

LA DISCRIMINACION LABORAL POR CAUSAS ATIPICAS: EL ASPECTO FISICO Y LA POSESION DE ENFERMEDADES CONTAGIOSAS

por

Javier Serra Callejo

Abogado

Sumario:

- I. Planteamiento.
- II. El principio de no discriminación en las relaciones laborales por causas «típicas»: Su recepción por la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina.
 - A. Fuentes posibles de las conductas discriminatorias.
 - B. ¿Qué tipo de beneficios laborales no pueden ser negados por causas discriminatorias?
 - C. Clases de discriminación prohibidas: Directa e indirecta.
 - D. Inversión de la carga de la prueba.
 - E. Sanciones.
- III. El criterio del Tribunal Constitucional sobre las discriminaciones prohibidas en el ámbito laboral.
 - A. Aspecto procesal.
 - B. Aspecto sustantivo.

IV. Incógnitas que plantea el anterior criterio del Tribunal Constitucional.

V. Análisis histórico de los principios de autonomía e igualdad: Aplicación de este análisis a las discriminaciones por razón del aspecto físico o la posesión de enfermedades contagiosas.

- A. Primera matización: Represión de las prácticas restrictivas de la competencia en el mercado laboral.
- B. Segunda matización: Compensación de los hándicaps productivos.
- C. Tercera matización: Posición del legislador y alcance de la autonomía colectiva.
- D. Cuarta matización: Posición de las empresas públicas.
- E. Quinta matización: Competencia para detectar las causas atípicas.

I. PLANTEAMIENTO

• Hace varios años leí en la HARVARD LAW REVIEW un artículo titulado «FACIAL DISCRIMINATION: EXTENDING HANDICAP LAW TO EMPLOYMENT DISCRIMINATION ON THE BASIS OF PHYSICAL APPEARANCE» (1). En él se pone de manifiesto que las personas cuyo aspecto físico choca intensamente con los cánones de belleza que maneja la

(1) Vol. 100, págs. 2.036-2052. Las abreviaturas utilizadas en este trabajo son las siguientes:

CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
ET	Estatuto de los Trabajadores
LGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LO	Ley Orgánica
LOTCC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
R.D.	Real Decreto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCTr	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

mayoría social [hombres o mujeres extremadamente obesos o delgados, enanos o gigantes, personas con cicatrices horribles en el rostro o simplemente con rasgos muy asimétricos ... (2)] sufren una grave discriminación en el ámbito laboral, tan ilegítima -desde el punto de vista constitucional- como la fundada en el sexo o la raza del trabajador.

Los autores americanos tienen una tendencia, muy digna de elogio, a adornar el estudio del Derecho con pinceladas psicológicas o sociológicas. Y de ello dan una inteligente muestra los autores de la Nota antes indicada (la redacción de la revista de HARVARD):

Comienzan señalando que en nuestro inconsciente late el prejuicio (cada vez más intenso, por desgracia, en el mundo moderno) de que un aspecto exterior desagradable encierra un interior aún más repulsivo y, del mismo modo, tendemos a pensar que a las personas físicamente agraciadas les acompañan virtudes morales de todo tipo. Las investigaciones sociológicas han corroborado esta tesis. Se ha demostrado que los padres y profesores tienen más fe en el éxito de los niños guapos que en el de los feos; que los alumnos prefieren la amistad de sus compañeros o compañeras atractivas y rehúyen la de los feos; que la disposición de las personas a hacer pequeños favores a desconocidos está en función de la agradabilidad física del desconocido; que los procesados feos reciben condenas penales más severas y que los demandantes feos en procesos civiles obtienen indemnizaciones inferiores. Es más: la apariencia física puede incluso distorsionar la evaluación del trabajo individual: un estudio (3) demostró que, si la corrección de unos exámenes se realizaba acompañando a cada escrito una foto de su supuesto autor, los ejercicios unidos a retratos de sujetos atractivos se calificaban con una mejor puntuación, siendo curioso destacar que los examinadores se extendían en consideraciones sobre la creatividad o brillantez del falso autor, comentarios que desaparecían cuando los mismos ejercicios se presentaban asociados a fotografías de alumnos feos.

Pues bien, estos prejuicios tienen una amplia incidencia en el mundo laboral, en un triple sentido:

- *Primero*, los empleadores los padecen y tienen, por tanto, una visión distorsionada de los méritos de los empleados o candidatos a obtener un empleo.
- *Segundo*, aun suponiendo que el empresario pueda sustraerse al prejuicio que nos ocupa, es consciente de que la mayoría de los clientes o consumidores o cualesquiera personas que se relacionen laboralmente con el trabajador en cuestión, sí padecerán ese prejuicio y preferirán tratar con personas atractivas.

(2) La definición de «fealdad» que aquí manejaremos nada tiene que ver, conceptualmente, con la idea de minusvalía, en cuanto no implica disminución física alguna.

(3) Landy and Sigall, «Beauty is talent: task evaluation as a function of the performer's physical attractiveness», 29 J. PERS. AND SOC. PSYCHOLOGY, 299 (1974) (citado en «Facial ...», *op. cit.*, pág. 2.036).

- *Tercero*, los superiores jerárquicos que tienen la responsabilidad de contratar o no, promocionar o relegar profesionalmente a un trabajador, pueden ser conscientes de los méritos iguales o superiores del sujeto feo. Pueden incluso estimar que la utilización de los servicios del empleado de aspecto desagradable no producirá una merma de la rentabilidad de la empresa. Y, sin embargo, obrando incluso en perjuicio de los intereses de su empresario, a menudo deciden contratar o impulsar la carrera profesional de otra persona más atractiva, porque prefieren tener como subordinado a alguien que les «alegre la vista».

Los anteriores hechos provocan la exclusión radical de los feos de toda una gama de ocupaciones, como son las que se relacionan con la imagen, la comunicación, las relaciones públicas o, en general, una atención muy personalizada a los clientes. Basta echar un vistazo a las ofertas de empleo que se publican en los periódicos para comprobar que, sin el requisito de una presencia física medianamente atractiva, es imposible concurrir a los procesos de selección en un cierto ámbito del mundo del trabajo.

Es verdad que también las personas cuyo físico es supuestamente normal pueden fracasar en la lucha por un empleo que exija una preparación, una personalidad o una habilidad intelectual especial, de la que eventualmente carezcan. Pero los feos sufren una restricción adicional en su círculo de posibilidades laborales: Una mujer poco dotada para los números no conseguirá un puesto de contable, pero tal vez podrá trabajar como azafata o como locutora de televisión; una enana o un hombre con el rostro desfigurado difícilmente conseguirá uno de estos empleos.

Pero el daño no termina ahí. En las selecciones para cualquier puesto de trabajo, el individuo feo siempre se enfrenta con un obstáculo adicional, siempre tiene que demostrar algo más que sus iguales para vencer la resistencia, consciente o inconsciente, de los empleadores.

Ciertamente, un tema como éste se presta a los comentarios jocosos. En una tertulia entre juristas, sacar a la luz el artículo sobre «la aversión de los empresarios a contratar a los feos» siempre permite disfrutar de una cierta hilaridad. Sin embargo, la problemática reúne todas las condiciones precisas para hacerla merecedora de un estudio jurídico serio: un importante colectivo de personas sufre un daño sociológicamente llamativo, ese daño se percibe intuitivamente como injusto y, por fin, la cuestión que abordamos se inscribe dentro de una interesante polémica técnico-jurídica, la relativa a la eficacia de los derechos fundamentales (el derecho a la igualdad) en el ámbito de las relaciones entre particulares (*Drittwirkung der Grundrecht*). Polémica esta que quizá podría ayudar a clarificar, con carácter general, el análisis de un supuesto extremo como el que nos ocupa.

• Otra hipótesis atractiva como objeto de estudio es la de la discriminación por razón de una imagen, no ya inherente a la persona, sino contingente (es decir, la derivada de una opción determinada de arreglo personal). Este segundo tema ha sido incluso objeto de una decisión de nuestro TC: Un camarero de un Hotel de Maspalomas (en Las Palmas) decidió dejarse la barba, a lo que se opuso la empresa, que le sancionó repetidas veces y finalmente le despidió. Los Tribunales ordinarios estimaron procedente el despido al entender que concurría una reiterada desobediencia. Para ello se apoyaron en un uso local, conforme al cual los trabajadores de hostelería que tengan contacto con el público deben ir afeitados. Interpuesto recurso de amparo por el trabajador, el TC lo desestimó, considerando que la decisión de cualquier persona sobre su apariencia física «puede limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional» (STC n.º 170/87, de 30 de octubre).

