

REVISTA DE ESTUDIOS FRONTERIZOS DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR

REFEG (NUEVA ÉPOCA)

ISSN: 1698-1006

GRUPO SEJ-058 PAIDI

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRAS LA LEY 3/2012

MERCEDES RÍOS RODRÍGUEZ

Graduada en Relaciones Laborales y Recursos Humanos
Mercedes.riosrodriguez@alum.uca.es

REFEG 2/2015

ISSN: 1698-1006

MERCEDÉS RÍOS RODRÍGUEZ

Graduada en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

Mercedes.riosrodriguez@alum.uca.es

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRAS LA LEY 3/2012

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DEL DERECHO Y LA IGUALDAD. III. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL. IV. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO. V. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO Y CONVENIOS COLECTIVOS (ART. 37 CE) TRAS LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO. VI. LOS PLANES DE IGUALDAD. VII. IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS DISCRIMINATORIOS. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN. Este artículo describe y analiza la configuración jurídica del convenio colectivo como fuente reguladora y garantista del derecho de igualdad y no discriminación por razón de género, tanto con carácter general como en el ámbito específico del acceso al empleo, formación y promoción en el trabajo y en las más relevantes condiciones en las relaciones laborales. A tal fin, y a partir de la doctrina establecida por la jurisprudencia constitucional, se estudian las causas de la desigualdad y las categorías que permiten una fundamentación razonable y objetiva para lograr la igualdad material. También se aportan datos cuantitativos acerca de la influencia de la Ley Orgánica 3/2007 en el régimen de los convenios colectivos en esta materia.

PALABRAS CLAVES: CONVENIO COLECTIVO. IGUALDAD DE GÉNERO. IGUALDAD MATERIAL. DISCRIMINACIÓN. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. RELACIONES LABORALES. ACCESO AL EMPLEO. CONDICIONES LABORALES.

ABSTRACT. This paper work describes and analyses the collective agreements legal configuration as regulating and guarantor source of the equality's right and no discrimination because of the sex, as much in general terms as in the specific field of accessing to a job, training and advancement in the job and in the main conditions in the labour relationships. According the established doctrine by the constitutional sentences, we study the inequality causes and the categories which give a reasonable and factual basis to reach a material equality. In addition, this work also provides quantitative facts about the influence of Organic Law 3/2007 in the collective agreements regime in this matter.

KEYWORDS: COLLECTIVE AGREEMENT. GENDER EQUALITY. MATERIAL EQUALITY. DISCRIMINATION. CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE. LABOR RELATION. ACCESS TO EMPLOYMENT. WORKING CONDITIONS.

I. INTRODUCCIÓN

Para analizar las cuestiones jurídico-constitucionales que suscita la igualdad de género en la regulación de las relaciones de trabajo por el convenio colectivo, partimos de la triple hipótesis siguiente: en primer lugar, que esta fuente de las relaciones laborales no permite en la actualidad una adecuada protección frente a la discriminación por razón de género; en segundo lugar, que las reformas laborales del año 2012 han acentuado aún más esta carencia de nuestro ordenamiento jurídico, incluso en el caso de los Planes del Empleo; y, en tercer lugar, que hay fundamentos constitucionales que avalan una reforma legislativa que permitiría un mejor cumplimiento del mandato promocional de la igualdad (art. 9.2 CE) en el ámbito de la igualdad de género. Planteadas estas hipótesis, analizaremos: a) Las cuestiones jurídico-constitucionales que plantea el citado objeto; b) los problemas normativas derivadas de las citadas reformas de 2012 en la regulación de la negociación colectiva; y c) las posibles propuestas de *lege ferenda* que sitúen al convenio colectivo en un contexto normativo más cercano a los principios constitucionales de igualdad.

Pues bien, el ámbito material de la igualdad de género, que destaca por su carácter transversal, justifica su estudio en el ámbito de las relaciones laborales en general, y particularmente en el de la empresa privada, por ser ésta la que sufre más situaciones de desigualdad y la más interesante por la indudable confrontación existente entre la especial protección del derecho de igualdad como derecho fundamental y el derecho de libertad de organización y dirección del empresario. Se trata de una ámbito problemático y necesitado de un más completo entendimiento a partir de una interpretación sistemática de la relación existente entre el convenio colectivo y la igualdad real en materia de género, como método

principal para integrar las lagunas jurídicas, completar la dispersa regulación que sufre este derecho en nuestro ordenamiento jurídico y subsanar la insuficiencia del convenio colectivo para alcanzar la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, incluso tras la Ley 3/2007, de 22 de marzo.

II. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DEL DERECHO Y LA IGUALDAD

La igualdad por razón de género está referenciada expresamente en el artículo 14 de la CE como límite frente a la discriminación y, según el Tribunal Constitucional, forma parte del contenido promocional de la igualdad del art. 9.2 CE. Según la Exposición de Motivos de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH), la igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico y universal reconocido en numerosos textos internacionales.

En efecto, la igualdad y la no discriminación están presentes en todos los niveles normativos que integran la protección multinivel de derechos¹ y, particularmente, en los principales instrumentos normativos de carácter internacional sobre esta materia, que son la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales de 1950 y la Carta Social Europea de 1961. Además, dispone el art. 10.2 CE que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la

¹F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson. Madrid, 2008. Vol. II, pp. 133-135 y 158.

Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En su virtud, los tratados y acuerdos internacionales sobre el derecho de igualdad y no discriminación, ratificados por España, sirven como canon interpretativo de la legislación sobre esta materia.

