

Por lo que se refiere a las relaciones entre normas convencionales de distinto rango, aboga también por la aplicación del principio de jerarquía normativa, tanto en el caso de las relaciones convenio colectivo-acuerdo interprofesional, como con ocasión de la relación entre convenio colectivo y acuerdo de empresa, una circunstancia que, en el primer caso jugaría a favor del acuerdo interprofesional, salvo que el acuerdo estructurara la negociación colectiva, en cuyo caso se muestra una preferencia por el respeto de los convenios vigentes, y en el segundo a favor del convenio colectivo.

Por último, se aborda la problemática planteada por la aplicación de las normas convencionales en el tiempo. Una problemática, que en el caso de la sucesión de normas de distinto rango se aborda desde la perspectiva del principio de jerarquía normativa, al considerarse inaplicable el principio de modernidad, por entender que éste exige como presupuesto la identidad subjetiva del poder normativo, algo que parece poco probable en este caso.

Por lo que se refiere a la sucesión entre normas del mismo rango, las consideraciones varían en función del supuesto al que se refiera, si bien se salva expresamente el supuesto de la sucesión entre convenios colectivos de eficacia general, por entender que es una cuestión que se sitúa en el plano de creación jurídica y no en el de aplicación de la norma.

Así, considera adecuado el recurso al principio de norma más favorable, en la mayoría de los supuestos de sucesión entre convenios colectivos de eficacia general y convenios colectivos de eficacia limitada, al igual que en los casos de sucesión entre convenios de eficacia limitada. Al principio de modernidad recurre, tanto en el caso de la sucesión de acuerdos de empresa que no estén sujetos a previsiones en el convenio colectivo sobre su proceso creativo, como con ocasión de algún supuesto concreto de sucesión entre convenios colectivos de eficacia general y convenios colectivos de eficacia limitada (convenio posterior de eficacia general y mismo ámbito funcional que integrara a los sujetos negociadores del convenio de eficacia limitada).

Más compleja resulta, sin embargo, la apreciación de los principios a aplicar con ocasión de la sucesión de acuerdos interprofesionales, unos principios que, a juicio de CORREA CARRASCO, variarán en función de la eficacia personal de las normas convencionales que concurren en el tiempo, y que pueden ir desde la aplicación del principio de modernidad, al principio de jerarquía normativa, sin olvidar tampoco la posible aplicabilidad del principio de especialidad.

Con ello culmina esta singular obra, que en sus comienzos aspiraba a realizar un tratamiento unitario de las distintas manifestaciones de la negociación colectiva en cuanto fuentes del Derecho, objetivo que entendemos sobradamente cumplido. Una obra notable, que a pesar de la dificultad del tema tratado, evidencia un planteamiento sólido y no exento de matices, de aconsejable lectura para todo aquel que aspire a comprender la negociación colectiva de nuestros días, sobre todo tras la complejidad que ha adquirido el fenómeno tras la reforma laboral de 1994 y los posteriores acuerdos interprofesionales de Abril de 1997.

**VARIOS AUTORES (coord. Cruz Villalón, Jesús):**  
***La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral,***  
**(Aranzadi, Pamplona, 1997).**

POR JUAN MANUEL MORENO DÍAZ

1. Bajo el amplio título de *La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral* se presenta este volumen editado por Aranzadi en el que varios especialistas en Derecho del Trabajo del continente europeo tratan de analizar por separado las diferentes facetas de este principio básico de cualquier ordenamiento democrático: el Principio de Igualdad de Trato.

Pero antes de introducirnos en el contenido del mismo, será preciso hacer alusión a un hecho importante que ha tenido lugar con posterioridad a la publicación del libro que va a ser objeto de comentario y que se ha producido con motivo de la aprobación del Tratado de Amsterdam (TA) el 2-10-1997. Y este hecho no es otro que el reforzamiento del Principio de Igualdad de Trato tras la aprobación de dicho Tratado, que va a tener como principal efecto el «redimensionamiento y reposicionamiento de la Política Social Comunitaria (PSC) en la medida en que ésta deja de ser política subordinada de las otras políticas económicas para la integración, y pasa a ser una política más para la convergencia con un objetivo prioritario, la creación de empleo, sin el cual la integración no es posible, al menos sobre el papel» (1). Todo ello deriva de que el art. 2 TA pone la PSC al servicio de la consecución de los objetivos esenciales de la UE, elevando a la misma a idéntica altura que la política de convergencia monetaria o económica. Ahora bien, para ello son necesarios una serie de medios, entre los cuales cabe destacar la elevación del status del Principio de Igualdad de tratamiento entre el hombre y la mujer (art. 3 TA).