Curiosamente, una reciente Sentencia del TSJ de Madrid de 26 de marzo de 1992 se ha enfrentado a un supuesto similar, que ha resuelto de forma opuesta. El Tribunal comienza reiterando la doctrina de la STC 170/87: si bien la decisión sobre si la estética personal se favorece o no con el uso de la barba es parte integrante del derecho a la intimidad y a la propia imagen, dicha decisión puede ser limitada cuando trasciende al ámbito de la relación laboral; y tales límites pueden venir establecidos en los usos sociales. Ahora bien, la Sentencia también advierte que «esta exigencia no puede ser gratuita, ni caprichosa e inmotivada, sino que debe tener un fundamento, que indudablemente está relacionado con el aseo personal, la higiene necesaria en establecimientos de hostelería y con una presencia personal que sea acorde con el centro y los concurrentes». Por eso, «cuando no se producen las circunstancias que fundamentan la prohibición en que el uso social consiste, como en este caso ocurre, el uso social debe ceder ante el derecho que garantiza el artículo 18 CE». A nuestro entender, sin embargo, el TSJ de Madrid contradice la doctrina de la STC 170/87, salvo que se entienda que el trabajador recurrente en este último proceso tenía una presencia poco higiénica, lo que no sucedía: el TSJ de Madrid, aun manifestando formalmente que respeta el superior criterio del TC, lo matiza sustancialmente, en cuanto reconoce que las exigencias empresariales -aunque se establezcan en usos, convenios u otras normas- están sujetas a un juicio de «razonabilidad constitucional».

Y, para acabar de adornar el tema, cabe citar el caso -que fue objeto de extenso tratamiento periodístico- de un ujier de nuestras Cortes Generales, al que la administración de las Cámaras decidió trasladar a un puesto que no exigiera presencia en el hemiciclo, como represalia por el uso de un pendiente (4).

(4) Naturalmente, dicho ujier era funcionario, pero citamos este caso por ser representativo de algo que sucede, incluso más frecuentemente, en el ámbito de las relaciones laborales.

• Finalmente, pretendemos analizar un supuesto de discriminación moderno, de creciente actualidad: el derivado de la posesión por parte del trabajador del virus VIH [los anticuerpos del SIDA (5)]. Está en la mente de todos el caso del jugador de baloncesto de la NBA americana «Magic Johnson». «Magic» tiene el virus VIH, aunque no ha desarrollado la enfermedad del SIDA. Ello no le impide cumplir las exigencias de su trabajo e incluso seguir teniendo una calidad superior a la media, por lo que su permanencia en activo como jugador era intrínsecamente rentable para la empresa (los Lakers de Los Angeles). Por otra parte, aunque el virus que posee es contagioso, los científicos dictaminaron que la posibilidad de que transmitiera la enfermedad a otro jugador durante la práctica del baloncesto era inexistente. Sin embargo, declaraciones de otros jugadores que criticaban el riesgo que para ellos representaba competir con «Magic», forzaron a éste a abandonar el baloncesto profesional. Pues bien, ¿qué habría sucedido si el jugador no hubiera dimitido voluntariamente y hubiera sido despedido por su empleador, en razón del daño que para el mismo representaba la negativa de los demás equipos a competir con los Lakers o incluso una eventual fuga de los compañeros de «Magic» hacia otros clubs?

Para analizar estas cuestiones (¿los empleadores tienen una obligación constitucional de no discriminar a los trabajadores por razón de su imagen o de la posesión del virus VIH?), adoptaremos el siguiente esquema:

- En el epígrafe II, se analiza el alcance del principio de igualdad en las relaciones laborales y los mecanismos de protección que se ponen al alcance de los trabajadores discriminados, tomando como punto de referencia las causas de discriminación «clásicas», aquellas que la doctrina y jurisprudencia consideran pacíficamente como criterios de diferenciación ilegítimos: principalmente, la raza, el sexo o la actividad sindical del trabajador. En este análisis, utilizaremos tres parámetros normativos distintos: el Derecho norteamericano (porque es quizá el que presenta un mayor desarrollo en la elaboración del principio de igualdad laboral), el Derecho comunitario (en lo que concierne a las discriminaciones por razón de sexo) y el Derecho español (6).

(5) Tampoco en este caso cabe hablar de minusvalía, pues el estar infectado con virus VIH no implica una disminución y ni siquiera una enfermedad, sino sólo una gran probabilidad de desarrollarla.

(6) Las normas a considerar son las siguientes: *Derecho español*: artículo 14 CE; artículos 4 c), 17 y 28 ET; artículos 96, 178.2, 179 y 180 LPL; artículo 28.2 Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones del orden social. *Derecho comunitario*: Artículo 3.c) TCEE (libre circulación de trabajadores); artículo 48.2 TCEE (no discriminación por razón de nacionalidad); artículo 119 TCEE (no discriminación por razón de sexo en materia de retribución); Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, «sobre el acercamiento de las legislaciones de los Estados miembros en relación con el principio de igualdad de las remuneraciones entre los trabajadores masculinos y femeninos»; Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, en materia de empleo y condiciones de trabajo; Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, en materia de Seguridad Social; Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, en materia de regímenes profesionales de Seguridad Social; Directiva 86/613, de 11 de diciembre de 1986, relativa a trabajadores autónomos, en especial los que desarrollan actividades agrícolas, y a la protección de la maternidad; Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la

- En el epígrafe III, se expone el tratamiento que nuestra jurisprudencia da al problema de la *Drittwirkung der Grundrecht*: ¿en virtud de qué fundamento y en qué medida la cláusula constitucional de no discriminación que contiene el artículo 14 CE juega en relaciones privadas como las laborales?
- El epígrafe IV pone de manifiesto una serie de insuficiencias de la anterior jurisprudencia, que dificultan el análisis de los problemas aquí abordados.
- Tales insuficiencias se intentan superar en el epígrafe V, mediante un breve análisis histórico que trata de desvelar el verdadero alcance de los principios de autonomía empresarial, de un lado, y derecho a la igualdad, de otro. Al hilo de este análisis se sugiere una pauta de solución para las hipótesis antes enunciadas (discriminación por razón de fealdad, arreglo personal o SIDA).

II. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION EN LAS RELACIONES LABORALES POR CAUSAS «TIPICAS»: SU RECEPCION POR LA LEY, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

A. Fuentes posibles de las conductas discriminatorias.

El artículo 17.1 ET condena las discriminaciones procedentes de «los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario». Y el artículo 14 CE, por su superior jerarquía normativa, puede interpretarse también como límite a la libertad del legislador para configurar las relaciones de trabajo.

En este estudio centraremos nuestra atención en las violaciones del principio de igualdad imputables a los empresarios particulares (y que se plasman en convenios, contratos de trabajo o decisiones unilaterales), sin perjuicio de inspirarnos ocasionalmente en la jurisprudencia relativa a actos de los poderes públicos.

aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. *Convenios de la OIT*: Convenio n.º 100 de la OIT de 29-6-51, «sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor»; Convenio n.º 111 de la OIT de 25-6-1958, sobre «discriminación en materia de empleo y ocupación»; Convenio n.º 122 de 1964 sobre «política de empleo de la OIT». *Otras normas internacionales*: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19-12-66; Carta Social Europea, de 18-10-61; Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4-11-50. *Derecho norteamericano*: Title VII de la Civil Rights Act de 1964, Age Discrimination and Employment Act de 1967, Americans with Disabilities Act de 1990 y, especialmente, la reciente Civil Rights Act de 1991.

B. ¿Qué tipo de beneficios laborales no pueden ser negados por causas discriminatorias?

El artículo 17.1 ET reputa ilegítimas aquellas discriminaciones que se apoyan en las causas que el propio precepto enumera, ya afecten al «empleo» o versen sobre «retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo». El artículo 28 del propio ET -en relación con las discriminaciones por razón de sexo- reitera que «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales».

La dicción de estos preceptos plantea ciertas insuficiencias o dudas, que han sido superadas por la doctrina, en aplicación del artículo 14 CE (7) (cuyo mandato de que no prevalezca discriminación, en ningún sentido, tiene una considerable fuerza expansiva) y en aplicación de los Convenios de la OIT ratificados por España y del Derecho comunitario. Ciertamente, esta últimas normas se refieren exclusivamente a las discriminaciones fundadas en el sexo, pero su contenido puede ser aplicable analógicamente a otras clases de discriminaciones: en la medida en que concluyamos que esas otras causas de diferenciación son tan censurables como las basadas en el sexo, la jurisprudencia aplicable en este último ámbito lo será también en los demás.

Analicemos, por tanto, los distintos beneficios laborales cuya negación es inconstitucional, cuando se funda en causas ilegítimas:

1. No discriminación a efectos de remuneración u otras condiciones de trabajo.

Este concepto plantea tres problemas básicos:

a) ¿Qué debe entenderse por «remuneración»?

El artículo 119 Tratado CEE completa, en cierto modo, la definición de nuestro artículo 28 ET, al señalar que por salario debe entenderse el salario base más cualesquiera otras gratificaciones, «directas o indirectas, en dinero o en especie», satisfechas en razón de la relación de trabajo (en similares términos se pronuncia el art. 1 Convenio n.º 100 de la OIT). Y la jurisprudencia del TJCE ha realizado una interpretación amplia de dicho concepto, incluyendo dentro del mismo -por ejemplo- una obligación de pagar prestaciones complementarias al sistema estatal de Seguridad Social, asumida por el empresario en convenio colectivo (8).

(7) Dicho precepto sería invocable directamente por los trabajadores, aunque el ET nada hubiera dispuesto en materia de no discriminación (STC n.º 7/83, de 14 de febrero).

