad tras un accidente o enfermedad profesional está cubierto por la garantía de conservar el puesto de trabajo<sup>1995</sup>. Como excepción al régimen legal de extinción por ineptitud devenida, cuando e certifique una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, podrá acudir a la suspensión de la relación laboral por un máximo de dos años en caso de que el órgano de calificación considere que la situación de incapacidad del trabajador deba, periódicamente, ser objeto de revisión por mejoría que permita previsiblemente su reincorporación al trabajo. Por otro lado, les corresponde el derecho de preferencia absoluta para su readmisión en la última Empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional en caso de reversión de la incapacidad permanente<sup>1996</sup>. Paradójicamente y quizás por esa misma razón se proporciona un trato más favorable al trabajador con IPP, supuesto excluido del ámbito de aplicación del TRLGD que solo asimila a personas con discapacidad a quienes se les reconozca una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

Se trata, en definitiva, de un sistema legal que puede llevar a reflexionar sobre su compatibilidad con los principios de igualdad de trato en el empleo vigentes en Europa y en España, reconociendo la obligación de los empresarios a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, pudiendo calificarse la no adopción de dichas medidas como acto discriminatorio<sup>1997</sup>, sin que sea incompatible las

---

<sup>1995</sup> Art 1.7 de la ley nº 68 de 1999.

<sup>1996</sup> Art. 1 RD 1451/1983, de 11 de mayo sobre reincorporación del trabajador tras la declaración de IPP, art. 2 sobre derecho de preferencia a la readmisión en caso de vacante por reversión de la incapacidad permanente total o absoluta. Art. 48.2 ET sobre la suspensión con reserva de puesto para el trabajador declarado en IP total, absoluta o gran invalidez.

<sup>1997</sup> Esta reflexión también se planteó en la Estrategia española de empleo de las personas con discapacidad 2008-2012, sin que se tenga constancia de la práctica de un análisis debido al mantenimiento de las disposiciones normativas intactas. También en Italia ha sido considerada la contrariedad del despido objetivo ante la aparición de discapacidad sobrevenida con la prohibición de discriminación dispuesta en el art. 15 del estatuto de los trabajadores italiano, cuya consecuencia sería la nulidad. ZACCARDI, G. "Il principio di non discriminazione nel rapporto di lavoro" *Questione giustizia*, nº 1 2014.P. 178.

percepciones recibidas en concepto de pensión por incapacidad permanente total y las rentas del trabajo<sup>1998</sup>.

En consecuencia, para superar los limitados márgenes establecidos por la norma legal cabría una actuación positiva por parte de la negociación colectiva que evite el efecto extintivo de la situación sobrevenida tanto en supuestos de reconocimiento oficial de una incapacidad cuando se reconozca una discapacidad. En relación al primero de los supuestos, la jurisprudencia admite que los convenios colectivos pueden recoger la posibilidad de acoplar al trabajador declarado «inválido total» a puesto de trabajo compatible con su capacidad, algo que debe ser interpretado de acuerdo con el concreto tenor literal de cada norma convencional. Así, no será lo mismo que la norma convencional contemple una mera posibilidad de adaptación o acoplamiento a otro puesto de trabajo o que obligue a ello de manera tajante a la empresa<sup>1999</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo impide su admisión cuando se disponen con carácter de derecho absoluto<sup>2000</sup>.

Por otro lado, la doctrina y jurisprudencia españolas no han sido muy pacíficas en la configuración del ámbito subjetivo afectado por la posible recolocación del trabajador con discapacidad sobrevenida sostenido en convenios colectivos. De ésta manera, mientras un sector doctrinal entiende que la recolocación se refiere tan solo a trabajadores con una discapacidad reconocida de al menos un 33%, otro sector incluye además a los trabajadores con incapacidades permanentes al entender que la propia Constitución dispone la igualdad de todos<sup>2001</sup>. Por su parte, también los Tribunales Superiores de Justicia han planteado posturas diversas, más o menos amplias o flexibles al amparo del principio de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad<sup>2002</sup>.

Atendiendo a la jurisprudencia del TS, si la norma convencional prevé la reincorporación del trabajador por disminución de su capacidad, solo tendrá cabida como medida de ejercicio voluntario, en ningún caso imperativo o creadora de derechos subjetivos para los trabajadores<sup>2003</sup>.

Entre las normas convencionales analizadas destaca al respecto el régimen adoptado por el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines en el que se exige al empresario destinar al trabajador a un puesto adecuado a sus condiciones en los casos de

---

<sup>1998</sup> Art. 141 LGSS. Bajo la condición de que las funciones a desarrollar no coincidan con las que dieron lugar a la incapacidad permanente total. En el caso de la discapacidad sobrevenida, la exigencia de cambio de puesto por ajuste razonable ha sido considerado por la STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2004 (AS 2004,2365), como derecho irrenunciable del trabajador, ni siquiera afectable por la negociación colectiva. Mientras tanto la STJ de Castilla-La Mancha de 21 de marzo de 2002 (AS 2002, 1636) reconoce el derecho admitiendo que los convenios puedan regular los procedimientos para su ejercicio.

<sup>1999</sup> STSJ de País Vasco de 19 de diciembre de 2006 (AS 2007,998), FJ 3.

<sup>2000</sup> STS de 21 marzo 2000, RJ 2000\2870, FJ 2. Por eso, en los casos en que no existe en la empresa demandada ningún puesto de trabajo que se compagine con las secuelas y limitaciones físicas que presenta el trabajador incapacitado o cuando no hay en el momento de la petición ninguna plaza vacante en la misma, no cabe mantener que ésta viene obligada a crear un puesto «ad hoc» para tal trabajador.

<sup>2001</sup> RUIZ CASTILLO, M.M sostiene la segunda postura en *Igualdad y no discriminación...*, op.cit. P186.

<sup>2002</sup> Entre otras, la STSJ Galicia, de 14 de julio de 2000, FJ 2 le otorga un efecto expansivo al concepto de “disminución de la capacidad” mientras que la STSJ Madrid, 1804/2000 de 29 septiembre, determina que la posibilidad de que un trabajador con facultades físicas disminuidas sea trasladado a otro puesto de trabajo, como el convenio establece, se refiere solo a aquellos a los que se reconozca la invalidez. FJ 1.

<sup>2003</sup> STSJ Andalucía 992/1995 de 6 junio. FJ 1. El supuesto de hecho plantea el despido de un trabajador al que se le reconoce incapacidad permanente total.

discapacidad física, psíquica y/o sensorial pero si es derivado de accidente o enfermedad profesional o a resultas del desgaste físico natural como consecuencia de una dilatada vida al servicio de la Empresa mientras que en el caso de discapacidad que provenga de otras circunstancias, existiendo puesto vacante, procurará el mejor acoplamiento del trabajador. Para ser colocados en dicha situación, se dará preferencia, sigue la norma, a quienes perciban subsidios o pensión inferior al salario mínimo interprofesional vigente<sup>2004</sup>. El convenio de la industria química adopta un régimen similar, pero en cambio, obliga a las empresas a proveer las plazas adecuadas que puedan ser cubiertas por aquellos trabajadores que por discapacidad no puedan seguir desempeñando su oficio con el rendimiento normal, de acuerdo con las disposiciones legales<sup>2005</sup>. En parecidos términos otros otorgan el derecho a la reclasificación profesional del trabajador que ve disminuida su capacidad para realizar las funciones que le competen por edad u otra circunstancia, sin precisar el reconocimiento de la discapacidad, siempre que las circunstancias lo permitan, adecuando su salario a la nueva categoría ocupada<sup>2006</sup>. Incluso alguna norma convencional adopta una posición preventiva exigiendo a la empresa hacer el esfuerzo que sea necesario y adoptar las medidas precisas para readaptar a un nuevo puesto de trabajo acorde con la situación actual de la trabajadora o trabajador a quienes por cualquier causa pudieran estar o sufrir en el futuro una discapacidad física o psíquica sobrevenida<sup>2007</sup>. Por su parte, otro convenio que adopta el mismo régimen de recolocación del trabajador con capacidad disminuida faculta a la representación de los trabajadores en el Comité de Seguridad y Salud Laboral podrá, para proponer a la Dirección de la empresa la iniciación del proceso de reconocimiento interno de las situaciones individuales de capacidad disminuida, siendo sistemáticamente informada del curso de tales procesos y de su adaptación al puesto, para su seguimiento y control, así como de la evolución general de tales situaciones en los Centros de trabajo respectivos en las reuniones ordinarias periódicas de dicho comité<sup>2008</sup>.

Es de destacar igualmente la ausencia de atención generalizada a la discapacidad sobrevenida en el marco de la negociación colectiva italiana, situándose en línea con la inadecuada recepción interna del artículo de la Directiva europea relativo a la adopción de cuantos ajustes sean necesarios. Como vimos, la ley italiana prevé de forma expresa la recolocación del trabajador con discapacidad sobrevenida en supuestos de ausencia por enfermedad o accidente. A mayor abundamiento, también se protege frente al despido objetivo de quien deviene inhábil para el desempeño de sus funciones habituales como consecuencia de una enfermedad o accidente no laborales. Sea consecuencia del trabajo o no, en caso de enfermedad o accidente que limite la

---

<sup>2004</sup> Ordenando las solicitudes en función de la antigüedad en la Empresa o, en caso de igualdad, por el mayor número de hijos menores de edad o incapacitados para el trabajo. En cualquier caso, la retribución será la correspondiente a su nuevo puesto de trabajo, art. 16. el art. En parecidos términos, el art. 53 CC Calzado, titulado «capacidades diferentes» exige que sea acoplado el personal cuya capacidad haya disminuida por edad u otras circunstancias, antes de la jubilación, destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones estableciendo como preferencia la de quienes devienen incapacitados/incapacitadas para su labor habitual a causa de accidente de trabajo o enfermedad indemnizable sufrida al servicio de la Empresa.

<sup>2005</sup> Art.13.5.

<sup>2006</sup> Art.78 V CC *del sector de la construcción*.

<sup>2007</sup> Art. 46.7 CC *administraciones de loterías*.

<sup>2008</sup> Cláusula 16 e) del CC *Nissan (centro NDS-B)*.

capacidad laboral, el trabajador deberá ser ubicado en puestos con funciones equivalentes, o en ausencia, en funciones de nivel inferior, con mantenimiento del tratamiento retributivo. También la norma en materia de seguridad y salud establece que cuando sea prevista la inidoneidad del trabajador a desempeñar sus funciones, cuando sea posible, será ubicado en funciones equivalentes o en su defecto, en otras de grado inferior, garantizando el tratamiento correspondiente con su puesto originario<sup>2009</sup>.

Por tanto, no es suficiente para resolver el contrato la imposibilidad de desarrollar las funciones propias de la cualificación profesional adquirida. Es necesario averiguar si el trabajador puede ser empleado para cumplir con otras actividades previstas en la organización productiva de la empresa<sup>2010</sup>.

Normalmente los convenios establecen protección frente al despido de los trabajadores que no puedan seguir cumpliendo con sus funciones regulares tras sufrir un accidente o enfermedad laboral. Algunos convenios prevén que el trabajador deberá ser destinado a realizar funciones adaptadas a su capacidad laboral residual<sup>2011</sup>. Directamente relacionada con la certificación de su invalidez derivada de accidente laboral, pero hábil para el trabajo, algunos convenios dispone el deber de las empresas de proveer las oportunas vías de inserción idóneas para el trabajador<sup>2012</sup>. Por otro lado, se reconoce que en la medida en que al trabajador ha sido reconocida la carencia de idoneidad permanente para desempeñar sus funciones ordinarias se exige al empresario realizar cualquier actividad en orden a ubicar al trabajador en puestos en que desempeñe otras diversas incluso de carácter inferior siempre que sea compatible con la estructura organizativa del sector y la disponibilidad orgánica<sup>2013</sup>.

### 3.3. Formación

Es bien sabido que sin formación escasean aún más las oportunidades de promocionar en el empleo e incluso de mantener el mismo, especialmente cuando se trata de un trabajador con dificultades particulares de adaptación al medio laboral. No hay duda de que la formación continua del trabajador es el instrumento idóneo para eliminar la segregación ocupacional, asegurar su reciclaje profesional y en consecuencia, su

---

<sup>2009</sup> Ley 68/1999. Arts. 1.7 y 4.4 aplicables al supuesto de discapacidad sobrevenida por enfermedad o accidente y art. 3 del Reglamento de ejecución de la ley 68/1999, Decreto del Presidente della Repubblica 10 ottobre 2000, n. 333 y art. 42 D.lgs. 9 de abril de 2008, n. 81 *Texto único sobre salud y Seguridad en el Trabajo*, en caso de reconocimiento de no idoneidad.

<sup>2010</sup> La jurisprudencia ha determinado en ocasiones la ilegitimidad del despido en estos términos. Sentencia de Casación de 7 de agosto de 1998 n° 7755, entre otras.

<sup>2011</sup> Con mantenimiento de sus condiciones así como asignándolo a cursos de recualificación profesional. Escuetamente se refiere a la posibilidad de modificar el puesto del trabajador que no pueda seguir desempeñando sus tareas en caso de enfermedad o accidente laboral, art. Art. 1, Secc. 4<sup>a</sup>, Tít. VI., CCNL *industria metalmeccanica privata e istalazione di impianti*. En el mismo sentido, Art.62. CCNL *produzione dei laterizi, manufatti cotto, cemento ed affini*. Art. 70, CCNL *settore abrasivi* régimen especial de la parte primera del convenio, aplicable solo a ciertas categorías profesionales de trabajadores

<sup>2012</sup> Art. 72 CCNL *Metalmeccanico-Artigianato*. Utilizando la misma expresión, art. I/O 2 para los trabajadores mandos intermedios del CCNL *settore costruzioni*). Art. 92 CCNL *settore edile ed affni*. Ambos tratamientos en cláusulas separadas con respecto a los trabajadores con discapacidad.

<sup>2013</sup> Art. 29 CCNL *Metalmeccanico-Artigianato*.



permanencia dentro de la empresa<sup>2014</sup>. Parece una obviedad que, sin embargo, nuestros interlocutores no han asumido cuando se trata de configurar medidas formativas que potencien la integración de trabajadores con discapacidad como sucede en Francia donde los agentes sociales franceses están obligados a definir las condiciones de acceso a cursos de formación para las personas con discapacidad en los convenios colectivos<sup>2015</sup>.

Los convenios colectivos suelen recoger los derechos que atesora el trabajador en el ámbito de la formación tal y como reconoce la normativa legal, o se comprometen a la formación de su personal para su mejor empleabilidad. Otros, en cambio, avanzando en la política de igualdad y no discriminación promueven la garantía del principio de igualdad de trato y oportunidades en la incorporación a la formación de trabajadores con mayor dificultad de acceso a la misma. En virtud de ello, las acciones de formación que se desarrollen dentro de su ámbito de aplicación, podrán incluir acciones positivas respecto al acceso a la formación de trabajadores pertenecientes a determinados colectivos como el de discapacitados<sup>2016</sup>.

La exigüidad del contenido convencional en materia de formación se hace extensible en otras realidades europeas cuyas normas tampoco empeñan a la negociación colectiva a la celebración de pactos en materia de formación del personal con discapacidad, como es el caso de Italia, donde los convenios colectivos en se limitan a disponer cláusulas donde se insta a las empresas a organizar cursos de formación y recualificación profesional. La realidad muestra un nivel de implementación de medidas formativas en la negociación colectiva tanto española como italiana bastante decadente en éste aspecto<sup>2017</sup>. Los sistemas formativos que deberían tomar en consideración el distinto tipo y grado de discapacidad mediante actividades formativas individualizadas, concretados en el seno de los planes de formación de cada empresa y confeccionados en la medida del trabajador a quienes van dirigidos como medida de ajuste razonable, siempre que no supongan una carga desproporcionada no paliada por las ayudas estatales que estén al alcance del empresario<sup>2018</sup>.

Las anteriores propuestas no contradicen la Directiva europea en lo que se refiere a la prohibición de imponer al empleador facilitar la formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, ya que la misma también impone el respeto por la igualdad en el empleo y la ocupación del personal con discapacidad mediante la disposición de los medios de formación necesarios en función

---

<sup>2014</sup> Por ello los servicios públicos deben proponer programas de formación, rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo que deberá tener en cuenta las capacidades reales de la persona con discapacidad. Esta formación podrá ser impartida por la empresa si se formaliza un contrato para la formación y el aprendizaje en virtud de lo dispuesto en el art. 17 TRLGD.

<sup>2015</sup> Arts. L2241-5 Código de Trabajo.

<sup>2016</sup> Art. 84 a) 1. CC *industria química*.

<sup>2017</sup> Poco receptiva con la formación de las personas con discapacidad definía ya a la negociación colectiva Amparo Merino Segovia en 2003. MERINO SEGOVIA, A., "El tratamiento de la discapacidad en la negociación colectiva", ROMERO RÓDENAS, M. J. (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, op.cit. P. 184.

<sup>2018</sup> El art. 40 exige al empresario adoptar las medidas necesarias para el acceso a la formación de los trabajadores con discapacidad y el art. 39 TRLGD dispone que se fomentará el empleo de las personas con discapacidad mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su inclusión laboral.

de la discapacidad e impone llevar a cabo los ajustes razonables que se estimen necesarios para que se les ofrezca formación, de nuevo, sin que aquello suponga un gasto desproporcionado<sup>2019</sup>.

### 3.4. Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y profesional

Como mecanismo de conciliación de las actividades profesionales y los requerimientos personales y familiares del trabajador, los convenios colectivos vienen desarrollando medidas estructurales que permiten compaginar las exigencias empresariales con las de sus propios empleados afectados con alguna discapacidad o bien contemplando permisos, reducción de jornada o excedencias del personal que tiene a cargo a una persona con discapacidad de acuerdo con lo previsto en las normas legales o mejorando su contenido.

#### 3.4.1. Permisos

##### 3.4.1.1. Permisos por razón de discapacidad

Los convenios colectivos en España no suelen incluir permisos ligados directamente a la situación de discapacidad, más que los que se ofrecen con carácter general para la asistencia consulta médica u otros por motivos personales. La inexistencia de los mismos está ligada a la ausencia de permisos de éste tipo dispuestos dentro del marco legal español<sup>2020</sup>, salvo el que se concede a trabajadores empleados en Centros Especiales de Empleo quienes previo aviso y justificación, podrán ausentarse del trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional, con derecho a remuneración siempre que tales ausencias no excedan de diez días en un semestre<sup>2021</sup>.

A diferencia, otros ordenamientos, como el italiano, sí disponen permisos específicos para el personal con discapacidad. Concretamente prevé el reconocimiento a los trabajadores con discapacidad grave de tres días de permiso retribuido mensuales que puede ser disfrutado por horas o en alternativa, una hora diaria para quienes trabajan menos de seis horas o dos para quienes superan las seis horas diarias<sup>2022</sup>. También se

---

<sup>2019</sup> Considerandos 17 y 20 y art. 5 de la Directiva 2000/78. Anteriormente, tanto la Recomendación 86/379/CEE, de 24 de julio de 1986 como Resolución de 17 de junio de 1999 del Consejo afirmaban la importancia de la formación de los trabajadores con discapacidad.

<sup>2020</sup> A modo de ejemplo, el art. 26 del *CC de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA.*, reconoce a los trabajadores a quienes se les reconozca un 33% de discapacidad un día adicional de permiso particular o, alternativamente 8 horas, durante el año natural en el que se haya obtenido el certificado de discapacidad con motivo de los trámites realizados. Por otra parte, reconocen permisos retribuidos para acudir a visitas médicas extensible a todo el personal de la empresa, entre otros, con un máximo de 18 horas, art. 46 *CC industria textil*. Sin límite horario, art. 56 *CC industria química*. De forma idéntica, Art. 28.8º *CC de la empresa Nissan Motor Ibérica (Buelna)*.

<sup>2021</sup> Art. 13 b) Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio.

<sup>2022</sup> Artículo 33.6 de la ley de 5 de febrero de 1992, nº 104. En tales términos lo recoge, entre otros, el art. 45.7 *CCNL Mobilità Area contrattuale attività ferroviare* o art. 157 *CCNL per i dipendenti del terziario: commercio, distribuzione e servizi*.

dispone en la normativa del país vecino un permiso retribuido de un máximo de 30 días para aquellos a quienes se reconozca una incapacidad civil para el trabajo superior al 50% con el objeto de asistir a las correspondientes curas médicas conectadas con el estado de invalidez, escasamente recogido por la negociación colectiva<sup>2023</sup>. Algún convenio, al margen de lo anterior, faculta a las empresas a conceder permisos no retribuidos que permitan al trabajador someterse a tratamientos de rehabilitación<sup>2024</sup>.

### 3.4.1.2. Permisos por cuidado de un familiar con discapacidad

Es práctica común del Derecho laboral comparado el reconocimiento de permisos especiales para el cuidado de un pariente con discapacidad<sup>2025</sup>, como también es objeto de tratamiento mayoritario en la negociación colectiva el asunto de la conciliación de la vida profesional, personal y familiar de trabajadores que tienen familiares con discapacidad a su cargo<sup>2026</sup>. Sin embargo, al margen de la reducción de jornada para el cuidado de un familiar con discapacidad, la norma española solo reconoce el derecho a la ausencia remunerada de dos días en caso de enfermedad grave del familiar, en ocasiones mejorado por la negociación colectiva<sup>2027</sup>. En ningún caso se prevé permiso retribuido o no para cuidar a un familiar con discapacidad. En cualquier caso, la negociación colectiva está facultada para disponer otros permisos para el cuidado de familiares con discapacidad, aunque generalmente el factor a tomar en consideración no es la discapacidad sino el estado de dependencia o la enfermedad<sup>2028</sup>. Entre los primeros caben permisos como el ofrecido para acompañar a consultas médicas<sup>2029</sup>, o para asistir a citas promovidas por el centro de educación especial en el que estén matriculados sus hijos con discapacidad<sup>2030</sup>.

En Italia, con respecto a los permisos para los padres, parientes y cuidadores de personas con discapacidad, en ocasiones se insta sin más la aplicación de cuando dispuesto en la normativa aplicable a tales efectos<sup>2031</sup>. Se trata de permisos tales como la ampliación a tres años del derecho a la excedencia voluntaria de los trabajadores padres dentro de los 12 primeros años de vida del hijo cuando éste padezca una discapacidad y no haya sido hospitalizado a tiempo completo, habiendo acudido a los institutos

<sup>2023</sup> Art. 7 Decreto Legislativo 18 de julio de 2011, n. 119 .Art. 33ter.CC *aziendale Rome International School*.

<sup>2024</sup> Art. 71 CCNL *metalmecanico artigianato*. Art. 21 CCNL *Settore edile, costruzione, restauro ed affini*.

<sup>2025</sup> En Francia, art. L3142-22 ss. Código de Trabajo; en Italia, art. 33 ley de 5 de febrero de 1992, n. 104.

<sup>2026</sup> DILLA CATALÁ, M.J, ARROYO GONZÁLEZ, M., CUEVA PUENTE, C., SOBRINO GONZÁLEZ, G. M. “*Los trabajadores discapacitados en la negociación colectiva*”, op.cit. Pág. 327.

<sup>2027</sup> Permiso retribuido de 4 días, art. 44 f) CC *industria textil*, 3 días según el art. 46 CC *enseñanza privada*. Permiso no retribuido de 8 días adicionales por hospitalización o enfermedad grave del cónyuge, hijos, hijas o parientes hasta segundo grado de afinidad o consanguinidad VIII Acuerdo marco del Grupo Repsol. Clausula 16.6.2.

<sup>2028</sup> Permiso no retribuido de hasta un mes para el cuidado de descendiente o ascendiente conviviente dependiente o con enfermedad aguda grave. Art. 20 CC *para los establecimientos financieros de crédito*. Limitado a ascendientes dependientes con enfermedad aguda grave u hospitalización, art. 42.1 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*.

<sup>2029</sup> Dispondrá del tiempo necesario para el acompañamiento de familiares de primer grado con discapacidad superior al 65%, art. 25 CC de la *empresa Nissan Motor Ibérica (Buelna)*.

<sup>2030</sup> Con una discapacidad igual o mayor al 65 %, art. 24.4 h) CC *Interprovincial de la Empresa FGV*.

<sup>2031</sup> Art. 63 párr. 4 CCNL *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria*; Art. 49 CCNL *Occhialeria Anfao*; Art. 46 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*.

especializados, o bien como alternativa, disfrutar de dos horas de permiso diario retribuido hasta el cumplimiento de 3 años de vida del hijo. Adicionalmente se reconocen 3 días de permiso mensual por año también retribuido a partir del tercer año del hijo con discapacidad. En análogas condiciones, un permiso de 3 días mensuales retribuido también puede ser disfrutado por trabajadores que cuidan de un familiar con discapacidad grave, siempre que no se haya recuperado a tiempo completo, dentro del segundo grado o bien del tercer grado cuando los padres y el cónyuge de la persona con discapacidad en situación de gravedad hayan cumplido 65 años de edad o bien también estén afectados por graves patologías invalidantes o hayan fallecido o no existan<sup>2032</sup>.

Todos estos permisos responden a las exigencias de solidaridad y sostenimiento del núcleo familiar, habiendo sido reconocida por la Corte Constitucional la relación entre la familia, el trabajo y la discapacidad, así como la exigencia de socialización de dicho factor para el desarrollo de la personalidad<sup>2033</sup>.

Nada impide a la negociación colectiva ampliar el catálogo de permisos o modificar in melius las características de aquellos ya previstos, retribuidos o no, a los que puedan tener acceso las personas con discapacidad o sus familiares. A tal efecto, algún convenio concede adicionalmente permisos retribuidos de 24 horas cada año a los trabajadores con familiares portadores de discapacidad hasta el 2 grado que necesiten rehabilitación o por otras situaciones graves documentadas<sup>2034</sup>. En otro caso se prevé que la empresa puede conceder un permiso limitadamente retribuido al trabajador con familiares con discapacidad a su cargo, si no tiene en disponibilidad días de vacaciones o festivos así como de reducción del horario de trabajo con un límite máximo de 10 días al año. No obstante, los convenios que así lo han previsto especifican que dicho tratamiento no es acumulable con lo eventualmente previsto en sede empresarial en el caso de los trabajadores con familiares con discapacidad a su cargo según lo previsto en el art. 33 de la ley 104/1992<sup>2035</sup>. En otras, finalmente se configuran permisos no retribuidos que podrá ser concedido a los trabajadores a cargo de un familiar con discapacidad, siempre que documenten la necesidad, incluso si no conviven con el mismo<sup>2036</sup>. También cabe el reconocimiento de permisos no retribuidos para cuidar a familiares con discapacidad<sup>2037</sup>.

---

<sup>2032</sup> Art. 33. 3 y 3 bis della legge 5.2.1992, n. 104, y art. 33 del D. Legs. 2000 n° 151 de 26 de marzo reproducido por algunos convenios como el CCNL *Mobilità Area contrattuale attività ferroviare*, art. 45.4. La Corte de Casación ha determinado que el permiso puede ser disfrutado incluso entendiendo de modo flexible el dato de la continuidad y exclusividad de la asistencia al pariente. Sentencia de 22 diciembre 2014, n° 27232.

<sup>2033</sup> Particularmente, sentencia de la Corte Constitucional de 18 de abril de 2007, n° 158.

<sup>2034</sup> Art. 12.6 CC empresarial grupo Assimoco.

<sup>2035</sup> 30% de la retribución con un máximo de 3 días de retribución anual, art. 35CCNL *chimico ed affini e GPL*. En parecidos términos, art. 57 d) *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro*. Extensible en caso de familiares toxico dependientes, art. 46 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*.

<sup>2036</sup> Art. 49 CCNL *dipendenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi*. Art. 46 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*.

<sup>2037</sup> Siempre que documenten la necesidad, art. 57 c) CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi, ceramica e vetro* Para acompañar a familiares con discapacidad a tratamientos terapéuticos de tipo continuativo, art. 71 CCNL *metalmecanico artigianato*.

### 3.4.2. Excedencias

#### 3.4.2.1. Excedencia por razón de discapacidad

La normativa española no contempla el derecho específico a la excedencia obligatoria que proteja la conservación del puesto y conservación de antigüedad por razón de discapacidad del propio trabajador, en cuyo caso es aplicable el régimen general de excedencias voluntarias. Si, en cambio, se prevé la suspensión del contrato con mantenimiento del puesto cuando es causada por la propia declaración de incapacidad permanente total o absoluta o siempre y cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo<sup>2038</sup>. En cualquier caso, no se encuentra mención o tratamiento en la negociación colectiva española de la excedencia por razón de la discapacidad del trabajador ni como medida de ajuste razonable para el caso de agotamiento del periodo máximo de incapacidad temporal sin reconocimiento de incapacidad permanente<sup>2039</sup>.

En Italia con carácter excepcional, algún convenio amplía la tutela de los trabajadores con discapacidad, a través de la previsión de una excedencia voluntaria en caso de finalización del periodo previsto para la conservación del puesto tras un periodo de baja por enfermedad o accidente, con respecto a lo cual se han previsto todo tipo de medidas. En algunos casos se distingue si la enfermedad o accidente son laborales o no<sup>2040</sup>, mientras que en otros se dispone un mismo tratamiento en cualquiera de los supuestos<sup>2041</sup>. En ocasiones se distingue el tratamiento en función de si es causado por enfermedad o por accidente<sup>2042</sup> o incluso se restringe a supuestos particularmente relevantes<sup>2043</sup>.

Finalmente algún convenio reconoce al trabajador afectado de una enfermedad oncológica que deba procurarse los oportunos tratamientos «salva vida», de un periodo

---

<sup>2038</sup> Sobre las vicisitudes de la regulación de la suspensión del contrato por declaración de incapacidad permanente en todas sus modalidades salvo parcial, vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría”. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, Vol. 2, nº. 7-8, 2009. PP. 95-107.

<sup>2039</sup> Plantean la eventual consideración de ésta medida suspensiva como exigible desde el punto de vista del ajuste razonable, GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op.cit. PP. 175ss.

<sup>2040</sup> Art. 2 Tít. VI, Secc. 4, CCNL *industria metalmeccanica privata e installazione di impianti*. Cuando la enfermedad no profesional se prolongue más allá del tiempo de reserva del puesto, hasta la recuperación clínica que consienta al trabajador desarrollar de nuevo las mismas funciones por un periodo definido de 24 meses, una sola vez durante el trienio de referencia, periodo durante el cual no se recibirá retribución ni se computara la antigüedad.

<sup>2041</sup> Art. 84 CCNL *settore metalmeccanico artigianato*. Duración de 12 meses, tanto en caso de enfermedad no profesional, como profesional o accidente laboral.

<sup>2042</sup> En caso de enfermedad se añaden 120 días al periodo de conservación del puesto, mientras que en el caso de accidente se propone un periodo equivalente a la total recuperación clínica. Arts. 174 y 175 del CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*.

<sup>2043</sup> Art. 35 CCNL *chimica ed affini ed GPL*, solicitud de excedencia de 6 meses prorrogables otros 6 en relación a los trabajadores en caso de enfermedad o accidente relevantes desde el plano social. Art. 55 CCNL *produzione del cemento, della calce e suoi derivati*, previsto para trabajadores sometidos a tratamiento de hemodiálisis, neoplasia o grave enfermedad cardiocirculatoria, un periodo de 12 meses no retribuidos ni computables a efectos de antigüedad ni de cualquier otro instituto de carácter contractual. Art. 84 CCNL *settore metalmeccanico artigianato*. 24 meses para casos de enfermedad grave y continuada. En el mismo sentido, art. 174 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*, siempre que precise de una terapia salva vida. Art. 55 CCNL *settore abrasivi*. 6 meses prorrogables una sola vez por el mismo espacio temporal, en supuesto de enfermedad o accidente no laboral en casos particularmente graves según la naturaleza y duración de los mismos.

de excedencia prolongada, cuando ya haya superado el periodo de permiso con reserva del puesto de trabajo<sup>2044</sup>.

#### 3.4.2.2. Excedencia por cuidado de un familiar con discapacidad

El Estatuto de los trabajadores español reconoce en su artículo 46.3 el derecho a una excedencia para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad por razón de discapacidad. El derecho se somete a dos condicionantes, a saber, no tener la capacidad de desarrollar una vida independiente y no desempeñar actividad retribuida. La duración de la misma no podrá superar dos años, consecutivos o de forma fraccionada, salvo que la negociación colectiva amplíe el periodo de duración. En éste ámbito la negociación colectiva no estaría impedida al establecimiento de una duración mayor o también a introducir novedades que amplíen el ámbito subjetivo incluyendo a otros familiares o incluso convivientes sin ninguna relación de parentela, así como la modulación del resto de requisitos: capacidad parcial para valerse por sí mismos o extendiéndolo a supuestos en que efectúen alguna actividad objeto de retribución, cantidad máxima de la retribución, periodo mayor de conservación del puesto más allá del año legalmente previsto, etc.

Mayoritariamente los convenios colectivos españoles recogen el derecho que le asiste a todo trabajador a disfrutar del periodo de excedencia en los mismos términos que emplea la ley, aunque en algún supuesto la duración máxima de dos años a la que aluden generalmente<sup>2045</sup>, se amplía hasta los tres<sup>2046</sup>.