Por tanto, y por lo que aquí interesa, es necesario resaltar la importancia del reforzamiento que sufre el Principio de Igualdad de Trato tras la aprobación del TA, el cual va a producirse en dos sentidos:

a) Se produce una ampliación de los ámbitos materiales y objetivos de aplicación del principio de no discriminación, que ahora abarca, no sólo a la condición de nacionalidad comunitaria, sino a otras circunstancias concurrentes sobre la persona de los ciudadanos comunitarios.

b) Se otorga un tratamiento diferenciado al principio de no discriminación por razón de nacionalidad frente a la interdicción de discriminación por otras circunstancias, dotándose de prevalencia al primero de estos principios.

(1) GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: *Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Amsterdam y la Cumbre de Luxemburgo*, 1997, Ejemplar multicopiado.

2. Teniendo en cuenta lo anterior nos adentraremos en el comentario del presente libro, del cual hay que decir, en primer lugar, que es el resultado de unas Jornadas Hispano-Portuguesas sobre el tema en cuestión que tuvieron lugar en Jerez a finales de 1995. Por tanto, visto lo anterior y el título del mismo, su objeto principal será principalmente el tratamiento de conjunto de la igualdad de trato a nivel comunitario, así como su desarrollo en la Península Ibérica. Y dicho tratamiento va a realizarse analizando dicho principio desde diferentes perspectivas, que van a corresponderse con cada una de las diversas partes en que está dividido el libro. Así, partiendo de una perspectiva general del análisis de dicho principio en el seno de la Unión Europea, va a hacerse un recorrido por las diferentes perspectivas desde las que puede analizarse el principio de igualdad de trato: el sexo, el salario o retribución entre hombres y mujeres, la igualdad de trato en las condiciones de trabajo y la protección por maternidad.

Todo ello se hará partiendo de la regulación del principio de igualdad en el Derecho de la Comunidad, tanto originario como derivado, haciendo especial hincapié en la aplicación de las diferentes Directivas emanadas del seno de la misma y dirigidas a regular cada una de las facetas de la igualdad de trato que hemos mencionado anteriormente, tanto en la propia Comunidad, como en España y Portugal.

3. En la primera parte del libro, que da una perspectiva general del principio de igualdad de trato, el profesor ALARCÓN comienza afirmando la inexistencia de un reconocimiento expreso e integral del «Principio de igualdad de los ciudadanos (europeos) ante la Ley» como existe en la mayoría de los textos constitucionales de los Estados Miembros de la Unión, lo que se achaca a la falta de unidad del ordenamiento jurídico comunitario; sin embargo, sí existen manifestaciones fragmentarias de ese principio general de igualdad de trato, tanto por razones de sexo, como de nacionalidad. Pues bien, tales manifestaciones fragmentarias del principio de igualdad permiten la reconstrucción doctrinal del mismo, afirmando que dicho principio «no está ausente, sino más bien latente».

Por otro lado, para conseguir esa premisa necesaria para la consecución del Principio de Igualdad (esto es, la unidad del ordenamiento), se hace alusión en determinados artículos del Tratado de Roma a instrumentos que faciliten la misma, como por ejemplo, la aproximación de legislaciones (o armonización de las mismas, a través del principio de norma mínima) y la colaboración o coordinación entre los Estados Miembros. Finalmente, el paso previo a la consecución del principio de igualdad comunitario sería la consagración de dicho principio en cada uno de los diversos ordenamientos jurídicos internos de los Estados Miembros.

Posteriormente, CRUZ VILLALÓN resalta el contraste de la intensidad con que se regulan los derechos fundamentales y las libertades públicas en los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros y la escasa regulación de los mismos en la esfera comunitaria, quedando a salvo dos «oasis de sociali-

dad», como son los relativos a la libre circulación de trabajadores (art. 48 TCE) y al principio de igualdad de retribución entre los trabajadores de uno y otro sexo para un mismo trabajo (art. 119 TCE).