La igualdad de género es, asimismo, un principio fundamental en la Unión Europea y, a tal efecto, la Exposición de Motivos de la LO 3/2007, de 22 de marzo, se refiere expresamente a su fundamento jurídico europeo: “desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros”²². También en esta dimensión normativa europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007 dispone en su art. 23 que “la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”, y que “el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”²³. Justamente en ese mismo año, se promulgó en España la citada LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo texto regula un marco normativo especial para la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mu-

jes y hombres, diferenciado del marco normativo general para la negociación colectiva, e incluyendo “los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad”²⁴.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que el convenio colectivo se considera una fuente normativa necesaria, junto a la ley, para integrar el régimen jurídico en materia de igualdad de trato de mujeres y hombres y no discriminación por razón de género en el ámbito laboral. No en vano, el convenio colectivo adapta las leyes a las realidades profesionales como función que resulta esencial para exigir el principio de igualdad a las partes negociadoras a través de los mandatos de igualdad del convenio colectivo y de la negociación colectiva²⁵. Sin embargo, precisamente por su eficacia transformadora en materia de igualdad de género, la capacidad vinculante del convenio colectivo se puede ver mermada por leyes y prácticas que perjudican la efectividad del derecho fundamental de igualdad o por la ausencia de instrumentos que lo tutelen y promuevan.

Pues bien, justamente con estos fundamentos debemos analizar la eficacia de la regulación de la igualdad de género en los convenios colectivos, así como la expresa prohibición de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, que es una manifestación del reconocimiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación como derecho fundamental recogido en el artículo 14 de la CE, que por causa de la mencionada función de los convenios colectivos debe ser vinculado con el art. 37 de la CE, regulador del derecho a la negociación colectiva.

²²Exposición de Motivos núm. 1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. *BOE* núm. 71 de 23 de marzo de 2007.

²³Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007, *DOUE* C. 303.

²⁴ LO 3/2007, cit.

²⁵ F. LOUSADA AROCHENA, *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 85. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 28.

III. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En la Constitución de 1978, los derechos, deberes y libertades se pueden clasificar en tres grandes grupos: los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 14 a 29 y la objeción de conciencia del art. 30.2 CE), los derechos civiles (arts. 30 a 38 CE) y los derechos económicos, sociales y culturales, estos últimos como principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52 CE). La igualdad y no discriminación pertenece al primer grupo, si bien se proyecta sobre la mayoría de los otros derechos de los trabajadores, como derecho-estrella que se aplica a todas las relaciones jurídicas al universo de los derechos fundamentales, principalmente sobre los derechos económicos, sociales y culturales representativos del Estado Social⁶.

La cuestión del valor jurídico de la igualdad y de no discriminación, como ocurre con todos los derechos fundamentales, ha sido un tema recurrente de reflexión de la doctrina científica y también del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Como afirma Peces Barba, “los derechos fundamentales son la prolongación subjetiva de los valores superiores y los principios de organización y de interpretación, [...]”⁷, mientras que, según Parejo Alfonso, “esos derechos deben considerarse manifestación de los valores superiores de la libertad, justicia y la igualdad consagrados en el art. 1.1 de la Constitución...”⁸. Para

Pérez Luño, “los derechos fundamentales son parte del núcleo definitorio de la propia Constitución, cuya permanencia se hace necesaria para mantener y salvaguardar la propia identidad del texto constitucional”⁹ y, además, “los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana”; tanto en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho) como a partir de la exigencia de solidaridad, que es corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho)”¹⁰.

1. La igualdad y no discriminación en el ámbito de la negociación colectiva

En principio, la Constitución Española de 1978 contempla una cláusula general que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley y prohíbe realizar discriminaciones por circunstancias o condiciones personales o sociales. Esta cláusula se encuentra recogida en el artículo 14 CE, cuya su ubicación sistemática la configura como el auténtico pórtico del Capítulo II del Título I CE, que se proyecta como canon interpretativo para todo el ordenamiento jurídico. Como es sabido, se trata de un reconocimiento de la igualdad que, en el contexto de los Estados sociales y democráticos de Derecho de las constituciones posteriores a la II Guerra Mundial, superó su concepción

prudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, p. 170.

⁹A. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*. Tecnos. Madrid. 2007, p. 68.

¹⁰A. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, cit., pág. 20.

⁶L. DIEZ - PICAZO, “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Poder Judicial*, núm.5, 1987, p. 41.

⁷G. PECES-BARBA, *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Editorial Dykinson. Madrid, 2005. p. 247.

⁸L. PAREJO ALFONSO, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la juris-

formal (igualdad ante la ley, igualdad formal, igualdad en el punto de partida) para consagrar una segunda dimensión material (igualdad real, igualdad en la ley, igualdad en el punto de llegada), basada en la consecución de la igualdad real y efectiva.

Desde una situación en la que la ley se concretaba exclusivamente en la regla del tratamiento igualitario, se ha pasado a otra en la que cabe el tratamiento diferenciado cuando exista la justificación objetiva y razonable que exige el Tribunal Constitucional. La igualdad se configura, por tanto, como una noción más compleja que la de la igualdad ante la ley (igualdad formal), convertida en un límite de la actuación de los poderes públicos y de un mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad de estos. No se trata ya de que los poderes públicos no puedan diferenciar entre individuos o grupos; se trata de que, si lo hacen, su actuación no puede ser arbitraria¹¹.

A través de esta concepción, los poderes públicos equilibran las desigualdades sociales y se faculta a los individuos a participar de los beneficios sociales y de las prestaciones de los poderes públicos por mandato del art. 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

¹¹Este derecho implica la prohibición expresa de cualquier tipo de discriminación, como establece el art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma o religión, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. DUDH de 10 de diciembre de 1948.