(8) Asunto *Bilka/Weber von Hartz*: 170/84, 13-5-86. Rec. 1986, 5, pág. 1.607. *Vid.* comentario en F. FERRERAS ALONSO, «Igualdad de trato entre hombre y mujer. Comentario a la STJCE de 13 de mayo de 1986, dictada en el asunto 170/84», *Noticias CEE*, n.º 26, págs. 111-122.

Ahora bien, en realidad, el dilema de si procede definir de forma amplia o restringida el concepto «remuneración» obedece a una particularidad técnica del Derecho comunitario: el principio de remuneración igual está recogido en el propio artículo 119 Tratado CEE, al que -como veremos- la jurisprudencia asigna «efecto directo horizontal», mientras que la no discriminación en materia de empleo u otras condiciones de trabajo y en materia de Seguridad Social es un aspecto adicional que recogen Directivas posteriores, las cuales tendrían únicamente «efecto directo vertical» [vid. *infra* epígrafe III.A).1]. Por eso, el encaje de la pretensión del trabajador en uno u otro concepto no es baladí, si está en juego exclusivamente la aplicación de la legislación comunitaria.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento es claro que el principio de no discriminación (por razón de sexo u otros motivos), en lo que concierne a cualesquiera condiciones laborales, se encuentra satisfecho en virtud del artículo 14 CE: las Directivas deben entenderse transpuestas en este punto, merced a la eficacia directa de los derechos fundamentales (9).

b) ¿Qué debe entenderse por «otras condiciones de trabajo»?

Dentro de tal concepto hay que incluir, además de la retribución, la clasificación profesional, la promoción, el tiempo de trabajo (jornada, horarios, descansos), la movilidad funcional o geográfica, las garantías para el supuesto de cambio de empresario y cualesquiera otras ventajas asociadas a la relación laboral.

c) ¿Cuál es el término de comparación adecuado? ¿Un trabajo exactamente «igual» al del sujeto supuestamente discriminado o un trabajo «de igual valor»?

El ET y el propio artículo 119 Tratado CEE hablan de «igual trabajo», lo que parece sugerir que no existe discriminación siempre que se pruebe cualquier diferencia en el contenido de las tareas asignadas a los sujetos supuestamente discriminados y a los que se toman como punto de comparación. Sin embargo, nuestro TC ha adoptado un criterio más avanzado y reprueba toda discriminación entre trabajos «de igual valor», sean o no idénticos, en línea con lo que dispone el Convenio n.º 100 OIT 1951 y el artículo 1 Directiva 75/177 (STC n.º 145/91, de 1 de julio).

(9) En el ámbito de la *Seguridad Social*, la normativa es tan prolija y complicada que es más difícil aventurar idéntica conclusión. Vid. al respecto, M. GARCIA FERNANDEZ, «La Directiva 79/7 de 19 de diciembre de 1978 sobre aplicación del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y el ordenamiento español», *Noticias CEE* n.º 42, págs. 117-123, y J. LOPEZ GANDIA, «La Directiva comunitaria 79/7 de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho español», *Noticias CEE* n.º 43-44, págs. 153-165. Por el contrario, en el campo *estrictamente laboral*, la dicción escueta del ET representa una ventaja: cabe entender que sus omisiones pueden suplirse mediante la aplicación jurisprudencial del artículo 14 CE.

2. Extinción del empleo.

Es el supuesto de discriminación prototípica. Nuestro TC, en materia de desigualdades por razón de sexo o por motivos sindicales, ha dictado al respecto una nutrida jurisprudencia, que condena incluso la denuncia unilateral del contrato por parte del empresario durante el período de prueba, si la misma se apoya en un móvil inconstitucional (STC n.º 160/88, de 26 de septiembre).

3. Acceso al empleo.

Tanto el artículo 3.1 Directiva 76/207 -en materia de discriminación por sexo- como el artículo 4 c) e implícitamente el 17.1 ET, castigan las discriminaciones «para el empleo», es decir, las que sirven para negar un puesto de trabajo a un candidato al mismo.

Sin embargo, lo cierto es que éste es un aspecto apenas desarrollado en la jurisprudencia española. En nuestro país, durante el período de selección del personal, los empleadores discriminan sin remordimiento alguno -convencidos de la legitimidad de su conducta-; los trabajadores no reaccionan frente a dicho trato desigual -porque ellos mismos creen en la libertad del empresario para obrar de ese modo-; los Abogados no consideran posible o no se atreven a combatir judicialmente tales decisiones, y por último los Jueces casi no han tenido oportunidad de pronunciarse sobre los mencionados comportamientos (10).

En cambio, el TJCE sí ha conocido casos de esa índole (11) y, desde luego, en el Derecho norteamericano la virtualidad del principio de igualdad en la fase de selección es uno de los temas que mayor cantidad de litigios suscita y que ha sido objeto de mayor atención doctrinal e incluso de preocupación empresarial (*vid.* en el apartado siguiente una lista de preguntas cuya formulación a los candidatos a un empleo puede, según la jurisprudencia americana, viciar el proceso de selección).

Quizá esta exigua incidencia del problema en nuestra práctica forense puede deberse a la creencia de que es casi imposible probar ese tipo de discriminaciones o de que, en todo caso, no existe un mecanismo de tutela adecuado para combatirlos. Mas tales creencias son, en nuestra opinión, erróneas, tal y como se intenta probar *infra* (II.D y II.E).

(10) *Cfr.*, únicamente, los casos citados por M. BALLESTER («Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», *Relaciones Laborales* n.º 34, febrero 1993, págs. 36-64), que se referían a la exigencia del conocimiento de la lengua de una Comunidad Autónoma para el acceso a un empleo, ofertado públicamente.

(11) Asunto DEKKER/VJV CENTRUM: C-177/88, Sentencia de 8 de noviembre de 1990.

C. Clases de discriminación prohibidas: Directa e indirecta.

La discriminación tradicionalmente prohibida es la «directa», es decir, aquella que envuelve un *propósito* de excluir de determinados beneficios laborales a un cierto colectivo de personas. Pero la jurisprudencia americana ha alumbrado también y ha perseguido las prácticas que producen un «disparate impact» (un *efecto* dispar): las discriminaciones «indirectas».

Existe «discriminación indirecta» cuando el empleador trata de forma desigual a los empleados o candidatos al empleo en función de un factor en principio «constitucionalmente neutro», pero que está presente mayoritariamente en individuos en los que concurre una de esas causas especiales, cuya consideración por el empresario es ilegítima.

El TJCE -en el campo de la discriminación por razón de sexo- ha aplicado dicha técnica reiteradas veces, reputando contrarias al Derecho comunitario aquellas medidas que dispensan un trato peyorativo a los trabajadores a tiempo parcial, siempre que se demuestre (con el correspondiente estudio estadístico) que los sujetos afectados por la decisión de que se trate son en su mayoría mujeres, como suele suceder (12).

Por su parte, la STC n.º 145/91 incorpora el concepto a nuestro Derecho, definiéndolo como «tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales» para las mujeres.

Pero la imaginación anglosajona parece más fecunda en este punto: descubre indicios de discriminación indirecta en actitudes aparentemente inocuas. Y es curioso destacar cómo esa preocupación no se circunscribe al ámbito de la especulación doctrinal, sino que ha calado hondo en el mundo económico, pues los empresarios se cuidan de eliminar de los tests de selección de personal, de las preguntas que formulan en las entrevistas de trabajo y de la motivación de cualquiera de sus decisiones, todo elemento que pudiera ser interpretado (por la mente enrevesada de algún Abogado) como indicio de una actitud discriminatoria. Como prueba de ello, nos parece oportuno reseñar aquí que una publicación económica (13), destinada a ejecutivos, advertía sobre la ilicitud de preguntar, a los candidatos a un empleo, las siguientes cuestiones:

(12) *Vid.*, al respecto, F.F. GONZALEZ MUÑOZ, «La no discriminación por razón de sexo en la remuneración del trabajo a tiempo parcial: evolución normativa y jurisprudencia comunitaria», *GJCE* n.º 66, septiembre 1991, págs. 3-9.

(13) A. KITSUSE, «Have you ever been arrested?», *Across the board*, noviembre 1992, págs. 46 a 49.