En Italia se concibe un permiso no retribuido de 2 años a disfrutar en periodo continuado o fraccionado para los trabajadores con graves y documentados motivos familiares, dentro de los que tienen cabida los portadores de hándicap aunque la norma no se refiera a ello<sup>2047</sup>. El permiso no es de disfrute automático, pudiendo ser denegado por causas organizativas o técnicas de la empresa. Durante dicho periodo no es computable la antigüedad, aunque conserva el puesto de trabajo. Así mismo, el Texto Único sobre permisos parentales que desarrolla la ley para el sostenimiento de la maternidad y la paternidad, reconoce un permiso extraordinario de duración máxima de 2 años con una retribución calculada en función de los términos previstos por la norma

---

<sup>2044</sup> Incluso a disfrutar de forma fraccionada en el tiempo Sin especificar la duración máxima, art. 73 CCNL *Metalmecanico-Artigianato*. Art. 93 CCNL *settore edile ed affini*. De duración máxima de 365 días, art. 76 CCNL *Legno-Mobili-Arredamento-Sughero-Forestale*.

<sup>2045</sup> Régimen adoptado literalmente: *CC de Banca*, art. 33.3; *CC del sector de la construcción*, art. 93. *CC enseñanza privada*, art. 56. Art. 42 *CC general de trabajo de la industria textil y de la confección*. Art. 20.3 *CC del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña*. Art. 34 *CC sector de Hospitalización y Asistencia Privada de Burgos*. *CC Decatlón España*, art. 38; *CC de Repsol Química, SA*, art. 42.3.

<sup>2046</sup> Artículo 54. *CC de la industria química*, dispone el máximo en 3 años. Igualmente, *VI CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos*. Artículo 47. Art. 43 *CC empresas de gestión y mediación inmobiliaria*. Art. 41 *CC industrias transformadoras de plástico de la Comunidad de Madrid*.

<sup>2047</sup> Art. 4.1 ley 53/2000 de 8 de marzo. Incluso de familiares con discapacidad con los que no conviva el trabajador dispone el art. 150 CCNL *per i dipendenti del terziario: commercio, distribuzione e servizi* o el art. 40 B) *CCNL Legno, Mobili, Arredamento, Sughero, Forestale*.

para el cuidado de cónyuge con discapacidad grave con quien conviva. En caso de ausencia, muerte o de patologías invalidantes del cónyuge, el derecho a disfrutar de dicho permiso recae en el padre o la madre, incluso adoptivos. En caso de ausencia, muerte o patologías invalidantes de los mismos, el derecho recae sobre uno de los hijos convivientes y en ausencia, muerte o patologías invalidantes, uno de los hermanos o hermanas convivientes. Subsidiariamente corresponde a los parientes o afines hasta el tercer grado que convivan con él<sup>2048</sup>.

Excepcionalmente los convenios incluyen otro tipo de suspensiones o excedencias que pueden beneficiar al personal con discapacidad. A modo de ejemplo, el convenio de Luxottica por ejemplo, prevé la concesión de un periodo de excedencia, al margen de los permisos retribuidos o no concedidos en base a las normas legales o a la negociación colectiva nacional, con objeto de hacer frente a necesidades familiares debidamente documentadas, de una duración mínima de 15 días y máxima de 3 meses<sup>2049</sup>.

### 3.4.3. Gestión de la prestación profesional

La gestión eficaz del horario de trabajo es sin duda uno de los principales componentes para garantizar la conciliación de la vida familiar y personal. A los mecanismos que permiten modificar el horario o la jornada del personal con discapacidad o de sus familiares se suman otras instituciones contractuales inherentes al tiempo efectivo de trabajo, a saber, flexibilidad horaria, trabajo extraordinario, horario a turnos, etc., como medios idóneos para llevar a cabo dicho objetivo. Tales modos de gestionar el horario laboral en ocasiones figurarán como medidas razonables sobre las que debe ajustar el empresario el trabajo a la persona con discapacidad, sin necesidad de acortar la jornada o conceder permisos. Fue el propio Tribunal de Justicia Europeo quien, interpretando la Directiva, sostuvo la inclusión de la reducción de la jornada dentro del concepto «pautas de [tiempo de] trabajo» que figuran en el vigésimo considerando de la misma, por lo que circunstancias vinculadas al ajuste en los horarios de trabajo puede estar incluido en el concepto de ajuste razonable toda vez que la definición de los mismos que se extrae del art. 5, no es exhaustiva<sup>2050</sup>.

Como se apuntó en páginas anteriores, precisamente la negociación colectiva ha sido el instrumento común de gestión de esa progresiva flexibilización en la ordenación del tiempo de trabajo aunque eminentemente vinculado al interés empresarial y así lo contemplan en declaraciones generales a nivel sectorial, sujeto de especificación en los niveles más cercanos a la empresa<sup>2051</sup>, mientras que en otros, aun perpetrando la

---

<sup>2048</sup> art. 42.5 a 5 quinquies Decreto legislativo 151/2001 de 26 de marzo. A tal normativa se remite el art. 45.5 CCNL *mobilità, area contrattuale ferroviare*.

<sup>2049</sup> En el marco de la responsabilidad social de la empresa. Art. 6 e).

<sup>2050</sup> STJUE de 11 de abril de 2013, *Ring*, asuntos C-335/11 y C-337/11, apartado 56.

<sup>2051</sup> En España, entre otros, art. 28 CC *textil* permite que, atendida la creciente imprevisibilidad de los mercados que desajustan los deseados equilibrios de oferta y demanda y los efectos de la total liberalización del sector, las empresas afectas a este Convenio y durante su período de vigencia, podrán, previo acuerdo entre su Dirección y la RT, aplicar un sistema de flexibilidad en la ordenación de su jornada. el art. 23 CC *calzado* permite a las empresas por manifiestas razones productivas, y atendiendo las necesidades de acumulación de trabajo flexibilizar la jornada anual. También en el art. 19 del *Acuerdo Laboral de ámbito estatal*

flexibilidad como mecanismo de ajuste frente al periodo de recesión económica procuran que la flexibilidad interna sea de doble dirección, favorezca a la empresa y al trabajador<sup>2052</sup>.

Los procedimientos de modificaciones funcionales y sustanciales como referentes a la introducción de la flexibilidad en la empresa y que solo se activan ante la concurrencia de las causas previstas por el legislador, pueden obstaculizar la gestión del empleo del personal con discapacidad que precise de un cambio en sus funciones para la salvaguarda de su empleo. En tales circunstancias, se ha planteado la legitimidad de aplicar los procedimientos previstos en los arts. 39 y del 41 ET en materia de funciones, horario o régimen de trabajo en aplicación de la obligación de adaptación del art. 25 LPRL o como resultado de aplicar un ajuste razonable en virtud de lo dispuesto por la negociación colectiva o directamente aplicando la ley<sup>2053</sup>. El TS ha confirmado que cuando se trata de cumplir con el deber de prevención de riesgos laborales, no se trata de modificaciones sustanciales en el sentido dispuesto por dichos artículos<sup>2054</sup>. En efecto, en tales casos no se da la concurrencia de una causa empresarial justificativa ni se pone en marcha el mecanismo bajo la discrecionalidad del empleador. En sentido inverso solo si no se han modificado las circunstancias fácticas o biológicas del empleado y la modificación no entraña ningún peligro para la persona con discapacidad ni se debe a su sobrevenimiento, la modificación sustancial que interese al empleador deberá discurrir adecuadamente por los cauces previstos en el ET<sup>2055</sup>.

Al respecto, son relevantes las siguientes manifestaciones de una modificación sustancial como la posibilidad del trabajador de negarse al cambio, la retribución, la eventual afectación a terceros, etc. En definitiva, la modificación sustancial será exigible como derecho del trabajador a la protección de su salud y no debe procurarse por el cauce del 41 pero si se trata de una modificación aparentemente motivada por la especial sensibilidad o tutela de la salud del trabajador que el mismo no requiera ni demande, puede existir un ánimo fraudulento por parte del empresario en cuyo caso es imprescindible acudir al cauce del art. 41 ET. Parece que éste podría ser un terreno

---

*para el sector de hostelería*, en el que las partes firmantes incorporan la flexibilidad interna, para hacer frente a la coyuntura, como una potente herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas, favoreciendo una mayor estabilidad en el empleo, así como la calidad del mismo. En Italia, por ejemplo, el art. 20 CCNL *Legno, Mobili, Arredamento, Sughero, Forestale*, considerada la importancia para las empresas de poder gestionar del modo más flexible la organización y el horario de trabajo para corresponder a las exigencias productivas y de mercado, convienen sobre la oportunidad de establecer a nivel empresarial la experimentación de horarios en régimen de flexibilidad más allá de los límites semanales y anuales previstos en el propio convenio de alcance nacional. En el Apéndice 11 CCNL *ABI* los interlocutores sostienen que la flexibilidad forma parte de un modelo de crecimiento en el marco actual de la economía y de los mercados financieros.

<sup>2052</sup> Preámbulo del Acuerdo Marco del Comercio.

<sup>2053</sup> En doctrina, considera aplicable los arts. 39, 40 y 41 ET en los casos en que se adaptar el puesto al trabajador sensible en aplicación del art. 25 LPRL que no se pronuncia sobre éste aspecto, aunque requiere una reinterpretación de los preceptos y un cambio de procedimiento debido a que la modificación responde a un derecho del trabajador, LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales: protección jurídico-laboral*, op.cit. PP. 153ss. En sentido contrario, ESTEBAN LAGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, op.cit. PP: 371-372. A favor de la no extensión del régimen de modificaciones sustanciales de los arts. 39 a 41 ET ante la obligación de realizar ajustes razonables, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes...”, op.cit. P. 110.

<sup>2054</sup> Fundamentalmente porque la modificación es fruto de la obligación de prevención de riesgos impuesta por el art. 16 LPRL. Sentencia de 18 de diciembre de 2013, RJ 2013,8434. En los tribunales inferiores, STSJ Madrid 182/2006 de 24 marzo, AS 2006\1187 o TSJ Cataluña 5037/2014 de 10 julio, AS 2014\2462.

<sup>2055</sup> Vid. un estudio reciente, NAVARRO NIETO, F., “Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras en la doctrina judicial más reciente”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 190, 2016. PP. 29-62 (BIB 2016\80285). CRUZ VILLALÓN, J., “Artículo 41.: Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., (Dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Ed. 4ª, Lex Nova, Madrid, 2016. PP. 509-522.



adecuado para la negociación colectiva que serviría también para limitar el poder de modificación unilateral del empresario bajo el paraguas de la realización de un ajuste razonable o dicho de otro modo, para controlar que el ajuste escogido es el que más se adecua a las circunstancias fácticas en términos de razonabilidad y necesidad controlando que la medida no obedezca a los anteriores sino a un ejercicio de discrecionalidad empresarial<sup>2056</sup>. Por último, también será imperativo utilizar el cauce de las modificaciones sustanciales cuando el mecanismo afecte a terceros, por ejemplo porque implique cambios de turnos o de horarios también para éstos.

#### 3.4.3.1. Flexibilidad en la jornada y el horario

Nos detendremos ahora en otras experiencias de combinación flexible del horario para hacer efectivo el derecho a conciliar la vida personal y familiar con la laboral del personal con discapacidad o de sus familiares, aunque a éstos afecta plenamente la previsión que recogen algunos convenios mediante la que se permite que los representantes de los trabajadores de cada empresa aprueben la posibilidad individual de flexibilizar su jornada laboral o su horario, bajo la condición de que las circunstancias organizativas del trabajo así lo permitan<sup>2057</sup>.

Sin embargo, algunos convenios prevén la exclusión de las personas con discapacidad de quienes puedan estar sometidos la distribución irregular de la jornada derivada de la previsión de una bolsa de horas<sup>2058</sup>. Particularmente atentos resultan los convenios que precisan mayor flexibilidad en las empresas sobre distribución del horario de trabajo previa atención a las especiales circunstancias del trabajador, como la prevención de su seguridad o su salud que puede incluir de modo implícito a trabajadores con discapacidad, mediante la inaplicación de la prolongación de jornada consecuencia de la distribución irregular de horas y de la aplicación de las horas flexibles a los trabajadores que tengan limitada su presencia por razones de seguridad o salud<sup>2059</sup>. Ésta disposición exigiría para su correcta aplicación al supuesto planteado el examen de cada sujeto, efectuando una evaluación sobre los tipos y grados de discapacidad, así como otras circunstancias susceptibles de evitar la aplicación del horario flexible cuando a éstos perjudique. Previsiblemente la misma razón de protección de la salud y la seguridad de la persona esté en la base de excluir de la reducción del tiempo de descanso entre jornada y jornada a trabajadores con discapacidad<sup>2060</sup>.

---

<sup>2056</sup> GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op.cit. 220.

<sup>2057</sup> En España, entre otros, art. 27.7 CC *Textil*. El art. 42.1 C *industria química* permite flexibilizar, sobre los horarios que rigen en el calendario de la empresa, las horas de entrada y salida, sin modificar la duración total del tiempo de trabajo. En Italia, también se prevé comunmente la flexibilidad en la entrada y en la salida, entre otros, art. 108 CCL *ABI* o art. 1 del Ti. III CCNL *Metalmecanica privata e installazione di impianti*. Por otro lado, el art. 7 CC *aziendale Nestlé S.p.A.* prevé desarrollar dentro de la política de responsabilidad social formas de flexibilidad family-friendly para modular el horario laboral tanto en favor del trabajador como de la empresa.

<sup>2058</sup> CC de la *industria de hostelería y turismo de Cataluña*. Anexo B 3.2, aplicable para la provincia de Tarragona.

<sup>2059</sup> Art. 41.3 y 42.3 y CC *industria Química*. El art. 26.5 de la *limpieza de Cáceres* insta al empresario que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo a tener en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona.

<sup>2060</sup> Art. 28 C) 1. CC *hostelería y turismo de Cataluña*.

Otras de las medidas de conciliación por razón de la discapacidad en éste terreno también se dirigen más a quienes tienen a cargo a personas con discapacidad. En algún caso se reconoce la prioridad en la elección de turno a los trabajadores con discapacidad o con personas con discapacidad a cargo<sup>2061</sup>. En otro de los pactos analizados se prevé la posibilidad de condensar la jornada cuando esta se configura de forma partida para trabajadores con discapacidad o enfermedad grave propia o del cónyuge o pareja de hecho o familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o cuidado de personas dependientes<sup>2062</sup>.

En materia de jornada de trabajo flexible en Italia, la normativa tampoco facilita especialidad alguna para el personal con discapacidad, ni en materia de turnos, exoneración del trabajo nocturno, reducción de jornada etc. Cualquier mecanismo de flexibilidad a su favor deberá ser previsto en convenio colectivo, en tanto en cuanto las modalidades particulares de prestación laboral pueden ser fijadas por convenio nacional<sup>2063</sup>.

En ocasiones se prevé que la empresa lleve a cabo un acuerdo con la representación de los trabajadores sobre modificación o reducción de los horarios de trabajo ordinarios que será aplicado a todos los trabajadores, salvo derogaciones individuales debido a probados impedimentos personales<sup>2064</sup>. Particular referencia debe hacerse al convenio de empresa de Luxottica Italia, que permite la solicitud de exención del régimen de horario flexible, a conceder en función de las necesidades de cada uno, de los trabajadores con discapacidad que deberán escoger de forma alternativa permisos retribuidos o no retribuidos para cubrir las jornadas no trabajadas como consecuencia de la no aplicación del horario flexible. Del mismo sistema se podrán beneficiar los trabajadores con familiares con discapacidad a cargo a través de la vía de la cláusula de cierre del precepto, que prevé su extensión a otros trabajadores en vía excepcional y sobre la base de «documentadas y comprobadas razones de carácter personal»<sup>2065</sup>. Por otra parte, algún convenio prevé la exclusión de realizar trabajos dominicales para trabajadores que asistan a portadores de discapacidad o que no sean autosuficientes con quienes convivan –sin precisar de un ligamen de parentela específico–, mientras que otras hipótesis podrán ser previstas a través de la negociación colectiva de segundo nivel<sup>2066</sup>. Llama la atención que queden excluidos los propios trabajadores con discapacidad en relación a esta medida positiva, pero lo que más llama la atención son las declaraciones de Guido Lazzarelli, responsable de trabajo de Confcommercio, asociación empresarial italiana, quien opinando sobre ésta previsión convencional afirma que dicha limitación se debe a que lo importante en el momento de la

---

<sup>2061</sup> Reconocido a personas con una discapacidad reconocida oficialmente y a los que tengan discapacitados a su exclusivo cargo, CC *general de la industria química*, art. 44.9. establece el art. 8 CC *Barnet Hoteles, S.L.* que la concreción del turno de trabajo corresponderá al trabajador/a en el caso de que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, siempre que no desempeñe una actividad retribuida.

<sup>2062</sup> Cuando acumule una antigüedad de al menos 3 años en la empresa. Art. 47 CC *empresas de gestión y mediación inmobiliaria*.

<sup>2063</sup> Decreto Legislativo 8 de abril 2003, n. 66 de regulación de algunos aspectos del horario de trabajo. Se reserva la regulación a los convenios colectivos sobre horario normal (art. 3), sobre duración máxima (art. 4), sobre trabajo extraordinario (art. 5), sobre pausas (art. 8), reposo semanal (art. 19) exclusión del trabajo nocturno (art. 11).

<sup>2064</sup> Arts 34 y 35 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI y Confindustria*. Art. 31 CCNL *Tessile – abbigliamento – calzaturiero – pulitintolavanderie ed occhialeria*.

<sup>2065</sup> Art. 4 CC *Luxottica*.

<sup>2066</sup> Art. 134 CCNL *per i dipendenti del terziario : commercio, distribuzione e servizi*.

contratación de la persona con discapacidad es que éste sea idóneo para desarrollar una determinada función de forma idéntica al resto de trabajadores. Una vez constituida la relación laboral, sus condiciones serán reguladas conforme la disciplina legal y el convenio colectivo de aplicación<sup>2067</sup>.

Con respecto al trabajo nocturno, no existe ninguna prohibición de destinar al personal con discapacidad, salvo en aquellos casos en los que se demuestren justificados motivos individuales de impedimento debidamente certificados. Alguna norma colectiva se hace eco de tal disposición<sup>2068</sup>. Tampoco se impide que sean destinados a distintos turnos de trabajo en empresas que utilicen éste sistema de trabajo. En su caso, el convenio podrá disponer cláusulas de exención del personal con discapacidad del régimen de trabajo a turnos adoptado por la empresa en caso de necesidades productivas<sup>2069</sup>.

#### 3.4.3.2. Flexibilidad en la organización del trabajo: el teletrabajo

El denominado «teletrabajo» se define como una forma o sistema de trabajo flexible tanto para la empresa como para el trabajador, ideado con la finalidad del aumento de la productividad, de la implantación de las nuevas técnicas de la información y de la mejora de la calidad de vida de los trabajadores. Por tanto por teletrabajo no se entiende sólo trabajo a distancia, es decir, aquel que se desarrolla en todo o en parte en el exterior de la sede física efectiva de la empresa, sea en el domicilio del trabajador o en otro espacio incluyendo el trabajo móvil, sino que engloba el uso intensivo de las tecnologías de la información y de la comunicación. Así lo definió el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002, que protagonizó la primera ocasión en que los interlocutores sociales europeos entablaron un acuerdo que sí es fruto de la consulta previa por parte de la Comisión en materia social sobre la que ellos mismos deciden negociar pero cuya forma de aplicación se lleva a cabo según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales de los Estados miembros, cuyo contenido no se encuentra incorporado en una Directiva<sup>2070</sup>.

En España encontramos una escueta regulación en el artículo 13 ET sobre el trabajo a distancia, sistema de organización del trabajo como decíamos no coincidente con el

---

<sup>2067</sup> STEFANOVICH S. “Disabilità e non autosufficienza nella contrattazione collettiva . Il caso italiano nella prospettiva della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020”, op.cit. P.224. Mientras tanto, Ferruccio Fiorot, del sindicato Fisascat-Cisl, opinando sobre la misma medida discutida, sostiene que la inclusión de los propios trabajadores con discapacidad en el ámbito de dicha exclusión será solicitada en la próxima negociación de renovación del convenio, aunque precisando, que el trabajo dominical no crea especiales dificultades del personal con discapacidad con respecto al resto de trabajadores, pues no comporta, de hecho, un agravio en las condiciones de salud. *Ibíd.* P. 228.

<sup>2068</sup> Art. 11 Decreto Legislativo n. 66/2003. Art . 22 G) CCNL chimica ed affini CEPA-A e UGL.

<sup>2069</sup> Art. 4 k) 3 CC *Luxottica*.

<sup>2070</sup> En virtud de lo dispuesto en su art. 12.vid. SANTOS FERNÁNDEZ, M.D., “El Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo negociación colectiva y teletrabajo: dos realidades de dimensión comunitaria”. *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, nº 14, 2004. PP. 45-74. Un estudio sobre el grado de aplicación del Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo en SIERRA BENÍTEZ, M., “Los Euro acuerdos colectivos y el teletrabajo en la Unión Europea”, GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *El derecho a la negociación colectiva*, op.cit. PP.511-520. También la RAE vincula al teletrabajo con las nuevas tecnologías incorporadas al sistema de trabajo.

teletrabajo pero en el que éste se encuentra comprendido. El precepto, tal y como quedó redactado tras la reforma de 2012, exige su acuerdo por escrito y reitera la obligación del empresario de respetar los mismos derechos que a los trabajadores ubicados en una sede física empresarial, salvo los que estén vinculados con la presencia efectiva. Entre ellos destacan los referidos a la igualdad retributiva, a la protección de la seguridad y salud, acceso a la formación, a la movilidad y promoción, así como al ejercicio de la representación colectiva<sup>2071</sup>.

El teletrabajo como forma de organización flexible de la prestación laboral, se considera especialmente adecuado para quienes tienen especiales dificultades de inserción en el mercado laboral como son las personas con discapacidad, entre otros motivos, dadas las dificultades para desplazarse a la sede física de la empresa o para trabajar en tal espacio. Con ello, se permite que el trabajador permanezca en un lugar más adecuado a sus características personales tratando de que pueda conservar y proteger sus derechos cuando además, sea compatible con el sistema de producción de la empresa. De éste modo, también será una forma de ejecutar la profesión especialmente útil para quien tenga a su cargo a un pariente o cualquier otra persona con discapacidad con la que conviva.

En ésta línea, entre los propósitos del citado Acuerdo Marco, se encuentra la integración laboral de la población con discapacidad-más no de quienes tienen a su cargo a personas de éste colectivo -. Dicha aspiración fue trasladada al ámbito nacional por medio de la incorporación del Acuerdo al ACN de 2003 mediante un Anexo, sin que en él ni en ninguno de los posteriores Acuerdos Interconfederales se fomente el uso de la modalidad de teletrabajo para incorporar a las empresas a trabajadores de tales características, aunque en todos ellos se reivindica el teletrabajo. En todo caso, consideran los interlocutores sociales españoles que es oportuno que el teletrabajo sea voluntario para empresa y trabajador, descartando pues la previsión de modalidades exigibles cuando las características particulares del trabajador y de la propia empresa sean óptimas para que se adopte éste sistema de trabajo como medida de acción positiva o al menos se otorgue preferencia en la variación de la modalidad de prestación de servicios a teletrabajo cuando la empresa lo oferte<sup>2072</sup>.

En lo que aquí interesa, mediante éste modo de organizar la prestación laboral la empresa se beneficiará de la adopción de ésta modalidad para el trabajador con discapacidad, por ejemplo, eximiéndose de la obligación de efectuar adaptaciones de los lugares de trabajo en la sede empresarial o de la disposición de cualquier otro mecanismo de flexibilidad que haga operativo el derecho a que se realicen ajustes razonables de tipo inmaterial<sup>2073</sup>. Sin embargo, ello no obstará a que también sea

---

<sup>2071</sup> Denominación adoptada tras la introducida por la ley 3/2012, sustituyendo al anterior concepto de “trabajo a domicilio” y que añade algunos de los derechos enumerados. Una síntesis de su regulación laboral en SEMPERE NAVARRO, A.V., KAHALE CARRILLO, D.T., *Teletrabajo*. Col. Claves Prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2013. PP. 69ss.

<sup>2072</sup> Solo se refiere a que si el trabajador expresa el deseo de pasar al teletrabajo, la empresa puede aceptar o rechazar esta petición el art. 10 bis CC *industria química*.

<sup>2073</sup> Mucho más positivo en cuanto a sus beneficios para el trabajador, para la empresa, y para la completa sociedad, Libro blanco del teletrabajo en España. Fundación «Másfamilia» en el que han colaborado más de 30 entidades privadas. PP 21-22. <http://www.teledislab.es/descargas/libroblancoteletrabajoespana.pdf>

necesario tomar las medidas pertinentes para optimizar el teletrabajo del personal con discapacidad en caso necesario a pesar de no encontrarse dentro de las instalaciones, como será el caso de necesitar adaptaciones en los aparatos electrónicos que sirvan de herramienta de trabajo. Por otro lado, para los trabajadores significa acceder al mercado laboral en una situación de mayor comodidad y autocontrol del tiempo y del espacio donde trabaja, reducir los niveles de absentismo e incremento de la productividad como consecuencia de la mayor autonomía en la ejecución de la prestación sin que por ello vea mermados sus derechos laborales individuales y colectivos. No obstante lo anterior, también resultan patentes las desventajas que puede presentar un uso sistemático del teletrabajo cuando se trata del empleo del personal con discapacidad, fundamentalmente de dos tipos. En primer lugar de tipo profesional, pudiendo redundar de forma negativa en las posibilidades de progresión profesional a través de la ausencia de control en el cumplimiento del deber de igualdad en el acceso a programas formativos que se desarrollen en la sede empresarial o sistemas de promoción excluyentes por precisar la presencia activa del trabajador en el centro. En segundo lugar, se destaca un inconveniente de tipo pisco-social, debido a que éste modelo de trabajo tiende a favorecer e incidir en el aislamiento del trabajador, renegado a pasar buena parte del día en soledad sin contacto con otros compañeros<sup>2074</sup>. En algún caso el convenio colectivo insta al empleador a evitar ésta situación, con independencia del deber del empresario de prevenir cualquier riesgo que pueda redundar en perjuicios hacia la salud de sus trabajadores<sup>2075</sup>.

En cualquier caso, los datos demuestran que en España el teletrabajo se encuentra poco desarrollado en relación con la media europea<sup>2076</sup>, sin que se obtengan datos específicos del porcentaje de personal con discapacidad empleados mediante este sistema de trabajo. No obstante, no se ha de olvidar que solo en caso de idoneidad tanto del modelo productivo empresarial como de las características y capacidad del trabajador para ejecutar la prestación laboral mediante medios tecnológicos se podrá acudir a la figura indicada, con lo que no será muy común entre trabajadores con discapacidad con especiales dificultades para adaptarse a las herramientas tecnológicas si no se produce la formación específica en éste terreno.

Entre el grupo reducido de convenios colectivos que se detienen en figura del teletrabajo, destacan particularmente algunas apreciaciones. En algún caso se circunscriben a la modalidad del trabajo a distancia por remisión legal<sup>2077</sup>. Adicionalmente y como consecuencia, se dispone como sistema de carácter voluntario para trabajador y empresario, sensu contrario, ninguno dispone como prioritaria la transformación del trabajador con discapacidad o prevé la contratación de los mismos para desempeñar sus funciones de forma remota. Sin embargo, algunos convenios

---

<sup>2074</sup> Un análisis sobre las ventajas y desventajas del teletrabajo para el empresario, el trabajador y la sociedad en SEMPERE NAVARRO, A.V., KAHALE CARRILLO, D.T., *Teletrabajo*, op.cit. PP. 24ss.

<sup>2075</sup> Art. 15 CC *perfumerías y afines*.

<sup>2076</sup> Según demuestran los últimos datos, asciende al 7% en 2011, incorporados en el informe OIT "Working anytime, anywhere: The effects on the world of work". Publications Office of the European Union, Luxemburgo, y the International Labour Office, Ginebra, 2017. P. 17.

<sup>2077</sup> Art. 19 D) CC *industria textil*, mediante el que asume pleno cumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 13 ET.

prevén la reversibilidad del teletrabajo cuando ha sido objeto de pacto, esto es, la vuelta al trabajo en las sedes de la empresa por voluntad del empresario o del trabajador<sup>2078</sup>.

Las condiciones de empleo, incluidas las retributivas, se regirán por lo dispuesto en la ley y en cada convenio de aplicación, de modo que solo cuando aquellas se vinculan directamente con la presencia del trabajador o en el caso de que el mismo convenio prevea determinadas medidas para el personal teletrabajador o el acuerdo individual alcanzado con la empresa por ejemplo en materia de aumento retributivo<sup>2079</sup>, aquellas serán las idénticas de sus compañeros en situación comparable<sup>2080</sup>.

En Italia también la norma regula hasta el momento a la modalidad trabajo a domicilio, pero no al teletrabajo salvo en el ámbito del empleo público o con alguna esporádica mención en alguna norma. De forma específica se contempla la modalidad de teletrabajo para cumplir con la obligación de contratar a trabajadores con discapacidad en los términos fijados por la ley<sup>2081</sup>.

Por su parte, los interlocutores han adoptado un acuerdo en materia de teletrabajo<sup>2082</sup>. Es frecuente que los convenios dediquen cláusulas específicas a este tipo de modalidad laboral disciplinando su régimen jurídico, de acuerdo con las normas legales aplicables y los convenios colectivos nacionales, cuando se trate de un convenio de segundo nivel<sup>2083</sup>. Como contrapunto al carácter masivo en que afrontan los interlocutores sociales en Italia el teletrabajo los datos obtenidos de algún sector concreto demuestran que el porcentaje de personal con discapacidad adeptos a ésta modalidad laboral en parecer ser escaso<sup>2084</sup>. En las cláusulas convencionales analizadas sobre teletrabajo, las partes lo configuran como un instrumento idóneo tanto para responder a demandas de mayor productividad empresarial como a necesidades sociales, cuya finalidad es la modernización y mejora de las relaciones laborales, permitiendo a los trabajadores conciliar la vida laboral, personal y familiar a través de una mayor autonomía en el

---

<sup>2078</sup> Art. 10 bis CC *industria química*; art. 46.3.1 CC *Repsol Química S.A.* en el que el teletrabajo se configura como modelo de prestación laboral de forma parcial.

<sup>2079</sup> El art. 19 del CC *calzado* prevé que la retribución de los trabajadores a domicilio será un 10% superior al fijado para el rendimiento normal en concepto de gastos generales (luz, herramientas, etc.).

<sup>2080</sup> Advierte que como sólo modifica la manera de realizar el trabajo, el paso al teletrabajo en sí no modifica el estatuto laboral del teletrabajador. De ese modo las condiciones laborales serán idénticas salvo las que se deriven de la propia naturaleza del trabajo realizado fuera de las instalaciones de la empresa. el art. 10 bis CC *industria química*. Art. 43.6 *Repsol Química S.A.*, exige La persona que se acoga a la situación de teletrabajo deberá firmar el Acuerdo Individual de Teletrabajo (AIT) para la regularización a efectos laborales de su nueva situación en el que se establecerán como mínimo, los mismos derechos que sus compañeros en situación comparable que trabajen en la sede física de la empresa.

<sup>2081</sup> Art. 22.5 b) Ley de 12 de noviembre de 2011, n° 183, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2012)*.

<sup>2082</sup> Para el ámbito privado, Ley 877/1973 de 18 de diciembre “Nuove norme per la tutela del lavoro a domicilio”. En el ámbito público, art. 4 Ley de 16 de junio de 1998, n. 191; Acuerdo Interconfederal para la recepción del Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo de 9 de junio de 2004 estipulado entre las organizaciones empresariales (Confindustria, Confartigianato, Confesercenti, Cna, Confapi, Confservizi, Abi, Agci, Ania, Apl, Casartigiani, Cia, Claii, Coldiretti, Confagricoltura, Confcooperative, Confcommercio, Confinterim, Legacoop, Uinci) y sindicales más representativas (Cgil, Cisl, Uil). En la actualidad está siendo debatida una ley sobre el denominado «trabajo ágil» aunque no se trate específicamente o no solo, sobre teletrabajo, (*proposta di legge sullo smart working*) depositada el 29 de enero de 2015.

<sup>2083</sup> Por su parte, el art. 56 del CCNL *Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria* reenvía su regulación al Acuerdo Interconfederal italiano.

<sup>2084</sup> Sobre la aplicación del CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*, Salvatore Pellecchia, de la Fit-Cisl afirmó que, con respecto a los datos que él manejaba, no existían aún trabajadores con discapacidad que disfrutaran de dicha modalidad. Dato que confirma Stefano Savino, Gruppo FS, que por su parte adelanta que se están desarrollando proyectos empresariales sobre diversity, donde se analiza y evalúa el impacto de ésta modalidad laboral en el sector, en STEFANOVICHJ, S. “Disabilità e non autosufficienza nella contrattazione collettiva. Il caso italiano nella prospettiva della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020”, op.cit. PP.204 y 209 respectivamente. Según el Observatorio sobre «Smart Working» de la Universidad Politécnica de Milán, el nivel de teletrabajo en Italia es del 5%. Informe OIT “Working anytime, anywhere: The effects on the world of work”, op.cit. P. 17.

desenvolvimiento de sus funciones y además algunos lo configuran como instrumento de inserción laboral de personas con discapacidad<sup>2085</sup>.