Además, en el ámbito de la función jurisdiccional, donde se exige la observancia de la imparcialidad, el derecho de igualdad supone la prohibición de discriminación procedente del cambio de criterio judicial así como la obligación de protección frente a toda vulneración de la igualdad, lo que resulta muy relevante en el ámbito de las relaciones laborales¹². Concretamente, los derechos fundamentales y la igualdad de género como parte de los mismos gozan del máximo nivel de protección jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, y este mayor nivel de protección se instrumenta a través del recurso de amparo judicial y el recurso de amparo constitucional. De esta forma, se exige a los tribunales ordinarios que agoten las posibilidades de reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, conforme al principio de subsidiariedad del recurso de amparo, pudiendo intervenir únicamente la jurisdicción constitucional en caso de no producirse dicha reparación ante la jurisdicción ordinaria (STC 284/2000, de 27 de noviembre)¹³.

¹²STC 60/1984, de 16 de mayo. El propio Tribunal Constitucional ha declarado que, “en los casos de disparidad arbitraria de criterios de un órgano jurisdiccional, aunque quizás sea más precisa la invocación del artículo 14 CE (vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley), no es incorrecta la invocación del artículo 24 CE (tutela efectiva), pues una actuación manifiestamente arbitraria por injustamente desigual es contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes (artículo 9.3 CE) e implica denegación de la tutela judicial efectiva. En tal caso cabe aducir como base del amparo que se solicita tanto el artículo 14 como el artículo 24 CE. Lo importante, en cuanto al fondo, es que el cambio de criterio no sea fruto de un mero voluntarismo casuístico sino consciente, justificado y razonado”. STC 60/1984, de 16 de mayo. BOE núm. 146, de 19 de junio de 1984.

¹³Según el F.J. núm. 4 de la STC 284/2000, de 27 de noviembre, “en suma, la apreciación de la causa de inadmisión, relativa a la falta de agota-

En su proclamación general, como derecho fundamental, la igualdad y la no discriminación integran un derecho fundamental que proyecta su eficacia con plena fuerza normativa y vincula a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos a partir de su reconocimiento constitucional (arts. 9 y 53 CE), lo que compromete a todas las potestades normativas reguladoras de las relaciones laborales. En desarrollo de esta eficacia y protección, el derecho de igualdad y de no discriminación posee una doble dimensión:

a) Dimensión subjetiva.- Es aquella que es oponible frente a los sujetos pasivos de este derecho (otros ciudadanos y poderes públicos) conforme al principio de limitación del poder.

b) Dimensión objetiva.- La garantía de los derechos fundamentales, como ocurre con todos los derechos subjetivos, descansa sobre una norma objetiva, que en este caso se residencia en el sistema de garantías genéricas, institucionales y jurisprudenciales que amparan el derecho de igualdad y de no discriminación, indisponibles incluso para el legislador. Según el F.J. 4º de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, sobre la

miento de la vía judicial (art. 50.1 a, en relación con el art. 44.1 a LOTC), por no haberse pedido la nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo, convierte en improcedente cualquier pronunciamiento acerca de los motivos invocados en la demanda. Nuestro fallo ha de ser radical, decisión de inadmisión, sin que sea un obstáculo por ello el haber admitido a trámite el recurso. Tal admisión —según la doctrina de este Tribunal— no excluye un examen posterior de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción, lo que puede llevarse a cabo de oficio o a instancia de parte, plasmándose en la Sentencia definitiva (SSTC 181/1997, de 27 de octubre, F.J. 2, y 111/1998, de 1 de junio, F.J. 1). STC 284/2000, de 27 de noviembre. *BOE* núm. 4, de 4 de enero de 2001.

capacidad del legislador de restringir derechos, el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer “restricciones y limitaciones” a tales derechos, pero esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que “son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español” (...) “ni adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España”¹⁴.

2. El derecho de negociación colectiva

El reconocimiento del derecho de negociación colectiva está recogido en el art. 37 CE. Aunque por su ubicación no se trata de un derecho fundamental, sí es directamente aplicable y su contenido esencial debe ser respetado por la ley ordinaria que lo desarrolle. Según el Tribunal Constitucional, en la STC 58/85, de 30 de abril (F.J. núm. 3) “la facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE) de regular los intereses recíprocos, mediante la negociación colectiva, es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional”, esto es, el derecho a la negociación colectiva debe ser considerado un derecho constitucional indiscutible. Como declara el F.J. núm. 4 de esta relevante sentencia, “la Constitución Española ha reconocido a los representantes de los trabajadores y empresarios un poder de regulación afectado a un concreto fin, el cual es la ordenación de las relaciones laborales en su conjunto, que actúa, en un sistema de negociación colectiva como el instituido por el Estatuto de los Trabajadores, a través de la representación institucional que osten-

¹⁴F.J. núm. 4, STC 236/2007, de 7 de noviembre, *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2007.

tan los Sindicatos y Comités de Empresa, de un lado, y las asociaciones empresariales de otro”.

En cuanto a su contenido, según el F.J. núm. 5, “del 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 derechos fundamentales”¹⁵. No obstante lo anterior, la negociación colectiva debe respetar los derechos fundamentales, quedando de esta forma limitada por la protección de los mismos que pudieran verse lesionados por ella. En general, la negociación colectiva no puede contradecir la ley ni por supuesto vulnerar ningún derecho fundamental, y aunque no esté obligada a regular derechos fundamentales, sí tiene la obligación de respetar y observar su contenido, en especial el del derecho a la igualdad y no discriminación, tal y como ha proyectado la mayor parte de la jurisprudencia constitucional¹⁶.

¹⁵P. GÓMEZ CABALLERO, “Los límites a la negociación colectiva para regular la extinción del contrato de trabajo por razón de edad”, en *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* núm. 77, 2004, pp. 19 y 20.