- «¿Por qué desea Vd. volver a trabajar?»: Esta pregunta será normalmente contestada por mujeres que han estado temporalmente ausentes del mundo laboral por razón de matrimonio o de embarazo; es un medio indirecto de comprobar si el solicitante de empleo es mujer, y, en consecuencia, puede interpretarse que esconde una intención discriminatoria hacia el sexo femenino. Por otra parte, la contestación de la pregunta puede obligar al trabajador a revelar datos como minusvalías, estado civil u otras circunstancias personales cuya consideración por el empresario es inapropiada.
- «¿Tiene Vd. la disponibilidad necesaria para viajar asiduamente?»: Es admisible si se demuestra que el trabajo en cuestión requiere efectivamente viajes frecuentes. Pero si no es así, si en la práctica -como muchas veces sucede- no se prueba que el empleo en cuestión exige ausencias constantes del lugar de residencia, los Tribunales podrán considerar que la pregunta intenta vetar el acceso al puesto de las mujeres, sobre las que recae habitualmente la responsabilidad última del cuidado de los hijos.
- «¿A qué clubs u organizaciones pertenece Vd.?»: Es improcedente, ya que, al responder a esta pregunta, el solicitante de empleo puede verse obligado a revelar su raza, su nacionalidad, su religión o su orientación sexual.
- «¿Dónde aprendió Vd. un determinado idioma extranjero?»: Ilegítima porque puede ir destinada a averiguar la etnia del trabajador.
- «¿Conoce Vd. a alguien que trabaje en la Compañía?»: Puede ser procedente si su objetivo es obtener una referencia adicional sobre el candidato. Sin embargo, si el empresario mantiene la política de contratar únicamente a las personas con contactos en la empresa, podría interpretarse que la pregunta tiene un efecto adverso sobre grupos protegidos. Por ejemplo, en una plantilla compuesta únicamente por blancos, el citado criterio serviría para ayudar a detectar y rechazar a los negros.
- «¿Se sometería Vd. a un reconocimiento físico?»: Es lícita si se formula después de ofrecer el empleo al trabajador. Pero no si se incluye en el proceso general de selección, porque puede servir para cribar a los minusválidos, con independencia de si pueden o no desarrollar el trabajo en cuestión.
- «¿Está Vd. suscrito a alguna publicación?»: Improcedente, porque puede desvelar la raza, origen nacional u opiniones del trabajador.
- «¿Con quién convive Vd. en su domicilio?»: Inaceptable, porque incide sobre el estado civil, las circunstancias de familia o la orientación social del candidato.

Quizá sería una quimera exigir a nuestros Tribunales que adopten una actitud tan inquisitoria respecto de las discriminaciones indirectas, sobre todo en la fase de selección. Sin embargo, sí nos parecería oportuno que alguien comenzara a demandar a empresas que adoptan prácticas ya auténticamente groseras, como la de enviar a personal de la Compañía al inmueble donde vive el solicitante de empleo, a fin de averiguar (con encuestas entre los vecinos) datos de su vida íntima, que se archivan y utilizan a efectos de la selección o durante la vida laboral posterior del trabajador.

D. Inversión de la carga de la prueba.

A tenor del artículo 96 LPL, «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Y en materia de discriminaciones sindicales, el artículo 178.2 de dicha ley dispone asimismo que, «una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Estas normas plantean las siguientes materias de debate:

1. ¿Cuál es su ámbito de aplicación?

Las citadas disposiciones se refieren a toda conducta discriminatoria, ya consista en un despido o cualquier otra diferenciación irrazonable. No existe, por tanto, ningún inconveniente para que este poderoso mecanismo procesal juegue en relación con discriminaciones «para el empleo».

Por otra parte, la LPL sólo establece la llamada «inversión de la carga de la prueba» en relación con las discriminaciones sindicales o por razón de sexo. Mas, en este punto, la ley no hace más que positivizar una jurisprudencia extraída por el TC directamente del artículo 14 CE (14). Dicha jurisprudencia nace, es cierto, en torno precisamente a las discriminaciones citadas, pero en la medida en que concluyamos que existen otras causas de desigualdad en las que concurre la misma *ratio legis*, no habrá razón para no conceder también a las víctimas de esas otras discriminaciones los beneficios que enuncian los artículos 96 y 178.2 LPL.

(14) *Cfr.*, *ad exemplum*, SSTC de 23 de noviembre de 1981; n.º 34/84, 9 marzo; n.º 103/87, 17 junio, o 114/89, 22 junio.

2. ¿Cuál es su fundamento?

En aplicación del principio *pro operario* y también para evitar exigir al trabajador la prueba de un hecho negativo, el ordenamiento atribuye a todo empresario la carga de probar los hechos que motivan el establecimiento de condiciones peyorativas para determinados trabajadores, so pena de que su decisión sea declarada ilegal. La presente disposición le atribuye adicionalmente -y por idéntico motivo- la carga de demostrar que la conducta adoptada no era inconstitucional y, por tanto, radicalmente nula [*cf. infra* apartado II.E)]. Mas esta segunda inversión del *onus probandi* no es automática. No basta la mera alegación del trabajador de que existió discriminación. Es preciso que el demandante aporte un indicio de que efectivamente concurre un móvil discriminatorio, un principio de prueba, que se convierte en prueba plena si no es desvirtuado por el empresario (15).

3. ¿Qué es lo que debe probar el empresario para desvirtuar un indicio de discriminación aportado por el trabajador?

El empresario puede aportar dos tipos de justificaciones:

- a) O bien un motivo que no guarda ninguna relación con el sexo, la actividad sindical o cualquier otro factor de discriminación alegado por el trabajador. (Por ejemplo: el empleado no fue despedido por ser Delegado sindical o mujer, sino porque bebía o era impuntual).
- b) O bien un motivo que, a pesar de tener relación con una causa de desigualdad que cabe reputar -prima facie- «de consideración ilegítima», en el supuesto de que se trate persigue un fin legítimo y se traduce en una medida concreta proporcional al fin perseguido. De este segundo aspecto nos ocupamos *infra* en el apartado IV.E.

4. ¿Qué entidad debe tener ese motivo b), ajeno no sólo a una *intención* discriminatoria, sino incluso a todo *contexto* discriminatorio?

La reciente STC de 18 de enero de 1993 afirma que, a fin de presentar una determinada decisión como legítima, el empresario debe probar una falta del trabajador que tenga «base real y suficiente consistencia, en el bien entendido que no cualquier motivo sirve para justificar

(15) Un problema adicional sería ¿qué debe entenderse por indicio de discriminación? En el Asunto E. Delauche contra Comisión (C-11/86, S. de 16-12-87), el TJCE consideró que no lo es la mera prueba de la infrarrepresentación de la mujer en los cargos directivos de la entidad empleadora (que era la propia Comisión). *Vid.* comentario en F. GARRIDO FALLA, «La igualdad de sexos en la función pública», *Noticias CEE* n.º 46, págs. 109-113. Por el contrario, en el Derecho americano situaciones de ese orden, cuando superan ciertos límites, permiten a menudo a los trabajadores probar una *prima facie discrimination* (*cf.* M.BALLESTER, *op. cit.*, pág. 45).

el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales». Sin embargo, el propio TC matiza la anterior doctrina y, en este sentido, declara que tampoco es necesario que «la actividad o comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar la sanción [máxima (16)] del despido».

En esta línea, la citada sentencia recuerda que el Tribunal, al menos en dos ocasiones, no ha declarado nula sino improcedente la decisión extintiva del empresario, pese a que las razones alegadas por éste (impuntualidad, en el caso de la STC 21/92; una desobediencia leve, en el supuesto analizado por la STC 135/90) no eran lo suficientemente graves como para justificar el despido.

5. ¿Cuál es la solución procedente en las hipótesis de pluralidad de causas, esto es, en aquellos casos en que, junto a un motivo del tipo b) -ajeno a todo contexto discriminatorio- concurre también una razón espúrea?

La Sentencia antes citada de 18 de enero de 1993 señala que «cuando se ventila un despido *pluricausal* (17), en el que confluyen, una causa, fondo o panorama discriminatorio, y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio».

La conclusión nos parece irreprochable. Pero no nos sirve para resolver nuestro problema, porque el supuesto enjuiciado por la sentencia no es -a pesar de lo que se declara- un acto estrictamente «pluricausal». El TC en realidad analiza una hipótesis en la que *inicialmente* la conducta del empresario parecía fundada en dos causas diversas (una discriminatoria y otra conectada a la prestación del trabajo), pero en *último término* se demuestra amparada por un único motivo legítimo (ya que la sospecha de discriminación ha sido desvirtuada por el empresario).

Ahora bien ¿qué sucede cuando concurren auténticamente en la voluntad del empresario dos intenciones diversas, una atentatoria contra el principio de no discriminación y otra libre de tacha? En tales casos, el TC parece renunciar a declarar la nulidad de la medida adoptada siempre que la causa válida fuera «determinante por sí sola». Así la STC n.º 104/87 declara que el empresario, para quedar libre de culpa, debe probar que, «puesto entre paréntesis» el

(16) El corchete es nuestro.

(17) El énfasis es de la Sentencia.

factor diferencial de que se trate, su decisión habría sido la misma. Por ejemplo: el empresario tiene la firme política de no contratar a mujeres, pero además se da la circunstancia de que una concreta demandante de empleo reúne ciertas características ajenas a su condición femenina, que habrían motivado de todas formas el rechazo de su solicitud, aunque ésta procediera de un varón. Por el contrario, si la causa legítima no fue decisiva, sino que el empleador valoró ambos motivos (el «torpe» y el «no torpe») y fue la conjunción de ambos lo que le llevó a castigar al trabajador, parece que su conducta debe ser declarada nula.

Esta jurisprudencia es saludada favorablemente por la doctrina (18). Mas, a nuestro juicio, el TC debería haber ido un paso más allá, en el sentido que apunta la Civil Rights Act americana de 1991: Dicha Ley, en los auténticos *mixed motive cases*, permite al Juez comprobar y declarar la existencia de discriminación, aunque el móvil torpe no fuera determinante, si bien en este último caso será inferior el grado de tutela que se dispensará al trabajador: no procederá la reparación *in natura*, sino sólo una indemnización por los daños morales o los gastos asociados a la prueba de la discriminación (por ejemplo, honorarios de Abogados) (*cf.*, sobre los posibles mecanismos de reparación, *infra* el apartado II.E siguiente).