Respecto a la paridad de trato por razón de sexo, aunque el art. 119 TCE se introdujo con un móvil exclusivamente de elusión del «dumping social», la fuerza expansiva de la tutela antidiscriminatoria hará que la prohibición de discriminación por razón de sexo se extienda a todos los ámbitos de las relaciones laborales. En cuanto a la igualdad de trato por razón de la nacionalidad, la penetración de la tutela antidiscriminatoria es más escasa que la referida a razones de sexo, porque siempre se habrá de efectuar en el contexto de la libre circulación entre diversos Estados Miembros. Y tras resaltar algunas novedades normativas comunitarias dignas de ser reseñadas, llega a la conclusión que, en este sentido, no se ha producido ningún avance en el reconocimiento a nivel comunitario de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad respecto a los trabajadores extracomunitarios.

Debido a lo anterior, el autor resalta la preocupación de las instituciones comunitarias respecto a la escasez de las intervenciones comunitarias en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Y, en este sentido, en un primer momento se insistió en la necesidad de introducir prácticas antidiscriminatorias y afirmaciones genéricas en favor de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el ámbito europeo; pero se trataba sólo de declaraciones de intenciones. Sin embargo, posteriormente, vino una segunda fase constituida por declaraciones con mayor vinculación jurídica y constituida, principalmente, por pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo, de la que cabe destacar la solicitud de adhesión directa por parte de la UE al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos (CEPDH), que si bien no se ha producido de manera directa, lo ha sido mediante una recepción en el articulado del Tratado de la UE de una mención directa al Convenio que, por vía de hecho, produce efectos asimilados a los de la propia adhesión, quedando éste integrado en el acervo comunitario. Ello sucede en el art. F.2 TUE, que establece que «la UE respetará los derechos fundamentales tal como se garantizan en el CEPDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

Para acabar de redondear esta primera parte, que trata de dar una perspectiva general del principio de igualdad de trato en el derecho laboral de la UE, el profesor GÓMEZ MUÑOZ hace un repaso por el tratamiento que se da a los trabajadores extracomunitarios o extranjeros en el seno de la Unión, comenzando por definir a éstos como a «todo aquél que no posea la ciudadanía de la Unión» y señalando que el ámbito de aplicación del tratamiento legal que el Derecho comunitario realiza de los extranjeros está circunscrito a la libertad circulatoria y a la Política Inmigratoria Común.

Pero haciendo un repaso respecto al reconocimiento de derechos a los ciudadanos extracomunitarios, el autor concluye que la UE carece aún de un modo efectivo de una Política de Extranjeros, lo que determina que «la única Política de Trabajadores Extranjeros practicada por la UE sea la Política Inmigratoria

Común», lo cual viene a significar que «Europa se ha preocupado antes de restringir los derechos de los extranjeros que de reconocerlos expresamente».

Esta falta de regulación del sistema comunitario en materia de derechos fundamentales de los extranjeros se troca en una minuciosa regulación del ejercicio de sus derechos que afectan, a su vez, a sus libertades circulatorias, estando condicionado el principio de igualdad de trato por las motivaciones de los extranjeros para su entrada y posterior residencia, dando ello lugar a varias situaciones legales: a) Familiares extranjeros de nacionales comunitarios; b) Extranjeros con residencia legal en un Estado miembro; c) Extranjeros en ejercicio de libertades circulatorias; d) Extranjeros en situaciones de tránsito en el territorio de la UE.

4. En la segunda parte del presente estudio va a analizarse la igualdad de trato por razón de sexo, lo cual va a hacerse examinando las distintas políticas al respecto tanto en la Comunidad Europea, como en Portugal y España, todo ello tras haber hecho un estudio de la aplicación judicial de las normas sobre igualdad de trato y de analizar profundamente una sentencia del Tribunal de Luxemburgo que ha supuesto uno de los hitos más importantes en la materia que analizamos. Nos referimos a la STJCE de 17-10-1995, conocido como el asunto KALANKE.