¹⁶FJ. núm. 4, STC 27/2004, de 4 de marzo; “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, pues sólo así se hará efectiva la capacidad reconocida por la ley a trabajadores y empresarios para 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» (art. 82 del Estatuto de los Trabajadores). No puede decirse, por lo tanto, que la distinción dentro del Convenio colectivo sea per se contraria al principio de igualdad. Habrá que examinar si la

Este reconocimiento constitucional no conlleva la obligación de ejercerlo a ninguno de sus titulares, sino que otorga a trabajadores y empresarios un poder normativo para regular sus condiciones de trabajo frente al Estado no pudiendo este interferir, salvo para garantizar y promocionar el ejercicio de este derecho¹⁷.

Por otro lado, no se puede determinar el alcance de este derecho sin tener en cuenta su conexión con el derecho fundamental de libertad sindical que contempla el art. 28.1 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional interpreta su contenido esencial en su vertiente organizativa, reconociéndolo a los sindicatos como entidades previstas en la Constitución (art.7 CE) por ser titulares de este derecho, y aunque el art. 28.1 CE no contempla expresamente el derecho a la negociación colectiva, el derecho fundamental de libertad sindical quedaría desvirtuado si no incluyera el de negociación al ser este un derecho básico de actuación sindical¹⁸.

diferencia es o no razonable y si es o no aceptable para el ordenamiento, todo ello a la luz de las consideraciones generales que este Tribunal ha hecho sobre el contenido y el alcance del principio de igualdad (STC 67/1988, de 18 de abril, entre otras) y de las consideraciones particulares que aquí se vienen haciendo.” BOE núm. 83, de 6 de abril de 2004.

¹⁷C. AGUT GARCÍA, “El derecho a la Negociación colectiva en España: Breves consideraciones”, en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Néstor de Buen*, 2003, pp. 12-23.

¹⁸Según el F. J. núm. 3 de la STC 222/2005, de 12 septiembre, “la aplicación de la doctrina citada al caso ahora sometido a nuestro enjuiciamiento conduce a afirmar que el cauce procesal elegido por el sindicato recurrente para impugnar la resolución de la Universidad de Oviedo fue el correcto, puesto que dicha resolución afectó a su derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), contenido adicional de su derecho fundamental a la libertad sindical reconoci-

Esta vinculación entre los artículos 28 y 37 del texto constitucional es muy relevante porque, en cuanto a su protección jurisdiccional, la naturaleza y la ubicación sistemática del art. 37 no hace a la negociación colectiva en sí misma tutelable en amparo, salvo a través de la vulneración del art. 28.1 CE de la libertad sindical, es decir, que son susceptible de amparo constitucional las lesiones del derecho a la negociación colectiva que impliquen una lesión a la libertad sindical “cuando se dan frente a un sindicato”¹⁹, pues la libertad sindical alcanza sólo a sus titulares, como es en el caso de los sindicatos por su entidad y trascendencia, pero no puede ser referido, por ejemplo, a la actividad sindical del comité de empresa. En síntesis, el derecho de negociación colectiva del sindicato forma parte del contenido esencial indisponible del derecho fundamental de libertad sindical, no quedando por tanto amparadas las actividades de otros sujetos²⁰.

da en el art. 28.1 CE...”. STC 222/2005, de 12 de septiembre. *BOE* núm. 246, de 14 de octubre de 2005.

¹⁹Según el F. J. núm. 2 de la STC 208/1993, de 24 de junio, “este Tribunal ha considerado que determinadas lesiones del derecho de negociación colectiva cuando se dan frente a un sindicato y, por su entidad y trascendencia, supongan una radical y arbitraria eliminación o desconocimiento del mismo y de la autonomía colectiva, pueden propiciar el amparo constitucional por deducirse de esa conducta una lesión directa del derecho a la libertad sindical”. STC 208/1993, de 24 de junio. *BOE* núm. 183, de 2 de agosto de 1993.

²⁰J. GARCÍA BLASCO, “La jurisprudencia Constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva”. *Temas laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 76, 2004, pp. 69 y 70.

IV. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO

Como manifestación del derecho a la igualdad ante la ley y a la igualdad en la ley²¹, el derecho a la igualdad por razón de género implica también la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres que se recoge por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948: “todos los seres (en lugar de todos los hombres) nacen iguales²². En España no es hasta la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, cuando se reconocía específicamente el derecho a la igualdad (formal) por razón de sexo en el entorno laboral, aunque no se incluyera en la Ley de Procedimiento Laboral. A través de su artículos 4.2.d) y 17 se reconocía de forma general este derecho y en el art. 28 en el ámbito material de la remuneración salarial, que no extrasalarial. No contenía fórmulas para el alcance de la igualdad efectiva, ni existía derogación expresa de las prohibiciones de trabajo paternalistas. De hecho, se mantenía una visión paternalista en materia laboral en algunos preceptos como el del permiso de lactancia de titularidad (únicamente femenina).

En la actualidad, después de años de reformas laborales, el principio de igualdad de trato de mujeres y hombres queda regulado en el RDL 1/1995 de 24 de marzo de 1995, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), donde, en su art. 4.2 c), se reconoce el derecho “a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados”. Se trata de un

²¹M. RODRÍGUEZ-PINERO; M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986. pp. 28 a 35.

²²L. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas. Madrid, 2003, pp. 175- 176.

derecho desarrollado en el art. 17, y en los arts. 24.2 y 28.3 del ET. Como derecho a la igualdad de trato y no discriminación que se reconoce al trabajador en el art. 17 ET, vincula a todos los sujetos implicados en el ámbito de las relaciones de trabajo, desde la Administración Pública al empresario, los servicios de empleo, colocación u orientación laboral, las organizaciones sindicales y empresariales y las representaciones colectivas de los trabajadores (unitarias, sindicales o especiales).

Además, se trata de un derecho configurado específicamente por la Ley 3/2007, de 22 de marzo (LOIEMH), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que se promulgó cumpliendo las exigencias de la normativa comunitaria de adoptar, en el marco del derecho interno, “las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales a fin de promover la igualdad de trato”, conforme a la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación²³, como ámbito donde se incluye la formación y promoción profesional, el acceso al empleo, las condiciones de trabajo y la afiliación y participación sindical.