También se configura como un tipo de trabajo voluntario para el empresario y el trabajador, desde el momento de la asunción o en un momento posterior a petición cualquiera de ellos<sup>2086</sup>. Del mismo modo, el pacto de transformación de la relación laboral, puede prever su reversibilidad<sup>2087</sup>. Dada su configuración como pacto voluntario, siquiera en el caso de personal con discapacidad resulta prioritaria la conversión de la modalidad contractual, salvo que el régimen convencional incluya la obligación por parte del empresario de aceptar la solicitud de transformación. La negociación colectiva italiana, sin embargo, no ha incidido sobre este aspecto.

Normalmente las partes reconocen la igualdad de tratamiento con respecto a las condiciones laborales previstas para el resto de la plantilla, en todo lo no previsto por la específica cláusula convencional que regula la figura del teletrabajo<sup>2088</sup>. Entre tales derechos, se reconoce como en España la asistencia por la representación sindical de la empresa o de las organizaciones sindicales firmantes<sup>2089</sup>. A tal efecto, puede ser predispuesta una herramienta electrónica a través de la cual el sindicato puede efectuar las notificaciones pertinentes<sup>2090</sup>. Los trabajadores que desarrollen su prestación laboral a través de este régimen especial, reciben formación específica sobre los instrumentos técnicos de trabajo y poseen las mismas oportunidades de acceso a los cursos de formación y al desarrollo de la carrera en el interior de la empresa<sup>2091</sup>. Así mismo, y en la medida de lo estimable, se le aplicaran las mismas normas relativas a la salud y seguridad en el trabajo.

Para evitar el aislamiento de estos trabajadores, el empleador puede promover medidas específicas, incluso puede disponer citas periódicas en las que deberán desplazarse hasta la sede empresarial para acudir a reuniones con sus compañeros, coloquios con los responsables, programas de formación, o para el ejercicio de determinados derechos de contenido sindical, así como para favorecer la socialización de los mismos<sup>2092</sup>.

---

<sup>2085</sup> Art. 23 CCNL *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*. Art. 33 CCNL *Banche di credito cooperativo casse rurali ed artigiane*. Art. 36 CCNL *ABI*. Precisamente con respecto al sector bancario, el responsable de la Oficina de Consulta laboral y dirección sindical y de trabajo de ABI reconoce que en el ámbito de aplicación de dicho convenio, no tiene relevancia cuantitativa el personal con discapacidad teletrabajador, mientras que Giacinto Palladino de la CISL, opina que en el ámbito de aplicación del mismo convenio es difícil que quien solicite la transformación del contrato por motivo de discapacidad propio o de un familiar, obtenga un rechazo. STEFANOVICH S. "Disabilità e non autosufficienza nella contrattazione collettiva. Il caso italiano nella prospettiva della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020", op.cit. PP. 118 y 136 respectivamente.

<sup>2086</sup> Art. 42 CCNL *Tessile Abbigliamento Moda. SMI y Confindustria*. Art. 18 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*. el art.3 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso* determina que el trabajador por iniciativa propia puede acceder a esta modalidad laboral, desarrollada a tiempo completo o a tiempo parcial

<sup>2087</sup> El teletrabajador puede volver a trabajar en condiciones ordinarias tras seis meses desde el inicio del teletrabajo, art. 23.5 *Mobilità, area contrattuale Attività ferroviarie*. La transformación puede ser a tiempo indeterminado o temporal, art. 36.5 CCNL *Abi*. En la hipótesis de transformación de la relación profesional en teletrabajo por tiempo indeterminado, el trabajador puede pedir de nuevo la transformación del modo de la prestación cuando hayan transcurrido dos años en cuyo caso la empresa acogerá la petición si es compatible con las exigencias del servicio, art. 33 CCNL *anche di credito cooperativo casse rurali ed artigiane*.

<sup>2088</sup> Idéntico contenido en el art. 28 CCNL *Occhialeria Anfao*. Art. 163 CCNL *settore edile ed affini*.

<sup>2089</sup> Art. 5 CCNL *chimica, concia e settori accorpati, plastica e gomma, abrasivi*, Art. 18 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*. Art. 20.2 c) del CCNL *dependenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiani del settore abrasivi*.

<sup>2090</sup> Art. 36.17 CCNL *ABI*.

<sup>2091</sup> Art. 163 CCNL *settore edile ed affini*.

<sup>2092</sup> Art. 36.15 CCNL *ABI*.

Aunque la normativa reenvía el tratamiento salarial a la negociación colectiva y la gran mayoría de convenios prevén la igualdad remunerativa entre los teletrabajadores y los que efectúan sus labores en el centro empresarial asumidos en la misma categoría profesional<sup>2093</sup>, algunos convenios prevén una diferencia salarial del 30% inferior con respecto a la retribución base nacional, debido a que dichos trabajadores no efectúan gasto alguno de desplazamiento desde su casa al centro empresarial<sup>2094</sup>. Se trata de un tratamiento diferenciado totalmente injustificado, en modo tal que de ser así, también la retribución de aquellos trabajadores cuyo domicilio les permite llegar a pie a su sede de trabajo, debería ser proporcionalmente reducida, no siendo así el caso, mientras que no se tiene en consideración otros gastos en que puede incurrir el teletrabajador y no el trabajador destinado a un centro de trabajo<sup>2095</sup>.

### 3.5. Condiciones económicas

En España, como en los países de nuestro entorno, es manifiesta la situación económica de especial precariedad de las personas con discapacidad añadido a la baja tasa de empleo y de empleo de calidad, cuyo resultado es la percepción de una retribución sensiblemente menor de los trabajadores con discapacidad que se encuentran empleados en un gran porcentaje en actividades poco remuneradas, debido al escaso nivel formativo o bien ante el escepticismo del empleador de atribuir funciones de responsabilidad. Además, normalmente perciben una cantidad inferior en concepto de complementos salariales que retribuyen la presencia del trabajador, como ya pusimos de manifiesto, debido a las ausencias debidas por razón de su estado de salud, derivadas de su discapacidad. Por último, a los anteriores factores se suman otros derivados de su situación personal como son el eventual gasto añadido que puede como la necesidad de prótesis, de mobiliario especial o adaptado, de contar con el apoyo de una persona de forma, etc., no siempre paliados debidamente a través de prestaciones públicas.

En términos globales, el nivel retributivo del personal con discapacidad en España es 17,1% menor que el de las personas sin discapacidad según los últimos datos obtenidos, siendo en términos de género mayor la brecha que existe en el salario de hombres con o sin discapacidad que mujeres con o sin discapacidad aunque también existe brecha de género entre los trabajadores sin discapacidad en perjuicio de la mujer<sup>2096</sup>. La retribución también es sensible al tipo de discapacidad, de forma tal que los trabajadores con discapacidad física y sensorial perciben, de media, sueldos más elevados que las personas con discapacidad intelectual. En estas circunstancias, influyen variables

---

<sup>2093</sup> Cuando el art. 3 del Acuerdo Interconfederal que incorpora el Acuerdo Marco europeo en materia de Teletrabajo se refiere a la igualdad en condiciones laborales, no excluye las salariales, como lo hace la cláusula cuarta del referido Acuerdo Marco.

<sup>2094</sup> Art. 18 CCNL *chimica ed affini CEPA-A e UGL*. Art. 20.2 c) del CCNL *dependenti delle PMI, società cooperative e delle aziende artigiane del settore abrasivi*; Art.3 CCNL *dependenti PMI cemento, fibrocemento, calce e gesso*.

<sup>2095</sup> El art. 7.10 CC aziendale Infocert S.p.A. dispone expresamente que el desarrollo de la actividad en la modalidad de teletrabajo no dará lugar a modificaciones del aspecto retributivo convencionalmente previsto.

<sup>2096</sup> El Salario de las Personas con Discapacidad del año 2014. Publicado el 8 de febrero de 2017 por el INE.



laborales y personales cuya conjunción incide en el salario, como son el tipo de contrato, la jornada o la clasificación profesional.

En vista de las especiales circunstancias de precariedad económica del colectivo analizado, se piensa en la negociación colectiva como canal de previsión de determinados beneficios o prestaciones dirigidas a paliarlas de algún modo. Sin embargo, de la muestra de convenios analizada se advierte la escasez de convenios que disponen un de tratamiento específico en lo que respecta al régimen salarial de las personas con discapacidad que sirva para atenuar el desfase entre sus retribuciones y la de trabajadores homólogos sin discapacidad, al margen de procurar un sistema retributivo equitativo. Destacan aquellos que contemplan un complemento específico por discapacidad que viene a paliar los excesivos costes a los que normalmente estas personas han de hacer frente en su vida ordinaria, de cuantía variable y en función del grado de discapacidad reconocido<sup>2097</sup>. En Italia algunos convenios prevén compensaciones para trabajadores con discapacidad<sup>2098</sup>. Finalmente algunas normas convencionales tratan de paliar solamente la situación económica desventajosa de los trabajadores que tienen un hijo u otros familiares con discapacidad, en cuyo caso se dispone de una ayuda de cuantía fija<sup>2099</sup>, como también recogen algunos convenios en Italia<sup>2100</sup>.

De forma más habitual se sistematiza un régimen de ayuda económica con ocasión de la declaración de incapacidad permanente mediante el establecimiento de un sistema de mejoras voluntarias cuyo contenido desborda la intención de ésta investigación. A mayor abundamiento se configuran seguros que cubren situaciones de incapacidad permanente derivado de accidente de trabajo que las empresas vendrán obligadas a concertar, con el fin de garantizar a los trabajadores accidentados la percepción de las indemnizaciones de carácter no salarial<sup>2101</sup>.

---

<sup>2097</sup> V CC del sector de la construcción, art.56. Así mismo, el CC *Nissan Buelna* para Cantabria, art. 32, ayuda para los trabajadores que tengan reconocida al menos el 33% de discapacidad, que se extiende a trabajadores que tengan a su cargo, o bajo su efectiva tutela, a cónyuge, pareja de hecho, hijos o tutelados con minusvalía mínima del 33%.

<sup>2098</sup> Para los invidentes que trabajan en centralitas, 6€ elevada a 7€ si la semana laboral es de cinco días, de acuerdo con la ley 29 marzo 1985, n. 113, art. 68 CCNL *Abi*.

<sup>2099</sup> CC de *Repsol Química*, SA, artículo 47 que prevé una ayuda de 238,19 € (valor año 2016) por mes por hijos, cónyuge o pareja de hecho legalmente constituida, que convivan y estén a cargo del trabajador y que tengan reconocidos por el INSS/INERSO/Consejería Bienestar Social un grado de incapacidad no inferior al 33%. Art. 40 CC *Nissan Motor Ibérica NDS-B* establece una ayuda de 174,71 € mensuales revisables para aquellos trabajadores con hijos o tutelados, cónyuges o parejas de hecho con discapacidad superior al 33% o en situación gran dependencia en los términos previstos en la ley 39/2006, de 14 de diciembre. Esta ayuda es sustituible por una póliza por un importe igual que se entregará mensualmente a dicho familiar en caso de fallecimiento del trabajador. En el caso de que se recibiera alguna prestación por algún organismo oficial y fuese menor a 190 €, el ayuntamiento aportará la diferencia hasta alcanzar los 190 €. Si el familiar estuviera capacitado para el trabajo no se tendrá derecho a esta ayuda.

<sup>2100</sup> El art. 88 CCNL *Banche di credito cooperativo casse rurali ed artigiane* dispone la cantidad de 1.032,91 € a los trabajadores porcada familiar fiscalmente a cargo que resulte portador de discapacidad en el sentido previsto en la ley de 5 de febrero de 1992, nº 104. el art. 69 CCNL *ABI* predispone para cada hijo o persona equiparada a cargo un pago anual de 103,29 € al año. El art. 25 CC de la empresa *Equitalia* reconoce a trabajadores con hijos y/o cónyuge/ pareja de hecho con la que conviva a quienes se reconozca una discapacidad grave según lo dispuesto por la ley o inválidos civiles, la cantidad de 4.500€ brutos al año.

<sup>2101</sup> Entre otros muchos, Anexo III del CC *Conservas Vegetales*; art. 66 CC *Construcción*. Art. 42 CC *sanidad privada Burgos*. Art. 28 *Industria Siderometalúrgica de Huesca*. Art. 42 *Nissan Motor Ibérica, SA (Centro de Trabajo Distribución de Unidades NDS-B)*. Art. 30 CC *Hostelería Cádiz*. El

## CONCLUSIONES

### **PRIMERA: La igualdad de trato, la prohibición de discriminación y la igualdad material constituyen tres manifestaciones del principio de igualdad**

La doctrina no ha sido pacífica a la hora de interpretar el concepto de igualdad, aunque existe un amplio consenso en aceptar que la igualdad funciona como principio, como valor y como derecho. A los efectos de clarificar terminológicamente los conceptos empleados en nuestro trabajo, debemos llevar a cabo una descripción inicial.

La igualdad de trato, la prohibición de discriminación y la igualdad material constituyen manifestaciones o concreciones del principio general de igualdad.

La igualdad de trato implica el tratamiento igual de situaciones semejantes y el tratamiento diverso de situaciones que son desiguales. Así concebida, se predica del momento regulativo, que exige que el contenido de la ley sea igualitario, sin distinciones de trato injustificadas. También cualquier acto de los poderes públicos debe responder a ésta concepción de la igualdad de trato en el desarrollo de sus actuaciones. La igualdad de trato también se predica del momento aplicativo. Así, se deberán utilizar tanto en sede administrativa como en sede judicial los mismos criterios para resolver asuntos similares, situaciones de hecho comparables, equiparables, de tal modo que un cambio de criterio en la aplicación de una misma norma para supuestos de hecho semejantes, deberá ir precedido por una justificación objetiva y razonable. La igualdad de trato implica una igualdad de tipo formal. En los términos definidos, la igualdad de trato es sinónimo de la igualdad ante la ley referida en el art. 14 de la Constitución Española.

La prohibición de discriminación impide diferencias de trato basadas en determinadas causas o motivos personales o sociales como el sexo, la raza, la edad, y otros de naturaleza análoga, que históricamente han situado a los miembros de un colectivo en una situación de marginación, de segregación, provocando el efecto de degradación de su propia dignidad humana. Por tanto, es un mandamiento de prohibición, de veto a cualquier norma, acto o pacto que tengan por objeto o efecto diferenciar a sujetos o colectivos por razón de una de las causas discriminatorias. También la prohibición de discriminación se contempla en el art.14 CE.

Por último, la igualdad material parte del objetivo de equiparar las condiciones de vida de aquellos ciudadanos o colectivos que se sitúan en situación de desventaja social. La Constitución solo predica el deber de promover medidas activas de equiparación de sujetos en desventaja a los poderes públicos a través del art. 9.2CE, aunque no se excluye el planteamiento de medidas tendentes a lograr la igualdad material que provengan de sujetos privados. La igualdad material se hace efectiva a través de

medidas de acción positiva que contribuyen a consolidar la igualdad de oportunidades y, excepcionalmente pueden ser utilizadas para llevar a cabo la igualdad en los resultados.

**SEGUNDA: La igualdad de trato y la no discriminación son mandatos independientes aunque existe aproximación conceptual entre ellos en los elementos relacional o comparativo e intencional**

El artículo 14 de la Constitución Española integra dos mandatos independientes: la igualdad de trato y la prohibición de discriminación, aunque por su redacción pueda ser interpretado como un solo derecho. Esta fórmula sigue otras declaraciones de derechos de carácter internacional (Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o los Tratados fundacionales de la Unión Europea) o nacionales (Constituciones como la italiana o la alemana).

La igualdad ante la ley es sinónimo de igualdad de trato y de éste se predica la igualdad en el contenido de las leyes o en cualquier acto que provenga de un poder público y en la aplicación de los anteriores por jueces y Administración pública. La discriminación, por su parte, implica la distinción entre sujetos o colectivos en base a determinadas causas personales o sociales que los sitúan en una situación de marginación y degradación de su dignidad.

Aunque son derechos independientes, la igualdad de trato y la prohibición de discriminación comparten algunos rasgos conceptuales. Es decir, no hay diferencia conceptual entre ellos en dos aspectos: en elemento comparativo y el intencional.

En primer lugar, el elemento conceptual relacional o comparativo se asocia tanto a las medidas desiguales como a las discriminatorias. En ambos casos existe, con carácter general, un término de comparación que sirve para justificar la existencia de un perjuicio derivado de la diferencia de trato, si bien en el caso de la discriminación éste comparador puede ser hipotético cuando el efecto perjudicial se proyecta sobre un determinado colectivo. En segundo lugar, el elemento volitivo o la malintencionalidad no es un rasgo distintivo de la discriminación, aunque en su origen solo fuese contemplada ésta cuando existía el ánimo de marginar, segregar, por circunstancias como el género, padecer una discapacidad o poseer una determinada raza. Al margen de su utilidad como elemento indiciario al denunciar la discriminación, ésta se produce de forma automática u objetiva cuando se prueba que la diferencia de trato se ha fundado en una causa discriminatoria o se produce el perjuicio, sin que se logre demostrar que la distinción no se basó en la característica personal o social o cuando aquella se utilizó, pero de forma absolutamente justificada, necesaria y proporcionada. Al mismo tiempo, la desigualdad ante la ley o en aplicación de ésta también se produce de forma objetiva ante la existencia de arbitrariedad, de trato injustificado, circunstancia que no obsta a que la misma se haya configurado de forma malintencionada.

### **TERCERA: La principal diferencia conceptual entre igualdad de trato y la prohibición de discriminación radica en las causas**

La igualdad de trato predica el tratamiento idéntico entre situaciones comparables y el tratamiento desigual entre situaciones disímiles. Las causas que pueden conculcar éste derecho no se encuentran determinadas ni resultan determinables. La discriminación, en cambio, impide utilizar determinadas causas personales o sociales como fundamento de la diferencia de trato. Tales condiciones no se establecen en forma de *numerus clausus* en nuestra Constitución de forma que podrán ser reconocidas como tales otras no expresamente contempladas. En éste punto, la ampliación del radio de actuación de la tutela antidiscriminatoria principalmente en el ámbito de las relaciones laborales se ha producido por la jurisprudencia constitucional complementada por una normativa y jurisprudencia europeas, mediante las que se han añadido a los ya contemplados expresamente en el art. 14 CE- nacimiento, raza, sexo, religión, opinión- otros como la edad, la discapacidad, la orientación sexual, entre trabajadores temporales y fijos, etc.

Consideramos que son suficientes los elementos que permiten concebir desde el punto de vista conceptual dos derechos independientes que se resumen en los siguientes: mientras que la igualdad no pretende la equiparación entre todos, sino el trato igual entre iguales y desigual de desiguales, la prohibición de discriminación persigue la paridad entre los sujetos discriminados o en riesgo de serlo y quienes no pertenecen al colectivo segregado en función de la característica o rasgo utilizado como objeto de distinción. Por tanto, el uso del criterio discriminatorio o el impacto desfavorable de una medida sobre un colectivo discriminado, hace presumir la vulneración del derecho, mientras cualquier otra diferencia de trato no alcanza ese carácter degradante y contrario a la propia esencia humana de manera que solo se considerarán contrarios a la igualdad de trato las diferencias entre situaciones comparables que no se demuestran fundados en una justificación objetiva y razonable y no resultan proporcionados.

### **CUARTA: Existen semejanzas en el régimen jurídico de la igualdad de trato y la no discriminación en el tratamiento de la traslación de la carga de la prueba y en las consecuencias jurídicas ante su transgresión**

En España, se proporciona en el ámbito laboral el mismo régimen garantista en relación con la distribución de la carga probatoria entre demandante y demandado cuando el primero proporciona indicios de vulneración de su derecho a la igualdad de trato o a la no discriminación, como ocurre ante cualquier queja de violación de un derecho fundamental. A tales efectos ya en 1982 el TC exigió a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer la justificación que el diferente trato legal poseía, correspondiendo al demandante acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción de vulneración del derecho fundamental. En el ámbito de la prohibición de discriminación también

tendrá acogida jurisprudencial las normas en materia de distribución de la carga de la prueba. Finalmente la Ley de la Jurisdicción Social consagra el régimen de distribución de la carga probatoria, exigiendo al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad en procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación o vulneración de otro derecho fundamental. Si bien, en el ámbito Europeo la traslación la carga de la prueba del carácter justificado y proporcionado de la medida denunciada corresponde al demandado cuando se aportan indicios de vulneración de la prohibición de discriminación, posteriormente consagrado en el Derecho derivado.

Tampoco se advierten diferencias destacables en las consecuencias jurídicas de la constatación del tratamiento desigual o discriminatorio, que exige la cesación de la conducta infractora y la nulidad total o parcial de la norma, acto o pacto contrario a los mismos. En ninguno de los casos se produce automáticamente la extensión del beneficio o privilegio no concedido al sujeto reclamante cuando se constata la vulneración del derecho, sino solo ante determinadas circunstancias.

**QUINTA: Las diferencias en el régimen jurídico de la igualdad de trato y la no discriminación se cifran en la vinculación o no a los sujetos privados; en la aportación o no de término de comparación y en la pertinencia o no de una justificación objetiva y razonable**

Del precepto constitucional se deriva que la igualdad de tratamiento solo vincula a las autoridades públicas pero no a los sujetos privados, amparados por la autonomía de la voluntad-individual o colectiva-. Éstos últimos solo se encuentran limitados de forma estricta por la prohibición de discriminación.

Otra de las diferencias de régimen jurídico entre ambos mandatos se sitúa en la exigencia de un tertium comparationis o necesidad de un término de comparación que solo debe ser aportado ante la denuncia de una desigualdad de trato. Sin embargo, el régimen de tutela frente a discriminaciones exime al demandante de aportar el término de comparación, aunque naturalmente también existe un comparador real o hipotético con el que se permite apreciar la desventaja sufrida por el sujeto discriminado.

Constatada la existencia de identidad en los supuestos comparados, el régimen jurídico de protección de la igualdad de trato exige la mera razonabilidad en la justificación de la desigualdad, fundada en un dato objetivo. Se trata de la aplicación de un juicio de adecuación que permite amparar diferencias de trato que no sean desproporcionadas en cuanto a los medios y al resultado que produce, cuando se constata la persecución de un fin legítimo. En cambio, la existencia de una causa de discriminación como criterio de distinción entre trabajadores resulta en su origen reprochable, presumiéndose la conculcación del derecho. Por tanto, para evitar un juicio estimatorio de la situación de discriminación, se precisa de una justificación más rigurosa que rompa la presunción de

vulneración del derecho. De ese modo, se ha de demostrar que la condición personal o social no se encuentra en el origen de la diferencia o que ésta se utiliza excepcionalmente porque está asociada a un requisito esencial y determinante para el desempeño de una determinada actividad.

Resulta patente la existencia de dos mandatos, atendiendo a las diferencias conceptuales y las que se aprecian en el régimen de tutela aplicable a uno y otro. Por tanto, nuestra conclusión se sitúa en la línea de la jurisprudencia constitucional más solvente que asume la existencia de dos derechos independientes tras haber superado una etapa en la que interpretaba al art. 14 CE de modo unitario. Sin embargo, todavía hoy persiste en la jurisprudencia constitucional una importante carencia de rigor técnico en la interpretación de dicho precepto que debería ser corregida. Algunos pronunciamientos siguen aludiendo a la «desigualdad discriminatoria», «igualdad sin discriminación», aseverando que «el derecho constitucional a la igualdad implica la prohibición de toda discriminación en la ley o en la aplicación de la ley», o que las normas no podrán establecer «un tratamiento arbitrariamente desigual, y, por tanto, discriminatorio». Son todas ellas expresiones que transmiten la idea de que principio de igualdad y prohibición de discriminación son lo mismo y por ello propugnamos la corrección y superación de la confusión que todavía pervive en algunos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional. Al mismo tiempo se examina, en ocasiones, la existencia de discriminación desde el prisma de la mera justificación objetiva y razonable de la medida, a mi juicio no requerido, y no desde la presunta irrazonabilidad de la misma lo que comporta la necesidad de ofrecer una justificación más estricta.

#### **SEXTA: En el ámbito europeo la igualdad ante la ley y la no discriminación se han consolidado como derechos independientes**

En el ámbito de la Unión Europea, la igualdad se reconoció como principio general del Derecho por el Tribunal de Justicia y no será hasta el Tratado de Lisboa cuando se consolide como valor superior del ordenamiento en un Tratado de Derecho originario. En el mismo se impone a las instituciones el respeto, en todas sus actividades, del principio de igualdad de sus ciudadanos. La discriminación se protegía, originariamente, por razón de sexo y de nacionalidad entre nacionales de los Estados miembros desde el Tratado de la Comunidad Económica Europea. Era ésta, en palabras del Tribunal, una manifestación específica del principio de igualdad a la que se fueron añadiendo otros factores protegidos de discriminación como la edad o la discapacidad, entre otros. Finalmente, ambos son recogidos en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea como mandatos independientes.

El principio de igualdad ante la ley reconocido en el art. 20 CDFUE tiene como destinatario a las instituciones europeas y a los Estados miembros. Éste se identifica con el principio de igualdad de trato en la regulación de las normas así como en el contenido de cualquiera de los actos que emanan de las instituciones. Mientras tanto, la prohibición de discriminación, consagrada en el art. 21 CDFUE, vincula también a los

sujetos privados, como así afirmara de forma temprana el Tribunal de Justicia. En cuanto a las causas protegidas, de nuevo la igualdad se predica de sujetos que se encuentran en situación comparable, sin que puedan ser perfiladas ex ante los elementos que servirán para realizar el juicio de comparación, mientras que la prohibición de discriminación protege determinados motivos o rasgos de la persona o de su condición social. No se encuentran todas estas causas recogidas en el art. 21 CDFUE pues a ellas debemos añadir otras como la prohibición de discriminación entre trabajadores temporales y fijos, trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo.

La igualdad de trato se describe a nivel europeo de forma similar a como habían perfilado los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros. Exige que situaciones comparables no sean tratadas de forma diferente, salvo que la diferenciación esté objetivamente justificada. Aunque la jurisprudencia comunitaria, en la mayoría de ocasiones, fija unos parámetros de control de la razonabilidad de la diferencia de trato coincidentes cuando aplica la prohibición de discriminación, la protección de ésta última se encuentra reforzada y solo se admitirá cuando resulte estrictamente justificada cuando el factor de discriminación se utilice como requisito esencial y determinante, en atención a la salvaguarda de intereses superiores dignos de tutela.

### **SÉPTIMA: El mandato constitucional de respeto a la igualdad de tratamiento en España no vincula a la negociación colectiva**

La fuerza vinculante de los convenios colectivos, de la que se predica la imperatividad y automaticidad de lo negociado entre interlocutores sociales frente al contrato individual, no los convierte en una norma heterónoma del Estado a la que aplicar el mandato de igualdad previsto en el art. 14 CE. El convenio colectivo es un pacto que proviene de sujetos privados y como tales, están facultados para diferenciar en el contenido de lo pactado en base a la autonomía de la voluntad que les viene garantizada desde el art. 37 CE. El límite frente a la capacidad de regular las relaciones laborales estableciendo regímenes diferenciados entre los sujetos vinculados se sitúa, como para el resto de sujetos privados, en la prohibición de discriminación.

Consideramos que en éste punto el Tribunal Constitucional no ha elaborado una doctrina suficientemente sólida para concebir, desde la Constitución, al convenio estatutario como una norma jurídica en el sentido estricto del término, fuente del Derecho y como tal, sujeta a los mismos límites que los poderes públicos entre los que destaca el mandato de igualdad de trato. Tales convenios en ningún caso adquieren tal carácter público, circunstancia que permitiría aplicar el mandato de igualdad de trato a la negociación colectiva. Para hacer coherente su doctrina, el Tribunal Constitucional ha tenido que extraer de la configuración por parte de la legalidad ordinaria del convenio colectivo eficacia normativa, de la que se sirve para caracterizarlo constitucionalmente como fuente del Derecho. Sin embargo, ni el carácter institucional de los sindicatos y asociaciones empresariales como sujetos legitimados derivado del texto constitucional, que no los eleva a organismos públicos, ni la publicación oficial de los mismos, ni las

referencias estatutarias al convenio como «norma» son razones suficientes para considerar a éstos últimos como una auténtica norma jurídica desde la perspectiva constitucional, vinculándolos a la igualdad de trato.

No resulta coherente que desde la perspectiva constitucional se pueda concebir al convenio colectivo como una norma jurídica, vinculándolo así a la igualdad de trato establecida en el art. 14CE y excluir la aplicación del mismo tratamiento a los convenios de eficacia limitada. En este sentido, ambos tipos de convenios comparten el mismo fundamento jurídico, el art. 37 CE, que otorga el derecho a la negociación colectiva y proporciona fuerza vinculante a los convenios colectivos, con independencia del desarrollo legal del precepto.

El convenio colectivo solo estaría vinculado a la igualdad de tratamiento si el legislador ordinario así lo hubiese determinado de forma expresa. Sin embargo, nunca ha sido ésta su voluntad, que se manifiesta en el sentido de prohibir estrictamente solo las cláusulas discriminatorias previendo para ellas la nulidad o imponiendo la igualdad de trato respecto de las causas de discriminación.

A mayor abundamiento, aunque el Alto Tribunal ha consagrado la vinculación del convenio colectivo a la igualdad de trato en términos teóricos, en la práctica no han existido pronunciamientos que avalen la existencia de una verdadera desigualdad de trato contenida en un convenio colectivo que no sea discriminatoria. Por el contrario, en todos los supuestos analizados se repara en la existencia o no de una discriminación. Entre las mismas quedan integrados los casos más dudosos como pueden ser los referidos a la temporalidad o la parcialidad del contrato y a la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa como motivo de distinción. En tales supuestos también se produce la segregación de un colectivo de trabajadores, marginados y rechazados por tales condiciones y que, por tanto, reúnen las cualidades para situarlos junto al resto de motivos de discriminación tasados, por su inclusión en las lista abierta de discriminación constitucional, a través de la referencia genérica final a ‘cualquier otra condición personal o social del art. 14 CE. Tan es así que las dos primeras ya son reconocidos como supuestos de discriminación normas europeas y por el propio Tribunal Constitucional y la última como elemento más incipiente de discriminación que sitúa a un grupo de trabajadores en una situación desfavorable por una condición social elemental para la consecución de sus libertades, como es la de trabajador, pero basado en un elemento aleatorio o involuntario, como es el momento en el que éste accede al puesto de trabajo. A mayor abundamiento, estadísticamente los trabajadores de primer ingreso en su mayoría son jóvenes y, por tanto, puede comportar una discriminación indirecta por razón de edad. De éste modo, se hace de peor condición a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado laboral y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación. Esta situación de inferioridad se describe en términos muy similares a la que presentan los trabajadores temporales que, insistimos, son un colectivo protegido por la prohibición de discriminación.



Que todos estos factores sean descritos como discriminatorios no implica, sin embargo, que se deba aplicar el juicio de discriminación tan estricto que se aplica frente a causas históricas más extendidas en el consenso social como el género o la raza. Dicho en otros términos, cabrá una justificación más flexible con respecto de éstos últimos que permita avalar la inexistencia de discriminación. De hecho, el canon de razonabilidad de la diferencia de trato empleado ante presunta discriminación por otros motivos, como es el caso de la edad, no se usa de forma tan rigurosa con respecto a las causas de discriminación más arraigadas, sin que por ello se dude de su pertenencia al listado de discriminaciones prohibidas.

**OCTAVA: Las medidas de acción positiva solo resultan exigibles constitucionalmente a los poderes públicos**

Las medidas de acción positiva obedecen al fin de proveer de los instrumentos necesarios a los sujetos o colectivos desfavorecidos en un determinado contexto social, económico o político, que favorezcan su inserción social o el mantenimiento de unas condiciones de vida semejantes a las del resto. En el terreno laboral, se utilizan para facilitar la incorporación o la permanencia de determinados colectivos en el mercado de trabajo, quienes, por determinadas causas sociales o personales, permanecen excluidos del mismo o en clara desventaja. Sin duda presentan una conexión próxima con la discriminación por cuanto a que sirven a los efectos de paliar la situación de marginación en la que permanecen colectivos discriminados como las mujeres, las personas con discapacidad, los jóvenes y mayores, entre otros. Sin embargo, reiteramos que entre ellas existen grandes diferencias.

Su fundamento constitucional no se halla en el art. 14 CE, sino en art. 9.2 a través del cual se obliga a los poderes públicos a 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.

La naturaleza diferenciadora de tales medidas no contraviene la igualdad formal consagrada en el art. 14 CE, siempre que respondan a un fin legítimo y no resulten desproporcionadas. Tampoco son contrarias a la discriminación, de las que se separan de forma tajante. En efecto, consideramos erróneo el concepto de discriminación positiva para denominar las que persiguen la igualdad material, pues las acciones positivas no discriminan o distinguen provocando un perjuicio a quienes se integran en un colectivo discriminado mediante la designación de un privilegio injustificado, sino que tratan, precisamente, de otorgar una determinada ventaja a tales sujetos con el fin de superar la situación de inferioridad y así, equilibrar sus condiciones con respecto a las del resto, con la finalidad de proporcionar igualdad sustantiva.