E. Sanciones.

- De acuerdo con la Teoría General del Derecho, una sentencia que declara la ilicitud de una conducta (un simple comportamiento de hecho, un acto o un negocio jurídico) debe ir acompañada de diversos pronunciamientos, con proyección hacia el pasado (la eliminación de los efectos ya producidos de dicha conducta), el presente (restablecimiento del derecho o situación jurídica vulnerada) y el futuro (medidas destinadas a evitar que la ilicitud se repita en lo sucesivo). En principio, tales objetivos se intentan alcanzar mediante una ejecución específica (se destruye lo hecho ilícitamente y se obliga al demandado a cumplir sus obligaciones de hacer o no hacer) y sólo en la medida en que lo anterior no es factible (porque se ha producido ya un daño que no puede ser eliminado *in natura* o porque no es legítimo realizar una coerción personal del demandado) se recurre a las indemnizaciones económicas sustitutorias, que normalmente pretenden reparar tanto los daños morales como materiales.

A mi juicio, la aplicación del esquema expuesto al ámbito que no ocupa, trae consigo las siguientes consecuencias:

(18) En este sentido, M. FERNANDA FERNANDEZ LOPEZ, «Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo», *Relaciones Laborales* n.º 34, febrero 1993, pág. 30.

- A fin de combatir aquellas consecuencias de la discriminación que se han consumado con anterioridad al momento en que se dicta la sentencia y que sólo pueden ser ya reparadas mediante una compensación económica, el órgano judicial habrá de conceder al trabajador el derecho a percibir una indemnización adecuada y suficiente. Y por tal hay que entender aquella que comprende la compensación de todo tipo de daño evaluable económicamente, ya sea material (v.gr., salarios o cualquier otro tipo de beneficio económico no percibido, gastos de asesoramiento ...) o moral (angustia producida por la pérdida del empleo, humillación por la sanción ...), ya consista en un daño emergente o en un lucro cesante.

- Al objeto de restablecer el derecho vulnerado en el momento en que se dicta la sentencia, ésta podrá contener distintos pronunciamientos, que varían en función de la conducta que se enjuicia:
 - Si la discriminación consistió en la extinción del contrato de trabajo o en cualquier otro tipo de sanción, la declaración de nulidad de dicho comportamiento habrá de conllevar el restablecimiento del trabajador en su puesto de trabajo o, en general, en la situación anterior a la sanción.
 - Si la discriminación se tradujo en el establecimiento de condiciones de trabajo diferentes (remuneración u otras), la sentencia deberá atribuir a los sujetos discriminados el disfrute de condiciones laborales idénticas a las del resto de empleados cuyo trabajo es de igual valor.
 - Si la desigualdad se produjo en la fase de acceso al empleo o de promoción, el Juez deberá obligar al empresario a contratar o ascender al trabajador.

- Por fin, a efectos de garantizar que la conducta discriminatoria no se repetirá en el futuro, frente al demandante o frente a otros sujetos, el Juez puede arbitrar tres tipos de medidas:
 - Dirigir al infractor una orden de cese del comportamiento ilegal, de cuya infracción puede incluso derivar un delito de desobediencia.
 - Conceder al demandante un plus de indemnización no ya «reparadora» de los daños sufridos, sino «punitiva», esto es, destinada a disuadir al infractor de cometer actos ilegítimos en el futuro.
 - Obligar al empresario a suscribir un plan de acción positiva.

- Este panorama ideal de la tutela antidiscriminatoria se encuentra en buena medida recogido en el Derecho americano.

Tradicionalmente la jurisprudencia había concedido a los trabajadores discriminados el derecho a recibir una satisfacción específica de sus pretensiones: contratación, recolocación o promoción forzosa.

En materia indemnizatoria, sin embargo, la doctrina apreciaba ciertas insuficiencias, pues sólo se autorizaba a los demandantes a obtener reparación por daños de tipo material (salarios perdidos, honorarios de abogados, otros gastos procesales, intereses, ...). Mas la Civil Rights Act de 1991 ha ampliado el concepto de daños indemnizables para aquellos supuestos en que se prueba una conducta intencional del empresario. En tales hipótesis la indemnización puede comprender un amplio elenco de daños morales (sufrimiento emocional, angustia mental, incomodidad, pérdida del goce de la vida, ...) y también condenas no ya reparadoras («compensatory damages»), sino sancionatorias («punitive damages») (19).

- Pues bien, pensamos que tal panorama no sólo debe ser trasladado a nuestro Derecho de *lege ferenda*, sino que en buena medida (dejando de lado alguna peculiaridad del sistema americano cuya aplicación requeriría previsión legal expresa -la suscripción de un compromiso de respetar cuotas o los «punitive damages»-) podría ser implantado entre nosotros por una jurisprudencia progresiva, en una interpretación teleológica del principio de igualdad, que extraiga del mismo todas sus potencialidades, a fin de cumplir el resultado perseguido por el artículo 14 CE de que «no prevalezca» discriminación.

Sin embargo, lo cierto es que hoy por hoy ni el Derecho comunitario ni el español contienen mecanismos de tutela suficientemente efectivos.

En la legislación interna, el artículo 17.1 ET declara la *nulidad* de las «cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario» que contengan «discriminaciones» fundadas en alguna de las causas que el propio precepto enumera.

(19) La citada Ley de 1991 establece topes para la cuantía de dichas indemnizaciones, límites que varían en función del tamaño de la empresa infractora. Así la suma global de «compensatory and punitive damages» no puede exceder de 50.000 \$ en el caso de empleadores que tengan entre 15 y 100 empleados; 100.000 \$ para empresas de entre 101 y 200 trabajadores; 200.000 \$ si existen entre 201 y 500 empleados, y 300.000 \$ si aquéllos son más de 500. Sin embargo, estos límites no se aplican en los supuestos de discriminación racial o étnica.

El artículo 179.1 LPL aclara que esa nulidad tiene el carácter de nulidad *radical*. En puridad el precepto se refiere sólo a las violaciones de la libertad sindical. Pero la norma tiene su origen en una jurisprudencia constitucional, que formula la dicha doctrina con carácter general (en relación con todos los actos contrarios a los derechos fundamentales) y, además, el propio artículo 180 LPL permite realizar esa extensión.

Sin embargo, semejante doctrina tiene un alcance y unos efectos limitados, en cada uno de los aspectos antes mencionados:

A) Reparación proyectada al momento *presente*, en el que se dicta la sentencia:

La declaración de nulidad trae aparejada, según indica el artículo 179.1 LPL, un mandamiento judicial que ordenará «la reposición de la situación al momento anterior a producirse» el comportamiento discriminatorio.

Ahora bien, este tipo de tutela manifiesta su utilidad cuando la discriminación se traduce en una extinción ilegítima del contrato de trabajo o sanción igualmente ilegítima: en tales casos, la mencionada «retroacción de los hechos» permitirá reintegrar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo o eliminar los efectos de la sanción, sin que quepa subsanación del defecto (porque éste es insubsanable) o sustitución de la readmisión mediante indemnización (como permitía la antigua LPL, respecto del despido simplemente nulo).

Las dudas surgen, empero, cuando la discriminación versa sobre la remuneración del trabajador o sobre el acceso al empleo o a un puesto de superior categoría, ya que en estos casos la infracción que se combate consiste en una *omisión* (no se eleva la retribución, no se contrata o no se modifica el contrato del trabajador). Para estas hipótesis, la dicción del artículo 179 LPL resulta insuficiente: el precepto debería haber contemplado la posibilidad de que el Juez imponga al infractor una obligación *positiva* (y no sólo deberes negativos de cese o abstención) y también la posibilidad de que, ante la desobediencia del empresario, el Juez sustituya en la adopción de la medida de que se trate (incluso en el otorgamiento del contrato de trabajo).

Esta defectuosa redacción legal ha sido suplida, en materia de remuneración igual u otras condiciones de trabajo, por la jurisprudencia constitucional. En este sentido, las SSTC n.º 68/91, de 8 de abril, y n.º 145/91, de 1 de julio, sientan el principio de que las discriminaciones deben corregirse al alza (concediendo a los trabajadores discriminados los mismos beneficios de que disfrutaban los demás empleados) y no a la baja (privando a los no discriminados de sus ventajas).

Pienso que no existiría inconveniente alguno para extender dicha técnica a los supuestos de promoción profesional. Ciertamente, al obrar de este modo, el Tribunal, si enjuicia una disposición normativa, actúa como legislador positivo, y, si se enfrenta a una decisión unilateral del empresario, se coloca auténticamente en el lugar del mismo. Pero semejante proceder no despierta recelos porque la mentalidad jurídica ya está habituada a él: nos encontramos ante una aplicación particular de las normas sobre reclasificación profesional.

Sin embargo, el panorama jurisprudencial es muy distinto -y desalentador- en lo que atañe al acceso al empleo.