En el Título I de esta Ley 3/2007 se identifican tres tipos de preceptos y previsiones:

²³Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio. *DOUE* L 204/23, de 26 de julio de 2006; Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, y de reforma de la Directiva 76/207/CEE, 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. *DOUE* L 296/15, de 5 de octubre de 2002.

a) Principio de igualdad y no discriminación: Alcance del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres (arts. 3 y 4); discriminación directa e indirecta (art. 6); acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 7); y discriminación por embarazo o maternidad (art.8).

b) Alcance del principio de igualdad y no discriminación: Igualdad de trato y oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo (art. 5); acciones positivas (art. 11). Y,

c) Medidas de efectividad y refuerzo de la igualdad y no discriminación: Principio de indemnidad (art. 9); nulidad de actos discriminatorios (art. 11), tutela judicial efectiva (art. 12) y prueba (art. 13).

En su Título IV se contienen las medidas tendentes a garantizar el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades²⁴, lo que incluye las relativas al acceso al empleo “potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo mediante su posible consideración como grupo de población prioritario de las políticas activas de empleo”, la formación y promoción profesional y a las condiciones de trabajo, así como la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de género.

La LO 3/2007, de 22 de marzo, también vincula el principio de igualdad y no discriminación con el de conciliación de la vida familiar y personal, reforzando las medidas de protección de la mujer en las situaciones de embarazo, parto y maternidad o lactancia e introduciendo las oportunas modificaciones en la legislación laboral. Entre ellas, con la finalidad de “favorecer la conciliación de

²⁴Véase el art. 42 de la LOIEMH, sobre los programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres.

la vida personal, familiar y laboral”, destaca el permiso de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. También regula mejoras en el permiso de maternidad, ampliándolo en dos semanas para los supuestos de hijo o hija con discapacidad, y pudiendo hacer uso de esta ampliación indistintamente ambos progenitores.

Pero, entre todas las medidas que contiene la LOIEMH, la que suscita mayor interés es la obligación de negociar los planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores o trabajadoras, remitiendo a la negociación colectiva la introducción de las medidas específicas para la igualdad en las empresas. La relevancia que esta ley otorga a la negociación colectiva queda reflejada en la remisión a la misma para la adopción de medidas positivas del art. 43 y en la reserva de todo un capítulo al desarrollo de la obligación de la elaboración de los planes de igualdad de las empresas, así como en la implantación voluntaria de los mismos en la pequeña y mediana empresa.

Pues bien, dado el protagonismo atribuido a la negociación colectiva por parte de la LOIEMH, cuyo texto deja algunos “espacios significativos para incidir de forma autorregulada sobre su propio marco normativo”, podemos afirmar que nos encontramos ante una fórmula apta para conseguir la igualdad “real” de mujeres y hombres. En este sentido, la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, califica en su artículo 3.2 a la negociación colectiva como materia excluida de su ámbito de aplicación “por estar expresamente reconocida como derecho constitucional, de forma que la actualización de salarios no puede sustraerse a lo acordado por las partes; en segundo lugar,

las pensiones, que se rigen por su normativa específica”²⁵.

V. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO Y CONVENIOS COLECTIVOS (ART. 37 CE) TRAS LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO

1. El convenio de empresa como ámbito “débil” para la protección de la igualdad de género

Sobre la base de que la consecución de la efectiva igualdad requiere de una integración más perfecta de todos los instrumentos legales y convencionales para alcanzarla, resulta de gran interés valorar la regulación del derecho a la negociación colectiva llevado a cabo en el ET, y más concretamente a partir de la reforma laboral de 2012, primero por Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, y posteriormente por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Esta reforma abordó un “nuevo diseño legal” de la negociación colectiva y del convenio colectivo a través de una regulación del art. 82.3 de ET, cuyo texto recoge la posibilidad de la inaplicación de determinadas cláusulas de los convenios colectivos “por acuerdo entre las empresas y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo” o incluso la posibilidad de que se lleve a cabo esta inaplicación del convenio sin acuerdo de las partes, con la incorporación de la modificación del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo, las partes se sometan a un arbitraje a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Se trata de una posibilidad que no se contemplaba antes de esta reforma.

²⁵Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. http://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3443

Aunque el Tribunal Supremo ha dictado en 2015 dos sentencias que revisan la regulación de 2012 sobre los convenios colectivos —por una parte, declarando que los convenios con cláusulas expresas de prórroga automática siguen vigentes hasta que se firme uno nuevo y aunque la negociación dure más del año de plazo que fijaba la reforma; y, por otra, estableciendo la pervivencia de las condiciones contenidas en los convenios colectivos, aunque estos expiraran, porque estas también formaban parte de los contratos laborales individuales—, indudablemente se ha producido una devaluación normativa del convenio colectivo como fuente del Derecho, inapropiada para adaptarse a las necesidades de cambio de la empresa, que incide negativamente en la consideración de la negociación colectiva como derecho. El acuerdo que contiene las nuevas condiciones de trabajo a aplicar en la empresa permanecen vigentes hasta que resulte aplicable las pactadas en un nuevo convenio en dicha empresa, tal y como establece el art. 82.3 ET, y si las circunstancias que justificaron la inaplicación del convenio cambiasen seguirían aplicándose las del acuerdo de inaplicación. La empresa puede negociar o no el nuevo convenio colectivo en función de sus intereses.

Otro aspecto relevante de la reforma de la Ley 3/2012 aparece en el art. 84 ET, sobre la “Concurrencia”, precepto que reconoce la posibilidad de que un convenio colectivo pueda ser afectado durante su vigencia por otro convenio de ámbito distinto, prevaleciendo el convenio de empresa sobre los otros en determinadas materias y pudiéndose negociar aún cuando estuviera vigente uno de ámbito superior.