En primer lugar, se analiza la igualdad salarial por razón de sexo a través de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, apreciándose una tendencia a ampliar el concepto de retribución para mejorar la operatividad del principio de igualdad. Se incluyen, además, las novedades relativas a la valoración del trabajo, al control de los sistemas de clasificación profesional y a la discriminación indirecta en materia de retribución, sobre todo en el caso del trabajo a tiempo parcial, que ha permitido al Tribunal forjar un principio general comunitario de no discriminación por razón de sexo, concluyendo el autor que el papel de la Corte Suprema está sobrecargado, debido al papel de suplencia que se le ha atribuido, poniendo incluso «en mora al legislador comunitario», siendo urgente por tanto la reconducción del papel de la Corte a uno menos heroico.

En segundo lugar, es el profesor RODRÍGUEZ-PINERO quien hace un magnífico análisis del asunto Kalanke, todo ello para poner en relación a la igualdad de trato, la discriminación por razón de sexo y las medidas de acción positiva. El autor enmarca la sentencia referente al caso dentro del art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE, sobre igualdad de trato respecto al acceso al empleo, formación, promoción profesional y condiciones de trabajo, el cual se establece como una de las excepciones a la difícil integración entre discriminación directa e indirecta y la búsqueda de la igualdad de oportunidades y al que se le asigna como finalidad «precisa y limitada» autorizar medidas aparentemente discriminatorias destinadas a eliminar o reducir efectivamente desigualdades de hecho existentes en la realidad de la vida social. El problema es que la Directiva es bastante abierta y el Tribunal no ha aprovechado dicha sentencia para sentar una doctrina general al respecto.

Por otra parte, el autor se pregunta sobre la constitucionalidad del sistema de cuotas o preferencias para la mujer, que es la técnica utilizada para eliminar o reducir las desigualdades de hecho existentes entre ambos. Y al respecto el Tribunal ha establecido que, aunque se cumple la finalidad de la excepción del art. 2. 4 de la Directiva, considera incompatible con la misma un régimen de «preferencia absoluta e incondicional» como el establecido por el sistema de cuotas, pero sin fundamentarlo muy bien. Y respecto a la compatibilidad entre la Directiva y las medidas de acción positiva, establece que «no deben considerarse como alternativas excluyentes, sino como instrumentos complementarios para un mismo y común fin».

En tercer lugar, el miembro de la Comisión Europea CURELL GOTOR hará un breve repaso por la política de igualdad de trato de la Comunidad Europea, a través de la explicación del Cuarto Programa de Acción Comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000) y de la relación de las novedades legislativas en el área de la igualdad de trato. A través del 4º Programa de Acción Comunitaria se persiguen varios objetivos globales, como son integrar la dimensión de la igualdad de oportunidades en todas las políticas comunitarias y reforzar los principios de coordinación y complementariedad, además de una serie de objetivos específicos, de entre los cuales sobresalen el fomento de la igualdad en una economía cambiante, la integración de hombres y mujeres en la toma de decisiones, la reconciliación entre la vida profesional y la vida familiar y la dignidad en el trabajo.

Posteriormente, va a analizarse la política de igualdad de trato en Portugal, afirmando AMELIA PATRICIO que la protección constitucional de dicha igualdad va a realizarse solamente de forma negativa, mediante la prohibición de discriminación por cualquiera de las causas establecidas en ella, si bien estima que habría sido mejor que el principio de igualdad ante la ley hubiese sido tratado autónomamente y descrito de forma positiva, cosa que han tenido que hacer los posteriores Decretos-Ley 392/79 y 426/88, referidos, respectivamente, al empleo privado y público, y que tienen como virtud la admisión de acciones positivas. También alude la autora a la peor situación social de la mujer que del hombre, en general, reclamando que en el Tratado surgido de la Conferencia Intergubernamental se efectúen incorporaciones, tales como la inclusión de los derechos y libertades fundamentales consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos como Derechos Fundamentales de los ciudadanos de Europa; la consagración del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres como derecho humano fundamental, autónomo y sujeto a la jurisdicción comunitaria; el reconocimiento de que la subrepresentación de las mujeres en los órganos de decisión de la UE es contraria a los principios de la verdadera democracia; y el reconocimiento de que la lucha contra el racismo, la intolerancia, la xenofobia, el sexismo y todas las formas de discriminación constituyen una prioridad para la UE.