El TJCE ha declarado (20) que la Directiva 76/207 no impone una forma determinada de sanción en caso de violación del principio de no discriminación; en lo tocante a la cuestión punitiva, los Estados miembros gozan de libertad. No obstante, la propia sentencia observa que, en cualquier caso la sanción que se imponga debe ser de una naturaleza tal que asegure una protección efectiva y eficaz a la persona discriminada y produzca un auténtico efecto disuasorio sobre el empresario.

Concretamente, las sentencias dictadas en los Asuntos VON COLSON Y HARZ enjuiciaron compatibilidad con el Derecho comunitario de una disposición del ordenamiento alemán, la Sección 611a(2) del Código Civil, la cual establece un único mecanismo de reparación en casos de negativa a contratar por razón de sexo: el empleador sólo está obligado a abonar el interés negativo (los costes que ha supuesto para el trabajador la solicitud del puesto que se le ha negado por causas discriminatorias) y no el interés positivo (beneficios que habría conseguido el trabajador de no haber mediado la conducta discriminatoria). La conclusión de dicho análisis fue que la solución del Derecho alemán no era una sanción adecuada y suficiente. Sin embargo, el TJCE también señaló que la Directiva no exige que el Juez nacional deba obligar al empresario a contratar al candidato indebidamente rechazado.

Ahora bien, si el interés negativo no es suficiente y la obligación de contratar no es necesaria, ¿qué sanción deben reconocer las jurisprudencias nacionales para cumplir el mandato de la Directiva? (21).

(20) Asuntos VON COLSON Y KAMANN (14/83, S. 10-4-84), D. HARZ (79/83, S. 10-4-84) y DEKKER (177/88, S. 8-11-90). *Vid.* comentario en F. DURAN LOPEZ, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976», *Noticias CEE*, n.º 49, pág. 105.

(21) El TJCE quizá no podía obrar de otro modo, a la vista del tenor de las Directivas. Pero lo cierto es que su jurisprudencia conduce a un punto muerto. Y la prueba de ello es que la jurisprudencia alemana posterior [v.gr., Sentencia del Bundesarbeitsgericht (caso 8 AZR 351/86)] declara que la limitación de la Sección 611a(2) del Código Civil está vigente, porque, aunque contradiga claramente las Directivas, éstas no tienen efecto directo horizontal.

Entre nosotros, los Tribunales ordinarios han señalado en alguna ocasión que no son posibles en este campo las medidas de cumplimiento coactivo específico (una orden de contratación y, en defecto de cumplimiento, la suscripción del contrato por el Juez) (22) y el TC no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular.

Esta situación es lamentable, por los siguientes motivos:

- La reparación del daño material o moral sufrido por el trabajador no es en absoluto una sanción efectiva y suficiente. Este tipo de indemnización es conveniente y necesaria. Pero tiene un objetivo limitado: repara las consecuencias pasadas del hecho discriminatorio, pero no sirve para eliminar sus efectos en el momento en que se dicta el pronunciamiento jurisdiccional y pro futuro.
- Si aceptáramos la tesis de que no cabe la reparación in natura y se opta por el sistema de indemnización, para que ésta tenga un auténtico valor sustitutorio, debería consistir en el abono del interés positivo. Pero ninguna jurisdicción sigue este camino, porque es poco factible e inequitativo: calcular dicho interés entraña dificultades prácticas, pues los módulos indemnizatorios que maneja la legislación laboral se apoyan precisamente en la antigüedad del trabajador, la cual está ausente, por definición, en los casos de negativa a contratar; y conceder al trabajador un derecho indefinido a percibir un salario hasta que consiga un nuevo empleo parece una solución desproporcionada, en cuanto es exageradamente gravosa para el empleador.
- Por otra parte, ¿por qué se rechaza la reparación in natura?

Como justificación de esta solución, se alega un viejo prejuicio dogmático: el deber de contratar sería una obligación de hacer y de un hacer personalísimo, a lo que cabría añadir que la relación de trabajo está impregnada de un importante elemento de confianza, sin cuya presencia no podría nacer. Mas tales objeciones no se sostienen, como acreditan estas razones:

- La propia jurisprudencia civil ha superado la tesis de que la obligación de contratar es un hacer personalísimo y, por tanto, incoercible. En este sentido, los Tribunales civiles admiten que, ante el incumplimiento de un precontrato o de una opción de compraventa, el Juez puede otorgar el correspondiente documento en nombre de la parte rebelde, siempre que los elementos esenciales del acuerdo de que se trate estuvieran predeterminados.

(22) *Vid.*, en este sentido, STCT de 21 de agosto de 1988, citada por M. BALLESTER, *op. cit.*, pág. 53.

- En el campo funcionarial, una decisión jurisdiccional que dictamina la existencia de una discriminación en el proceso de selección lleva automáticamente aparejada la incorporación del sujeto discriminado a la función pública. Y no se comprende por qué la solución ha de ser diversa en Derecho laboral. Otra cosa es que la vinculación de la Administración al principio de igualdad sea mucho mayor: el empresario, en uso de su autonomía de la voluntad, puede elegir no contratar a un determinado sujeto en función de criterios que al poder público le están vedados. Pero si se decide que en determinada hipótesis excepcional, por las razones que sean, la libertad del empleador decae, las sanciones aplicables, los mecanismos de tutela del trabajador a manejar por el Juez laboral deben ser igual de rigurosos y efectivos que los que emplea la jurisdicción contencioso-administrativa.

B) Reparación proyectada hacia el *pasado*: daños materiales y morales.

De lo anteriormente expuesto se desprende que, a nuestro juicio, la indemnización de que habla el artículo 179.1 LPL no sustituye sino que se añade al cumplimiento específico (salvo quizá, como en el Derecho americano, en los «mixed motives cases», cuando el móvil discriminatorio fue concomitante, pero no determinante).

Y dicha indemnización debe comprender también el daño moral sufrido por el trabajador. Ello por un doble motivo: porque el artículo 179.1 no distingue (y *ubilex non distinguit...*) y porque, en todo caso, la indemnización de los daños morales puede tener su apoyo en las cláusulas generales del Código Civil (23).

Nuestra jurisprudencia parece reconocer este principio, aunque rara vez lo aplica. En esta línea, la STSJ Andalucía 28-10-91 (que enjuiciaba una amenaza de despido motivada por el ejercicio de actividad sindical) dictaminó que no procedía indemnización, porque «el perjuicio moral que pudiera derivarse queda plenamente satisfecho por el éxito de la demanda», lo cual -si bien podría aceptarse quizá en el supuesto concreto enjuiciado, cuyos detalles no conocemos- es inadmisibles como fórmula general.

(23) Con anterioridad a la aprobación de la Ley de Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen (LO 1/1982, de 5 de mayo), la jurisprudencia civil concedía indemnizaciones por daños morales derivados de la lesión de bienes de la personalidad, al amparo del artículo 1.902 del Código Civil. Un razonamiento semejante se aplica por la jurisprudencia alemana en relación precisamente con las discriminaciones en el empleo. Así la Sentencia del Bundesarbeitsgericht antes citada (caso 8 AZR 351/86) declara que la limitación de la Sección 611a(2) del Código Civil -que circunscribe la indemnización adeudada al trabajador a la reparación del interés negativo- no afecta al concepto daños morales, cuya reparación puede instrumentarse al amparo de Secciones 823(1) y 847 del Código, sobre compensación de daños infligidos a los derechos de la personalidad.

C) Prevención de conductas *futuras*.

El sistema americano que permite añadir a las indemnizaciones debidas a los trabajadores un *plus*, en concepto de sanción al empresario, parece inaplicable en nuestro Derecho. Ello porque toda sanción requiere una previsión legal expresa (art. 25.1 CE) y porque, en cualquier caso, el ordenamiento ya contempla una facultad sancionatoria de la Administración (*cf.* art. 28.2 Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones del orden social).

III. EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS DISCRIMINACIONES PROHIBIDAS EN EL AMBITO LABORAL

Hemos estudiado el principio de no discriminación laboral y hemos intentado ensancharlo ligeramente, profundizando en alguno de sus aspectos. Resta ahora comprobar si merecen también acceder a ese «cielo de protección» aquellos trabajadores que sufren discriminaciones atípicas, como las que expusimos en el planteamiento de este trabajo. Y, para ello, es preciso investigar sobre la virtualidad de la *Drittwirkung* en el campo laboral.

Esta cuestión tiene, como veremos, un significado sustantivo, pero en principio se plantea por razones técnico-procesales. Analicemos estos dos aspectos.

A. Aspecto procesal.

1. Derecho comunitario.

El TJCE ha declarado que el artículo 119 TCEE (principio de no discriminación por razón de sexo en la remuneración de los trabajadores) tiene, como los Reglamentos comunitarios, *efecto directo*: es invocable directamente por los ciudadanos ante las jurisdicciones de los Estados miembros, sin necesidad de que exista una norma nacional de desarrollo. Es más: el Tribunal ha declarado que dicho efecto directo opera tanto en el nivel *vertical* (cuando el litigio enfrenta a un trabajador y a la Administración del Estado miembro) como en el *horizontal* (en los litigios entre particulares, esto es, frente a los empresarios privados).