Esta preferencia del convenio colectivo de empresa en determinadas materias sitúa en un nivel secundario a la negociación colectiva sectorial frente a la del nivel de empresa, donde las representaciones colec-

tivas y la acción sindical no están suficientemente organizadas para defender contenidos como la igualdad de género”, mermando “una de las funciones consustanciales que ha de cumplir la negociación de ámbito sectorial: a saber, la de establecer unos estándares mínimos de obligada aceptación por parte de todas las empresas”²⁶.

2. La promoción de la igualdad de género

Tras la reforma de 2012, ante la menor capacidad de protección de la igualdad de género por el convenio colectivo, gana protagonismo la función tuitiva de las leyes sobre la igualdad con el complemento de la jurisprudencia constitucional, ante los supuestos que sitúan a la mujer en una posición más vulnerable y la consideran mano de obra secundaria (inferior tasa de población activa femenina, mayor índice de desempleo entre las trabajadoras, segregación horizontal y vertical, menor remuneración...). De ahí que la LOIEMH, en su art. 5, proclame la “Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo”, que en su art. 42 establezca los programas de mejora²⁷ y que en el 43 delegue en la negociación colectiva la capacidad de “establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo”. Estas medidas concretas están dirigidas sólo al

²⁶A. BAYLOS GRAU, “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, Bomarzo, 2012, pp. 15-18.

²⁷Art. 42.1. Programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres: “Para ello, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo”.

colectivo más desfavorecido con la finalidad de conseguir la igualdad material del art. 9.2 CE²⁸.

En el marco comunitario, el artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE recuerda que “los Estados Miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4 del Tratado, con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre mujeres y hombres en la vida laboral” y que con objeto de garantizarla, el principio de igualdad de trato “no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

Por su parte, el artículo 11 de la LOIEMH dispone que “con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”. Así, por ejemplo, en el ámbito del acceso al empleo, dado que la mujer goza de menor protección que cuando se ha producido la contratación, el Tribunal Constitucional ha venido limitando el ejercicio de la libertad de contratación del empresario (SSTC 173/1994 y 41/1999, 22 de marzo) imponiéndole una serie de obligaciones de observancia del principio de igualdad en el acceso al empleo de las mujeres. En el mismo sentido, la STC 216/1991, de 14 de

noviembre, sentó doctrina sobre la vulnerabilidad del principio de igualdad de género²⁹.

También encontramos esta protección de la igualdad de género en el ámbito de la clasificación y promoción y formación profesional, que la LOIEMH regula conforme al principio de igualdad y con el objetivo de crear acciones positivas para favorecer las condiciones de igualdad en estos ámbitos de la vida profesional de la mujer.

Especial relevancia tiene en esta cuestión la Directiva 2006/54/CE, de 5 de Julio de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que en su art. 21 obliga a los Estados miembros a adoptar “las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales a fin de promover la igualdad de trato, incluido, por ejemplo, el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, en materia de acceso al empleo, de formación profesional y de promoción, así como mediante el seguimiento de los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas” y a alentar “a los empresarios a presentar con una periodicidad adecuada a los empleados y/o a sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en la empresa”. Destaca también en este ámbito el art. 14 de la LOIEMH sobre los “Criterios generales de actuación de los Poderes públicos”, cuyo párrafo segundo incorpora como uno de esos criterios “la integración

²⁸ Art. 43 de la LOIEMH titulado promoción de la igualdad en la negociación colectiva: “mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo...”

²⁹ Se trató de un caso en el que el Ministerio de Defensa inadmitió la solicitud, por parte de una mujer, de participación en las pruebas para el ingreso en la XLIII promoción de la Academia General del Aire. STC 216/1991, de 14 de noviembre, BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991.

del principio de igualdad de trato y de oportunidades...”.

Por su parte, en el ámbito de la conciliación de la vida laboral y familiar, que tiene como objetivo principal compatibilizar estas dos facetas de la vida de forma que ninguna de ellas sufra perjuicio por el ejercicio de la otra a un determinado sexo (mujer u hombre), el art. 44 de la LOIEMH regula “los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, siendo cuestión esencial en este caso la negociación y regulación “tiempo de trabajo” como elemento que haga posible la conciliación. En virtud del art. 34.8 ET, que hace necesario establecer en los convenios colectivos reglas dirigidas a facilitar esta compatibilidad, existen algunos convenios que regulan expresamente medidas de jornada flexible mencionando de forma explícita el derecho de los trabajadores a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo en aras de hacer efectiva la conciliación de la su vida laboral y personal. Desafortunadamente, la introducción de estos preceptos se confían a los acuerdos de la empresa y, en la práctica, la mayoría de los convenios colectivos omite reglas al respecto o las regulan con cláusulas que, aunque recogen estas cuestiones de conciliación de la vida laboral y personal, lo hacen vinculando especialmente a las mujeres.

Finalmente, debemos referirnos al acoso sexual y por razón de sexo de los arts. 7, 46.2 y 48 de la LOIEMH. Si bien el ordenamiento español no establece una definición de acoso sexual que tipifique en el ámbito laboral las conductas consideradas ilícitas, el art. 4.2.e) del ET reconoce como derecho básico de los trabajadores el “respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón

de sexo”. Por su parte, el art. 48 de la LOIMYH establece las obligaciones, tanto para la empresa como para la representación del personal, en materia de acoso sexual y por razón de género, de promover condiciones que eviten el acoso sexual y prevenir el acoso, indicando que el cauce para establecer medidas concretas es el convenio colectivos y los planes de igualdad.