A continuación, y para terminar el bloque dedicado a la igualdad de trato por razón de sexo, BLAT GIMENO analiza la política de igualdad de trato en

España, dando una visión más optimista que su homóloga portuguesa, al destacar «la transformación de los roles tradicionalmente masculinos y/o femeninos y que se refleja en la participación cada vez mayor de las mujeres en la sociedad». Aquí, al igual que en la legislación portuguesa, han sido admitidas las acciones positivas, siendo consideradas por la autora como las «medidas más efectivas contra la discriminación». De hecho, en nuestro país han sido elaborados dos Planes para la Igualdad de Oportunidades (para que rigieran durante los trienios 1988-90 y 1993-95, respectivamente), aparte de otras medidas legislativas que han incluido acciones positivas en materia de discriminación por razón de sexo, los cuales han contribuido a mejorar la situación social de las mujeres, siendo necesario, en opinión de Blat Gimeno, «seguir trabajando en esta línea para que el principio de igualdad de trato quede presente en cada una de nuestras normas».

5. La tercera parte del presente estudio va a estar dedicada al análisis de la igualdad desde la perspectiva de la retribución igual entre personas de distinto sexo y en conexión con la Directiva 75/117/CEE, específica en materia de igualdad salarial. Y dicho análisis se hará por separado en cada una de las tres grandes áreas que estamos analizando.

En el ámbito comunitario, la profesora SENDEN va a hacer un breve repaso por la legislación comunitaria en materia de igualdad salarial, centrándolo en tres puntos principalmente: a) el art. 119 TCE, que aunque ha sido considerado base de la regulación comunitaria y jurisprudencia en materia de igual trato entre hombres y mujeres, no es aplicable a todas las condiciones de empleo, sino que su aplicación se limita explícitamente al salario, basándose para ello en la interpretación restrictiva que del mismo hiciera el TJCE en el Asunto DEFRENNE III (As. 149/77), y que gracias a dicha interpretación restrictiva se ha conseguido el reconocimiento del efecto directo del mismo; b) la Directiva 75/117/CEE, que para la autora «tiene una importancia práctica bastante limitada» en relación al art. 119, ya que añade poco sobre lo que dice el mismo; c) el art. 6 del Protocolo Social (tercer párrafo) añade que el principio de igualdad salarial no impide a los Estados miembros la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva.

Posteriormente, la autora va a fijar su análisis en los conceptos de «salario», «trabajo igual» y «discriminación» para conformar el alcance exacto del principio de igualdad en materia salarial. Respecto al de salario, se considera tal todas las ventajas o prestaciones que se paguen por causa de la relación de trabajo. En cuanto al trabajo de igual valor, la medida más significativa al respecto recientemente tomada por la Comisión ha sido el Memorándum sobre Igual Retribución para un Trabajo de Igual Valor, de 23-6-1994. Por lo que hace al concepto de discriminación, tanto el art. 119 TCE como el art. 1 Directiva 75/117/CEE prohíben, no sólo la discriminación directa, sino también la indirecta, centrándose más específicamente en la segunda. Utiliza el concepto proporcionado por el TJCE en el As. 170/84, BILKA, que entiende que «hay discriminación indirecta cuando el uso de un criterio aparentemente neutro, es

decir, aplicable por igual a ambos sexos, afecta a un porcentaje considerablemente mayor de personas de un solo sexo». Lo anterior conlleva realizar un examen en dos fases: a) Ha de establecerse si un cierto criterio o práctica aplicable a ambos sexos afecta desproporcionadamente a uno de ellos; b) Una vez establecido lo anterior habrá que examinar si la práctica discriminatoria puede estar justificada, para lo que hacen falta, a su vez, dos condiciones: primera, que el objetivo perseguido con la medida o práctica discriminatoria debe ser legítimo; segunda, que dicha práctica debe constituir un medio apropiado y necesario para alcanzar dicho objetivo.

La autora acaba concluyendo que el test que el Tribunal ha proporcionado para tratar estas cuestiones debería usarse más y mejor, aunque presente ciertas dificultades.