**NOVENA: El convenio colectivo es un instrumento apto para hacer frente a situaciones de desigualdad de trato o de discriminación pero también para provocar segmentación**

Algunos instrumentos internacionales exigen a los Estados fomentar la participación de los interlocutores sociales en la promoción de la igualdad y para combatir las discriminaciones en el empleo -Convenio 111 OIT, Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2006/54/CE, junto con otros instrumentos de soft law elaborado por las instituciones europeas-. La principal obligación que existe al respecto deviene por la vía indirecta de prohibir las cláusulas discriminatorias, por cuanto a que no resultan exigibles frente a los mismos llevarlas a cabo. En efecto el art. 9.2 no resulta extensible, por razón de su naturaleza privada, a los negociadores de convenios colectivos.

La ausencia de oponibilidad de un derecho a la igualdad de trato, tanto en su vertiente formal como material, no impide que la negociación colectiva voluntariamente adopte mecanismos de contención de desigualdad, así como de instrumento de protección de los colectivos históricamente marginados. Sin embargo, en ocasiones introducen o prorrogan medidas que siguen provocando segmentación en el mercado de trabajo. Tal efecto se produce, a modo de ejemplo, mediante la vía de clasificar en rangos inferiores puestos que, en la práctica, se atribuyen siempre a mujeres. También provocan ese efecto discriminatorio, como así se ha reconocido en numerosas ocasiones por la jurisprudencia, aquellas cláusulas que atribuyen condiciones laborales desventajosas a los trabajadores de nuevo ingreso.

De los convenios analizados- en España e Italia- se deduce que el enfoque en materia de igualdad y la prohibición de discriminación se caracteriza por la existencia de carencias y desatención, especialmente en los ámbitos más cercanos a las empresas. Es frecuente que se detengan en el reconocimiento formal de la igualdad y la no discriminación, en mayor medida la que puede ser causada por razón de género.

Hemos comprobado que los mecanismos de tutela de los distintos segmentos en riesgo de discriminación se encuentran dispersos en cada convenio. En algunos casos, atienden más a la protección del colectivo de jóvenes, otros expresan mayor interés por la integración trabajadores con discapacidad y con más frecuencia adoptan medidas que tratan de paliar la desigualdad laboral entre hombres y mujeres. De hecho, incluso bajo el título «igualdad y no discriminación», suelen desarrollar un conjunto de materias exclusivamente destinadas a la igualdad entre géneros. Resulta excepcional que los convenios individualmente considerados muestren un compromiso expreso con todos ellos, reservando un espacio de actuación frente a cada criterio de discriminación. De carácter positivo, a tales efectos, son aquellos planes de igualdad que incorporan medidas destinadas a combatir la discriminación por causas ajenas a la igualdad entre mujeres y hombres.

Cabe destacar positivamente, en última instancia, la previsión, cada vez más frecuente, de comisiones u observatorios para la igualdad y la no discriminación. A ellas se asignan funciones de análisis, evaluación y puesta en práctica de medidas de acción

positiva o estrategias de integración de colectivos en riesgo de discriminación. Aunque cada vez atienden un mayor volumen de problemas relacionados con la discriminación y la igualdad de oportunidades, siguen estando reservadas en un alto porcentaje a cumplir con el objetivo de la paridad entre sexos. Como aspecto negativo en cuanto a la configuración de las mismas, señalamos la inexistencia de previsión, con carácter general, de una composición plural de éstas comisiones, que trate de integrar a trabajadores con distintas condiciones personales o sociales objeto de discriminación (jóvenes, mayores, con discapacidad o inmigrantes o mujeres), que puedan aportar un enfoque más cercano a la realidad de cada uno de ellos.

### **DÉCIMA: Las medidas de acción positiva en los convenios colectivos se fundan en la libertad de negociación en materia laboral**

El fundamento constitucional de las medidas de acción positiva previstas en un convenio colectivo se halla en el art. 37 CE, que reconoce el derecho a negociar asuntos de índole laboral a los representantes de empresarios y trabajadores. Por tanto, estas medidas tienen distinto alcance en el marco de la negociación colectiva que en el ámbito público por cuanto a que, al contrario de lo que establece el 9.2 CE en el sentido de exigir a los poderes públicos entablar mecanismos de provisión de igualdad material, la misma Constitución en el art. 37.1 CE lo que establece es la mera posibilidad de que la negociación colectiva establezca medidas de acción positiva. En efecto, queda residenciada en la libertad negocial de las representaciones de los trabajadores y empresarios decidir lo que negocian, como manifestación de la autonomía negocial. Por tanto, son libres de incorporar o no medidas de acción positiva; no obstante, como la Constitución mandata al legislador a regular el derecho a la negociación colectiva es posible que el legislador ordinario imponga que sean negociadas, imposición que no sería contraria a la autonomía negocial de las partes o, en cambio, imponer límites a su establecimiento siempre que la restricción resulte desproporcionada a efectos de vulnerar el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva que incluye el de preservar a los negociadores de injerencias abusivas por parte de los poderes públicos.

Su previsión en convenio colectivo no resulta tampoco contraria al art. 17.1 ET que declara la nulidad de las cláusulas discriminatorias desfavorables por razón de edad o discapacidad y cualquier tipo de discriminación por otras causas como el sexo, las opiniones políticas o la raza. Originariamente el art. 17.1 vedaba discriminaciones adversas o favorables –salvo por razón de edad y más tarde también por razón de discapacidad con respecto a los que solo se proscribía la discriminación desfavorable-. La prohibición de discriminaciones favorables venía a eliminar originariamente cualquier clase de privilegio dirigido a un colectivo, desfavoreciendo al mismo tiempo a otros y produciendo, de ese modo, un efecto discriminatorio. Como ejemplo podemos citar las cláusulas de preferencia en la contratación de familiares de trabajadores. Ésta visión de la discriminación no repara en las diferencia del fundamento jurídico de la noción de discriminación-efecto desfavorable-y la acción positiva-igualdad material-.

Error terminológico que podía avalar tanto la restricción tanto de medidas que, aun descritas en términos positivos acaban por resultar discriminatorias como aquellas medidas de acción positiva que trataban legítimamente de asegurar la igualdad material.

Sin embargo, en la actualidad aunque art. 17.1 ET ha perdido la referencia a la prohibición de discriminación favorable ésta parece ser contemplada de modo implícito. En efecto, el precepto sigue tratando de modo diferenciado a las distintas causas protegidas: proclama la prohibición de discriminaciones desfavorables por razón de edad y discapacidad mientras que prohíbe la discriminación, sin más apelativos, para el resto de causas. Habiendo marcado las diferencias conceptuales entre igualdad material y discriminación, no cabe interpretar el art. 17.1 ET en clave de vedar a la negociación colectiva el establecimiento de acciones positivas. Dicho precepto debe ser interpretado de forma sistemática y finalista con aquellas normas específicas que avalan el establecimiento de acciones positivas por parte de sujetos públicos y privados siempre que con ellas se persiga el objetivo de lograr la igualdad material, sean adecuadas y resulten proporcionadas. A tales efectos deben destacarse las leyes 62/2003, que transpone al ordenamiento español las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE-arts. 27, 34 y 35- y la Ley orgánica 3/2007 de igualdad entre mujeres y hombres –art. 43-.

De forma específica son tratadas en el art. 17.2 ET las medidas de reserva, exclusión o preferencia en la contratación, permitiendo que aquellas sean impuestas por ley. Solo se admiten de modo expreso las cláusulas de convenios que establezcan reservas y preferencias en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, incluida la promoción y la formación, destinadas a integrar al sexo infrarrepresentado -art. 17.4 ET-. El precepto en su primera versión establecía que «solo» la ley podría establecer este tipo de restricciones al derecho a ser contratado y, por tanto, se excluía la previsión de las mismas tanto a Reglamentos como a convenios. Hoy, además de que la norma ha perdido el adverbio modal «solo», consideramos que lo más relevante para avalar acciones de éste tipo a través de convenio es el resultado de realizar una interpretación sistemática y finalista de la normativa aplicable. En tal sentido, se admiten las medidas de acción positiva destinadas a prevenir o compensar las desventajas y perseguir el resultado de la igualdad material. Tales normas no excluyen ningún tipo de acción positiva. Aquellas, sin embargo, deberán respetar los límites que imponen la jurisprudencia constitucional y la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: las preferencias o reservas en el acceso al empleo, como acciones de resultado, no podrán ser previstas de forma automática e incondicional, sino que se atenderá a la preferencia por el miembro del colectivo infrarrepresentado, en igualdad de capacitación. Han de ser tenidos en cuenta otros factores de carácter personal de los candidatos, siempre que éstos últimos no sean discriminatorios. También son admisibles aquellas medidas de carácter rígido cuando se dirijan a lograr la igualdad de oportunidades en el empleo, tratando de proporcionar los medios para que todos los individuos puedan participar en el mercado de trabajo con unas condiciones equivalentes. A éstas últimas atienden, por ejemplo, el ofrecimiento de cursos de formación a un determinado colectivo, destinadas a equiparar el nivel formativo de los

sujetos beneficiados, o para asegurar la promoción profesional, como la reserva de plazas en guarderías a mujeres para así evitar que se abstengan de trabajar en los primeros años de vida del hijo. Tampoco éstas pueden ser impuestas de forma incondicional de modo que también se ha de asegurar la legitimidad de las mismas en clave de proporcionalidad. Por otro lado, las medidas de exclusión fundadas en una característica propia de un colectivo discriminado serán legítimas cuando ésta constituya un requisito esencial y determinante para el desempeño de una determinada actividad.

La jurisprudencia citada se inscribe originariamente en el terreno de la prohibición de discriminación entre sexos, sin que ello sea un impedimento a su traslación al resto de causas discriminatorias siempre que se den unas circunstancias semejantes. Por ejemplo, para fomentar el empleo de jóvenes. Sin embargo, la integración de las personas con discapacidad impide, por sus propias características, trasladar las mismas exigencias en cuanto al establecimiento de reservas o preferencias en el empleo en igualdad de capacitación porque es éste precisamente el elemento que distingue a los trabajadores con discapacidad de quienes no lo son, no se trata de un elemento de segregación sociológico o cultural, de minusvaloración natural de la persona en base a unos prejuicios, como es el caso de la mujer. Por ésta razón serán admitidas las cuotas rígidas de empleo de personas con discapacidad.

En definitiva, restringir a la negociación colectiva de prever mecanismos de acción positiva podría suponer incluso que el legislador no cumpliera de forma óptima el mandato impuesto por el art. 9.2 CE, del mismo modo que para asegurar el cumplimiento de éste deber puede poner determinados límites y restricciones a su establecimiento, o imponer su previsión, no solo para cumplir con dicho mandato, sino también en virtud de la competencia del legislador estatal en materia laboral. No obstante, tales limitaciones o imposiciones no deberán ir más allá de lo adecuado y necesario para no contravenir el derecho a la negociación colectiva, que implica la facultad de regular materias laborales, dado que la competencia laboral es compartida entre la ley y el convenio, a pesar de existir superioridad jerárquica de la primera sobre el segundo, el propio art. 9.2 CE a modo de suponer un obstáculo para alcanzar la igualdad material de los ciudadanos, así como el efecto útil de las Directivas antidiscriminatorias que reconocen un papel importante a los interlocutores sociales en la consecución de sus fines. No nos parece, en base a la lectura de los preceptos estatutarios y las normas específicas, que el legislador pretenda limitar la capacidad de la negociación colectiva de desarrollar medidas de acción positiva ni tampoco imponerlas como contenido necesario. Solo exige negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y planes de igualdad, pero no llegar a un acuerdo. El contenido del convenio colectivo solo está delimitado en términos formales, de configuración del convenio o de procedimiento, contemplados en el párrafo 1 del apartado 1 del artículo 85 del ET, imposición considerada de orden público laboral.

## **UNDÉCIMA: La protección frente a discriminaciones por razón de sexo resulta un referente para el resto de las causas de discriminación**

Aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de no discriminación por razón de sexo es un referente para el desarrollo de la política antidiscriminatoria, los Tribunales constitucionales ya habían sentado abundante doctrina en este mismo ámbito con anterioridad.

Los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional español en que analiza la prohibición de discriminación por razón de sexo sirven para delimitar aquellas medidas que por su finalidad integradora privilegian a la mujer de aquellas otras medidas que establezcan las leyes o los convenios colectivos que promueven el excesivo paternalismo o proteccionismo de la mujer las que, en la práctica, conduce a la segregación de éstas y siguen ahondando en la discriminación. Con ellas se reflejan los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral. De ese modo, en España destacan en los años 80 algunas sentencias de rechazo a determinados tratos preferenciales o excluyentes para la mujer por ser considerados ilegítimos y contrarios a la prohibición de discriminación por razón de sexo: excedencia obligatoria por razón de matrimonio, diferencia en el régimen retributivo del trabajo nocturno o en materia de reconocimiento de pensión de viudedad.

Por otro lado, valorando un recurso de amparo ante la demanda de vulneración de la discriminación por razón de sexo, establece el Tribunal Constitucional español por primera vez de forma nítida la distinción entre igualdad ante la ley y prohibición de discriminación como mandatos independientes integrados en el art. 14 CE. De ésta forma, se consolida que el sexo del trabajador no es suficiente para justificar la diferenciación y, por tanto, la presencia de ese elemento diferenciador debe llevar a un más cuidadoso análisis de las causas subyacentes que puedan justificar diferenciación.

También la discriminación indirecta es reconocida por primera vez en nuestra jurisprudencia constitucional en materia de sexo en el año 1991, con cita en la jurisprudencia europea, mientras que la primera de las sentencias del Tribunal europeo que declaró expresamente la prohibición de discriminaciones encubiertas estaba vinculada a la discriminación por razón de nacionalidad y la jurisprudencia norteamericana, pionera en el reconocimiento de ésta forma de discriminación, la observa por primera vez por motivos raciales.

Finalmente, el Estatuto de los Trabajadores ha proporcionado un tratamiento diferente y privilegiado a la protección frente a la diferencias de trato entre mujeres y hombres no solo estableciendo la posibilidad expresa de que los convenios contengan medidas de reserva o preferencia por razón de sexo o eliminen cualquier desigualdad por razón de género en las clasificaciones profesionales o en los sistemas de ascenso. A mayor abundamiento exige negociar planes de igualdad o medidas de fomento de la igualdad por razón de sexo, aunque no se imponga la adopción final de un acuerdo. Solo configura como contenido convencional obligatorio el establecimiento de los criterios y

procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos.

### **DUODÉCIMA: El análisis del contenido de la muestra de convenios seleccionada demuestra la pervivencia de discriminaciones por razón de sexo**

Aunque la evolución del contenido convencional tendente a asegurar prohibición de discriminación por razón de sexo es muy notable todavía hoy algunos convenios relegan a la mujer a puestos de inferior valía económica describiendo el nombre de los mismos en femenino: camareras de piso, lencerías, lavanderas, gobernantas o limpiadoras. La transversalidad de género, que también debe imponerse a la negociación colectiva, pasa en primer lugar por implantar un lenguaje no sexista tanto en el contenido de lo pactado como en las ofertas de empleo, de promoción y en cualquier otra comunicación dirigida hacia los trabajadores.

Al margen de éste tipo de discriminaciones directas que son menos usuales, permanecen otras de tipo indirecto ejemplificadas en aquellas cláusulas que no computan los periodos de inactividad vinculados a la maternidad/paternidad para ejercitar un derecho o recibir un beneficio, circunstancia que se da, a modo de ejemplo, a la hora de calcular algunos complementos que se rigen en base a la antigüedad en la empresa, criterio cuyo uso objetivo y neutro resulta respaldado por la jurisprudencia europea e interna pero que, sin duda, puede provocar discriminación indirecta por razón de sexo. Por ello, también debe ser éste criterio sometido a control en situaciones que puedan provocar el efecto perjudicial, por ejemplo, cuando se utiliza para favorecer el acceso a determinadas condiciones, como el ascenso profesional, o cuando la resolución de reclamaciones simultáneas entre dos o más trabajadores para acceder a permisos, vacaciones, solicitud de otros beneficios, etc., se resuelvan utilizando el criterio de la antigüedad.

### **DECIMOTERCERA: El compromiso de los negociadores por llevar a cabo medidas de acción positiva por razón de sexo es abundante en los convenios, pero no siempre se acompañan de mecanismos de seguimiento y control**

Las acciones positivas, se recogen con asiduidad en forma de declaraciones generales en convenios sectoriales de forma general a modo de reconocer la preferencia del sexo menos representado en procesos de selección, ascenso o acceso a cursos de formación. En niveles inferiores, de comunidad autónoma y provincia no se contemplan con tanta frecuencia tales compromisos, mientras que en el nivel de empresa lo más frecuente es que en el ámbito empresarial se contemplen en los respectivos planes de igualdad donde concretan éstas medidas.

No poseen la utilidad esperada las cláusulas que se limitan a recoger compromisos formales en materia de acceso al empleo, a la formación, medidas de acción positiva, o

de otro tipo sin perfilar el modo en que se van a ejecutar. Ejemplo de buena práctica es aquel exigir la evaluación periódica de estructura salarial fija por sexo y grupo profesional para que, en el caso de detectarse diferencias salariales por razón de sexo, se apliquen medidas correctoras, como impone el Plan de Igualdad de Seat, el Plan de Igualdad de Kiabi o el Plan de igualdad de Iliturgitana de Hipermercados, SL. A éste respecto podemos destacar la medida prevista en el convenio colectivo italiano de la empresa Consap que contempla expresamente como tiempo de trabajo a efectos del cálculo del premio de productividad empresarial los periodos de suspensión obligatoria por embarazo y maternidad.

Para hacerlas efectivas, resulta adecuada y positiva la creación de un organismo o comisión entre cuyas funciones se contemplan las de equiparar la situación laboral entre hombres y mujeres. Normalmente se destinan a ellas un amplio y detallado número de funciones que incluyen las de promover iniciativas, evaluar propuestas, y control de aquellas destinadas a favorecer la integración de la mujer en el mercado de trabajo. Efectivamente, gran parte de los convenios analizados o bien atribuyen funciones al respecto a las comisiones paritarias o mejor aún, crean o proponen la creación de organismos específicos de protección de la igualdad entre mujeres y hombres. Algunos convenios en España recogen incluso el propósito de conformar las comisiones de igualdad de forma equilibrada, mientras que en otro caso se fija la obligación de una composición paritaria en términos estrictos.

#### **DECIMOCUARTA: La conciliación de la vida familiar y laboral desde un enfoque de género es la perspectiva más atendida por la negociación colectiva**

La asunción, en mayor medida, de las responsabilidades familiares entre las mujeres sigue muy presente en la actualidad y por tanto, las medidas de conciliación tienen la capacidad para prevenir o eliminar el mantenimiento del reparto de roles familiares tal y como sigue siendo concebido en la actualidad. Además, la efectividad de tales medidas pueden contribuir, sin duda a que la mujer pueda acceder en condiciones de igualdad a un empleo de calidad.

Sin lugar a dudas, es en materia de conciliación de la vida familiar y profesional el ámbito en que se detienen los convenios de todos los niveles de negociación, tanto en España como en Italia. Con ellos se viene a complementar una legislación bastante completa que proporciona los medios para que la conciliación cubra las necesidades originadas para cualquier trabajador, lo cual no impide la introducción de tratamientos favorables por razón de sexo en éste ámbito.

Se detecta que la mayoría de medidas de conciliación dirigidas a los padres han sido previamente reconocidas en la legislación como normas de imperativo cumplimiento, aunque a veces son reguladas con carácter más favorable para el trabajador. Tal circunstancia se produce, por ejemplo, admitiendo que la reducción de jornada por cuidado de hijo se desempeñe mediante teletrabajo, aumentando el tiempo de permiso



por lactancia, extensión de la reserva del puesto de trabajo durante todo el periodo de excedencia o atribuyendo el derecho a solicitar el permiso para acudir a exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto a ambos progenitores o a para asistir a cursos para adoptar técnicas de reproducción. En otros casos, los menos numerosos, se crean nuevos derechos que favorecen la conciliación como son los permisos para acompañar a los hijos a sus visitas médicas, práctica bastante extendida en la negociación colectiva española que podría incorporar otros nuevos como el reconocimiento de días de permisos retribuidos o no retribuidos para el cuidado del hijo enfermo que se prevé en el ordenamiento italiano y que recogen algunos de los convenios colectivos vigentes en dicho país.

Creemos que la forma más idónea para tratar de hacer eficaces las medidas de conciliación entre el trabajo y la familia es que éstas se hagan accesibles y atractivas tanto para el hombre como para la mujer, con el objetivo de reequilibrar el reparto de tareas familiares. Podría alcanzarse dicho resultado, a modo de ejemplo, reconociendo la preferencia a los progenitores a no sufrir cambios en virtud de la aplicación de la modificación sustancial en sus horarios o a la movilidad geográfica. En éste sentido, algunos convenios se refieren al acceso a cursos de reciclaje a las personas que se incorporen después de excedencia o disminución de jornada por obligaciones familiares, por tanto, destinadas a todos aunque en la práctica siguen siendo las mujeres las más beneficiadas por las mismas. Por el contrario, solo se deberán reservar a éstas determinadas medidas cuando sean estrictamente necesarias, como las relacionadas con el embarazo. Con ellas se trata de evitar que la empleabilidad de la misma siga siendo vista como una carga económica para la empresa así como un potencial perjuicio en sus condiciones para el resto de los trabajadores que sufrirán las consecuencias de la adaptación del trabajo a las circunstancias familiares de aquella. A modo de ejemplo, nos resulta adecuada la reserva de puesto de garaje a la mujer trabajadora embarazada, recogida en un convenio colectivo en Italia. Por el contrario, consideramos discutible la reserva de plaza de guardería para los hijos de las madres trabajadoras, recogida en un convenio del mismo país, pues puede provocar un efecto inverso, tendente a consolidar la posición de la madre como la principal garante del bienestar de sus hijos.

#### **DECIMOQUINTA: En el ordenamiento español el principio de igualdad ante la ley se aplica tanto a nacionales como a extranjeros**

La Constitución española reconoce el derecho a la igualdad ante la ley de los españoles, en términos expresos. En cambio, no debe ser interpretado en clave de privar de éste derecho a los extranjeros. En efecto, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución a los españoles se reconocerán a los extranjeros en virtud del art. 13 CE que exige la interpretación conforme de la Constitución a los textos internacionales. Mientras tanto, la jurisprudencia constitucional impone que deberá prescindirse del hecho de la nacionalidad en la atribución de la titularidad y ejercicio de aquellos derechos que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. En éste

sentido, la igualdad ante la ley es reconocida a «todos» por los arts. 7 de la DEDH y 26 del PIDCP y en los mismos términos lo proclama el art. 20 CDFUE. De éste modo, realizando una interpretación sistemática de todos estos preceptos, se admiten diferencias de trato basadas en la nacionalidad del sujeto cuando el distinto tratamiento jurídico así venga justificado por una razón objetiva y razonable cuyo efectos sean proporcionados. Por tanto, se debe deducir que constitucionalmente la igualdad ante la ley queda reconocida tanto a los españoles como a los extranjeros. Ello, sin embargo, no se opone a que la Constitución, incluso el legislador ordinario, exija que para determinados derechos se deba tener la condición de nacional español.

Por su parte, la nacionalidad ha penetrado en el listado de causas que el ordenamiento reputa como discriminatorias como consecuencia de su adhesión al resto de las expresamente contempladas en el art. 14 CE a través de su cláusula de apertura. Por tanto, también vincula a los sujetos privados. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español y en el ámbito internacional el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del art. 14 CEDH, el Comité de Derechos Humanos, que extrae la nacionalidad como causa de discriminación de la cláusula de apertura del art. 26 PIDCP que se refiere a otras condiciones sociales, o el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, entendiéndola implícita en el art. 2.2 PIDESC. El reconocimiento de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad va más allá de la distinción español/extranjero, pues también es susceptible de perjudicar al ciudadano español o discriminar a unos extranjeros con respecto de otros.

#### **DECIMOSEXTA: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce la igualdad de todos ante la ley y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad de los ciudadanos comunitarios**

La referencia a «todos» como sujetos protegidos por la igualdad ante la ley contemplada en el art. 20 CDFUE, es un claro exponente de la configuración universalista de la Carta. Recoge el tantas veces proclamado en vía jurisprudencial «principio de igualdad» que exige que sean tratadas de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado. Su ámbito de aplicación subjetivo no se limita a los nacionales de los Estados miembros ni siquiera a los ciudadanos de la Unión. Éste precepto vincula a las instituciones Europeas, que deberá respetarlo en el desarrollo las competencias asumidas en los Tratados y en los límites marcados por las mismas y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por tanto, el principio de igualdad de todos ante la ley deberá respetarse en el desarrollo de cada una de las acciones a realizar por las instituciones europeas, en virtud de la competencia a desarrollar por la Unión y no justificará la diferencia de trato entre comunitarios y extracomunitarios cuando la materia no esté reservada exclusivamente a unos u otros. De ese modo, sí cabrán dichas diferencias de trato entre comunitarios y extracomunitarios en materia de la libre circulación dado que el Tratado reserva a los

nacionales de los Estados miembros el derecho a circular libremente sin discriminación por nacionalidad. Mientras tanto, los requisitos de entrada y residencia de ciudadanos extracomunitarios se regirán por normas específicas en virtud de lo dispuesto en el art. 79 TFUE. En otro caso, la propia Carta en su art. 15.3 exige garantizar a los nacionales de terceros países autorizados a trabajar en el territorio de un Estado miembro, condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.

El art. 2.2 de la Carta bajo la apariencia de establecer una prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en realidad sólo está contemplando la prohibición de discriminación entre nacionales de los Estados miembros y por tanto, no se está refiriendo a toda nacionalidad, pues está excluyendo de ese apartado a los nacionales de países no comunitarios. El reconocimiento en distintos apartados del derecho a la prohibición de discriminación en virtud de las causas protegidas atiende al ámbito objetivo protegido por cada apartado en atención a que en el segundo se reconoce el derecho «sin perjuicio de sus disposiciones particulares». En éste sentido, la discriminación por razón de nacionalidad se configura a imagen y semejanza del art. 18 TFUE, que prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad y aunque el TJUE ha interpretado que éste protege solo a los ciudadanos comunitarios a pesar de que el precepto literalmente no lo diga, debe pensarse en una extensión del ámbito de aplicación subjetivo en vista de la evolución del principio de prohibición de discriminación de nacionalidad en el seno de la Unión Europea, con independencia de que puedan existir diferencias de trato entre comunitarios y extracomunitarios atendiendo al ámbito material de regulación, especialmente en desarrollo de las competencias migratorias. Asimismo, también pueden existir diferencias de trato entre ciudadanos comunitarios de distinta nacionalidad justificadas por los propios Tratados: limitaciones al acceso al empleo público para ciudadanos comunitarios, límites a la libre circulación por razones de orden público, la seguridad y la salud públicas. Interpretada de éste modo la Carta muestra verdaderamente el carácter universalista que le otorgaba la Comisión en su Comunicación sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

### **DECIMOSÉPTIMA: Los trabajadores no pueden ser discriminados por razón de nacionalidad en el disfrute de las condiciones laborales previstas en convenios colectivos**

Si bien resulta razonable la diferencia de trato en el acceso al mercado de trabajo de los ciudadanos extranjeros extracomunitarios, una vez cumplidos los requisitos establecidos al efecto, éstos no pueden ser discriminados en España en cuanto a las condiciones de trabajo respecto a los comunitarios. Así lo impone en el ámbito regional europeo el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante en 1977, ratificado por España, que alude específicamente a la aplicación a los inmigrantes de condiciones

pactadas en convenio colectivo de modo no menos favorables que a los ciudadanos nacionales .

Asimismo, la Unión Europea exige el mismo régimen laboral para trabajadores extranjeros si bien a través de un estatuto regulador diverso para extracomunitarios y comunitarios. En primer lugar resalta la obligación de respetar el derecho de los trabajadores extracomunitarios a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión reconocido como derecho fundamental en el art. 15.3 CDFUE. Éste derecho no es de nueva creación, por el contrario había sido previsto en normas de Derecho derivado si bien apelando a la igualdad de trato y no a la equivalencia, de condiciones laborales entre unos y otros: art. 11.1 a) de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; art. 13 de la Directiva 2009/50/CE del Consejo , de 29 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; art. 12 de la Directiva 2011/98/UE de 13 de diciembre de 2011 por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro; art. 23 de la Directiva 2014/36/UE, de 26 de febrero de 2014, que regula las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros.

Mientras tanto, los ciudadanos nacionales de cualquier país de la Unión Europea tienen derecho al acceso al empleo y a las condiciones laborales sin discriminación por razón de nacionalidad en virtud del reconocimiento expreso de los arts. 18 TFUE concretado a estos efectos en el art. 45 TFUE, que prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad a quienes ejerzan la libre circulación por razón de trabajo.

Finalmente, a nivel interno, con independencia del reconocimiento de la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad a nivel constitucional, la LOEXIS extiende al ámbito público y al privado de forma expresa la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad tanto en el momento de la contratación como en el establecimiento de las condiciones laborales. Tal afirmación se puede extraer de su art. 23 e) que prohíbe la discriminación indirecta –a nuestro parecer resulta incorrecto no haber aludido a discriminación directa o simplemente a discriminación- de todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros. La misma conclusión se deriva del apartado c) del mismo precepto que describe como discriminatorios aquellos actos que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo así como al resto de derechos contemplados en la ley. Se ha de interpretar éste precepto de forma sistemática con otros contemplados en la norma. En primer lugar, con el art. 10 que reconoce el derecho al trabajar en igualdad de condiciones que los españoles y con el art. 3, que establece como criterio interpretativo general, que el ejercicio de los

derechos que les reconoce la ley a los extranjeros, se debe producir en condiciones de igualdad con los españoles.

Sus cláusulas se aplicarán, por lo demás, también a los trabajadores irregulares contratados por empresas a las que se aplique el convenio, puesto que la LOEXIS reconoce que la nulidad de dicho contrato no afectará a los derechos que corresponda al mismo por el tiempo trabajado, comprendiendo tales derechos tanto los que reconoce el legislador, como el convenio colectivo aplicable.

Finalmente el Convenio 97 OIT de 1949, ratificado por España-y por otros 10 Estados miembros de la UE-, exige aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en nuestro territorio, sin discriminación de nacionalidad, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación a condiciones laborales como la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores.

Dentro de éste marco jurídico, en España, la negociación colectiva no solo debe asumir la prohibición de pactar condiciones discriminatorias por razón de nacionalidad. Además, se le ha solicitado afrontar los retos derivados de la integración de los inmigrantes como así contempló por primera vez el ANC de 2003, propósito que desapareció en el I AENC y de nuevo fue retomado en el III AENC firmado en 2015.

La garantía de no discriminar a los no nacionales en el convenio colectivo tiene una función doble, en tanto construye por una parte, una red de protección para los trabajadores extranjeros y al mismo tiempo constituye un freno al dumping salarial interno. Sin embargo, los convenios colectivos apenas reparan en el reconocimiento de la nacionalidad como causa de discriminación, como tampoco es frecuente en la negociación colectiva italiana.

### **DECIMOCTAVA: las diferencias de trato entre trabajadores desplazados dentro de la Unión Europea y los trabajadores del Estado de acogida, no provoca discriminación por razón de nacionalidad**

La Directiva europea 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios permite las diferencias de tratamiento entre los trabajadores del Estado miembro de acogida y los del Estado miembro desde donde se produce el desplazamiento. En ninguno de sus preceptos consagra la igualdad de trato entre los trabajadores desplazados y los del Estado de acogida ni la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, puesto que la nacionalidad del trabajador resulta ajena a la aplicación de la Directiva, que deberá ser aplicada a todos los trabajadores desplazados, sean comunitarios o extracomunitarios. En ella solo se establece la obligación de proporcionar unas condiciones mínimas a los trabajadores

desplazados, con independencia de su nacionalidad , siempre que resulte exigible por las normas legales, reglamentarias o administrativas, y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general o cuando el convenio colectivo cumpla con los requisitos formales establecidos por la Directiva.

La jurisprudencia del TJUE se aferra a dichos criterios eminentemente formalistas para la no aplicación de las condiciones pactadas en los convenios del Estado de acogida a trabajadores desplazados temporalmente, condiciones que se tratan de hacer efectivas en algunos casos mediante el conflicto social- Viking y Laval - y en otros mediante la imposición por parte de una Administración pública de determinadas condiciones establecidas en convenio -Rüffert y Comisión vs. Luxemburgo-. En la base de tales conflictos se sitúa la pretensión de erradicar el dumping social. En ese sentido, la jurisprudencia europea adopta una actitud protectora del empresario que realiza la prestación de servicios o ejerce la libertad de establecimiento a quienes no se podrá obstaculizar en el ejercicio de su libertad fundamental cuando no las condiciones laborales que pretenden ser exigidas, no provengan de la norma legal o pactada a la que se refiere la propia Directiva.