En todo caso, el caso del convenio colectivo (los planes de igualdad son analizados en el apartado siguiente), la regulación de esta materia es escasa y sería recomendable su implantación progresiva junto a la conceptualización del acoso sexual y por razón de sexo. Para allanar este camino que debe recorrerse, existe la ayuda de una relevante jurisprudencia que delimita las acciones concretas constitutivas de acoso sexual o por razón de sexo, como por ejemplo la STC 224/1999 de 13 diciembre, donde la cuestión planteada califica “el derecho a la protección del trabajador contra el conocido también como «acoso sexual» en el ámbito laboral por cuanto se trata de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad, en desdoro de la dignidad humana (art. 10.1 CE), sin olvidar tampoco la conexión que en ocasiones y, especialmente, en las circunstancias que rodean a la mujer trabajadora se tendrá en cuenta por las empresas en la organización del trabajo la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral”³⁰.

³⁰Según el F. J. núm. 3 de STC 224/1999 de 13 diciembre; “para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria”. BOE núm. 17 de 20 de enero de 2000.

VI. PLANES DE IGUALDAD

En el caso de los planes de igualdad, el art. 45.1 de la LOIEMH preceptúa que las empresas son libres de realizar las medidas que considere convenientes en orden a conseguir el objetivo de “respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral”. A continuación, en el art. 45.2 a 4 se exponen los diversos supuestos de hecho de los planes obligatorios de igualdad empezando por “el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad”. El cómputo de los 250 trabajadores se aplica a la totalidad de la empresa, estén o no en el mismo centro de trabajo y /o incluidos o no en un mismo convenio colectivo, o en varios dentro de la empresa.

Por su parte los art. 46 y 47 definen los rasgos de los planes de igualdad estableciendo en el art. 46.1 que son “un conjunto ordenado de medidas” que habrán de adoptarse “después de realizar un diagnóstico de la situación”, lo que implica la realización de un exhaustivo estudio de la realidad y totalidad de las situaciones laborales que existen dentro la empresa para averiguar si alguna de ellas son susceptibles de ser calificadas como de discriminación por razón de género. En todo caso, las medidas están dirigidas a “alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo” como objetivo final de estos planes de igualdad.

Por último, en el ámbito de la evaluación y el control, el art. 46 impone que “los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”.

Pues bien, todo ello “deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral”. En tal sentido, el art. 85.2 del ET regula la forma de la negociación de los planes de igualdad estableciendo que “sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores”. En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de negociación de dichos convenios”. En consecuencia, se permite la inclusión del plan de igualdad en el convenio colectivo, quedando afectada por él la totalidad de una empresa, “sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo”. Por último, en las empresas que no cuenta con más de 250 trabajadores, el apartado 3 del art. 45 dispone “las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo” facultando así al convenio colectivo para establecer la obligatoriedad de los planes de igualdad, ya sea de nivel empresarial o supraempresarial.

VII. IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS DISCRIMINATORIOS

Antes de abordar las conclusiones, debemos dedicar una atención particular a la impugnación de los convenios colectivos discriminatorios por razón de género. En nuestro ordenamiento jurídico, existe una modalidad procesal especial para la impugnación de los convenios colectivos, con limitaciones en el ámbito de la legitimación activa por motivos de la ilegalidad. Tanto para la denuncia administrativa como para la demanda judicial, esta legitimación está reservada a los representantes legales de los trabajadores, las asociaciones empresariales

y, en los convenios colectivos empresariales o inferiores, a los empresarios³¹.

Al respecto, la Directiva 2006/54/CE78, de 5 de julio, en su art. 23.b), establece que los Estados Miembros deberán adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar la declaración de la nulidad o la modificación de cualquier disposición “contraria al principio de igualdad de trato en contratos o convenios individuales o colectivos, estatutos del personal, reglamentos internos de empresas, estatutos de profesiones independientes y de organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier otro acuerdo”. Atendiendo al mandato de este precepto, el legislador interno debe garantizar legalmente “no solo (...) el fomento de la igualdad en la negociación colectiva, sino además la sanción de la discriminación en la negociación colectiva”, introduciendo al efecto algunas normas especiales diferentes a las normas generales sobre negociación colectiva.

Sin embargo, en la actualidad, dada la regulación de los art. 163 a 166 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, no está garantizada la protección a través de la nulidad o modificación de las normas discriminatorias que se exige en el art. 23.b de la Directiva antes citada. Aunque cualquier persona que tenga un interés legítimo puede impugnar un acto de aplicación de un convenio colectivo, la estimación de la impugnación supone la inaplicación de la norma discriminatoria pero no su nulidad o su modificación. No obstante, la Autoridad Laboral puede actuar

³¹Directiva 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. DOUE L 204/23, de 26 de julio de 2006. Directiva 2006/54/CE, cit.,

de oficio a través de la vía de la Disposición Adicional 11ª de la LOIEMH 1980, que hace una referencia especial al “principio de igualdad de los convenios colectivos”. Tal disposición añade un apartado 6 al art. 90 de ET que establece en virtud de la cual “la autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo”.

VIII. CONCLUSIONES

Del análisis de las cuestiones tratadas en este artículo, procede extraer las siguientes tres conclusiones. En primer lugar, atendiendo al aspecto puramente formal del “derecho a la igualdad”, hemos podido advertir una insuficiencia derivada de la no existencia de una completa y eficaz ley reguladora de la igualdad de carácter general que comprometa el contenido de las relaciones laborales a través de la negociación colectiva, razón por la cual la jurisprudencia ha debido perpetuar la doctrina sobre la igualdad basada en los requisitos de la diferenciación constitucionalmente admisible.