A continuación, PALMA RAMALHO describe el panorama de la aplicación de la Directiva 75/117/CEE en Portugal, tanto en su vertiente constitucional, legal y convencional, para después pasar a plantear algunas cuestiones problemáticas surgidas en dicha aplicación. En primer lugar, el *concepto de remuneración*, del cual, tras hacer una comparación entre los distintos conceptos de remuneración aparecidos en las distintas leyes nacionales sobre igualdad, en la Constitución y en la Ley General del Trabajo y tras comparar el concepto «nacional» de remuneración con el contenido en el art. 119.2 TCE, termina acogiendo un concepto amplio de remuneración, de forma que alcance a todas las prestaciones patrimoniales pagadas al trabajador o a la trabajadora en razón de su contrato de trabajo. A continuación, hace referencia al *trabajo de igual valor*, entendiendo que «el trabajo remunerado de forma diferente no constituye en todo caso una situación de discriminación basada en el sexo cuando la diferencia salarial no se corresponde con una prestación cualitativa y cuantitativamente diferente». Por tanto, conjugando este criterio con el principio de «a trabajo igual, salario igual», el Supremo Tribunal de Justicia ha entendido admisible la variación salarial fundada en criterios objetivos demostrativos de la diversidad de las situaciones en causa. Por último, y respecto a *la carga de la prueba de las situaciones de discriminación retributiva con base en el sexo*, se invierte la carga de la prueba (a diferencia del resto de situaciones de discriminación retributiva), correspondiendo, pues, al empleador la obligación de probar que la diferencia se debe a un factor diverso del sexo.

Concluye el análisis de la aplicación de la Dir. 75/117/CEE con el estudio de la misma en nuestro país, a cargo de la profesora FERNÁNDEZ LÓPEZ, quien realiza una exhaustiva indagación de la jurisprudencia relativa a las diferencias de tratamiento en materia salarial por razón de sexo, poniendo de manifiesto las dificultades en la represión judicial de la discriminación, lo cual tiene su origen en diversas causas (tales como la ignorancia de la existencia de la discriminación, el temor a las posibles represalias por parte del empleador, las dificultades probatorias) que tienen como efecto principal el que las reclamaciones por este motivo sean relativamente escasas.

Por otro lado, la base de la discriminación salarial por razón de sexo en nuestro país va a estar apoyada, no en la Dir. 75/117, sino en el art. 14 de la

Constitución, dado que la aprobación de la misma y el inicio de las actividades del TC son muy anteriores a la entrada de nuestro país en la CE, y por ello, la prohibición comunitaria nada añadió al debate ya iniciado en nuestro país con anterioridad.

Sin embargo, si por algo viene caracterizada la jurisprudencia en esta materia es por su irregularidad, lo que se traduce en la práctica, como dijimos anteriormente, en que las alegaciones de discriminación por razón de sexo en materia salarial sean escasas.

6. El objeto del análisis de la cuarta parte del presente libro viene constituido por la Dir. 76/207/CEE, que regula la igualdad de trato en las condiciones de trabajo, formación y promoción profesional y acceso al empleo.

Esta parte comienza con el análisis de la significación y el alcance de dicha Directiva en el ámbito comunitario por el profesor ROCCELLA, que observa una amplitud de regulación extrema como contenido preceptivo de la misma, extendiendo el principio de paridad al conjunto de las relaciones de trabajo (contratación, desarrollo y despido) y a los aspectos externos de la misma (iniciativas de formación y de orientación profesional). Por otro lado, las decisiones del Tribunal, al igual que en muchos otros campos, van a ser de capital importancia, siendo de destacar que las derogaciones al principio de igualdad admitidas por la Directiva (art. 2), en cuanto excepciones a un derecho fundamental, han de ser objeto de una interpretación restrictiva.

Posteriormente, Roccella va a detenerse en algunas decisiones del TJCE relativas a los distintos aspectos del principio de igualdad de trato contenidos en la Directiva en cuestión. Así, el Tribunal ha considerado el rechazo a contratar a una trabajadora por causa de su situación de embarazo como una discriminación directa basada en el sexo, que no dejaría de ser tal ni aun cuando «ningún candidato masculino se haya presentado para ocupar el puesto vacante» (STJCE 8-11-1990, As. DEKKER). Por otro lado, en relación al trabajo nocturno femenino, el Tribunal ha considerado la prohibición del mismo como compatible con el Derecho comunitario, siempre que resulte ligado a la situación de embarazo o maternidad de la mujer trabajadora. Sin embargo, las tradicionales normativas de tutela de los Estados miembros han sido consideradas incompatibles con la Directiva 76/207/CEE cuando la prohibición no resulte extensible en los mismos términos a los trabajadores masculinos. En último lugar, analiza algunos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo respecto al despido, cuyo concepto hay que entenderlo de una manera amplia, abarcando su ámbito de aplicación a los supuestos de existencia de límites de edad para la jubilación obligatoria de los trabajadores en el marco de una política general de jubilación practicada por un determinado empleador, y también en relación a la tutela de la maternidad, equiparando la resolución de un contrato de trabajo, motivada por el error sobre la existencia de una situación de embarazo a un despido, y manteniendo su carácter directamente discriminatorio.