La solución ha sido diversa, sin embargo, en lo que concierne a las Directivas que desarrollan y completan el artículo 119 TCEE, dado que tales normas -como es sabido- declaran expresamente que sus destinatarios son los Estados miembros.

Ciertamente, no obstante lo anterior, el Tribunal ha reconocido el efecto directo vertical de las citadas Directivas, en aplicación de la técnica del *estoppel* (actos propios) o del principio que prohíbe a un sujeto alegar su propia culpa. En este sentido, el TJCE señala que cuando una Directiva impone una obligación suficientemente clara, precisa e incondicionada y ha transcurrido el período en ella establecido para su incorporación al Derecho nacional, el Estado que ha incumplido su deber de transposición de la norma comunitaria no puede alegar su propio incumplimiento para excluir la aplicación del Derecho comunitario. En tales casos, el particular que se enfrenta en un litigio al Estado podrá invocar directamente la Directiva, ante los Tribunales nacionales, para obtener satisfacción de sus pretensiones. Ello puede incluso conllevar la inaplicación de una norma nacional con rango de ley que contradiga a la Directiva, en virtud del principio de prevalencia del Derecho comunitario.

Sin embargo, esta doctrina no tiene aplicación en las hipótesis de litigios horizontales, es decir, siempre que el oponente del trabajador es un empresario privado (ya se impugne un convenio colectivo, una cláusula de un contrato laboral o una decisión unilateral del empresario). Así lo ha declarado expresamente la jurisprudencia comunitaria (24).

Debe advertirse que el alcance de dicha exclusión se encuentra matizado en un doble sentido:

- Corresponde a los órganos judiciales internos determinar cuándo un litigio es vertical u horizontal. Y hay que destacar que las jurisdicciones nacionales tienden a manejar un concepto amplio de poder público, incluyendo dentro del mismo a aquellas entidades que, aunque revistan una forma jurídica privada, no son más que emanaciones del Estado (25).
- Los Jueces nacionales deben interpretar las normas internas a la luz de las Directivas comunitarias, de forma que si una ley admite varias interpretaciones, una que no satisface adecuadamente los objetivos de igualdad laboral entre los sexos que establecen las Directivas y otra acorde a dichos principios, los órganos judiciales deben optar por la segunda lectura, aunque el litigio se plantee entre particulares. Sólo cuando la ley interna colisiona patentemente con las Directivas, sólo cuando el contenido de ambas normas es irreconciliable, cabe privar al Derecho comunitario de efecto directo horizontal.

(24) *Cfr.*, *ad exemplum*, Asunto Marshall: C-152/84, Sentencia de 26 de febrero de 1986. Rec. 1986, 2, pág. 723.

(25) *Cfr.*, *ad exemplum*, en la jurisprudencia británica, FOSTER v. BRITISH GAS plc.

Mas siempre que el empresario demandado sea claramente privado y la norma interna contradiga frontalmente la Directiva, el trabajador, si ha de basar su pretensión exclusivamente en aquélla, quedará indefenso.

2. Derecho constitucional español.

En nuestro Derecho, la cuestión de si los empresarios privados pueden ser demandados en un proceso relativo a los derechos fundamentales se planteó originariamente en un ámbito procesal determinado (el del recurso de amparo constitucional) y también a raíz de un problema de orden formal: En puridad, LOTC sólo permite la impugnación en sede del recurso de amparo constitucional de los actos procedentes de los poderes públicos. Sin embargo, nuestro TC ha superado dicho escollo mediante el artificio de considerar que la violación del derecho fundamental es imputable al Juez o Tribunal ordinario que no lo restableció debidamente. El artículo 9.2 CE impone a los poderes públicos un deber positivo de promover que la libertad y la igualdad sean «reales y efectivas». Por consiguiente, si un órgano judicial, al enjuiciar un conflicto entre particulares, olvida ese mandato, incurre en una vulneración indirecta del derecho fundamental de que se trate y dicha vulneración podrá ser recurrida y corregida en el recurso de amparo constitucional (26).

Esta construcción -inspirada en la jurisprudencia americana de la «state action»- ciertamente parte de una interpretación laxa del artículo 44.1 LOTC, conforme al cual, para que sea recurrible en amparo ante el TC una decisión judicial, la lesión del derecho fundamental debe tener un origen «inmediato y directo» en la conducta del Juez o Tribunal. Pero es digna de elogio, pues resultaría lamentable que un tema típicamente constitucional como éste quedara excluido de la competencia del órgano más cualificado para abordarlo.

Sin embargo, la doctrina de la «eficacia indirecta» de los derechos fundamentales resuelve el particular problema de orden técnico-procesal creado por la dicción de la LOTC, pero no la verdadera cuestión de fondo. Como señalara J. GARCIA TORRES, «si al órgano judicial le es imputable un déficit de protección del derecho fundamental es porque el derecho fundamental debía ser protegido, lo que es tanto como dar por supuesto que debía ser canon de valoración y pauta de medida en las relaciones entre particulares» (27). Y esta última afirmación no se puede lanzar alegremente, pues en la esfera privada la eficacia de los derechos fundamentales ha de hacerse compatible con otros principios también esenciales en un Estado de Derecho. Como ha destacado la doctrina procesal, el tema de la legitimación (activa o pasiva) para el ejercicio judicial de los derechos es, en realidad, un problema sustantivo y ha de abordarse, por ende, con criterios sustantivos.

(26) *Cfr., ad exemplum*, SSTC n.º 177/88, de 10 de octubre; n.º 231/88, de 2 de diciembre; n.º 129/89, de 17 de julio.

(27) JGT, «Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales», *PJ* n.º 10, nota n.º 56, pág. 29.

B. Aspecto sustantivo.

El TC ha puesto de manifiesto que cuando el empleador es un poder público, éste «debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE)», se encuentra sujeto a «una interdicción expresa de arbitrariedad» (STC n.º 161/91, de 18 de julio). Ello significa que sobre el empleador público pesa un mandato «absoluto» de igualdad: le está vedado establecer cualquier diferencia de trato que pueda tildarse de caprichosa o voluntarista (en cuanto al fin) o desproporcionada (en cuanto a los medios).

Este principio de no discriminación opera cualquiera que sea el motivo alegado por el poder público para establecer la diferenciación de que se trate. Ciertamente, como destaca la STC n.º 67/89, de 18 de abril, la Administración tiene «una razonable dosis de libertad», por ejemplo, a la hora de determinar «el programa, pruebas selectivas y (...) méritos en el acceso a la función pública»; «el juicio de igualdad (...) tiene un sentido exclusivo de evitación o reparación de las discriminaciones y no de la determinación de cuáles son las opciones mejores o más adecuadas que pudiera haber elegido la Administración»; en definitiva, la medida del poder público sólo será ilegítima por resultar «manifiestamente irracional», aunque a algunos pudiera parecer inoportuna o inidónea. Sin embargo, si se concluye que determinada decisión pública es fruto de un mero voluntarismo selectivo, la misma adolecerá de nulidad radical, cualquiera que sea la entidad del motivo que se toma como base para dispensar el trato peyorativo. Por ejemplo: intuitivamente se percibe que un dueño de un bar supersticioso no incurre en ilegitimidad constitucional cuando decide no contratar a un candidato camarero que lleva un jersey amarillo, pero que el mismo comportamiento sería ilegítimo de proceder de un poder público.

Así pues, en principio, «el respeto a la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados» (STC n.º 108/89, de 8 de junio, y -en un sentido similar- STC n.º 183/89, de 3 de noviembre). Y ello por la sencilla razón de que los poderes públicos no tienen un interés propio (son servidores del interés general), mientras que los particulares se encuentran amparados por el principio de autonomía de la voluntad (STC n.º 161/91, de 18 de julio), que les permite definir libremente su interés.

Esto no significa, sin embargo, que el principio de no discriminación haya de quedar huérfano de aplicación en la esfera privada. «Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato». Mas los derechos fundamentales «han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad» (STC n.º 177/88, de 10 de octubre).

Se impone, por tanto, la necesidad de realizar una cuidadosa ponderación, en cada situación concreta, para determinar si ha de prevalecer el valor de la autonomía o, por el contrario, concurre una de esas «matizaciones», una de esas circunstancias especiales que permiten la incursión del principio de igualdad en el ámbito privado. Ahora bien, ¿cuáles son esas matizaciones?

Nuestro TC, a efectos de trazar dicha línea fronteriza entre la autonomía de la voluntad y el principio de igualdad, parece haber adoptado el criterio de atender a la causa de la desigualdad: en este sentido, se señala que la autonomía de los particulares «está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son (...) las que expresamente se indican en el artículo 14 CE», esto es, aquellas que se fundan en los criterios de «nacimiento, raza, sexo, religión u opinión» (STC n.º 108/89, de 8 de junio, y -en un sentido similar- STC n.º 183/89, de 3 de noviembre).

Mas las propias sentencias citadas advierten que tales causas de discriminación inconstitucionales lo son «entre otras». Y, más extensamente, la Sentencia n.º 23/89, de 2 de febrero, declara que «el contenido del derecho a la igualdad» no se agota en la prohibición de las discriminaciones que menciona explícitamente el artículo 14 CE, pues «el propio precepto constitucional prohíbe también, mediante una cláusula abierta, la discriminación fundada en (cualesquiera) otras condiciones personales o sociales».