#### **DECIMONOVENA: Las medidas convencionales de acción positivas dirigidas a extranjeros son escasas**

No es frecuente en España que los convenios colectivos prevean medidas de acción positiva dirigidas a integrar de un modo efectivo a los trabajadores extranjeros. En sentido comparado, son más abundantes en Italia, donde algunos convenios introducen a menudo ofertas formativas para el aprendizaje del idioma italiano dirigidas a los trabajadores extranjeros, en otros casos se vinculan al derecho de conciliación de la vida laboral y personal, como la acumulación de días de vacaciones y otros permisos para visitar sus países de origen. También en el aspecto organizativo está presente la protección de inmigrantes. Así, algunos convenios en Italia contemplan entre las funciones asignadas a las comisiones paritarias de igualdad, la de llevar un control sobre la contratación de inmigrantes.

Ninguna de las anteriores tiene presencia en la práctica convencional española, aunque no significa que sean inexistentes las cláusulas de acción positiva dirigidas a extranjeros. Como ejemplo, uno de los convenios analizados advierte de la necesidad de considerar las circunstancias particulares de los trabajadores extranjeros en la programación de las vacaciones. En otro caso se formula, como medida de acción positiva para extranjeros, el aumento de días de permiso retribuido cuando el trabajador, por razón de nacimiento o fallecimiento, tiene que viajar a su país de origen. En cambio, resulta más común el establecimiento de acciones que beneficien de forma indirecta en buena medida a los extranjeros. Por ejemplo, éste efecto se produce por el aumento del número de días de permiso más allá de lo concedido legalmente cuando en caso de nacimiento , fallecimiento, enfermedad de un familiar, sea preciso el desplazamiento del trabajador. Por el contrario, encontramos cláusulas que, si bien tienen un enfoque

positivo, pueden resultar discriminatorias de por razón de nacionalidad cuando el aumento de días de permiso retribuido se reserva solo a determinados trabajadores extranjeros: trabajadores no comunitarios o comunitarios de países no colindantes con España cuando acrediten efectivamente la realización del desplazamiento a su país de origen y no al resto de extranjeros. Será preciso evaluar la medida desde el punto de vista la justificación objetiva y razonable que avale su legitimidad así como evaluar la proporcionalidad de la misma.

Algunos planes de igualdad ya contemplan la protección específica frente a la discriminación por razón de nacionalidad. Sería oportuno que los mismos fijaran, además, medidas específicas atendiendo al ámbito concreto en el que se aplican, otorgando un enfoque más amplio al plan de igualdad originariamente previsto por el legislador.

**VIGÉSIMA: la edad es una causa de discriminación peculiar, tanto por la dificultad de definir el ámbito subjetivo protegido como por la más amplia justificación de la diferencia de trato basada en la misma**

Es muy complejo tratar de definir la edad como factor de discriminación circunscrito al ámbito laboral, habida cuenta de que no existe una definición global y genérica de los colectivos protegidos por dicha causa. Principalmente son los jóvenes y mayores quienes resultan tutelados por éste factor, no siendo sencillo determinar la edad que se precisa para entenderse comprendido en tales segmentos. En tal concepto influyen condicionantes externos como los cambios sociales, demográficos o de política legislativa en la que sea considerada la edad a efectos de trabajo. Resulta frecuente que los convenios colectivos incluyan la edad en sus declaraciones generales de prohibición de discriminación, sin que incorporen definiciones acerca del término jóvenes o mayores. En ellos se regulan frecuentemente determinadas instituciones (incentivos a la jubilación, preferencia para ser despedidos, contratos formativos, etc.) a través de las cuales toman como referente la edad.

A pesar de que se trata de una causa no contemplada expresamente en el art. 14 CE, se trata de una causa de discriminación análoga a las enumeradas, que penetra en el mismo a través de su cláusula de apertura. La jurisprudencia constitucional así lo reconoció en 1983, al tiempo que ya el Estatuto de los Trabajadores de 1980 la incluía entre las causas prohibidas de discriminación. Hasta más de una década después, en cambio, no es reconocido como tal en el ordenamiento europeo desde la reforma introducida por el Tratado de Ámsterdam. En el ámbito europeo en el que se desarrolla en términos normativos una tutela frente a la edad más flexible en cuanto a la justificación objetiva y razonable de medidas fundamentadas en la edad, con respecto al resto de causas protegidas por la Directiva 2000/78/CE. En ella se enumera un elenco amplio de circunstancias que justifican diferencias de trato por razón de edad, norma de carácter excepcional que no encuentra parangón con el resto de causas de discriminación allí previstas. Ello, no obstante, no impide su reconocimiento como auténtica causa de

discriminación, que provoca, por el mero hecho de la circunstancia personal, que tales segmentos de población sean marginados o segregados en el mercado de trabajo y por tanto, merecedores de una tutela fuerte tanto frente al poder público como a los sujetos privados. De hecho, aquellas medidas que excepciona la Directiva europea de la prohibición de discriminación en ocasiones precisamente procuran la finalidad de integración laboral de tales colectivos discriminados por su edad, como por ejemplo, aquella que se basa en la edad para establecer condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional de jóvenes y mayores, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; y en otras directamente se contempla el fin legítimo que podría desactivar la discriminación denunciada, por ejemplo, cuando junto con la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo se fijan como requisitos para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo, que no son otros que garantizar la profesionalidad o premiar la dedicación. No se ha de olvidar que, en todo caso, la medida diferenciadora ha de estar plenamente justificada y ser proporcional.

**VIGESIMOPRIMERA: La negociación colectiva, en ocasiones, se configura como desencadenante de situaciones desventajosas por razón de edad no siempre justificables**

Cada vez son más los convenios que recogen cláusulas frente a la discriminación por razón de edad en el acceso al empleo, en la progresión de éste o en el momento de su extinción definitiva, aunque de un modo mucho menos relevante en términos cuantitativos que lo que se refiere al factor de género. La forma de ejecutar la protección de los colectivos de jóvenes y trabajadores maduros se suele efectuar comúnmente mediante la técnica de la reproducción del contenido legal, recogiendo en la mayoría de convenios el régimen jurídico de los contratos formativos o los permisos para realizar estudios. También contemplan sistemáticamente permisos para acompañar o cuidar a familiares que, por razón de su edad, necesitan atención.

Sin embargo, la negociación colectiva funciona en algún caso como hilo conductor de segmentación en éste terreno, en muchas ocasiones incluyendo tratamientos discriminatorios que, aun siendo evidentes, pasan inadvertidos o se encuentran normalizados por la sociedad, como es el establecimiento de retribuciones inferiores en razón de la menor edad, a pesar del desempeño del mismo número de horas y en las mismas condiciones que el resto de trabajadores. También pueden causar discriminación aquellas medidas que utilizan la mayor edad como criterio de preferencia ante la solicitud de un derecho de forma simultánea con otro trabajador, lo que redundaría sistemáticamente en la preterición de los trabajadores jóvenes, como por ejemplo, para determinar el periodo de vacaciones. Por ello, resultaría más adecuado que, o bien, junto a éste criterio se apliquen otros de carácter neutro de forma complementaria, o bien, se utilicen solamente aquellos que respondan a un carácter neutro. A tal efecto, se consideran pertinentes parámetros como las responsabilidades familiares del trabajador,



el número de veces que ha solicitado el derecho o permiso y se le ha concedido al trabajador con carácter preferente, ahondar en las causas personales que justifican la preferencia demandada o reparar en la antigüedad del trabajador más que en su propia edad. Tampoco será legítimo, en sentido inverso, excluir al trabajador del acceso a cierta prestación por el mero hecho de su mayor edad, como se ha detectado de una cláusula convencional italiana. En ella se excluye a los trabajadores de 58 años en adelante de obtener productos financieros dirigidos a facilitar la adquisición o reestructuración de la primera vivienda, bajo la modalidad de préstamo hipotecario u otra forma de garantía, si no se justifica de forma pertinente y la medida supera el test de proporcionalidad.

Del mismo modo, el criterio de preferencia de la mayor edad del trabajador más próximo a la edad de jubilación para ser despedidos en procesos de reestructuración empresarial resultara discriminatorio si no se acompaña la decisión extintiva de otros criterios suficientes, razonables y proporcionados. Resulta proporcionado, a efectos de legitimar dicha decisión extintiva, cuando viene acompañada de la firma de un convenio especial en los términos establecidos en la Ley General de Seguridad Social para mayores de cincuenta y cinco años mediante el cual se aseguran las cotizaciones efectuadas por el trabajador hasta su jubilación. Sin embargo, acaba produciendo el efecto perjudicial sobre el colectivo de mayor edad cuando se exige continuar el pago de las mismas al propio trabajador desde que haya cumplido 63 años, salvo en los casos de expedientes de despido colectivo por causas económicas-que serán los más comunes-, en los que dicha obligación nacerá desde los 61 años, sin que ésta carga sea paliada de algún modo por el propio empresario como exigencia prevista en el acuerdo adoptado con los representantes de los trabajadores.

### **VIGESIMOSEGUNDA: Las medidas de acción positiva por razón de edad son poco frecuentes en la negociación colectiva**

Aunque en muchos convenios colectivos se insta el uso de acciones positivas, sobre todo para integrar a los jóvenes en el mercado de trabajo, se concluye que son escasas en términos globales las medidas de acción positiva específicas para las personas jóvenes y los mayores, especialmente en el caso de éstos últimos.

Los contratos formativos ofrecen un espacio para la intervención de la negociación colectiva que contempla, con más o menos extensión, por lo general, la misma regulación que ofrece el Estatuto de los Trabajadores. Mientras tanto, observamos cómo los convenios colectivos en Italia generalmente contemplan el régimen aplicativo al contrato de aprendizaje de forma minuciosa y pormenorizada no solo a nivel de sector sino también en el de la empresa. Es contemplado por los interlocutores como un instrumento privilegiado de incorporación de los más jóvenes en el mercado laboral, pero siendo conscientes de que un uso desmedido puede ahondar en la precariedad laboral. Sin embargo, la regulación convencional de éste tipo de contratos no se traduce por sí misma en la introducción de medidas de acción positiva cuando amplían los

derechos de los trabajadores contratados bajo ésta modalidad, pues si bien proporcionan efectos positivos sobre los mismos- por ejemplo en términos de aumento de salario con respecto al mínimo legal establecido-, no se dirigen a proporcionar una igualdad material entre éstos y los trabajadores mayores. Dicho efecto sí vendría a producirse, en cambio, cuando fomentan la transformación del contrato inicialmente temporal en indefinido.

También destacan positivamente aquellas cláusulas que no fijan la retribución de los contratados bajo algunas de éstas modalidades mediante la repetición del mínimo legal sino que aumentan el porcentaje salarial del trabajador contratado para la formación o en prácticas. También en Italia se produce alguna mejora en la negociación colectiva con respecto al mínimo retributivo exigido por ley.

Por otro lado, es frecuente que los convenios sectoriales estatales se refieran al propósito de llevar a cabo acciones formativas para los jóvenes y los más mayores sin que generalmente se concreten en los mismos ni tampoco en los de ámbitos inferiores, aunque que sí suelen incorporar los permisos por estudios o para realizar cursos de formación que exige la ley, sin grandes modificaciones con respecto a la ley. Otras veces, la tarea de emprender medidas de éste tipo recae sobre comisiones paritarias. Una imagen similar muestra la negociación colectiva italiana que se detiene, casi en exclusiva, en las necesidades de preparar a los más jóvenes para el acceso al mercado laboral.

Por otro lado, se arbitran medidas para asegurar la conciliación de la vida personal y laboral. Para ello, algunos extienden el régimen de adaptación del puesto a la persona que disminuye su capacidad, por circunstancias conectadas con la edad. También recogen algunos convenios la ventaja o la preferencia por el mantenimiento del puesto frente a modificaciones geográficas ajenas a su voluntad o el derecho preferente al traslado cuando existan posibilidades para ello, a los trabajadores mayores. Éstas últimas son, en gran medida utilizadas por la negociación colectiva italiana, mientras que en España, a pesar de que el legislador se refiere a la edad como un posible criterio de resistencia ante tales cambios, los convenios suelen optar por la antigüedad como principio rector.

Por último, son abundantes las referencias a la jubilación parcial y el contrato de relevo en la negociación colectiva, sin que sea frecuente exigir, como medida de acción positiva, que los últimos sean utilizados como mecanismo fomento del empleo de jóvenes. A la luz de tales resultados, la referencia expresa al uso de tales contratos en los Acuerdos para la Negociación Colectiva con el objetivo de favorecer el rejuvenecimiento de las plantillas, no parece haber reconocido de forma implícita la preferencia por la contratación de los más jóvenes, aunque tal propósito si se encontraba en la base de la introducción legal de dicha modalidad contractual.

### **VIGESIMOTERCERA: El fomento de la salida del trabajador próximo a la edad de jubilación es una realidad presente en la negociación colectiva aunque no pueden considerarse discriminatorias**

En España, la prohibición legal de establecer la jubilación forzosa mediante la negociación colectiva, ha provocado que se estén fomentando otras vías de extinción del contrato por razón de la edad del trabajador. Este resultado se produce a través de las salidas anticipadas e incentivadas de la empresa a quienes están próximos a la edad de acceder a la jubilación mientras que, excepcionalmente, algún convenio todavía sigue estableciendo la extinción automática del contrato de quien alcanza la edad de jubilación que solo serán efectivos si se pueden acoger al régimen transitorio previsto por la reforma del año 2012. En el resto de los casos, las cláusulas serían nulas de pleno derecho. Mientras tanto, en Italia los convenios no suelen contener cláusulas de éste tipo dado que el Tribunal de Casación determinó su nulidad, pero tampoco medidas que limiten la capacidad del empleador de extinguir el contrato de trabajo ad nutum cuando el trabajador alcanza determinada edad.

Han proliferado en los últimos años cláusulas que parten del fomento de jubilaciones anticipadas incentivadas dotando de un premio, en dinero o en especie, de cantidad superior cuanto menor es la edad del trabajador que extingue voluntariamente su contrato. Tales edades oscilan entre los 60 y 64 años, edades que en muchos casos no permiten todavía acceder al régimen legal de jubilación anticipada voluntaria. No se trata de cláusulas contrarias a la normativa estatal, aunque en ocasiones no guarden coherencia con la misma al concebir un premio de jubilación a una edad en la que el ordenamiento aún no faculta al trabajador para acceder a la prestación pública de jubilación anticipada voluntaria, aunque sí encadenar la prestación pública por desempleo con esta última. Sin embargo, algunas de éstas cláusulas vinculan la entrega del premio con el cesde de actividad por acceso a la jubilación, supeditándose al reconocimiento de la misma la entrega del mismo pero en otras, toma forma de premio de fidelidad o similar, de modo que reconoce la entrega de una cantidad dineraria a tanto alzado llegado a determinada edad, con independencia del reconocimiento de la prestación por jubilación.

### **VIGESIMOCUARTA: El concepto de discapacidad al que aluden los convenios debe ser interpretado de forma amplia, no supeditado al reconocimiento oficial de la discapacidad**

La fijación de umbrales de discapacidad o reconocimiento oficial de incapacidades permanentes –sujetos asimilados a efectos legales a personas con discapacidad - no debe obstar a que las cláusulas de los convenios colectivos relativas a la protección del trabajador con discapacidad o que tenga a su cargo a un familiar con discapacidad, sean interpretadas de acuerdo a su concepción amplia, que proviene de la definición proporcionada por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y especialmente de la jurisprudencia del TJUE. Por tanto, las materias dedicadas a la

discapacidad en un convenio colectivo se han de entender referidas a quienes padezcan limitaciones psíquicas, físicas, sensoriales o intelectuales de larga duración que, al interactuar con determinadas barreras físicas o inmateriales, le perjudique en cuanto a su participación en igualdad de condiciones en el medio laboral.

Tales cláusulas solo deberán ser referidas al tipo y grado para especificar medidas que pueden redundar en beneficio de los afectados, pero no para su perjuicio. Aquellas también se deben extender a trabajadores que, padeciendo una enfermedad, ven limitada su capacidad en el entorno laboral siempre que aquella sea de larga duración o de duración indeterminada, curable o incurable en tanto no se perfile una tutela específica a quienes por enfermedad, son discriminados en el empleo. También se entienden protegidos por las cláusulas antidiscriminatorias por razón de discapacidad aquellos que tienen a su cargo a un familiar directo con discapacidad –discriminación por asociación– aunque no existe, de momento, ningún convenio que lo exprese en tales términos.

#### **VIGESIMOQUINTA: Escasean las medidas de acción positiva dirigidas a superar problemas de acceso al empleo ordinario o promoción dentro del mismo de personas con discapacidad**

Tras nuestro análisis, podemos afirmar que la negociación colectiva no ha avanzado lo suficiente en materia de igualdad de oportunidades y de trato de las personas con discapacidad. Prueba de ello es la desaparición de cualquier referencia a los mismos en los últimos Acuerdos Interprofesionales firmados en España -carencia que también se evidencia en los Acuerdos Interconfederales firmados en Italia-, a pesar de que se asumiera en los primeros el compromiso por concretar espacios de negociación en materia de discapacidad.

En la mayoría de los casos, los convenios se limitan a reiterar las referencias legales, fundamentalmente concretando la exigencia de emplear un 2% de personal con discapacidad en empresas que ocupen a más de 50 trabajadores. Las cláusulas podrían resultar innovativas, no obstante, cuando el deber de ocupar a un porcentaje de personas con discapacidad impida acudir al cumplimiento de medidas alternativas. Los convenios analizados en los que solo se produce la reiteración de la norma en éste aspecto, sin embargo, admiten utilizar estas últimas. Consideramos que, en todo caso, para impedir a las empresas acudir a las mismas, debería el convenio advertirlo en términos expresos, por cuanto a que se trata de un límite a la libertad contractual del empresario que no debe ser limitada más de lo necesario y proporcionado en referencia a que las mismas son válidas en tanto previstas por la ley de forma que si no se prohíbe como fruto de una negociación, tienen que ser admitidas. Mientras tanto, son muy pocos los convenios colectivos prevén el aumento de la cuota de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad. Tal mecanismo de acción positiva, a pesar de imponerse de forma taxativa- aunque quepan en determinadas circunstancias medidas de cumplimiento alternativo que las susituya, pero sin eliminar la obligación-, resulta legítimo porque con ellas se trata de garantizar el acceso a un empleo a quienes, por su propia condición

personal, tienen mayores limitaciones en sus capacidades con respecto a la mayoría de los trabajadores y por tanto, sufren mayores dificultades para acceder al mercado de trabajo ordinario. Las especiales circunstancias que redundan en torno a la discapacidad impide aplicar de forma análoga la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el carácter restrictivo de las medidas de acción positiva de resultado pues aquellas, evaluadas en el ámbito de la paridad entre géneros, tratan de favorecer al sexo infrarrepresentado, pero en igualdad de capacitación con respecto al sexo preterido. Es decir, las distintas circunstancias contextuales permiten no emplear el mismo razonamiento en la admisibilidad de unas y otras. De hecho, no existe pronunciamiento expreso en el sentido de rechazar su compatibilidad con la Directiva aplicable, ni por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni a nivel interno por parte de los Tribunales Constitucionales en aquellos Estados que han aprobado medidas similares – Alemania, Francia, Italia, etc-.

Además de acciones específicas, resulta apropiado efectuar mediante la negociación colectiva, una adaptación de las acciones positivas que puedan incorporar atendiendo a las necesidades especiales de los distintos sujetos con discapacidad en virtud del tipo y grado y en función del entorno laboral en el que se vayan a insertar. Por ejemplo, reservar una parte de la cuota de reserva a quienes tengan especiales dificultades para encontrar un empleo, o para la promoción en el mismo, designar los puestos de trabajo que mejor se adaptan a su situación, etc. Estas medidas contribuirían a evitar que se siga produciendo el efecto perverso de facilitar la integración laboral de quienes tienen reconocidos niveles inferiores de discapacidad que resultan menos invalidantes para desempeñar las actividades laborales frente a quienes poseen un grado superior de discapacidad y sus aptitudes son más difíciles de adaptar al medio productivo. Lamentablemente, la norma legal no implementa medidas de acción positiva eficientes para favorecer la integración laboral de los trabajadores con discapacidad en el medio ordinario. A tales efectos resulta llamativa la desaparición del Texto refundido en materia de discapacidad de la preferencia por el empleo en el medio ordinario tal y como lo había previsto la LISMI. Esta crítica se hace extensiva a los convenios colectivos, que se muestran reacios a implementar acciones específicas en función de la discapacidad del trabajador y, en general, para favorecer el acceso al mercado de empleo ordinario.

Por otro lado, no ha tenido el debido desarrollo normativo el precepto de la ley que transponía al ordenamiento español la Directiva 2000/78/CE que insta a los poderes públicos a fomentar la adopción por las empresas y por las organizaciones sindicales y empresariales de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, habiéndose desaprovechado al respecto la oportunidad que brindaba la refundición de los textos legales en materia de discapacidad aprobado en 2013. Aquel precepto se entiende referido al debido impulso que los poderes públicos debían dar a tales medidas, facilitando vías de financiación para llevar a cabo los objetivos que contemple cada plan. Por el contrario, no quiere decir que la ausencia de fomento elimine la opción y

sobre todo, la virtualidad de los mismos, si bien no se impone un deber de negociar por falta de alusión expresa.

La realidad convencional demuestra que éste tipo de planes están lejos de ser habituales dentro de los convenios colectivos aunque en algunos casos la discapacidad es examinada con detalle en planes de igualdad inicialmente destinados a la paridad entre géneros. Por ésta razón, consideramos que sería beneficioso adoptar una postura más incisiva en éste aspecto de una forma similar a la prescrita en el ordenamiento jurídico francés que exige negociar sobre un conjunto determinado de materias relacionadas con la discapacidad.

No menos apropiada sería la previsión de cualquier tipo de ente de configuración paritaria para dirimir cuestiones que afecten a la discapacidad o, en su caso, especificar funciones en éste terreno asignadas a las ya creadas Comisiones de igualdad o similares, resultando aún más positivo incluir en ellas a las personas afectadas directa o indirectamente por la discapacidad.

### **VIGESIMOSEXTA: Los convenios colectivos no fomentan el empleo estable de los trabajadores con discapacidad**

Al aumento de la estabilidad en el empleo por medio de contratos indefinidos no influye la negociación colectiva, que no se detiene habitualmente en promocionar ésta modalidad contractual para contratar a trabajadores con discapacidad.

También es infrecuente, y esto nos parece adecuado, que reparen en la modalidad de contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad, contrato especialmente bonificado, destinado a contratar a trabajadores con discapacidad que resulta casi inadvertida en la muestra de convenios seleccionada. Se trata de un tipo de contrato temporal sin otra causa justificativa que emplear a sujetos con discapacidad sin asegurar su posterior permanencia ni evitar que la misma persona pueda acceder a un mismo contrato una vez vencido el primero, por mucho que el trabajador deba estar inscrito en la Oficina de Empleo la que , a su vez, no se encuentra legalmente limitada para proponer al mismo trabajador si es idóneo para ocupar el puesto ofertado.

Tampoco se fomenta de forma amplia la contratación de personal con discapacidad mediante contratos temporales para la formación si bien la ley establece determinadas condiciones de favor destinados a los mismos y que son los que contemplan generalmente los convenios: con respecto al contrato en prácticas, la facultad de contratar a personal con discapacidad dentro de los siete años siguientes a la acreditación de la titulación cuando se trata de persona con discapacidad –frente a los 5 establecidos con carácter general-; en relación al contrato para la formación y el aprendizaje se elimina el límite de edad cuando se trata de contratar a una persona con discapacidad-frente a los 25 años que han de tener con carácter general quienes serán contratados bajo ésta modalidad-. No prevén, como puede ser recomendable, medidas

que mejoren las disposiciones legales que tiendan a asegurar el mantenimiento del empleo superada la etapa formativa, por ejemplo, reservando un cupo de contratos que se transforman en otro de tipo indefinido a los trabajadores con discapacidad.

Por otro lado, consideramos que se trata de un instrumento adecuado para promocionar el mantenimiento del empleo estable del trabajador con discapacidad la escasamente utilizada posibilidad de instar a la conversión del contrato de tiempo completo a tiempo parcial. En efecto, la reducción de la jornada de un trabajador con discapacidad puede permitir mantener su empleo estable a modo de evitar acudir a faltas de asistencia en el trabajo provocadas por su discapacidad o disminución en su rendimiento. Nada impide a la negociación colectiva introducir criterios de preferencia para acceder a la conversión de modalidad contractual ofertada por la empresa e incluso imponer, como medida de acción positiva, la conversión automática a petición del trabajador cuando ello sea consecuencia del derecho a que sean realizados ajustes razonables. Por el contrario, mucho más frecuente es en Italia que los convenios recojan modalidades de conversión del contrato a tiempo parcial del personal con discapacidad. La ley en realidad solo exige la conversión inmediata del contrato cuando quien solicita padece una enfermedad de tipo oncológico que se extiende, en ocasiones, por la negociación colectiva, a otros sujetos que lo precisen por necesidades relativas a la recuperación ante enfermedades muy graves. No obstante, es más usual el establecimiento de preferencias de conversión por motivos de salud u otros de carácter personal, entre los que cabe incluir implícitamente a la discapacidad.

### **VIGESIMOSÉPTIMA: Los ajustes razonables deberían merecer mayor atención por parte de la negociación colectiva**

Los ajustes razonables, como adaptaciones específicas del sistema de trabajo a la persona con discapacidad, son exigibles al empresario en virtud de lo exigido por la normativa aplicable –Art. 2 de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad, art. 5 de la Directiva 2000/78/CE y arts. 2 m), 63 y 66 de la Ley española de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social– salvo que éstos supongan una carga económica desproporcionada no paliada suficientemente por ayudas públicas. La ley española, en la que ya se integran los mandatos de la Directiva así como las exigencias de la Convención internacional las define como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal necesidades específicas de las personas con discapacidad para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos, definición amplia de ajustes, en línea con la establecida en la CIDPD. Sin embargo, no proporciona un listado o guía interpretativa que enumere en qué puedan consentir tales ajustes, como así han recogido algunos organismos integrantes de la Administración pública del Reino Unido o de Francia. La jurisprudencia europea ha determinado que los mismos incluyen modificaciones técnicas o materiales así como

alteraciones en las funciones, en el sistema de trabajo o en los horarios, que permitan el mantenimiento del empleo del trabajador con discapacidad.

Por su carácter individualizado, la negociación colectiva solo puede anticiparse a los mismos, sujetando a las empresas a determinadas obligaciones modificativas o adaptativas que traten de preservar la empleabilidad de los trabajadores que se encuentren en determinada situación, adecuándose al sector productivo y a los puestos de trabajo específicos cubiertos por el personal con discapacidad. Sin embargo, los convenios colectivos rara vez contemplan siquiera la exigencia de llevarlos a cabo cuando las circunstancias así lo exijan.

Tales ajustes son especialmente eficaces para el mantenimiento en el empleo de aquellos trabajadores a quienes sobreviene una discapacidad. Algunas cláusulas reparan en la adopción de cuantas medidas sean pertinentes para lograr mantenimiento del empleo de quienes devienen incapaces permanentes o para adaptar el puesto de trabajo a la persona en aplicación de las normas en materia de prevención de riesgos laborales. Menos comunes son las referencias expresas a la realización de meros ajustes razonables por discapacidad sobrevenida. Su determinación resulta útil en aras a evitar el uso de las vías extintivas que la legislación española proporciona ante la existencia de ineptitud sobrevenida o reconocimiento de incapacidad permanente total.

El convenio colectivo también es un instrumento adecuado para otorgar funciones de control y vigilancia del establecimiento de ajustes razonables cuando sea preciso. A tales efectos podría ser prevista una figura semejante a la ideada en el ordenamiento italiano, el «responsable de inserción laboral», encargado de resolver problemas de adaptación del trabajo a la persona con discapacidad en atención al perfil del trabajador y servir de cauce entre éste y la empresa.

### **VIGESIMOCTAVA: los convenios adoptan con frecuencia medidas que permite al trabajador con discapacidad o con personas con discapacidad a su cargo organizar su trabajo de modo flexible**

La flexibilidad en la organización del trabajo favorable al empleado con discapacidad o de quien tiene a su cargo a un familiar con discapacidad, viene a cumplir la obligación de realizar ajustes razonables que permitan al trabajador desempeñar sus funciones en las condiciones necesarias.

De la muestra analizada destacamos la extensión del derecho a reducir la jornada o a solicitar la excedencia por cuidado de familiar con discapacidad. En algunos casos, los convenios extienden el derecho contemplando un ligamen de parentela menos estrecho que una al trabajador con la persona a cuidar, alcanzando en algún caso a parejas de hecho o sin límite de grado de consanguinidad. También reconocen, en algunos casos, derechos no amparados en la norma legal, entre los que podemos destacar aquellos que conceden la prioridad en la elección de turno a los trabajadores con discapacidad o con



personas con discapacidad a cargo, la posibilidad de unificar su jornada laboral cuando ésta se configura de forma partida para trabajadores con discapacidad o en caso de enfermedad grave propia o del cónyuge o pareja de hecho o familiares. En Italia, algún convenio también innova al respecto, por ejemplo, proclamando la exención de los trabajadores con discapacidad del régimen de horario flexible que puede imponer el empleador a todos los trabajadores, o la exclusión de realizar trabajos dominicales para trabajadores que asistan a portadores de discapacidad o que no sean autosuficientes, con quienes convivan.

En cambio, no es contenido común la preferencia de permanencia en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones en que éste se desempeña de los trabajadores con discapacidad, cuando se adoptan por el empleador modificaciones sustanciales o geográficas. Con respecto a ésta última, la normativa italiana es un buen ejemplo a seguir por la negociación colectiva española en cuanto reconoce el derecho a la inamovilidad del trabajador con discapacidad o, por el contrario, el derecho a elegir, cuando sea posible, la sede más cercana a su domicilio. En cambio, los convenios en España se limitan a mencionar, en algunos casos, el derecho de configuración legal al traslado preferente a otra localidad donde tenga establecimiento la empresa con objeto de poder recibir un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad.

Por último, creemos que el convenio colectivo es un instrumento especialmente apto para procurar la integración laboral del personal con discapacidad a través de la regulación de la modalidad de teletrabajo. En éste sentido se podrían concebir cláusulas que reconozcan el derecho a la transformación preferente del modo de prestación del trabajo presencial a teletrabajo, determinando las adaptaciones necesarias para que el teletrabajador con discapacidad pueda ejecutar su trabajo en las mismas condiciones que todos los demás. Dicha modalidad de prestación laboral se encuentra especialmente indicada para tales trabajadores siempre y cuando se pongan los medios necesarios para evitar efectos perversos como el aislamiento, la falta de promoción en la empresa en igualdad de condiciones que el resto, o la desigualdad retributiva. Sin embargo, se constata el escaso desarrollo del teletrabajo por medio de la negociación colectiva en España que se limita, sobre todo, a incorporar la referencia legal sobre trabajo a distancia. Por el contrario, en Italia, el teletrabajo se encuentra mucho más desarrollado en la negociación colectiva, configurado por algunos convenios como instrumento idóneo de inserción laboral de personas con discapacidad.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR LUQUE, P., "Los límites de los derechos fundamentales". Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº14,1993.

ALAMEDA CASTILLO, M. T., PRADOS DE REYES, F. J., "Dobles escalas salariales", ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (Coord.), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*. Tirant Lo Blanch-CC OO, Valencia, 2004.

ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La autonomía colectiva: concepto", ALARCÓN CARACUEL, M.R., REY GUANTER, S., (Coords.), *La reforma de la negociación colectiva*. Monografías jurídicas, Madrid, 1995.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea", CRUZ VILLALÓN, J., (Coord.), *La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*. Aranzadi, Pamplona, 1997.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Las relaciones Ley-convenio colectivo", ROJO TORDECILLA, E., (Coord.), *Las reformas laborales de 1994 y 1997*. Marcial Pons, Madrid, 1998.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Edad y trabajo: cuatro momentos críticos", CAMAS RODA, F. (Coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la Inmigración*. Bosch, Barcelona, 2009.

ALBA RAMÍREZ, A., *Instituciones, igualdad de oportunidades y bienestar económico en España*. Fundación BBVA, Bilbao, 2005.

ALBIOL MONTESINOS, I. *Derecho sindical*. 2ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994

ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

ALFONSO MELLADO, C., FABREGAS MONFORT, G., "La situación jurídico laboral de los extranjeros según la legislación española", LUCAS MARTÍN, F.J., SOLANES CORELLA, A., (Coords.) *La igualdad en los derechos: claves de la integración*. Dykinson, Madrid, 2009.

ALIPRANTIS, N., *La place de la convention collective dans la hierarchie des normes*. LGDJ, París, 1980.

ALLIEVI, S., "Immigrazione e sindacato: un rapporto incompiuto", REYNERI, E., MINARDI, E., SCIDÀ, G., (Coords.), *Immigrati e lavoro in Italia*. Franco Angeli, Milán, 1998.

ALONSO GARCÍA, E., "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. Revista de la Administración Pública, nº 100-102, 1983.

ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ALONSO OLEA, M., *Pactos colectivos y contratos de grupo*. I.E.P., Madrid, 1955.

ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*. Civitas, Madrid, 1982.

ALONSO OLEA, M., "Discriminaciones laborales y jurisprudencia Constitucional". Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 6, 1983.

ALONSO OLEA, M., *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1984.

ALONSO OLEA, M., *Derecho del Trabajo*. 15ª Ed. Civitas, Madrid, 1997.

ÁLVAREZ ALONSO, D., ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº132, 2006.

ÁLVAREZ ARCE, J.L., VALDEMOROS ERRO, M.J., “La inserción laboral de los inmigrantes en España: ¿Qué indica la evidencia reciente?”. *Migraciones Internacionales*, nº 6, 2012.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Elementos para una valoración técnico-jurídica de las medidas de acción positiva”. *Relaciones Laborales*, nº 11, 2010.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "Inmigración y negociación colectiva: Igualdad y gestión de la diversidad", ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*. Cinca, Madrid, 2010.

ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, M., *La extranjería en la historia del Derecho español*. Universidad de Oviedo, 1992.

AMAUGER-LATTES, M.C., YSÀS MOLINERO, H., “Extinción del contrato, acceso a la pensión de jubilación y salvaguarda de los derechos constitucionales”, AMAUGER-LATTES, M.C., ESTEBAN LAGARRETA, R., (Dirs.) *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva Franco-Española*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

AMORIGI, M.C., ZUCARO, R., “La solidarietà intergenerazionale tra part time e staffetta: commento al DDL Santini-Ghedini del 21 marzo 2013”, SQUEGLIA, M., (Coord.), *La «staffetta intergenerazionale» tradiscutibili modelli e dubbie prospettive*. Boletín Adapt especial de 30 de mayo de 2013.

PUHL, R.M., ANDREYEVA, T., BROWNELL, K.D., “Perceptions of weight discrimination: prevalence and comparison to race and gender discrimination in America”. *International Journal of Obesity*, nº 32, 2008.

ANGIELLO, L., “La parità di trattamento nel diritto del lavoro: una svolta?”. *DL*, I 1989.

APARICIO TOVAR, J. OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Bomarzo, Albacete, 2007.

APARICIO TOVAR, J., “Sobre la jubilación obligatoria establecida en convenio colectivo y la política de empleo como justificación de las diferencias de trato en razón de la edad madura”, CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*. Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2009.

ARGÜELLES BLANCO, A.R., *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ARGÜELLES BLANCO, A.R., “Convenios colectivos”, GARCÍA MURCIA, J., (Coord.), *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*. Universidad de Oviedo, 2007.

ARRIGO, G., “La contrattazione collettiva nell’ordinamento dell’Unione Europea: un diritto da ricostruire”, GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Coord.) , *El derecho a la negociación colectiva : Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014.

ARNÉ, S., "Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité". R.D.P., 1993.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco. Estudio preliminar Salvador Rus Rufino; traducción Salvador Rus Rufino y Joaquín E. Meabe; revisión a cargo de Francisco Arenas Dolz*. Tecnos, Valencia, 2015. También en *Política*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 6ª Ed., reimp. Madrid, 2005.

ASCOLI, U., MIRABILE, M.L., "Introduzione. Gli ambivalenti processi di trasformazione del welfare in Italia fra stato, imprese e sindacato", PAVOLINI, E., ASCOLI, V., MIRABILE, M.L. (Edits.), *Tempi moderni. Il welfare nelle aziende in Italia*. Il Mulino, Bologna, 2013.

AUZERO, G., "L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise". Droit Social. 2006.

AUZERO, G., CHONNIER, J.-M., "Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement". Droit Social, nº 1, 2011.

AVIO A., "I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline", BALLESTRERO M.V., BALANDI G.G. (Edits.), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*. Il Mulino, Bologna, 2005.

BABKINA, A.M. (Edit.), *Affirmative action: an annotated bibliography*. 2ª ed. Nova Science Publisher Inc., New York, 2004.

BACIGALUPO, M., "La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal. (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)". Revista Española de Derecho Constitucional, nº. 38,1993.

BALLADORE.G., "Effetti e natura delle sentenze della Corte Costituzionale". Riv. It. Dir. Proc., 1965.

BALLARÍN IRIBARREN, J., "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares". Revista Española de Derecho Constitucional, nº 24, 1988.

BALLESTER PASTOR, M.A., "Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo". Relaciones Laborales, nº 1, 1993.

BALLESTER PASTOR, M.V., *Diferencia y discriminación por razón de Sexo en el Orden Laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

BALLESTER PASTOR, M.A., "Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marshall)". Relaciones Laborales, nº 18, 1998.

BALLESTER PASTOR, M.A., "El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 63,2006.

BALLESTER PASTOR, M.A., "Los elementos conceptuales de la ley para la igualdad y la herencia comunitaria". Temas Laborales, nº 91, 2007.

BALLESTER PASTOR, M.A. "El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario", CAMAS RODA, F. (Coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la Inmigración*. Bosch, Barcelona, 2009.

BALLESTER PASTOR, M.A., "Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva" BODAS MARTIN, R., (Coord.), *La negociación colectiva ante la crisis económica*. Bomarzo, Albacete, 2010.

BALLESTER PASTOR, M.A., "La lucha contra la discriminación en la Unión Europea". Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 92, 2011.

BALLESTER PASTOR, M.A, "Desigualdades y discriminaciones retributivas. Ultraactividad contractual, comparador hipotético, transparencia salarial y otros fenómenos". Trabajo y Derecho, nº 6, 2015.

BALLESTRERO, M.V., *Dalla tutela alla parità: la legislazione italiana sul lavoro delle donne*. Il Mulino, Bologna, 1979.

BALLESTRERO, M.V., "I giudici della parità Osservazioni sull'applicazione giudiziaria della legge n. 903/1977". Politica del Diritto, 1982.

BALLESTRERO, M.V., "A proposito di eguaglianza e diritto del lavoro". Lavoro e diritto, vol.4. 1992.

BALLESTRERO, M.V, TREU, T., (Coords.), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna. Nuovi leggi civili commentate*. Cedam, Milán, 1994.

BALLESTRERO, M.V., "Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza". Dir. Lav. Rel. Ind., nº 63. 1994.

BALLESTRERO, M.V., "Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Italia all'Europa e viceversa", SMURAGLIA, C. (Edit.), *Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall' Europa all'Italia*. Ediesse, Roma, 2005.

BALLESTRERO, M.V., "Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza", AA.VV., *Lavoro e discriminazione : atti dell'XI Congresso nazionale di diritto del lavoro, Gubbio, 3-5 giugno 1994*. Giuffrè, Milán, 1996.

BALLESTRERO, M. V., "Riflessioni in tema di eguaglianza e discriminazioni", AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*. Cedam, Padua, 2005.

BALLESTRERO M.V., "Igualdad y acciones positivas: problemas y argumentos de una discusión infinita". Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 29, 2006.

BALLESTRERO, M.V., "Igualdad de género y relaciones laborales. La protección antidiscriminatoria en el derecho laboral italiano". Relaciones Laborales, nº 1, 2009.

BAÑO LEÓN, M.J., "La igualdad como derecho público subjetivo". Revista de Administración Pública, nº 114, 1987.

BARBERA, M., *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*. Giuffrè, Milán, 1991.

BARBERA M., "L'eguaglianza come scudo e L'eguaglianza come spada". RGL, 2002. También en CHIECO, P. (Coord.), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*. Cacucci, Bari, 2004.

BARBERA, M., "La sfida dell'eguaglianza". Riv. Giur. lav., I, 2002.

BARBERA, M. "Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario". Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, Fasc. 99-11,2003.

BARBERA, M., "Introduzione", BARBERA, M., (Coord.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*. Giuffrè, Milán, 2007.

BARBERA, M., "Le discriminazioni basate sulla disabilità", BARBERA, M., (Edit.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*. Giuffrè, Milán, 2007.

BARNARD, C., HEPPLER, B., "Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith". Cambridge Law Journal, vol. 58, nº 2, 1999.

- BARRÉRE UNZUETA, M.A., "La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión", Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, nº. 9, 2003.
- BARRERE UNZUETA, M.A., "Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual". Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, nº. 9, 2003.
- BARTOLE, S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione Repubblicana*. Il Mulino, Bolonia, 2004.
- BASTENIER, A., DASSETTO, F. *Immigration et espace public. La controverse de l'intégration*. Editions l'Harmattan, París, 1993.
- BATTAGLIOLA, F., *Histoire du travail des femmes*. 3ª Ed. La Découverte, Paris, 2000, 2008.
- BAZO ROYO, M.T., "Envejecimiento poblacional y mercado de trabajo: nuevos desafíos", MERCADER UGUINA (Dir.) *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. Lex Nova, Valladolid, 2009.
- BECCALLI, B., "Donne in quota. La politica delle quote nel lavoro e nella rappresentanza politica", BECCALLI, B., (Coord.), *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?* Feltrinelli, Milán , 1999.
- BECKWITH, F.J., JONES, T.E., (Edits.), *Affirmative action: social justice or reverse discrimination?* Amherst, Prometheus Book, Nueva York, 1997.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A., "Desigualdad de trato retributivo de los trabajadores de nuevo ingreso y autonomía colectiva e individual". Relaciones Laborales, nº 8, 1997.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A., "El procedimiento de impugnación de convenios y acuerdos colectivos", VALDÉS DAL RÉ, F., (Dir.), *Manual Jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría". Aranzadi Social. Revista Doctrinal, vol. 2, nº. 7-8, 2009.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Principio de voluntariedad' ex art. 12.4.e) ET: Un obstáculo (infranqueable) para la reducción de jornada ex arts. 41 y 47 ET". Actualidad Laboral, nº 6, 2013.
- BELL, M., *Anti-discrimination Law and the European Union*. OUP, Oxford, 2002.
- BELL, M., WADDINGTON, L., "Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di egualianza". Dir.lav.rel.ind., Fasc. 99-100, 2003.
- BELL, M., WADDINGTON, L., "Reflecting On Inequalities in European Equality Law". European Law Review, nº 28, 2003.
- BENTIVOGLI, F., GERIA, A., *Immigrati, tutela contrattuale, associazionismo*. Ides, Roma, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Principio de igualdad y Derecho privado". Anuario de Derecho Civil, 1990.
- BIEDENKOPF, K. H., *Grenzen der Tarifautonomie*. C. F. Müller, Karlsruhe, 1964.
- BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

- BILBAO UBILLOS, J.M., “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”. Teoría y realidad constitucional, nº 18, 2006.
- BILBAO UBILLOS, J.M., REY MARTÍNEZ, F., “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, ARAGÓN REYES, M., MARTÍNEZ SIMANCAS, J., (Dir.) *La Constitución y la Práctica del Derecho*. Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BIRD, C., FISHER, T., “Thirty years later: Attitudes Toward the Employment of Older People”. *Journal of Applied Psychology*, vol. 71, nº 3, 1986.
- BLEIJENBERGH, I., DE BRUIJN, J.DICKENS, L., “Strengthening and Mainstreaming Equal Opportunities through Collective Bargaining”. European Foundation for the Improvement in Living and Working Conditions, Dublin, 2001.
- BLASCO SOTO, C. “El amparo contra leyes”. *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001.
- BIN, R., *Diritti e argomenti*. Giuffrè, Milán, 1992.
- BOBBIO, N., “Eguaglianza ed egualitarismo”. *Riv. Int. Fil. Dir.*, LIII, 1976.
- BOBBIO, N., *Eguaglianza e libertà*. Einaudi, Turín, 1995.
- BOHRER, R.A., "Bakke, Weber and Fullilove: Benign Discrimination and Congressional Power To Enforce the Fourteenth Amendment". *Indiana Law Journal*, vol. 53, Issue 3, 1981.
- BONARDI, O., “Le discriminazioni basate sull’età”, BARBERA, M, (Coord.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*. Giuffrè, Milán, 2007.
- BORELLI, S., “Libera circolazione dei lavoratori”. *Digesto. Discipline privatistiche, sezione commerciale*, vol. 2, Turín, 2003.
- BORELLI, S., *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*. Giapiccheli, Turín, 2007.
- BORZAGA, M., "Contratti collettivi in deroga, crisi economica e dinamiche occupazionali nella Repubblica Federale Tedesca: spunti di riflessione per il caso italiano", BARBERA, M., PERULLI A., (Coords.), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*. Cedam, Padua, 2014.
- BOUGRAB, J., “L’égali te entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des cours suprêmes européennes et nationales”. *Actualité Juridique. Droit Administratif*, n  31, 2003.
- BRISKIN, L., *Equity bargaining/bargaining equity*. Centre for research on work and society. York University, 2006.
- BRUNET, R., *Le principe d’égalité*. Ed. Félix Alcan, Paris, 1910.
- BRONZINI, G., PICCONE, V., A, (Coords.), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*. Quimienti, Taranto, 2007.
- BRONZINI, G., "Il rapporto sui diritti fondamentali in Europa: Introduzione". *RIDL* n  2, 2015.
- BROUWER.E. VRIES, K., “Third-country nationals and discrimination on the ground of nationality: article 18 TFEU in the context of article 14 ECHR and EU migration law: time for a new approach”, VAN DEN BRINK, M., BURRI, S., GOLDSCHMIDT, J., (Edits.) *Equality and human rights: nothing but trouble?* SIM, Utrecht, 2015.
- BURDEAU, G., *Traite de Science Politique*. T. VII, L.G.D.J., Paris, 1957.

BURRI, S., SCHIEK, D., “Multiple Discrimination in EU Law Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?”. European network of legal experts in the field of gender equality. European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit EMPL/G/2, 2009.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., “De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad. Reflexiones en clave constitucional, sobre una sociedad decente”. AA.VV., *Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. CEPC, Madrid, 2004.

CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación por motivos de discapacidad”, LOUSADA AROCHENA, J.F., (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2008.

CACHÓN, L., VALLÉS, M.S., “Trade Unionism and Immigration: Reinterpreting Old and New Dilemmas”. *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 9, nº. 3, 2003.

CALAFÀ, L., “Lavoro intermitente e discriminazione diretta in base all'età: prove di disapplicazione”. *RIDL*, nº 2. 2015.

CALVO GALLEGO, J., “El impacto de las últimas reformas sobre la estructura de la negociación colectiva”. *Temas Laborales*, nº 120, 2013.

CALVO GALLEGO, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “El contrato de primer empleo joven”, CALVO GALLEGO, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., (Dir.) *La estrategia de emprendimiento y empleo joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*. Bomarzo, Albacete, 2013.

CALVO GALLEGO, J. “Los mayores en el nuevo derecho del empleo”, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. (Dir.), *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*. Bomarzo, Albacete, 2014.

CALVO GALLEGO, J., “El impacto de las medidas «contractuales» en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo joven: un primer intento de evaluación”, MORALES ORTEGA, J.M., (Dir.), *Jóvenes y políticas de empleo: entre la estrategia de emprendimiento y empleo joven y la garantía juvenil*, Bomarzo, Albacete, 2014.

CALVÈS, G., “Non-discrimination et égalité: de la fusion à la séparation?”, FINES, F., GAUTHIER, C., GAUTHIER, M., (Dir.), *La non discrimination entre les européens*. Ed. Pedone, Paris, 2012.

CÁMARA BOTÍA, A., “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 33, 2001.

CAMAS RODA, F., LÓPEZ ROCA, C., “La influencia en el ámbito jurídico español de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, raza u origen étnico regulada en el ordenamiento europeo e internacional”, BALLESTER PASTOR M.A., (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

CAMAS RODA, F., “La adecuación de la normativa de extranjería sobre empleo de los inmigrantes respecto de las reformas laborales adoptadas y de la actual situación de crisis económica”. *Relaciones Laborales*, nº 2, 2013.

CAMBEIRO RELOVA, L., “Prejubilación en ERE”, CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dir.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*. Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2009.



- CAMERLENGO, Q., *Costituzione e promozione sociale*. Il Mulino, Bolonia, 2013.
- CAMPS RUÍZ, L.M., SALA FRANCO, T., “Los convenios colectivos extraestatutarios: eficacia, articulación con los convenios estatutarios e incidencia sobre el deber de negociación”. *Documentación Laboral*, nº 21, 1987.
- CARMONA CUENCA, E., “Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica”. *Revista de Estudios Políticos*, nº 76, 1992.
- CARMONA CUENCA, E. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Estudios Políticos*, nº. 84, 1994.
- CARRERA F., MIRABILE M. L., *L'invecchiamento sociale. Lavoro e corsi di vita*. Ediesse, Roma. 2000.
- CARRIZOSA PRIETO, E., *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*. CARL, 2009.
- CARINCI, F., TOSI, P., DE LUCA TAMAJO, R., TREU, T., *Diritto del lavoro. Diritto sindacale*. 7ª Ed. Ateta, Turín, 2016.
- CARUSI, D., “Il principio di eguaglianza nel diritto civili: hechice e nueve prospettive”, MOROZZO DELLA ROCCA, P., (Coord.), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*. ESI, Nápoles, 2002.
- CASADO PÉREZ, D., “Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, 2004.
- CASAS BAAMONDE, M. E., “Sobre el cambio de unidad de negociación y sobre legitimación para la impugnación del convenio colectivo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 38, 1989.
- CASAS BAAMONDE, M.E., “La individualización de las relaciones laborales”. *RL*, nº 20-21, 1991.
- CASAS BAAMONDE, M.E., “¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos? Relaciones Laborales, Tomo I, 1997.
- CASAS BAAMONDE, M.E., “La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial (y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación parcial y gradual y de los contratos de relevo)”. *Relaciones Laborales*, nº 11/12, 2002
- CASEY, B., “Incentives and disincentives to early and late retirement”. Working paper AWP3, Ageing working papers, OCDE, 1998.
- CASTELLI, N., “Derecho de huelga en el espacio europeo y la propuesta de Reglamento Monti II”. *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012.
- CASTELVETRI, L., “Fonti collettive e differenziazioni normative tra lavoratori”, *DRI*, 1992.
- CASTELVETRI, L. “La tutela contro le discriminazioni. Profili sostanziali e processuali”, NASCIMBENE, B. (Coord.), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padua, 2004.
- CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., “Eficacia y vigencia del convenio colectivo”, AA.VV., *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ediciones Cinca, Madrid, 2015.
- CASTRO CONTE, M., “Las desigualdades salariales en la actual negociación colectiva”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 16, 2005.

- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.M., “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 50/51, 2005.
- CERRI, A., *L'egualianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Giuffrè, Milán, 1976.
- CERRI, A., “La Costituzione ed il diritto privato”, RESCIGNO, P. (Dir.), *Trattato di diritto privato*. Utet, Turín, 1999.
- CHARLTON, J.I., *Nothing about Us without Us: Disability Oppression and Empowerment*. Universidad de California Pr. California, 2001.
- CHECCHINI, B., *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*. Giappichelli, Turín, 2016.
- CHICA-PONTBRIAND, M.-T., *Discrimination systématique: fondament et méthodologie*. Commission des droits de la personne du Québec, ed. Yvon, Blais, 1989.
- CHIECO, V., "Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento: recenti sviluppi della giurisprudenza". Riv. Giur. Lav. I., 1989.
- CHIECO, P., “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione”. Riv.it. dir.lav., I, 2002.
- CIVITA, A., “Mutamenti nel mondo del lavoro e desigualianza di genere”, CIVITA, A., MASSARO, P., (Coords.), *Devianza e disugualianza di genere*. Franco Angeli, Milán, 2011.
- CLOQUELL LOZANO, A., *Migración y desarrollo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- COBREROS MENDAZONA, E., “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”. Revista Española de Derecho Constitucional, nº. 81, 2007.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las funciones disciplinarias en la empresa”. *Actualidad Laboral*, nº 4, 1996.
- CORDERO GORDILLO, V. “Medidas de inserción sociolaboral de las personas con discapacidad en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo”, CARDONA RUBERT, Mª B., (Coord.), *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2008.
- CORREA CARRASCO, M., *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- COTARELO, R., “Valores y principios de la Constitución de 1978”, COTARELO, R., (Coord.), *Transición política y consolidación democrática. España 1975-86*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1982.
- COURTIS, C., “La justiciabilidad de los derechos de las personas con discapacidad”, DE LORENZO, R., PÉREZ BUENO, L.C., (Dirs), *Tratado sobre Discapacidad*. Thomsom-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- CRISAFULLI, V., "Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore". Riv. giur.lav., I. 1954.
- CRISAFULLI, V., PALADIN, L., *Comentario breve alla Costituzione*. Cedam, Padua, 1999.
- CRUZ VILLALÓN, J., “El contenido de la negociación colectiva desde la perspectiva constitucional”. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., GOÑI SEIN, J.L., RAMOS QUINTANA, M., ROJAS RIVERO, G. , (Coords.), *El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*. En prensa.

CRUZ VILLALÓN, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº25, 1989.

CRUZ VILLALÓN, J., (Coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario. Laboral*. Aranzadi, Pamplona, 1997.

CRUZ VILLALÓN, J., "Lo Sviluppo della Tutela Antidiscriminatoria nel Diritto Comunitario". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nº 3-4 (99-100), 2003.

CRUZ VILLALÓN, J., "Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros", CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J., FURÁN LÓPEZ, F. (Coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. La Ley-Actualidad, Madrid, 2006.

CRUZ VILLALÓN, J., "En busca de la estabilidad perdida: las causas de la temporalidad". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 85, 2006.

CRUZ VILLALÓN, J., "Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España", MELLA MÉNDEZ, L., (Dir.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, Delta publicaciones, Madrid, 2015. También publicado en versión inglesa como "Determining Elements for the Effectiveness of Work-Family Balance in Spain", MELLA MÉNDEZ, L., (Dir.), *Work-life Balance and the Economic Crisis: Some Insights from the perspective of Comparative Law*. Cambridge Scholar Publishing, Newcastle upon Tyne, 2015.

CRUZ VILLALÓN, J., RODRÍGUEZ RAMOS-VELASCO, P., GÓMEZ GORDILLO, R., FERRADÁNS CARAMÉS, C., "La reforma de la estructura de la negociación colectiva y su incidencia en la segmentación laboral", CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CRUZ VILLALÓN, J., "Presentación: Claves de la relación entre negociación colectiva y segmentación laboral", CRUZ VILLALÓN, J., (Coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CRUZ VILLALÓN, J., "Art. 17. No discriminación en las relaciones laborales", CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA-PERROTE, I., GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, R., (Dirs.). *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Lex Nova, Cizur Menor, 2016.

CRUZ VILLALÓN, J., "Artículo 41.: Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Ed. 4ª, Lex Nova, Madrid, 2016.

CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*. 9ª Ed. Tecnos, Madrid, 2016.

CRUZ VILLALÓN, P., "Derechos fundamentales y derecho privado", AAVV., *La Multipropiedad*. Academia Sevillana de Notariado, Tomo Extra 1, Madrid, 1988.

CRUZ VILLALÓN, P., "El recurso de amparo constitucional", AA.VV. *Los procesos Constitucionales. Segundo simposio de derecho Constitucional*. Cuadernos y Debates, nº 41, CES, 1992.

CUENCA GÓMEZ, P., "El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los derechos constitucionales", CUENCA GÓMEZ, P., (Edit.) *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Dykinson, Madrid, 2010.

DAITA, N., "Introduzione", LA MACCHIA, C. (Edit.), *Disabilità e lavoro*. Ediesse, Roma, 2009.

- D'ALOIA, A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*. Cedam, Padova, 2002.
- D' AMBROSIO L., "Il licenziamento ad nutum del lavoratore in possesso dei requisiti pensionistici di vecchiaia: disciplina e problematiche". *Bollettino ADAPT*, 20 de febrero de 2012.
- D'ANTONA, M., "Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione oggi". *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998.
- DA ROCHA BRANDAO, D., *La discriminación en el acceso al empleo por razón de nacionalidad*. Comares, Granada, 2015.
- DAVIES, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*. Kluwer 44, The Hauge, The Netherlands, 2003.
- DE ASÍS ROIG, R., CAMPOY CERVERA, I., BENGOCHEA GIL, M.A., "Derecho a la igualdad y a la diferencia; análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva", DE LORENZO GARCÍA, R., PÉREZ BUENO, L., (Dirs.) *Tratado sobre discapacidad*. Aranzadi, Pamplona, 2007.
- DE ASÍS ROIG, R., BARIFFI, J., PALACIOS RICCO, A., "Principios éticos y fundamentos jurídicos", DE LORENZO, R., PÉREZ BUENO, L.C. (Dirs.) *Tratado sobre discapacidad*. Aranzadi, Pamplona, 2007.
- DE ASÍS ROIG, R., "La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la discapacidad", en CARBALLEDA PIÑEIRO, M., PÉREZ BUENO, L.C., (Dirs.) *Hacia un nuevo Derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor: Aranzadi, Pamplona, 2009.
- DE LA HABA MORALES, J., "Trabajadores inmigrantes y acción colectiva: una panorámica sobre las relaciones entre inmigrantes y el sindicalismo en Europa". *Papers: revista de sociología*, nº 66, 2002.
- DE LA VILLA GIL, E., GARCÍA BECEDAS, G., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Editorial Centro de estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 1991.
- DE LA VILLA GIL, L.E., ¿Qué es eso del estado del bienestar y cómo se mide, histórica y económicamente? *Revista Derecho social y empresa*, nº. 3, 2015.P. 40.
- DE LUCA, M. *Nel rispetto dei reciproci ruoli. Lineamenti di storia della contrattazione collettiva in Italia*, Vita e pensiero, Milano, 2013.
- DE SALVIA, A., "Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Viking e Laval". *Argomenti del Diritto del Lavoro*, fasc.3, 2008.
- DE SIMONE, G. "I requisiti occupazionali", FABENI, S., TONIOLLO, M.G., (Coords.), *La discriminazione basata sull'orientamento sessuale*. Ediesse, Roma, 2005.
- DE VEGA GARCÍA, P., "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales)". *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, nº 6, 1994.
- DEL GIUDICE, F., IZZO F., SOLOMBRINO M., *Manuale Di Diritto Del Lavoro*, XXXII Edizione. Aggiornato al cd. decreto Poletti (D.L. 34/2014, conv. in L. 16-05-2014, nº 18). Simone, Napoli, 2014.
- DEL PUNTA, R., "Parità di trattamento e rapporto di lavoro". *Giust. civ.*, I. 1993.
- DEL PUNTA, R., "Parità di trattamento e autonomia collettiva". *RIDL*, II 1995.

- DEL REY GUANTER, S., “La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo” (1). Relaciones Laborales, Sección Comentarios de jurisprudencia, 1988.
- DEL REY GUANTER, S., “Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la refundición de la teoría jurídica de los convenios colectivos”. Relaciones Laborales, 1996, T. I.
- DESPAX, M., *Conventions collectives de travail*. Dalloz, Paris, 1989.
- DESPAX, M., *Négociations, conventions et accords collectifs*. 2 ed. Dalloz, Paris, 1989.
- DI MAURO, M. *Organizzazioni e differenze. Pratique, strumenti e percorsi formativi*. Franco Angeli, Milán, 2011.
- DÍAZ CREGO, M., “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿Un derecho de los extranjeros? REDC, nº 89, 2010.
- DICKENS, L., “Collective Bargaining and the Promotion of Gender Equity at Work: Opportunities and Challenges for Trade Unions.”. Transfer. European Review of Labour and Research, Vol. 6, nº. 2, 2000.
- DIÉGUEZ CUERVO, G., “Nueva lección sobre negociación colectiva informal”, en AAVV, *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos en homenaje al Profesor Alonso Olea*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
- DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*. 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- DILHAC, M.-A." Discriminations systématiques et égalité des opportunités: remettre de l'ordre dans les principes de la Justice". Revue de philosophie économique Vol. 8, nº 1,2007.
- DONY-BARTHOLOMÉ, E., “Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés et ses limites”, BRIBOSIA, E. MAGNETTE, P., WEYEMBERGH, A., (Coords.), *Union européenne et nationalités, le principe de non-discrimination et ses limites*. Bruylant, Bruxelles, 1999.
- DOVIDIO, J., JACKSON, L.M, ARMSTRONG, T.L., “The Immigration Dilemma: The Role of Perceived Group Competition, Ethnic Prejudice, and National Identity”, Journal of Social Issues, Vol. 57, nº. 3, 2001.
- DOYTCHEVA, M., " Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité dans les politiques des entreprises". Raisons Politiques, nº38, 2009.
- DOYTCHEVA, M., HACHIMI ALAOUI M., “Promouvoir la diversité en entreprise: genèse et ambiguïtés d'une initiative patronale". Revue Asylon, réseau scientifique TERRA (Travaux, Études, Recherches sur les Réfugiés et l'Asile), nº8, 2010.
- DUBET, F., *Les places et les chances. Repenser la justice sociale*. Seuil, Paris, 2010.
- DUBIN, K. A. “¿Contradicciones traidoras? Las implicaciones de la ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres para las estrategias empresariales”, GARCIA -PERROTE ESCARTIN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. (Coords.), *La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- DUBOUT, E., "Principe d'égalité et droit de la non-discrimination". JurisClasseur Libertés, fasc. 500, 2009.
- DUPRET, B. “Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica”. *European Journal of Legal Studies*. 2007

DURÁN LÓPEZ, F., “El convenio colectivo en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo: Las relaciones Ley-Convenio colectivo. El papel de la autonomía individual”, AA.VV. La negociación colectiva. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.

DURÁN LÓPEZ, F., “Los convenios colectivos”, en SEMPERE NAVARRO, A, (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 2003. También en “Los convenios colectivos, el sistema de fuentes y las relaciones laborales”, en AA.VV., Estado social y autonomía colectiva: 25 años de negociación colectiva en España. XVII Jornadas de estudio sobre negociación colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2006.

DURÁN LÓPEZ, F., *Una visión liberal de las relaciones laborales*. Universidad de Córdoba, 2006.

DURAND., P., “Le dualisme de la convention collective de travail”. Revue trimestrale Droit Civile, 1939.

DWORKIN, R.; “What is Equality? Part 1: Equality of Welfare”. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10 n°3, 1981.

DWORKIN, R., “What is Equality? Part 2: Equality of Resources”. *Philosophy & Public Affairs*, vol.10 n°4, 1981. PP. 283-345.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1984.

DWORKIN, R., “¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?”, BARKER, P. (Coord.), *Vivir como iguales. Apología de la Justicia Social*. Paidós, Barcelona, 2000.PP.57-80. Publicado también en *Actio* 6, 2005.

DWORKIN, R., “Sovereign Virtue Revisited”. *Ethics*, vol. 113, n°1, 2002.

DWORKIN, R., *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. NJ. Princeton University Press, 2006.

EHELMAIER, S., “Equality rights: Market, free competition and rights of equality”, RUIZ MIGUEL, C., (Coord.), *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

- EICHHORST, W., “The Unexpected Appearance of a New German Model”. IZA, DP nº 6625, 2012.
- ELVIRA, A.: “La ciudadanía europea. El principio de no discriminación por razón de nacionalidad”, ÁLVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., *Comentarios a la Constitución Europea*. Libro II. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*. CES, Madrid, 2000.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “El derecho a la igualdad en el marco de la negociación colectiva. STC 27/04, de 4 de marzo”. *Temas Laborales*, nº 77, 2004.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “Vigencia de los convenios colectivos extraestatutarios y condición más beneficiosa. Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009”. *Temas Laborales*, nº. 105, 2010.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “La aplicación de la Directiva 92/85 en España”, CRUZ VILLALÓN, J., (Coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- ESCUDERO RODRIGUEZ, R. “Márgenes y retos de la negociación colectiva tras la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, en ESCUDERO RODRIGUEZ, R (Coord.), *La negociación colectiva en España, un enfoque interdisciplinar*. Ediciones Cinca, Madrid, 2008. P. 183.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*. Cinca, Madrid, 2010.
- ESPLUGAS, M.P., *Conseil Constitutionnel et services public*. L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 1994.
- ESPOSITO, C., *La Costituzione italiana*. Cedam, Padua, 1954.
- ESPOSITO, M., *Profili costituzionali dell'autonomia privata*. Cedam, Padua, 2003.
- ESTEBAN LAGARREGA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*. Ibidem. Textos Universitarios, Madrid, 1999.
- ESTEBAN LAGARRETA, R., “La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización”. *Revista de Derecho Social*, nº 61, 2013.
- ESTEBAN LAGARRETA, R., “Integración laboral de las personas con discapacidad”, BELTRÁN AGUIRRE, J.L., EZQUERRA HUERVA, A., *Atención y protección jurídica de la discapacidad*. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- ESTEVEZ GONZÁLEZ, M.C., “El tratamiento del género y la no discriminación en el empleo. Balance de situación”, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*. Cinca, Madrid, 2008.
- FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MONFORT FABREGAS, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial*. Bomarzo, Albacete, 2009
- FAVILLI, C. *La non discriminazione nell'Unione Europea*. Il Mulino, Bolonia, 2009.
- FAVOREU, L., “Objet et portée de la protection des droits fondamentaux-Debats”, FAVOREU, L., (Edit.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. Economica, P.U.A.M. Coll. Droit public positif, Paris, Aix-en-Provence, 1982.