Para terminar, el autor hace alusión a sendos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo (Sentencias de 10-4-1984 y 19-4-1984, Asuntos HARZ y

VON COLSON, respectivamente), según los cuales «la efectiva igualdad de oportunidades no puede ser conseguida sin un adecuado sistema de sanciones», no pudiendo basarse exclusivamente en instrumentos de defensa.

De la aplicación de la Directiva 76/207/CEE en Portugal, ROMANO MARTÍNEZ destaca que, a pesar de la consagración genérica tanto en la Constitución como en el Derecho del Trabajo del derecho al trato igual entre trabajadores, «la defensa del principio de no discriminación ha sido más acentuada en lo que respecta a las situaciones relacionadas con el sexo».

Por su parte, respecto a la aplicación de dicha norma en España, PÉREZ DEL RÍO comienza reparando en la grave paradoja que supone que la mujer española haya conseguido la plena igualdad formal, mientras que la situación real de la misma en el mercado de trabajo dista mucho de esa igualdad, siendo la situación de discriminación de la mujer española en la actualidad una de las más graves de toda la Unión (Informe CES, 1994). La autora va a analizar, sobre una muestra representativa de sentencias de nuestro Tribunal Constitucional (TC), el nivel de cumplimiento por nuestro ordenamiento de los principios sentados por el TJCE en la interpretación de la Directiva 76/207/CEE. Y en este sentido, nuestro ordenamiento es fiel, en general, al comunitario, si bien hay que excluir de la anterior afirmación a los convenios colectivos. E igualmente correcta y adaptada a la jurisprudencia comunitaria es la interpretación que el TC hace de nuestra Constitución en materia de prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso y en las condiciones de trabajo.

7. Tras el estudio de las distintas perspectivas de la igualdad de trato por razón del sexo, del salario y de las condiciones de trabajo, la última parte del presente volumen irá dirigida a analizar la protección de la maternidad a través de la normativa comunitaria que la regula, la Directiva 92/85/CEE, respecto de la cual, lo primero que hay que decir es que se presenta como una Directiva específica dentro de la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo. Por tanto, su ámbito de actuación se limita a las cuestiones sobre la seguridad y salud en el trabajo, debiéndose situar al amparo del art. 118A TCE.

Tras hacer un breve repaso por el contenido de la Directiva, SZYSZCZAK hace mención de la protección que proporciona la misma, poniendo especial énfasis en que «el derecho sobre discriminación por razón de sexo no es el mejor medio para proporcionar a la sociedad europea un enfoque responsable de la cuestión de la maternidad», queriendo poner de manifiesto con ello que la formulación del deber de forma negativa no establece ninguna guía de las necesidades positivas que este área requiere, como la extensión del permiso de maternidad y paternidad, el nivel de retribución del permiso de maternidad y las condiciones sobre la vuelta al trabajo, cuestiones que son las verdaderamente difíciles y que deja sin resolver la Directiva.

Por su parte, será MONTEIRO la encargada de analizar la aplicación de la Directiva 92/85/CEE en Portugal. Así, asegura que la protección brindada por

la Directiva en cuestión no es suficiente, dado que dicha protección es menor que la que prestan las normas nacionales relativas a la materia (principalmente, la Ley 4/84, conocida como Ley de Maternidad), que tras la entrada en vigor de la Constitución, otorgan protección no sólo a las situaciones de maternidad, sino también a la de paternidad, atribuyendo a los padres un verdadero derecho fundamental en cuanto responsables de la educación de sus hijos. Por otro lado, hará constar la tardía transposición de dicha Directiva por la Ley 17/1995.