En nuestra Constitución de 1978, la regulación de este derecho como derecho fundamental, obviando la especial protección otorgada por el artículo 53.2 CE, se limita a reconocer este derecho y a prohibir la discriminación por razón de sexo como un principio general limitativo. Y si bien es cierto que el art. 9.2 de la CE prescribe el mandato a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sea real y efectiva, y que este derecho ha tenido ocasión de ser desarrollado mediante la LO 3/2007, de 22 de marzo, “para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, esta norma ha de considerarse una declaración de principios y no como la definitiva ley de desarrollo de la igualdad entre mujeres y hombres. En consecuencia, el legislador debe completar aún las escasas

medidas concretas y específicas aún existentes, como los planes de igualdad para las empresa de 250 o más trabajadores, que obliga a elaborar un plan de igualdad con un contenido concreto.

Esta reforma que defendemos también es necesaria porque la LO 3/2012 deja en manos de la devaluada negociación colectiva el desarrollo normativo de la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, lo que resulta muy preocupante porque el art. 86.3 del ET trajo consigo la no distinción entre el contenido normativo y el contenido obligacional de un convenio colectivo y la desaparición de la ultraactividad de los mismos, lo que se traduce en la pérdida de vigencia de las mejoras conseguidas en materia de igualdad, incluidos los planes de igualdad, y en la posibilidad de inaplicación de las cláusulas del convenio colectivo “por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores” —y en caso de falta de acuerdo, a través de un arbitraje—. Aunque es cierto que no son susceptibles de inaplicación las cláusulas que regulan materia de igualdad por razón de sexo de forma directa, sí existe la posibilidad de inaplicación de cláusulas que de forma indirecta o no tan evidente estén mejorando la situación laboral de las mujeres con respecto a la de los hombres, como la materia salarial. En definitiva, esta situación de déficit normativo nos hace cuestionar la posible eficacia de la negociación colectiva para alcanzar el objetivo de igualdad por razón de género en el ámbito laboral.

En segundo lugar, hemos de valorar negativamente el incumplimiento del objetivo de la LOIEMH de conseguir la efectiva igualdad de mujeres y hombres, eliminando toda discriminación en el seno de las relaciones laborales y, sobre todo, que de su necesario cumplimiento se responsabilice a los interlocutores sociales, sobre todo teniendo en cuenta que la representación fe-

menina de estas organizaciones siga siendo tan minoritaria.

Y, en tercer lugar, debemos responder a la pregunta clave: ¿Qué tipo de medida permitiría una eficaz salvaguarda de la igualdad de género en el ámbito de la negociación colectiva? A nuestro entender, sería deseable una ley que reflejara de manera notoria y ejemplarizante la decisión por parte de los poderes públicos como garantes de los derechos fundamentales a través del condicionamiento positivo del contenido de los convenios en todos los ámbitos de negociación y la consecución de la igualdad real de las mujeres mediante el establecimiento de cuotas mínimas en el acceso al empleo y la exclusión de diferencias salariales en el ámbito de la empresa. Asimismo, proponemos la regulación del trabajo de “las amas de casa”, su reconocimiento como experiencia laboral, su contabilización en el PIB y el establecimiento de un sistema contributivo voluntario de cotización a la Seguridad Social por el cuidado del hogar y los hijos.

En síntesis, en materia de igualdad entre hombres y mujeres nos hallamos todavía ante una situación de clara voluntad por parte de los poderes públicos de conseguir la igualdad formal, aunque no real, muy afectada aún por la devaluación de la negociación colectiva como ámbito de protección frente a las discriminaciones por razón de género y por la notable falta de decisión e iniciativa de los poderes públicos para afrontar de manera determinante unas relaciones laborales tantas veces abandonadas a la mera declaración legislativa de intenciones.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- C. AGUT GARCÍA, “El derecho a la Negociación colectiva en España: Breves consideraciones. El derecho a la negociación colectiva en España: breves consideraciones”, en AA.VV. *Estudios Jurídicos en homenaje al prof. Néstor de Buen* (dir. P. KURCZYN), México (UNAM-México), 2003. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/4.pdf>
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea”, AA.VV. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*. Dykinson. Madrid, 2008. Vol. II. pp. 133-158.
- BAYLOS GRAU, A.: “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, Bomarzo, 2012, pp. 9-18.
- DIEZ-PICAZO, L.: “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Poder Judicial*, núm.5, 1987, pp. 41-49.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo Blanch, Colección Temas Jurídicos Varios y Nuevas Colecciones. Valencia, 2004.
- GARCÍA BLASCO, J.: “La jurisprudencia Constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 76, 2004, pp. 67-84.
- GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Tecnos, Madrid, 1991.
- GÓMEZ CABALLERO, P.: “Los límites a la negociación colectiva para regular la extinción del contrato de trabajo por razón de edad”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 77, 2004, pp. 11-34.
- LÓPEZ GUERRA, L.: “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución Española de 1978”, en *Mujer y Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 19- 41.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 85. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid. 2008.
- : *El principio de igualdad de mujeres y hombres: en especial, en el derecho del trabajo y de la seguridad social*. Tesis Doctoral. Universidade da Coruña, 2013.
- PAREJO ALFONSO, L. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, pp. 169-190.
- PECES-BARBA, G.: *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Dykinson. Madrid, 2005.
- PÉREZ LUÑO, A.E.: *Dimensiones de la igualdad*. Dykinson. Madrid, 2005.
- : *Los derechos fundamentales*. Tecnos. Madrid. 2007.
- PRECIADO DOMÉNECH, C.H.: *Una primera aproximación al Real Decreto-Ley 3/2012, de reforma laboral*. Bomarzo. Albalate, 2012.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*. Tecnos, Madrid, 1986.
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: *La Reforma de la Negociación Colectiva en la Ley 3/2012: aspectos*

tos para el debate. Punto Rojo Libros. Madrid. 2013.

VENTURA FRANCH, A.: *Las mujeres y la Constitución Española de 1978*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.

FECHA DE RECEPCIÓN:
1 de octubre de 2014.

FECHA DE ACEPTACIÓN:
8 de diciembre de 2014.