- FAVOREU, L., “Bloc de constitutionnalité”, DUHAMEL, O., MENY, Y., (Dir.) *Dictionnaire Constitutionnel*. Puf, Paris, 1992.
- FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A., ROUX ET G., SCOFFONI, G., *Droit Constitutionnel*. 8ª Ed., Dalloz, 2005.
- FERIA BASILIO, F., "La intangibilidad del convenio colectivo tras la reforma laboral 2010-2013". *Relaciones Laborales*, nº 6, 2013.
- FERNÁNDEZ DE AGUIRRE, J.C., "La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad del Tribunal de Justicia". AA.VV., *La constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (III): XVIII Jornadas de Estudio*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “Los derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras”, LOUSADA AROCHENA, J.F., (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Los convenios colectivos extraestatutarios”, AA.VV., *La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del Derecho extranjero*. Ediciones Eolas, León, 2015.
- FERNÁNDEZ KRANZ, D., RODRÍGUEZ-PLANAS, N. “Can Parents’ Right to Work Part-Time Hurt Childbearing-Aged Women? A Natural Experiment with Administrative Data Discussion”. Paper nº.7509, IZA, 2013.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Libertad ideológica y prestaciones de servicios”. *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1985.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos”. *RL*, T. I, 1988.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *El poder disciplinario en la empresa*. Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Revisión en amparo de la constitucionalidad de los convenios colectivos". *REDT* nº 38, 1990.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Coord.), *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991: (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 1992.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El principio de igualdad en el Derecho Social Europeo”, AA.VV., *I Jornadas sobre la Comunidad Europea*, Universidad de Sevilla 1994.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “Principio de igualdad por razón de sexo y negociación colectiva”, AA.VV., *Recopilación de Conferencias. Jornadas del Centro Andaluz de Relaciones Laborales 2006*. Centro Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La prohibición de discriminación”, CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española*. Wolters Kluwer, Madrid, 2008.



- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*. La Ley, Valencia, 2008.
- FERNANDEZ LOPEZ, M.F. “Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto”. *Temas Laborales*, nº 98, 2009.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Las claves de la actual jubilación parcial”, URIBE OTALORA, A., (Dir.) *Envejecimiento activo en España: derechos y participación en la sociedad de los mayores*. Tirant Humanidades, Valencia, 2014.
- FERNÁNDEZ PROL, F., “Igualdad por razón de sexo/género en la retribución y en los beneficios sociales”, LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.
- FERRARA, A., “Il multiculturalismo come nuova frontiera del liberalismo”. *Democrazia e diritto*, n. 2/3, 1996.
- FERRET JACAS, J., “El artículo 9.2 de la Constitución como parámetro de control de constitucionalidad”, en AA.VV., *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- FORSHAW, S., PILGERSTORFER, M. “Taking Discrimination Personally? An Analysis of the Doctrine of Transferred Discrimination”. *King’s Law Journal*, nº 19 2008.
- FREDMAN, S., SZYSZCZAK, E., “The interaction of race and gender”, HEPPLER B., SZYSZCZAK, S., (Dir.), *Discriminations: The Limits of the Law*. Mansell, Londres, 1992.
- FREDMAN, S., “The Age of Equality”, FREDMAN, S. AND SPENCER, S. (Edits.), *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives*. Hart, Oxford, 2003.
- FREDMAN, S., “Changing the norm: Positive duties in equal treatment legislation”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 12, 2005.
- FISCUR, R.J., *The constitutional logic of affirmative action*. Wasby Duke University Press, Londres, 1992.
- FLAMMIA, R., *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*. Giuffrè, Milano, 1963.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O.,” Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”. *Revista de Derecho Social*, nº 70, 2015.
- GAETA, L., ZOPPOLI, L. (Coords.), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive. Commentario alla legge 10 aprile 1991, nº 125*. Giappichelli, Turín, 1992.
- GALANTINO, L. “Lo svolgimento del rapporto di lavoro e le discriminazioni relative all'età”. *Dir. Rel. Ind.*, nº4, 2005,
- GALIANA MORENO, J.M., “La eficacia de los convenios en el derecho español de trabajo”, AA.VV., *La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- GALOPPINI, V. "Osservazioni sul principio della parità di trattamento nel diritto privato". *Riv. giur.lav.*, II, 1965.
- GRACIA ARNAIZ, M., “La medicalización de la obesidad. Concepciones y experiencias sobre la gordura en jóvenes con “exceso” de peso”. *Zainak*, nº 34, 2011.

- GARCÍA BLASCO, J., “La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva”. *Temas Laborales*, nº 76, 2004.
- GARCÍA GARRIZ, A., “El Tribunal Constitucional frente al derecho a la negociación colectiva”, ARAGÓN REYES, M., MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (Dir.), *La Constitución y la Práctica del Derecho*. Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- GARCÍA MURCIA, J., “Las preferencias en el empleo de los convenios colectivos y el principio de no discriminación”, AA., VV. II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo: celebradas en Madrid los días 26, 27 y 28 de abril de 1983 en el Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. IELSS, Madrid, 1985
- GARCÍA MURCIA, J. “Contenido normativo y obligacional de los convenios colectivos laborales”. *Actualidad Laboral*, nº 23-24, 1988. También, en AA.VV. *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional*. MTSS, Madrid, 1990.
- GARCÍA MURCIA, J., *La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo*. Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCÍA MURCIA, J., “Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y la eficacia de los pactos colectivos atípicos” I y II, *Actualidad Laboral*, 1992.
- GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M.A., “La distribución de competencias en materia de inmigración”. *Temas Laborales*, Vol. I. nº. 100, 2009.
- GARCÍA NINET, J.I., VICENTE PALACIO, A., “La ley 45/1999 de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 27, 2000.
- GARCÍA TORRES, J., JIMÉNEZ BLANCO, A. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1986.
- GARILLI, A., “L’art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali” WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona”.IT – n°139,2012.
- GARCÍA MURCIA, J. “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J., DURÁN LÓPEZ, F., (Coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. La Ley-Actualidad, Madrid, 2006.
- GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E., “La igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación”. *Revista de Derecho UNED*, nº. 16, 2015.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva, Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. MTSS, Madrid, 1987.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., “Controvertidos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades sobre desplazamiento transnacional de trabajadores: los asuntos ‘Viking’, ‘Laval’ y ‘Rüffert’”. *Justicia Laboral*, nº 34, 2008.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J., “Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación: la discriminación refleja o transferida (la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman)”. *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 37, 2009.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1983.
- GAROFALLO, L. "Le migrazioni di ordine economico nel diritto internazionale comunitario", en AA.VV. *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea .Profili giuridici*. Cacucci, Bari, 2007.
- GARRIDO PÉREZ, E. "El tratamiento comunitario de la discapacidad: Desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades". *Temas Laborales*, nº59, 2001.
- GAVARA DE CARA, J. C., *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
- GÉNISSON, C., *Femmes-hommes, quelle égalité professionnelle?: la mixité professionnelle pour plus d'égalité entre femmes et hommes: rapport au Premier ministre*. La Documentation française, París, 1999.
- GIERKE, O. F., *Deutsches Privatrecht*. T. 1 Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig, 1985.
- GIL Y GIL, J.L. "Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo". *Relaciones Laborales*, nº 15/16, 2009.
- GIMENEZ GÜCK, D. *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones Positivas Moderadas y Medidas de Discriminación Inversa*. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1998.
- GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Bosch, Barcelona, 2004.
- GIMÉNEZ GLÜCK, D., "El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español", PÉREZ BUENO, L.C., (Dir.) *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje a Rafael de Lorenzo*. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., "¿Puede el legislador tratar igual a lo distinto? Igualdad y no discriminación en la indiferenciación". *Justicia laboral*, nº36, 2008.
- GIRARDEAU A. SPANN, "Disparate Impact". *The Georgetown Law Journal*, vol. 98, Georgetown University Law Center, Washington D. C., 2010.
- GISANTI, L. "Criterio di scelta del pensionamento nel licenziamento per riduzione del personale e discriminazione ai sensi del d. lgs. 216/2003". *Lav. Giur.* 2005.
- GIUGNI, G., *Diritto sindacale*. Cacucci, 8ª Ed., Bari, 1986.
- GIUGNI, G., "Appunti all'interpretazione del contratto collettivo". *Riv. dir.lav.* II, 1984. También en Introducción al estudio de la autonomía colectiva, Traducción y Estudio preliminar de MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. Comares, Granada, 2004.
- GIUBBONI, S., ORLANDINI, G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*. Il Mulino, Bologna, 2007.
- GODENAU, D., RINKEN, S., MARTÍNEZ DE LIZARRONDO ARTOLA, A., MORENO MÁRQUEZ, G., "La integración de los inmigrantes en España: una propuesta de medición a escala regional". *Observatorio Permanente de la Inmigración*, informe nº 30, 2014.
- GODINO REYES, M., "Del Empleo a la Jubilación en tiempos de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas", en *Revista de información laboral*, nº. 7, 2014.
- GOERLICH PESET, J.M., "La negociación colectiva en la Constitución: una mirada crítica". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 108, 2014.

GOGUEL, F., "Objet et portée de la protection des droits fondamentaux-Conseil Constitutionnel français", FAVOREU, L. (Dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Economica*. PUAM. Coll. Droit public positif, París, Aix-en-Provence, 1982

GOIG MARTÍNEZ, J.M. "¿Igualdad por razón de nacionalidad?", SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*. Dykinson, Madrid, 2009.

GOLDSCMIDT, V., "Les renversements du concept d'égalité des Anciens aux modernes". *Archives de philosophie du droit*, Tomo XVIII, 1972.

GOMES CANOTILHO, J. J. MOREIRA, V., "Nota XI al art. 56". AA.VV., *Constituicao da República portuguesa Anotada*. 3ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., "Convenios colectivos extraestatutarios en la jurisprudencia última del Tribunal Supremo". *Anuario da Facultade de Dereito*, nº 3, 1999.

GÓMEZ ABELLEIRA, F., "Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar". *Relaciones Laborales*, nº 12, 2004.

GÓMEZ MUÑOZ, J.M., RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, "La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea", CRUZ VILLALÓN, J., PÉREZ DEL RÍO, T., (Coords.) *Una aproximación al derecho social comunitario*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Tecnos, Madrid, 2000.

GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J. "Recolocación por razones de enfermedad como deber empresarial en materia de prevención". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 7, 2011.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., HERRANZ ANDÚJAR, "España", GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., (Dir.) *Los sindicatos ante la inmigración*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ POSADA MARTINEZ, E. "Bases para una discusión sobre el concepto de igualdad y no discriminación en el derecho comunitario", en AA.VV. *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. MTAS, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La impugnación individual del convenio colectivo. Comentario a la Sentencia TC S 81/1990 de 4 de mayo". *Relaciones Laborales*, tomo 2, 1990.

GONZALEZ ORTEGA, S., "La tutela antidiscriminatoria nel diritto e nella pratica giudiziaria spagnola". *Giornale di Diritto del lavoro e relazioni indutraili*, Fasc. 99-100, 2003.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J., "La igualdad en la aplicación de la ley y su tratamiento en la jurisprudencia", en VV. AA., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, V. I., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

GOÑI SEIN, J. L. "La indisponibilidad de derechos reconocidos en convenio colectivo a través de pacto extraestatutario", *Diario La Ley*, 1991.

GOÑI SEIN, J., L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., "El reconocimiento médico de aptitud profesional del aspirante al empleo", ALENZA GARCÍA, J., ARCOS VIEIRA, M.L., *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho Sanitario*. Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2015.

GOODWIN-GILL, G.S. "Immigration, Nationality and the Standards of International Law", DUMMET, A. (Ed.), *Towards a Just Immigration Policy*. Cobden Trust, Londres, 1986.

- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”. *Relaciones Laborales*, nº 1, 2017.
- GOTTARDI D., “Verifica empirica dei progetti di azioni positive finanziati e conclusi”, GAROFALO, G. (Coord.), *Lavoro delle donne e azioni positive*. Cacucci, Bari, 2002.
- GOTTARDI, D. “Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni”. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2003.
- GOTTARDI D., “Le azioni positive nel settore privato”. NLCC, 2003.
- GHERA, E. “Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative”. *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991.
- GRANDI, G.Z., SFERRAZZA, M., “La storia pregressa: continuità e discontinuità nel contratto a termine”, CARINCI, F., GRANDI, G.Z. (Coords.) *La politica del lavoro del Governo Renzi*. Atto I Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78. *Adapt Labour Studies E-Book Series*, nº30, 2014.
- GROENENDIJK, K., “Citizens and third country nationals: differential treatment or discrimination?”, CARLIER, J-Y., GUILD, E., (Dirs.), *L’avenir de la libre circulation des personnes dans l’UE*. Bruylant, Bruselas, 2006.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., "Negociación colectiva, derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92, 2011.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad*. Bomarzo, Albacete, 2015.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “La propuesta de reforma de la directiva 96/71 de desplazamiento de trabajadores en el marco del plan de trabajo de la comisión europea para el 2016”. *Revista de Derecho Social*, nº 73, 2016.
- GUARRIELLO, F., “Égalité professionnelle en Italie: cadre juridique et mobilisation des acteurs”. *Travail, genre et sociétés*, nº 7. 2002/1.
- GUILLEMARD, A.M., *Les défis du vieillissement. Age, emploi, retraite, perspectives internationales*. Armand Colin, Paris, 2010.
- GUNER, N., KAYA, E., SÁNCHEZ-MARCOS, V., “Gender gaps in Spain: policies and outcomes over the last three decades”. *Series, Journal of the Spanish Economic Association* vol. 5, 2014.
- GURVITCH, G., *Elementos de sociología jurídica*. Comares, Granada, 2001.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Volver a las fuentes los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional”. *Revista general de derecho constitucional*, nº12, 2011.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M., “El deterioro de la negociación colectiva tras las últimas reformas”, GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.), *El derecho a la negociación colectiva: Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014.
- HABERMAS, J., “Nazione, stato di diritto, democrazia”, CERUTTI, F. (Coord.), *Identità e politica*. Laterza, Bari, 1996.
- HAMBLIN, K.A., *Active Ageing in the European Union*, Palgrave Macmillan, Oxford, 2013.

- HAURIOU, M., *La science sociale traditionnelle*. Larose, Paris, 1986. P. 80.
- HESSER, C., “Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht”. *Archiv des öffentlichen Recht*, vol. 77, 1951 - 1952.
- HERVÁS ORTIZ, J.J., “Contenido sustantivo del derecho a la libre circulación de trabajadores: la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo, las retribuciones y demás condiciones de trabajo. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, HERVÁS ORTÍZ, J.J. (Dir.) *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2002.
- HOOKS, B., *Ain't I A Woman? Black Women and Feminism*. South End Press, 1981.
- HOSKYNS, C. *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union*. Verso, London, 1996.
- HUECK, A., NIPPERDEY, H., *Compendio de Derecho del Trabajo (Traducción, presentación y notas de Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y Luis Enrique De la Villa Gil)*. ERDP, Madrid, 1963.
- HUECK, A., NIPPERDEY, H.C., *Lehrbruch des Arbeitsrechts*. T. II, Vol. 1.7 ed. Francfort s. M., Berlín, 1973.
- HURTADO GONZÁLEZ, L. “El requisito normativo de un título o capacitación oficial para ser contratado libremente”. *Relaciones Laborales*, nº 6, 2004.
- HYNES, G., “Age discrimination: the framework employment directive; Irish legislation and the Irish Case”, presentación al Congreso “Fight against discrimination: the race and framework Employment Directives”, Academy of European Law, celebrado en Trier el 2 y 3 de junio de 2003.
- ICHINO, P. “Il contratto di lavoro”, CICU, A., MESSINEO, F., *Tratatto di diritto civile ed commerciale*. Tomo I, Giuffrè Milan, 2000.
- ICHINO, P., *Lezioni di diritto del lavoro*. Giuffrè, Milano, 2004.
- IMBERTI, L., “Il criterio dell’età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, nº 301, 2008.
- IPPOLITO, G., “Progetto Ponte: un patto per il futuro”. *Boletín Adapt*, 29 de octubre de 2012.
- ITZNIN, C., PHILIPSON, C., *Age barriers at work: Maximising the Potential of Mature and Old People*. Metropolitan Authorities Recruitment Agency, Solihull, Warwickshire, 1993.
- IZZI, D., “Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie “di seconda generazione””. *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003.
- IZZI, D. *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, 2005.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- JIMÉNEZ CAMPOS, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Trotta, Madrid, 1999.
- JIMÉNEZ LARA, A., “Conceptos u tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, DE LORENZO, R., PÉREZ BUENO, L.C. (Dirs.), *Tratado sobre discapacidad*. Thomsom-Aranzadi, Pamplona, 2007.

- JÓDAR, P., ALÓS, R., BOSO, A. "La afiliación sindical de la población inmigrante. El caso de CCOO de Cataluña", Cuadernos de Relaciones Laborales Vol. 32, nº. 1, 2014.
- JUÁREZ PÉREZ, P. "El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho Internacional Privado". Relaciones Laborales, nº 7, 1999.
- KAHLENBERG, R.D., *The Remedy: Class, Race, and Affirmative Action*, BasicBooks, New York, 1997.
- KELSEN, H., "Justice et droit naturel". *Annales de philosophie politique*, vol. 6, PUF, 1959.
- KLANFER, J. *L'exclusion sociale Étude de la marginalité dans les sociétés occidentales*. Science et service, Paris, 1965.
- KINGSTON, G., MCGINNITY, F. O'CONNELL, P.J., "Discrimination in the labour market: nationality, ethnicity and the recession". *Work, employment and society* Vol. 29(2), 2015.
- KIRCHNER, W., DUNNETTE, M., "Attitudes Toward older workers". *Personnel Psychology*, Vol. 7, 1954.
- LA MACCHIA, C. "Conclusioni", LA MACCHIA, C. (Edit.) *Disabilità e lavoro*. Ediesse, Roma, 2009.
- LAHERAN FORTEZA, J., "La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español". Relaciones Laborales, tomo 1, nº 1, 2008.
- LAHERA FORTEZA, J., *Normas laborales y contratos colectivos*. Reus, Madrid, 2008.
- LAHERA FORTEZA, J., GARCIA QUIÑONES, J.C. *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- LAHERA FORTEZA, J., "La eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos estatutarios", MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, N., *El sistema de negociación colectiva en España*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- LALOMA GARCÍA, M. *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*. Ediciones Cinca, Madrid, 2007.
- LANDAU, E., *The rights of working women in the European Community*. Commission of the European Communities, Luxemburgo, 1985.
- LANQUETIN, M.T., "Le principe de non discrimination". *Droit ouvrier*, 2000.
- LAPORTA, F., "El principio de igualdad: introducción a su análisis". *Sistema*, nº 67, julio de 1985.
- LARICCIA, S., "I problemi della tutela delle minoranze nell'Unione europea", PANUNZIO, S., (Coord.), *I costituzionalisti e l'Europa*. Giuffrè, Milán, 2002.
- LASSANDARI, A. *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*. Cedam, Padua, 2010.
- LATNER, J.D., O'BRIEN, K.S., DURSO, L.E., BRINKMAN, L.A., MACDONALD, T.: "Weighing obesity stigma: the relative strength of different forms of bias". *International Journal of Obesity*, nº 32, 2008.
- LAUFER, J., *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*. La Découverte, Paris, 2014.

- LAZZERINI, N., "(Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties: AMS. Case C-176/12, Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT and Others, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 15 January 2014, nyr". *Common Market Law Review*, nº 51, 2014.
- LECLERC, O., "Égalité des personnes et modes de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations". BORENFREUND, G., VACARIE, I., (Dirs.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*. Dalloz, 2013.Paris.
- LEITE, J., "El sistema de negociación colectiva en Portugal", AA.VV., *Experiencias de la Negociación Colectiva en Europa y sus puntos críticos*. XVIII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.
- LEITER, W. M., LEITER, S., *Affirmative Action in Antidiscrimination Law and Policy: An Overview and Synthesis*. 2º Ed. State University of New York Press, New York, 2011.
- LENAERTS, K., L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples. *Cah.dr.Eur.*, 1991.
- LEONARDI, S., MOTTURA, (Coords.), *Immigrazione e sindacato. Lavoro, rappresentanza, contrattazione, 2º rapporto Ires sull'immigrazione*. Ediesse, Roma, 2002.
- LEVIN .M., E., " Equality of Opportunity". *The Philosophical Quaterly*, nº 31, 1981.
- LHERNOULD, J.P., "Nationalité et discrimination en matière salariale". *Études et doctrine*, RSJ nº 3, 2003.
- LHRNOULD, J.F., "La Cour de Justice de l'UE est-elle antisociale?, Droit sociaux et libertés économiques: quelques perspectives". *Revue de Jurisprudence Sociale*, nº 7, 2010.
- LIEBMAN, S., "Funzione Giuridica del contratto collettivo e principio di parità". *RIDL*, II 1995.
- LIN, L., AMERATUNGA, S., WHELTON, C., "Introduction", AA.VV., *Promoting Gender Equality: A Resource Kit for Unions*. Gender Promotion Programme, International Labour Office, Ginebra, 2002.
- LLANO SÁNCHEZ, M., "El enclave laboral: ¿cesión de personal discapacitado o subcontratación con Centros Especiales de Empleo?, AA.VV. *Estrategia Europea, Estado Autonómico y política de empleo*. XVIII Congreso Nacional del derecho del trabajo y de la seguridad social. MTAS, 2008.
- LLOBERA-VILA, M., "Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores", FOTINOPOULOU BASURKO, O., (Coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Atelier, Barcelona, 2017.
- LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales: protección jurídico-laboral*. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LÓPEZ BALAGUER, M., "La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual". *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 5, nº 2, 2015.
- LO FARO, A. "Immigrazione, lavoro, cittadinanza: appunti per una ricerca". *Persona e danno*, 2008.
- LO FARO, A. "Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking". *LD*, 1, 2008
- LOCHAK D., "Réflexions sur la discrimination". *Dr. soc.* 1987.



- LOI, P., “La discriminación por edad en la legislación laboral italiana”, CABEZA, J., BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dir.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*. Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- LOTMAR, P. “Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern”. Archiv für soziale.Gesetzgebung und Statistik 1900.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., "El principio de transversalidad: origen y significado". Temas Laborales, nº 91, 2007.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. “Principio de igualdad y derecho a no ser discriminado en las relaciones de trabajo”. Actualidad Laboral, nº 7, 2008.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “Cláusulas generales de igualdad por razón de sexo/género en la negociación colectiva”, LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres”, LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “La prueba de la discriminación en el derecho comunitario”. Revista de derecho social, nº 60, 2012.
- LOUSADA AROCHENA, F.J., *El derecho fundamental a la Igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014. P. 40.
- LUIJÁN ALCARÁZ, J., PENALVA, A.S., “Compromisos generales sobre igualdad y lenguaje no sexista”, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.
- LOY, G. “La disabilità nelle fonti internazionali”, LA MACCHIA, C. (Edit.), *Disabilità e lavoro*.Ediesse, Roma, 2009.
- LUNARDON, F. “Ancora sul principio di parità di trattamento nel diritto del lavoro”. Giur. It. 1999.
- LUTHER, J., “Le frontiere dei diritti culturali in Europa”, ZAGREBELSKY, G., (Coord.), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*. Laterza, Roma-Bari, 2003.
- LYON CAEN, A., “L'égalité e la loi en droit du travail”. Dr. Soc, nº 68, 1990.
- LYON-CAEN, A. "Le droit français des relations professionnelles. Mutations recentes", FIORILLO, L., PERULLI, A. (Edits.), *Il nuovo diritto del lavoro*. Vol. III. Giappichelli, Turín.
- LYON-CAEN, A., JEAMMAUD, A., DOCKÈS, E., *Les grands arrêts du droit du travail*. 3ª Ed Dalloz, Paris, 2004.
- LYON CAEN, G., *Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du Travail. Homage à P. Horion*. Faculté de Droit, Liège. 1972.
- LYON CAEN, G., “Négociation et convention collective au niveau européen”. Revue trimestrielle de droit européen, nº 4, 1973.
- LYON-CAEN, G. “Différence de traitement ou discrimination selon l'âge”. Droit Social, nº 12, 2003.

- MANERIO VÁZQUEZ, Y. “La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad”, CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dir.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*. Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- MANGAS MARTÍN, A., “Artículo 21: no discriminación”, MANGAS MARTÍN, A., (Dir.), *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
- MARELLA, L., “L’integrazione sociale delle persone disabili tra normalità e differenza (in margine all’art 8 della legge quadro sull’handicap)”. Riv. crit. dir. priv. 1994.
- MARINO, S., PENNINX, R., ROOSBLAD, J., “Trade unions, immigration and immigrants in Europe revisited: Unions’ attitudes and actions under new conditions” *Comparative Migration Studies*. Open access.3:1 DOI 10.1007/s40878-015-0003-x. 2015.
- MARTÍN ARTILES, A., MOLINA ROMO, O., ¿Por qué los afiliados sindicales tienen actitudes diferentes hacia la inmigración? *Migraciones Internacionales*. Vol. 7, 2014.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Jubilación parcial y acumulación de jornada”. *Revista de información laboral*, nº 5, 2015.
- MARTÍN PUEBLA, F., *Formación profesional y contrato de trabajo, Un estudio sobre adquisición de cualificación profesional a cargo de la empresa*. Wolters Kluwer, Madrid, 1998.
- MARTÍN VALVERDE, A., "Sobre la diversidad de cauces para impugnar el convenio colectivo y su adecuación a cada supuesto", *Civitas. REDT*, nº 36, 1988.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo”, AA.VV., *Los límites del convenio colectivo: la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*. V Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2016.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. “La negociación colectiva «extraestatutaria””. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 68, 2007.
- MARTÍNEZ LOZANO, I.M., “El examen de España en aplicación de la convención: asignaturas pendientes y camino recorrido”, PÉREZ BUENO, L.C., DE LORENZO, R., (Dir.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - 2006/2016: una década de vigencia*. Ed. Cinca, Madrid, 2016.
- MARTÍNEZ POZA, A., ROCHA SÁNCHEZ, F., “El papel de la negociación colectiva en el fomento del empleo de las personas jóvenes. *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, nº 25, 2015.
- MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G. “El principio de igualdad en la relación de trabajo (un apunte sobre la eficacia inter privados del artículo 14 de la constitución)”. *Actualidad Laboral*, 1996.
- MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Cedecs, Barcelona, 1998.
- MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000.

- MARTÍNEZ, YÁÑEZ, N., M., “Antecedentes de la deriva social comunitaria respecto a los desplazamientos transnacionales: el asunto Finalarte Sociedade de Construção Civil (STJCE de 25 de octubre de 2001; asuntos acumulados C-49/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98)”, GÁRATE CASTRO, J., (Coord.), *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- MASSI, E., “Il contratto di solidarietà espansiva”. *Diritto & Pratica del Lavoro*, nº 7, 2016.
- MATÍA PORTILLA, F.J., *Crisis e inmigración. Reflexiones interdisciplinares sobre la inmigración en España*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.
- MAUNZ, T. (Edit.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift Hans Nawiasky*. Isar, Munich, 1956.
- MAZZOTTA, O., “La resistibile accessa della parità di trattamento retributivo tra i lavoratori subordinati”. *Mass. Giur. Lav.*, 1989.
- MAZZIOTTI, M. “Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale”. *Giur. Cost.*, 1960.
- MCCRUDDEN, C. PRECHAL, S., *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*. European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Bruselas, 2009.
- MEDINA, E., HERRARTE, A., VICÉNS, J., “Inmigración y desempleo en España: impacto de la crisis económica”. *ICE: Revista de economía*, nº 854, 2010.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Economic, Paris, 1997.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., " Les adaptations du principe d'égalité à la diversité du territoire ". *RFDA*, nº 5, 1997.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F., “Commentaire de l’article II-80, Egalité en droit », BURGORGUE-LARSEN, L., LEVADE, A., PICOD, F., (Dirs.), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Partie II- La Charte des droits fondamentaux de l’Union. Commentaire article par article*. Bruylant, Bruxelles, 2005.
- MELIN-SOUCRAMANIEN, "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité?". *Cahiers du Conseil Constitutionnel* nº 29, 2010.
- MELLA MÉNDEZ, L., “Protección de los trabajadores «versus» libre prestación de servicios en el ámbito europeo: el caso Laval (STJCE de 18 de diciembre de 2007; asunto C-341/05)”, GÁRATE CASTRO, J., *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores. (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- MENDOZA NAVAS, N., “El papel de los interlocutores sociales en el establecimiento de las condiciones laborales en el estado de acogida de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional”, FOTINOPOULOU BASURKO, O., (Coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Atelier, Barcelona, 2017
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. “Permisos retribuidos”, ARGÜELLES BLANCO, A.R. MARTÍNEZ MORENO, C., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., (Dirs.), *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares: estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*. CES, Madrid, 2004.

- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M. P., “La edad como límite para el acceso a la función pública. Comentario a la STC 37/2004”, *Aranzadi Social (Estudios Doctrinales)*, nº 13, 2005
- MENGONI, M., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Giffre, Milán, 1996.
- MENGONI, L. “Autonomía privada e Costituzione”. *Banca borsa e titoli di credito*, fasc. 1, 1997.
- MERCADER UGUINA, J. “Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales”, CRUZ VILLALON, J., MERCADER UGUINA, J., GOERLICH PESET, J.M. (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.
- MERCAT-BRUBS, V.M., *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*. Dalloz, 2013.
- MERCAT-BRUNS, M., BOUSSARD-VERRECCHIA, E., "Apparence syndicale, sexe, âge et inégalités: vers une reconnaissance de la discrimination systémique?". *Revue de Droit du Travail*, nº 11, 2015.
- MERINO SEGOVIA, A., “El tratamiento de la discapacidad en la negociación colectiva”, ROMERO RÓDENAS, M. J. (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*. Bomarzo, Albacete, 2003.
- MESA LAGO, C, “En torno a la denominación de los convenios colectivos”. *RDT*, nº 47, 1961.
- MICHÉA, F., “Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge. Retour sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union Européenne”. *Droit social*, nº 693, 2010.
- MIEDES UGARTE, B. y SÁNCHEZ LÓPEZ, C. “Transiciones y nuevos problemas económicos-laborales en el mercado de trabajo”, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.C. (Dir.) *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*. Bomarzo, Albacete, 2014.
- MILITELLO, M., "Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza)". *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* .INT – 77/2010.
- MIÑARRO YANINI, M. “El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia”. *Relaciones Laborales*, nº 3, 2014.
- MODUGNO, F., “Norma (Teoría Generale)”, *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978.
- MOLERO MANGLANO, C., *Sistema normativo laboral*. Colex, Madrid, 1987.
- MOLERO MARAÑÓN, M. L., “El principio de igualdad en la negociación colectiva: la admisión condicionada de los pactos de doble escala salarial”, AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2005.
- MOLINA NAVARRETE, C., “La nueva dialéctica afectación/desafectación entre convenios y estructura de negociación tras las reformas laborales de 1994 y de 1997”. *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1997.
- MOLINA NAVARRETE, C., “La ilegalidad sobrevenida de las cláusulas de nacionalidad en el acceso al empleo: los casos del deporte profesional y de la función pública”. *La Ley*, nº 5571, Tomo IV, 2002.
- MOLINA NAVARRETE, C. “Del principio al derecho a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”. *RTSS*, nº 251, 2004.

- MOLLER OKIN, S., *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, Nueva York, 1989.
- MOMM, W, RANSOM, R., “Discapacidad y trabajo”. Enciclopedia de la OIT. D - INSHT (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo), 2012.
- MONEREO ATIENZA, C., “Artículo 21. Principio de no discriminación”, MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ, J.L., (Dir.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*. Comares, Granada, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, estudio preliminar a la obra de GALLART FOLCH, A., *Las convenciones colectivas de trabajo*. Comares, Granada, 2000.
- MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., "El modelo de regulación jurídico-política de la inmigración en España", en AA.VV, *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*. Cacucci, Bari, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ, J.L., “El reconocimiento universal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en la ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”, MONEREO PÉREZ, J.L., (Dir.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*. Comares, Granada, 2010. PP.231ss.
- MONEREO PÉREZ, J.L., TOMÁS JIMÉNEZ, N., “El reconocimiento internacional y europeo del derecho a la negociación colectiva”, MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., (Dir.), *El sistema de negociación colectiva en España*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- MONTOYA MELGAR “¿Convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores?” Bol. Aedipe, 1982 y “Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores” en AA.VV., *Problemas actuales de la negociación colectiva*. Acarl, Madrid, 1984.
- MONTOYA MELGAR, A., “El declive de la eficacia normativa del convenio colectivo”. Nueva revista española de derecho del trabajo, nº. 161, 2014.
- MONTOYA MELGAR, A., “Un apunte sobre el declive de la eficacia normativa del convenio colectivo”, GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Coord.), *El derecho a la negociación colectiva: Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014.
- MORA ALEMAÑY, R., “¿También los extranjeros son iguales ante la ley? Revista de Derecho UNED, nº 12, 2013.
- MORALES ORTEGA, J. M. “Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil: antecedentes, contexto y contenido”, MORALES ORTEGA, J. M (Dir.) *Jóvenes y políticas de empleo: entre la estrategia de emprendimiento y empleo joven y la garantía juvenil*, Bomarzo, Albacete, 2014.
- MOREAU, M.A., "Mondialisation et droit social: Quelques observations sur les évolutions juridiques". Revue Internationale de Droit Economique, vol. 16, número monográfico, 2002.
- MOREAU, M.A., “Justifications of discrimination”, Presentación al VII Congreso Regional Europeo de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Estocolmo, 4 a 6 de septiembre de 2002.
- MORIN, M.L., *Le Droit des salariés à la négociation collective: Principe Général du Droit*. LGDJ, Paris, 1994.