Concluye el estudio de la Directiva 92/85/CEE con el análisis del profesor ESCUDERO sobre la aplicación judicial de la misma en nuestro país. Y aunque el TC goza de un papel relevante en la definición de nuevas pautas, el autor se centrará en los numerosos pronunciamientos de los Tribunales ordinarios, síntoma inequívoco de la problemática de la protección de la maternidad en España.

La legislación española al respecto contiene medidas específicas (relacionadas con el embarazo y el parto) e inespecíficas (relacionadas con la adopción de hijos, el acogimiento familiar, la lactancia y la crianza de hijos). Respecto a las segundas se predica su atribución indistinta al hombre o a la mujer, si bien la práctica demuestra que son las mujeres quienes hacen uso principalmente de dichas facultades. Por su parte, nuestro TC ha mostrado además su disposición a que las diferencias basadas en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo basadas en el orden biológico natural sean consideradas constitucionalmente legítimas.

Por otro lado, la legislación española no contiene normas dirigidas directamente a proteger contra el despido a la mujer embarazada, por lo que se le han de aplicar las normas generales sobre tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, lo que va contra la Directiva 92/85/CEE (art. 10.2), que impone al empresario la obligación de dar por escrito los motivos justificativos de su decisión de despedir a una trabajadora embarazada.

Posteriormente, el autor va a incidir en el supuesto del cambio de puesto de la trabajadora por razón de incompatibilidad entre el estado de embarazo de la misma y los riesgos específicos derivados del trabajo desempeñado por aquélla. En este aspecto va a tener una trascendencia vital la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que va a marcar el punto de inflexión al respecto, adaptando la legislación española a las exigencias de la Directiva 92/85/CEE.

Más adelante, Escudero hace un análisis de la incidencia del descanso por maternidad en las vacaciones anuales, llegando a la conclusión de que «se impone la no neutralización de las referidas vacaciones, sin que pueda descontarse el período de descanso por maternidad de los meses tenidos en cuenta para determinar la duración de las vacaciones. Por tanto, no cabe que el haber disfrutado de las dieciséis semanas comprendidas dentro del citado período reduzcan, proporcionalmente, la duración anual de las vacaciones, pues ello supondría mermar la plenitud del derecho a éstas».

Respecto a la excedencia por razón de cuidado de hijos, el autor destaca que de los tres años que establece la ley como plazo máximo para la misma, el

primer año es calificado unánimemente por los Tribunales como de excedencia forzosa, y los dos años restantes como voluntaria. Además, el derecho a la excedencia puede disfrutarse en cualquier momento hasta el cumplimiento por el hijo de los tres años, pudiéndose realizar eventualmente trabajos durante su período de disfrute.

A continuación, se hace mención del permiso de lactancia de las trabajadoras respecto a los hijos menores de 9 meses, respecto al cual existe cierta discrepancia en nuestro TC en lo referente a si dicho permiso es exclusivo de las trabajadoras o puede ser también ejercitado por los hombres. Así, la STC 187/93 mantiene que la restricción del permiso sólo a la mujer trabajadora no era contraria al art. 14 Co., pues se trataba de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer. Por tanto, se concebía como una acción positiva. Sin embargo, el voto particular a esa misma sentencia sostiene la existencia de discriminación en el hecho de denegar el permiso al padre de la criatura. Por otro lado, el permiso ha de incardinarse en el momento que menos perjuicio cause a la empresa.

Para finalizar, se estudia la reducción de la jornada por cuidado directo de un menor o de un disminuido, siendo el pronunciamiento judicial más destacable al respecto el de que no cabe la acumulación de la reducción de la jornada por razón de lactancia y de cuidado de un hijo menor de seis años.

En resumen, nos encontramos ante un libro que proporciona un enfoque adecuado del Principio de Igualdad de Trato, tanto en la UE como en la Península Ibérica, si bien será preciso tener en cuenta las modificaciones que, al respecto, ha introducido el Tratado de Amsterdam en octubre de 1997, y que van a tener, como principal efecto, la elevación del rango de la política social comunitaria a la misma altura que la política económica, que hasta ahora había sido la «estrella» de las políticas de la Comunidad, estando las demás subordinadas a la misma.