- MOYA ESCUDERO, M., *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*. Comares Granada, 1999.
- MUNTANER GUASP, J. J. “Calidad laboral y discapacidad”, SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A., et al.](Coords.) , *Discapacidad y vida laboral*. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.
- NAVARRO AZPÍROZ, G. “Apunte sobre la correcta interpretación y aplicación del artículo 1.2) de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad”. *Diario La Ley*, nº 6484, 2006.
- NAVARRO NIETO, F., “Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras en la doctrina judicial más reciente”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 190, 2016.
- NEVADO FERNÁNDEZ, M.J., “Interrumpir la prestación de trabajo. Un derecho "con arrugas" si la causa es personal”. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº. 5, 2015.
- NIPPERDEY, H., *Grundrechte und Privatrecht, Archive Für die Civilistische Praxis*, 3,1994.
- NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº 25, 2011.
- NOVAJRA, A.M, “El papel de los sindicatos en la integración social de los inmigrantes, ¿asignatura pendiente?, en CHECA OLMOS, F., CHECA OLMOS, C.J., ARJONA GARRIDO, A., *Inmigración y derechos humanos. La integración como participación social*. Barcelona, Icaria, 2004.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., LOUSADA AROCHENA, J.F., *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*. Tecnos, Madrid, 2015.
- O’CINNEIDE, C., *Age Discrimination and European Law*. Office for Official Publication of the European Communities/ European Commission, Luxemburgo, 2005
- O’CINNEIDE, C., “The Growing Importance of Age Equality”. *The Equal Rights Review*, Vol. 11, 2013.
- ODOUL-ASOREY, I., *Négociation collective et droit constitutionnel: contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*. L.G.D.J. Lextenso editions, Paris, 2013.
- OLIVER ARAUJO, J., *El recurso de amparo*. Facultad de Derecho Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1986
- OLMEDA FREIRE, G. B., “La negociación colectiva en Alemania”, SALA FRANCO, T., (Dir.), *El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria: (primera parte)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- OLLERO TASSARA, A., “Relevancia constitucional de la igualdad”. *Tapia*, nº 49, Madrid, 1989.
- OLLIER, M., *Droit du travail*. A. Colin, Paris, 1972.
- ORTIZ GARCÍA, P., “Flexibilidad laboral en el mercado de trabajo español”. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, nº 32, 2013.
- OTAEGUI, A. “El deterioro laboral de las mujeres como efecto de la crisis”. *Fundación 1º de Mayo*, Madrid, 2014.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*. Lezioni. Parte Generale. Cedam, Padua, 1985.

- PALACIOS RIZZO, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CERMI. Madrid, 2008.
- PALADIN, L., *Il principio costituzionale d'egualianza*. Giuffrè, Milán, 1965.
- PALADIN, V., "Egualianza". Dir. Cost. En Enc. Dir. XIV, Milán, 1965.
- PALADIN, L., *Diritto Costituzionale*. Cedam, Padua, 1991.
- PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiano*. Il Mulino, Bologna, 2000.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución española*. CEC, Madrid, 1991.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho Sindical Español*. 3.ª ed Tecnos, Madrid, 1991.
- PASSAGLIA, P, ROMBOLI, R., "La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale", REVENGA SÁNCHEZ, M., (Coord.), *I problemi costituzionali dell'immigrazione tra Italia e Spagna*. Giuffrè, Valencia, 2005.
- PASTOR MARTÍNEZ, A., *La vigencia del convenio colectivo estatutario: análisis jurídico de su dimensión temporal*. Lex Nova, Valladolid, 2008.
- PASTURE, P., "Squaring the circle? Trade unions torn between class solidarity and regional and cultural identities in Western Europe", WETS, J. (Dir.), *Cultural diversity in trade unions: A challenge to class identity*. Aldershot, Ashgate, 2000.
- PATRUNO, L. "Il caso Rüffert: la Corte de Giustizia CE fa un altro passo avanti nella "via giudiziaria" al dumping social". *Costituzionalismo.it* Fasc. 2, 2008.
- PÉCAUT-RIVOLIER, L., *Lutter contre les discriminations au travail: un défi collectif*. Ministère des Droits des Femmes, Paris, 2013.
- PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*. Boletín Oficial del Estado BOE/Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- PEERS, S., "Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights", GUILD, E., MINDERHOUD, P., (Edits.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012.
- PELAGGI, L., "Autonomia collettiva, individuale e parità di trattamento". MGL, 1994.
- PELISSIER, J., SUPIOT A., JEAMMAUD, A. *Droit du travail*. Dalloz, 24 ed. Paris, 2008.
- PERA, G., "Sulla parità di trattamento tra i lavoratori". Riv.it. dir.lav., 1989.
- PÉREZ AMORÓS, F. "Prólogo", AMAUGER-LATTES, M.C., ESTEBAN LAGARRETA, R. *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva Franco-Española*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PÉREZ BUENO, L.C., *Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad*. Cinca, Madrid, 2013.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O., *Inclusión, redistribución y el reconocimiento: discriminación positiva, diversidad cultural y justicia*, Dykinson, Madrid, 2008.

- PÉREZ DEL RÍO, T., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993.
- PÉREZ DE RÍO, T. El derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario”, AA.VV., *La Constitución Española en el Ordenamiento Jurídico Comunitario (I): XVI jornadas de estudio*. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- PÉREZ DEL RÍO, T., “La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres 3/2007. Los Planes de Igualdad en las empresas”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número extraordinario de Igualdad, 2007.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 11ª ed. 2013.
- PÉREZ PÉREZ, M., “La nulidad parcial del convenio colectivo”. REDT, Civitas, nº 9. 1982.
- PÉREZ PÉREZ J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*. Lex Nova, Valladolid, 2015.
- PERSIANI, M., “Diritto del lavoro e razionalità”. Arg. Dir. Lav. 1995.
- PERULLI, A., SPEZIALE, V., “L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro”. WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 132,2011.
- PIAZZA FOJO, E., “Nación cultural y nación política la construcción romántica de la nación”. Revista de la Facultad de Derecho de Uruguay, nº.26, 2007.
- PICCININI, A, ZAMPINI, G., *I licenziamenti collettivi*. Ediesse, Roma, 2004.
- PILLINGER, J., *Negociando por la igualdad. Cómo contribuye la negociación colectiva a eliminar la discriminación salarial entre hombres y mujeres que desempeñan el mismo trabajo o trabajos de igual valor*. Confederación Europea de Sindicatos, Bruselas, 2014.
- PIZZORNO, A., “Fra azioni di classe e sistema corporativo”, AA.VV., *Movimento sindacale e società italiana*. Feltrinelli, Milán, 1977.
- PLATON, S., “Les spécificités du principe de non-discrimination dans l’Union européenne”, FAVREAU, B. (Dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne après le traité de Lisbonne*. Bruylant, Bruselas, 2010.
- POLO SÁNCHEZ, M.C., *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*. CES, Madrid, 1994.
- PORRET GELABERT, M., “La discriminación laboral y la gestión de la diversidad de los recursos humanos”. Revista técnico laboral, vol. 32, nº. 126,2010.
- PORTA, J., "Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalité dans le droit de l'égalisation" (2ª partie). Revue de Droit du Travail, Dalloz, 2011.
- PORTA, J., "Non-discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité", BORENFREUND, G., VACARIE, I., (Dirs.) *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, Paris. 2013.



- POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*. Andavira, Santiago de Compostela, 2012.
- PRADOS DE REYES, F. "El tiempo del trabajo en la normativa comunitaria". DL, nº 43, 1994.
- PRECIADO DOMÈNEC, C.H., *Igualdad y no discriminación en el Derecho de la Unión Europea*. Bomarzo, Albacete, 2016.
- PRIETO SANCHÍS L., *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990
- PRIETO SANCHÍS, L., "Notas sobre la interpretación constitucional". Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 9, 1991.
- PRIETO SANCHIS, L., *Tolerancia y Minorías: Problemas jurídicos y políticos*. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- PUHL, R.M., ANDREYEVA, T., BROWNELL, K.D.: "Perceptions of weight discrimination: prevalence and comparison to race and gender discrimination in America". International Journal of Obesity, Londres, nº. 32,2008.
- PUMARES FERNÁNDEZ, P., GARCÍA COLL, A., ASENSIO HITA, A. La movilidad laboral y geográfica de la población extranjera en España. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.
- QUESADA SEGURA, R., "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. nº Extra 3, 2007.
- QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales de las personas en las relaciones entre particulares*. Civitas, Madrid, 1981.
- QUINN, M., MACGOWAN, N., "Could article 30 imposes Obligations upon Individuals?" European Law Review, nº 163, 1987.
- QUINN, G., FLYINN, E., "Evolutions in antidiscrimination Law in Europe and North America: Transatlantic Borrowings: The Past and the Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability". The American Journal of Comparative Law, vol .60, 2012.
- QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva (diferencias salariales por razón de sexo)*. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *Los convenios colectivos irregulares*. Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.
- QUINTANILLA NAVARRO, B., "Igualdad y no discriminación en función de género: Estudio específico de la conciliación de la vida familiar y profesional y del acoso", ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (Coord.) *La negociación colectiva en España. Una visión cualitativa*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- QUINTERO LIMA, M.G. "Discriminación por edad y protección de los seniors (trabajadores maduros) en el derecho Social francés", MERCADER UGUINA, J.R., (Dir.) *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. Lex Nova, Valladolid, 2009.

- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. R., “Derechos y deberes laborales (en torno al artículo 4 y 5)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100 (I), 2000.
- RAMM, “Il contratto di tariffa di Philipp Lotmar: Introduzione”. *Dir.lav. rel. Ind.*, nº. 22, 1984.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*. Oxford University Press, 1971.
- RAWLS, J., *Political Liberalism*. Columbia University Press, 1993.
- RAWLS, J., *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge. Mass. Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001
- RENAUT, A., *Égalité et discrimination*. Seuil, Paris, 2007.
- RESCIGNO, G.U. "Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana", AA.VV., *Eguaglianza e legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*. Cedam, Padua, 1999.
- REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, 2007.
- REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, 2008.
- REY MARTÍNEZ, F., “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad?” *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 45, 2011.
- RIPERT, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. LGDJ, Paris, 1951.
- RIVAS VALLEJO, P., “Quiebras en la igualdad de trato de los trabajadores extracomunitarios de la Unión Europea”. *Revista Derecho del Trabajo*, nº 3, 2007 (extraordinario).
- RIVAS VALLEJO, P., “¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?”, *IUSLabor*, *Revista electrònica de Dret del Treball i de la Seguretat Social*, nº 1, 2015.
- RIVERO LLAMAS, J., “La contratación colectiva en el Acuerdo Marco Interconfederal de 5 de enero de 1980”, en AA.VV., *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva*. IESS Madrid, 1980.
- RIVERO LAMAS, J., “Democracia pluralista y autonomía sindical (Actividad política de los sindicatos y constitución)”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva España)*, nº 16, 1980.
- RIVERO LAMAS, J. Y DE VAL TENA, A., “El derecho a la negociación colectiva”, SEMPERE NAVARRO, A., (Dir.). *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 2003.
- ROCELLA, M. "Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di Giustizia", *Dir.lav.rel.ind.*, nº 1, 1993.
- ROCELLA, M., *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*. Giappichelli, Turín, 1998.
- ROCELLA, M. “Gli scatti di anzianità, discriminazioni in ragione dell’età: a proposito di un singolare revirement della Casazione”. *Riv. Giur. Lav.* II, 2010.

ROCHA SÁNCHEZ, F., CRUCES AGUILERA, J. DE LA FUENTE SANZ, L., OTAEGUI JÁUREGUI, A. "Crisis, austeridad y trabajo decente". Fundación 1º Mayo, Colección Estudios, nº 71, 2013.

RODIÈRE, P., *La convention collective du travail en droit international*. Thèse, Paris I, 1980.

RODIÈRE, P., "Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective". *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nº 44, 1, 2008.

RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRANO, C., TOHARIA, L., *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral*. Ediciones Cinca, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., "Imperativos económicos frente a derechos fundamentales, un nuevo paradigma de relaciones laborales", *Revista de Derecho Social*, nº. 65, 2014.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., *Negociación colectiva, igualdad y democracia*. Comares, Granada, 2016.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *Eficacia general del convenio colectivo*. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. "Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo", BORRAJO DACRUZ, E., (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "No discriminación en las relaciones laborales ", en BORRAJO DACRUZ, E., (Dir.) *Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, ERDP, Madrid, 1983.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*. Tecnos, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el art. 119 del Tratado de Roma". *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1986.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El valor cuasi-legal de los convenios colectivos". *Relaciones Laborales*, I, 1987.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales". *RL*, T. I, 1991.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional". *Relaciones laborales*, nº 1, 1992.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo". *Relaciones Laborales*, nº 1, 1993.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados". *Relaciones Laborales*, nº 13, 1996.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo". *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1996.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Legislación de extranjería y política de inmigración". *Relaciones Laborales*, nº 20, Sección Editorial, 2000.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, “Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo”. *Temas Laborales*, nº 59, 2001.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante”. *Relaciones Laborales*, nº 8, 2001

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Libertad de prestación de servicios y acción sindical”. *Relaciones Laborales*, nº 23-24, tomo 2, 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?” *Relaciones Laborales*, nº 15, 2008.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La igualdad en la ley y en aplicación de la ley”, CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*. Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo”. *Relaciones Laborales*, nº 2, 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., VALDÉS ALONSO, A., “Concurrencia de convenios colectivos estatutarios”, VALDÉS DAL RÉ, F., (Dir.), *Manual Jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario”, CAMAS RODA, F. (Coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la Inmigración*. Bosch, Barcelona, 2009.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”. *Relaciones laborales*, nº 22, 1998. También en *Tres décadas de relaciones laborales en España*. Editoriales y Estudios. Universidad de Sevilla, 2015.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Relaciones Laborales*, nº 10, 2014.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Discriminación de género y “otras” discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres”, CRUZ VILLALÓN, J., GARRIDO PÉREZ, E., FERRADANS CARAMÉS, C., (Coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*. CARL, 2015, Sevilla.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Relaciones Laborales*, nº 10, 2014.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., “La negociación colectiva en la Constitución”, AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. CEC, Madrid, 1980.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables al puesto de trabajo a las personas con discapacidad”. *Temas Laborales*, nº 127, 2014.

ROEMER, J.E., “Igualdad de oportunidades”. *Isegoría*, nº18, 1998.

ROMAGNOLI, U., “Il principio d’uguaglianza sostanziale” (comentario al art. 3.2), G. BRANCA (Dir.), *Commentario della Costituzione. Principi Fondamentali (arts. 1-12)*. Zanichelli, Bolonia, 1975.P. 167. CRISAFULLI, V., PALADIN, L., *Comentario breve alla Costituzione*. Cedam, Padua, 1999.

ROMANO, S., *L’ordinamento giuridico*. Sansoni, Florencia, 1947.

- ROMEO, C., *“La tutela del lavoratore disabile discriminato”*, LA MACCHIA, C., *Disabilità e lavoro*. Ediesse, Roma, 2009.
- ROMERO DE BUSTILLO, S., “Voluntad colectiva e individual en la relación laboral”. AA.VV., *La administración de los convenios colectivos y su valor normativo. III Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*. MTSS, Madrid, 1991.
- DILLA CATALÁ, M.J, ARROYO GONZÁLEZ, M., CUEVA PUENTE, C., SOBRINO GONZÁLEZ, G. M., *“Los trabajadores discapacitados en la negociación colectiva”*, VALDÉS DAL RÉ, F., (Dir.) *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*. Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- ROUAST, A., “La nature de l’efficacité de la convention collective”. *Dr. soc.*, 1960.
- RUANA ALBERTOS, S., VICENTE PALACIO, A., “Artículo 45. Elaboración y aplicación de los planes de igualdad”, GARCÍA NINET, J.I. (Dir.), *Comentarios a la ley de igualdad*. CISS, Valencia, 2007
- RUANO RODRÍGUEZ, L. “Acciones positivas y discriminación inversa”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 227 ,1995.
- RUBENSTEIN, M. “Teorie sulle discriminazioni”. *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, nº 7, 1990.
- RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en aplicación de la ley”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, 1997.
- RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 31,1991.
- RUESGA BENITO, S. M., PÉREZ ORTIZ, L., VIÑAS APAOLAZA, A. I., “Negociación colectiva y calidad del empleo en la unión europea”. *Revista de Economía Mundial*, nº 29, 2011.
- RUIZ CASTILLO, M.M., “Los límites de los llamados convenios colectivos extraestatutarios”. *Temas Laborales*, nº 98, 2009.
- RUIZ MIGUEL, A. “Discriminación inversa e igualdad”, en VALCÁRCEL, A. (Coord.) *El concepto de igualdad*. Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994.
- RUIZ MIGUEL, A., *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Doxa, nº 19, 1996.
- RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, GARCÍA SAN MIGUEL, L., (Edit.), *El principio de igualdad*. Dykinson, Madrid, 2000.
- RUSCIANO, M., *Contratto collettivo e autonomia sindacale*. Utet, Turín, 2003.
- RUTHERGLEN G., “From Race to Age: The Expanding Scope of Employment Discrimination Law”, *The Journal of Legal Studies* Vol. 24, nº 2, 1995.
- SABA, R. P, “Igualdad de trato entre particulares”. *Lecciones y Ensayos*, nº 89, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2011.
- SACCIA, G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Giuffrè, Milán, 2000.
- SÁEZ LARA, C., "Las discriminaciones indirectas en el trabajo". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 6, Universidad Complutense de Madrid, 1995.

- SÁEZ LARA, C., "Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario", AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. MTAS, Madrid, 2005.
- SALA FRANCO, T. "La libertad empresarial de contratación", AA.VV, *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
- SALA FRANCO, T., *Los convenios colectivos extraestatutarios*. IES, Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, Madrid, 1981.
- SALA FRANCO, T., "Los convenios extraestatutarios y los acuerdos colectivos" *Actualidad Laboral*, nº 12, 2013.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33, 2001.
- SANTAMARÍA, E. *La incógnita del extraño. Una aproximación a la significación sociológica de la «inmigración no comunitaria»*. Rubí, Barcelona, 2002.
- SANTORO, G., "Réflexions sur l'efficacité du droit de la négociation collective sur l'égalité hommes-femmes". *Droit social*, nº 1, 2016.
- SANTORO PASSARELLI, G., "Il problema della parità di trattamento retributivo". *Dir.lav.rel.ind.*, 1990.
- SANTORO PASSARELLI, G., "La parità di trattamento nel diritto italiano e nella prospettiva dell'ordinamento comunitario". *Giur. It. I*, 1994.
- SANTOS FERNÁNDEZ, R.I., TORRENTE GARI, S., "La Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas en procedimientos de despido colectivo". *AL*, nº 1, 1995.
- SANTUCCI, R., *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzativa*. Giappichelli, Turín, 1997.
- SANZ CABALLERO, S., "Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres", en RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., AZNAR GÓMEZ, J.A. (Coords.), *Discriminación versus diferenciación. Especial referencia a la problemática de la mujer*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004
- SARGADOY BENGOCHEA, J.A., "Las relaciones laborales en la Constitución". *Libre Empresa* 1978, nº 8.
- SARGADOY BENGOCHEA, J.A., *La eficacia de los convenios colectivos y su contenido en el Estatuto de los Trabajadores*. IES, Madrid, 1981.
- SARRIÓN ESTEVE, J., "Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea". UNED. *Revista de Derecho Político*.
- SASSEN, S. *La movilidad del trabajo y del capital: un estudio sobre la corriente internacional de la inversión y del trabajo*. MTSS, Madrid, 1993.
- SCARPELLI, F., *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*. Giuffrè Milano, 1993.
- SCHAUB, G., *Arbeitsrechts-Handbuch*. 9ª. Edition CH Beck, Munich, 2000.
- SCHIECK, D. "Elements of New Framework for the Principle of Equal Treatment of Persons". *European Labour Journal*, 2002.

SCOGNAMIGLIO, R., “Parità e libertà di trattamento economico e inquadramento dei lavoratori (a proposito di due recenti sentenze del supremo Collegio)”. MGL, 1990.

SEMPERE NAVARRO, A. V., “Limitaciones a la contratación temporal” en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *La Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2006.

SEMPERE NAVARRO, A.V., KAHALE CARRILLO, D.T., *Teletrabajo*. Col. Claves Prácticas, Francis y Taylor, Madrid, 2013.

SENRA BIEDMA, R., “Negociación colectiva y principio de igualdad”. IUSLabor, Revista electrònica de Dret del Treball i de la Seguretat Social, nº 2, 2007.

SERRA CRISTOBAL, R., (Coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SERRANO ARGÜESO, M., *La teoría de las fuentes en Derecho Individual del Trabajo*. Dykinson, Madrid, 1999.

SERRANO ARGÜELLO, N., “El tratamiento de las incapacidades laborales en la negociación colectiva”. Iustel, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 16, 2008

SERRANO ARGÜELLO, N. “La edad como factor de discriminación en el empleo”. Revista universitaria de Ciencias del Trabajo, nº 12,2011.

SIEGEL, S.A., “The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny”. The American Journal of Legal History, Vol. 48, Nº. 4 ,2006.

SIMON, D., "L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux: confirmation ou infléchissement?". Europe nº 3, 2010.

SOLA MONELLS, X., “La extinción de la relación laboral por pérdida de capacidad sobrevenida de menor entidad”, PÉREZ AMORÓS, A., *La extinción del contrato de trabajo*. Bomarzo, Albacete, 2006.

SOLANES CORELLA, A., “Una aproximación a los derechos de los extranjeros en España”, CABEZA PEREIRO, J., MENDOZA NAVAS, N., (Coords.), *Tratamiento jurídico de la inmigración*. Bomarzo, Madrid, 2008. P. 54.

SMITHSON, J, STOKOE, E., “Discourses of Work-Life Balance: Negotiating ‘Genderblind’ Terms in Organizations”. Vender, Works and Organizations, Vol. 12, nº 2, 2005.

SOLER ARREBOLA, J.A., “Los complementos salariales consolidables. La reorganización del complemento de antigüedad”, ESCUDERO RODRÍGUEZ.R., *La negociación colectiva en España: una mirada cualitativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Los derechos fundamentales en la Constitución Española”. Revista de Estudios Políticos (nueva época), nº 105, 1999.

SQUIRE, C., "Les exigences du droit de l'Union européenne en matière de sanctions des inégalités et discriminations", AKANDJI-KOMBÉ, J.-F. (Dir.) *Égalité et droit social*. IRJS Ed. Paris, 2014. PP. 409ss.

SPINELLI, C., “The right to work of disabled persons: a comparative study on legal framework and policies in some european union member states”. Revista Derecho Social y Empresa Suplemento nº 1, abril 2015.

- SPINELLI, C., “La sfida degli “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act”. *Diritti Lavori Mercati*, n° 1, 2017
- STEFANOVICHJ, S. “Disabilità e non autosufficienza nella contrattazione collettiva. Il caso italiano nella prospettiva della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020”. *Adapt Labour studies*, Ebook series n° 33, 2014
- STEIN, E., *Derecho Político*. Aguilar, Madrid, 1973.
- SUAY RINCÓN, J. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. Estudios de Derecho Público, Madrid, 1985.
- SUAY RINCÓN, J., “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, MARTÍN RETORTILLO, S., (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. (Homenaje al Profesor García de Enterría)*. Civitas, Madrid, 1991.
- SUNDBERG-WIETMAN, B., *Discrimination on grounds of nationality*, North-Holland Publishing, Amsterdam, 1977.
- TADINI, L., “Esempi di pensionamento parziale in Europa”, SQUEGLIA, M. (Coord.), *La «staffetta intergenerazionale» tradiscutibili modelli e dubbie prospettive*. Bolletino Adapt especial de 30 de mayo de 2013.
- TAHORIA CORTÉS, L., “El modelo español de contratación temporal”. *Temas Laborales*, n° 64, 2002.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería: (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España): incorpora el RD 864-2001, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Evolución y régimen jurídico vigente de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa”. *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 1 2015.
- TOMÁS JIMÉNEZ, N., *El tratamiento convencional de la política de empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- TOMÁS JIMÉNEZ, T., “El derecho a la negociación colectiva de los trabajadores extranjeros”, GARCÍA CASTAÑO, F. J., KRESSOVA, N., (Coords.) *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Instituto de Migraciones, Granada, 2011.
- TOMÁS JIMÉNEZ, N. “La jubilación forzosa y su evolución legislativa”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs. y Coords.) *La edad de jubilación*. Editorial Comares, Granada, 2011.
- TIRABOSCHI, M., *Istituzioni di diritto del lavoro*. 5ª Ed., Giuffrè, Milano, 2012.
- TIRABOSCHI, M. TOMASSETTI, P. , “Il nuovo lavoro a termine alla prova dei contratti collettivi” , TIRABOSCHI, M. ,(Coord.) , *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in. 16 maggio 2014, n. 78*. *Adapt Labour Studies E-book Series*, n° 25, 2014.
- TOCQUEVILLE, A., *De la Démocratie en Amérique*. Tomo. 2. Flammarion, Paris, 1981.
- TREMOLADA, M., *Autonomia privata e parità di trattamento fra lavoratori*. Cedam, Padua, 2000.
- TRIA, L., *Il divieto di discriminazione tra Corte di Strasburgo e Corti interne*, CNEL, Roma, 2014.
- TRIBE, L.H., *American constitutional law*. Vol. I, Foundation 3ª ed., 2000.



TRIDIMAS, T., "Proportionality in European Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny", ELLIS, E. (Edit.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Hart Publishing, Oxford, Portland-Oregon, 1999.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., "Fundamentación jurídica del derecho de negociación colectiva de los trabajadores extranjeros", DE SOTO RIOJA, S., (Coord.), *Cuestiones Problemáticas de la Negociación Colectiva. XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. CARL, Sevilla, 2009

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., "Las autorizaciones de trabajo de los extranjeros en España: revisión jurídico-política". *Tribuna Social*, nº 239, 2010. P. 159. TUORTO, D. *Il lavoro difficile. Discriminazione e gruppi discriminati in Italia*. Il Mulino, Bolonia, 2012.

TUSET DEL PINO, P., "La asimilación legal de minusválido con respecto a quienes sean pensionistas de la Seguridad Social y tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez.: comentario a la STSJ de Cantabria de 6 de febrero de 2006 (AS 2006, 574)". *Aranzadi social*, nº 1, 2006.

ULRICH ZACHERT, H., "La negociación colectiva en Alemania", AA.VV., *La negociación colectiva en Europa*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

URTEAGA, E., "Las políticas de discriminación positiva en Francia". *Revista de Sociología*, vol. 95, nº 1, 2010.

VADALÀ, V., *La tutela delle disabilità*. Giuffrè, Milano, 2009.

VALDÉS DAL-RÉ, P., "La negociación colectiva en la Constitución". *Revista de Política Social*, nº 121, 1979.

VALDÉS DAL RÉ, F., "El modelo de negociación colectiva de condiciones de trabajo", AA.VV., *La negociación colectiva en las Pequeñas y Medianas Empresas*. IMPI-MIE, Madrid, 1982.

VALDÉS DAL RÉ, F., "Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva". *Revista de Política Social*, nº 137, 1983.

VALDÉS DAL RÉ, F., *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*. Acarl, Madrid, 1989.

VALDÉS DAL RÉ, F., "El paradigma legal en la negociación colectiva". *Relaciones Laborales*, nº 6-7, 1990.

VALDÉS DAL RÉ, F., "La eficacia jurídica de los convenios colectivos". *Temas Laborales*, nº 76, 2004.

VALDÉS DAL RÉ, F., "Las transformaciones de las fuentes de derecho del trabajo: Una aproximación". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 25, nº2, 2007.

VALDÉS DAL-RÉ, F., "Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral", GÓMEZ CAMPELO, FÉLIX, VALBUENA GONZÁLEZ, E., (Coords.), *Igualdad de género: una visión jurídica plural: Jornadas Igualdad Efectiva: realidad o ficción*. Servicio de Publicaciones, Universidad de Burgos, 2008.

VALDÉS DAL RÉ, F., "La división dualista del contenido del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico sistemática y comparada". *Relaciones Laborales*, nº 14, 2008.

VALDÉS DAL RÉ, F., "La recreación por la jurisprudencia del concepto de contenido normativo del convenio colectivo". *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2008.

- VALDÉS DAL RE, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*. Reus, Madrid, 2010.
- VALDÉS DAL RÉ, F. "El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española", *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 5, 2011.
- VAQUERO GARCÍA, A. "La inversión en educación y formación como respuesta a la discriminación laboral por la edad", en CABEZA PEREIRO, J. BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dir.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*. Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- VARDARO, G., *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*. Franco Angeli, Milán, 1985.
- VARELA DÍAZ, S., "La idea del deber constitucional". *REDC*, nº 4, 1982.
- VEDEL, G., "L'égalité", AA.V.V., *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*. La documentation française, Paris. 1990.
- VELASCO RETAMOSA, J. M., "La libre circulación de personas en la Unión Europea. Los nacionales de terceros Estados como beneficiarios de esta libertad". *Revista Colombiana Derecho Internacional*, 2013, nº 22.
- VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- VENTURA FRANCH, A., "Artículo 11. Acciones positivas", GARCÍA NINET, J.I., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Igualdad*. CISS, Valencia, 2007
- VERNY, E., "Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation ", *Rapport Annuel Cour de Cassation*, 2008.
- VETURA, L., *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*. Giuffrè, Milano 1984.
- VICENTE PALACIOS, A., "Evolución y tendencias en el contenido de la negociación colectiva: mínimo y posible. Normativo y Obligacional", en AA. VV., *Perspectiva de la negociación colectiva en el marco comparado. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Editorial Cinca, Madrid, 2015.
- VIDAL FUEYO, M.C., *Constitución y Extranjería*. CEPC, Madrid, 2002.
- VIDAL GARCIA ALONSO, J., (Coord.). *El movimiento de vida independiente. Experiencias Internacionales*. Fundación Luis Vives, Madrid, 2003.
- VILLA, P., SMITH, M., "Policy in the time of crisis: employment policy and gender equality in Europe", KARAMESSINI, M, RUBERY, J., (Edits.) *Women and Austerity: The economic crisis and the future of gender equality*. Routledge, Londres y New York, 2014.
- VISCOMI, A., "Giuslavoristi e immigrazione extracomunitaria: un incontro difficile". *Lavoro e diritto*, 1992.
- VON MÜNCK, I. "Drittwirkung de los derechos fundamentales en Alemania". CODERCH, S. (Coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Civitas, Madrid, 1997.
- VON PRONDZYNSKI, F., VERWILGHEN, M., (Coords.), *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté européenne*. Office des publications officielles des Communautés européennes. Bélgica, 1994.

- WARNECK, W., "What is the political temperature after the Laval and Viking judgments?" Transfer: European Review of Labour and Research, vol. 16, n°. 4, 2010.
- WASSERMAN D., "Distributive Justice", SILVERS, A., WASSERMAN, D. y MAHOWALD, M. B., (Dirs.), *Disability, Difference, Discrimination. Perspective on Justice in Bioethics and Public Policy*. Rowman & Littlefield Publishers, United States of EE.UU. 1998.
- WIESBROCK, A., *Legal Migration to the European Union*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.
- WILLBORN, S.L., Disparate Impact "Model of Discrimination: Theory and Limits". Am. UL Rev., 1984.
- WOLFGANG, Z., LORITZ, K.G., *Arbeitsrecht Ein Studienbuch*. 5ª. Ed Beck C. H., Munich, 1998.
- WRENCH, J., REA, A., OUALI, N. (Eds.), *Migrants, Ethnic Minorities and Labour Market: Integration and Exclusion in Europe*. Mac Millan, Londres, 1999.
- YSÁS MOLINERO, H. "La participación de los sindicatos en funciones normativas en Francia". Área de Estudios Sindicales, Fundación 1º de mayo, Noviembre, 2010.
- YUDELL, M., ROBERTS, D., DESALLE, R., TISHKOFF, S.," Taking race out of human genetics". Science, Vol. 351, asunto 6273,2016.
- ZACCARDI, G. "Il principio di non discriminazione nel rapporto di lavoro". *Questione giustizia*, n° 1 2014.
- ZAHN, R. "The Viking and Laval Cases in the Context of European Enlargement". *Law and Philosophy Journal Articles*, University of Newcastle Upon Tyne, 2008.
- ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de distinciones por razón de sexo: derecho comunitario, nacional y autonómico*. Thomson-Aranzadim Barcelona, 2008.
- ZÖLER, W., *Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht*. Manz, Viena, 1996.
- ZOLI, C., *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore: dagli interessi legittimi al'uso delle clausole generali*. Giuffré, Milán, 1988.