Nos encontramos, por tanto, ante una lista abierta, pero no infinita. A los empresarios privados sólo les está vedado emplear aquellos criterios de diferenciación que contradicen el «orden público constitucional», pero la lista de tales criterios no se encuentra tasada por la enumeración constitucional. Ahora bien ¿qué fórmula puede utilizar el intérprete para localizar esas causas de desigualdad «atípicas»?

Un posible método consiste en analizar las hipótesis que menciona el artículo 14 CE, detectar el fundamento último de su inclusión en el texto constitucional y luego aplicar la analogía para añadir a la lista aquellos otros criterios de diferenciación en los que esté presente la misma *ratio legis*.

Parece que el TC comienza a realizar tal tarea a partir de la STC n.º 128/87, que toma como «bandera» la discriminación del sexo femenino. Como destacan M. RODRIGUEZ PIÑERO (28) y M. F. FERNANDEZ (29), en dicha sentencia -y en otras posteriores- el Alto Tribunal distingue dentro del artículo 14 CE dos contenidos distintos: El primer inciso es una declaración general de igualdad, que desautoriza toda diferenciación irrazonable. Pero el segundo inciso, que prohíbe motivos específicos de discriminación, representa algo más: «una

(28) M. «Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer», *Relaciones Laborales* n.º 2, año 8, enero 1992, pág. 6.

(29) M. «Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo», *Relaciones Laborales* n.º 34, febrero 1993, págs. 8-35 (a lo largo de todo el trabajo).

explícita interdicción del mantenimiento de diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE» (en idéntico sentido, SSTC n.º 160/88, de 26 de septiembre, n.º 19/89, de 31 de enero, n.º 145/91, de 1 de julio, n.º 28/92, de 9 de marzo).

Pues bien, esta tesis sirve para justificar ciertas medidas de diferenciación favorable a la mujer (30), negando que tales disposiciones envuelvan una discriminación ilegítima para el hombre. Pero el argumento tiene también otra utilidad, si se enlaza con lo que antes decíamos sobre el mandato absoluto de igualdad que pesa sobre el poder público y el mandato restringido de no efectuar ciertas discriminaciones anticonstitucionales que afecta a los particulares:

- Como el primer inciso del artículo 14 CE es el que contiene una cláusula general de igualdad, habrá que entender que el mismo se dirige al poder público y no a los particulares.
- Como el segundo inciso del precepto es el que prohíbe únicamente discriminaciones fundadas en causas más graves, habrá que entender que los particulares están sujetos exclusivamente a esta segunda cláusula. Y, a la vista de que tales discriminaciones «cualificadas» no se enumeran en una «lista cerrada» en el artículo 14 CE, deberemos pensar que el criterio aplicable para individualizar las causas atípicas es el que apunta el TC: se trata de situaciones con arraigo social, prácticas extendidas que colocan a ciertos colectivos en una situación indigna.

IV. INCOGNITAS QUE PLANTEA EL ANTERIOR CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A nuestro juicio, en la jurisprudencia del TC que acabamos de exponer están mencionadas casi todas las claves que permiten delimitar el juego de la *Drittwirkung der Grundrecht* en el ámbito laboral y que nos permiten abordar los supuestos objeto de este trabajo. Sin embargo, tales pronunciamientos no dejan de plantear un cúmulo de interrogantes (aparentes contradicciones, imprecisiones u omisiones), ciertamente inherentes a la función jurisdiccional (31), pero que dificultan nuestra tarea. En particular, cabe citar las siguientes:

(30) En la STC 128/87, el TC consideró legítima una ayuda en concepto de guardería que el INSALUD reservaba para sus trabajadoras con hijos pequeños, negándola a los empleados varones, salvo que fueran viudos, y en la STC n.º 28/92, de 9 de marzo se declaró no discriminatorio un plus de transporte nocturno establecido por convenio colectivo exclusivamente en beneficio de las mujeres.

(31) El cometido de los Tribunales es resolver los casos concretos que se les plantean y no aventurar doctrinas generales sobre supuestos análogos. Y, en todo caso, parece excesivo exigir a los órganos judiciales que acompañen cada fallo con un análisis de todas sus implicaciones colaterales.

A) Primera duda.

¿Las leyes aprobadas por el Parlamento deben respetar también la interdicción de arbitrariedad constitucional, en igual medida que los reglamentos o los actos singulares de la Administración? ¿O, por el contrario, el legislador goza de una dosis de «oportunidad política» tan amplia como la autonomía de la voluntad de los particulares, de forma que sólo tiene vedado el establecer discriminaciones «cualificadas»?

Por ejemplo:

Si las Cámaras hubieran decidido reflejar en el Estatuto del Personal de las Cortes Generales (que es norma con rango de ley) la prohibición de que los empleados que desempeñan funciones «representativas» tengan un aspecto «ajeno a lo ordinario», ¿tal norma sería constitucional, con independencia de si tiene o no un fundamento arraigado en la esencia del trabajo?

B) Segunda duda.

¿La vinculación más intensa del poder público al principio de igualdad se produce únicamente cuando el mismo actúa en una relación de Derecho público (esto es, cuando la prestación de servicios se realiza en virtud de una relación estatutaria -funcionarial-) o, por el contrario, el «mandato absoluto de igualdad» opera en la misma medida aunque la relación esté sujeta al Derecho laboral?

La STC 6/88, de 21 de enero, sentó la doctrina de que los actos de las Administraciones Públicas que afectan a empleados con contrato laboral, como no son actos de imperio sino jurídico-privados, no son impugnables en el recurso de amparo constitucional por la vía del artículo 43.1 LOTC (actos de las Administraciones), sino únicamente -al igual que los actos de particulares- por el mecanismo indirecto del artículo 44 LOTC (en la medida en que el órgano judicial ordinario no reparara la infracción del derecho fundamental) (32).

(32) Fuera del ámbito laboral (en relación con una infracción del derecho al honor), la STC n.º 35/83, de 11 de mayo, consideró como «poder público» a TVE, S.A., en atención al dato de que dicha entidad -aunque revista forma jurídico privada- gestiona (en régimen de monopolio en aquel entonces) un «servicio público». ¿Pero hubiera sido la misma la conclusión si nos encontráramos ante una empresa pública comercial o industrial, que no desempeña un servicio público, sino una actividad idéntica a la que desarrollan los particulares en uso de la autonomía de la voluntad?

¿Significa esto que, si concluimos que un empresario privado está autorizado para negarse a contratar a candidatos feos o con anticuerpos del SIDA, también la Administración, cuando efectúa contrataciones laborales, y -con mayor razón- las empresas públicas con personificación mercantil, gozarían de la misma libertad? ¿Tienen las empresas públicas autonomía de la voluntad a efectos laborales?

C) Tercera duda.

¿Los convenios colectivos están sujetos al principio de igualdad en la misma medida que los pactos o decisiones individuales? O dicho de otra forma: ¿La autonomía de la voluntad tiene la misma fuerza expansiva en el plano colectivo que en el individual?

Ciertamente, el TC apunta que puede existir una diferencia entre uno y otro contexto. Como señala la STC 171/89, en nuestro ordenamiento el convenio colectivo, «al menos en la más importante de sus manifestaciones [pactos estatutarios (33)], alcanza una “relevancia cuasi pública”, al ser negociado por sujetos de representación institucional y adquirir, una vez negociado, eficacia normativa». Sin embargo, el Tribunal no profundiza en las diferencias que conlleva esa «relevancia cuasi pública» y a continuación la propia Sentencia citada (recordando la doctrina establecida por los fallos núms. 52/87 y 136/87) insiste en que en el campo de la negociación colectiva «el principio reconocido en el artículo 14 CE tiene perfiles propios» y «no puede tener aquí el mismo alcance que tiene en otros contextos». ¿Ese «perfil propio» y ese «alcance especial» que presenta el principio de no discriminación en el «contexto» de la negociación colectiva es idéntico al perfil y el alcance de dicho principio en el campo de la negociación individual? ¿O, por el contrario, el pacto colectivo está sujeto a restricciones adicionales?

Esta duda puede tener una interesante repercusión en el problema objeto de este trabajo. Supongamos, por ejemplo, que de nuestro estudio se deduce que el trabajador no ostenta, frente a un empresario privado, un derecho a no ser discriminado por razón de su imagen y que, por tanto, el despido de un camarero barbado sería quizá improcedente (si el empresario no prueba que el uso de la barba afecte al rendimiento del trabajador), pero no radicalmente nulo, ya que no contravendría un derecho fundamental (*cf. supra* II.E). Pues bien, ¿la misma conclusión sería endosable si, por ejemplo, el uso de la barba se tipifica en convenio colectivo como infracción sancionable o se configura como un impedimento para la promoción (v.gr., para el acceso al puesto de maitre)?

(33) El corchete es nuestro.

D) Cuarta duda.

El TC apunta que la incidencia social de una práctica desigualatoria es un criterio que sirve para determinar si la misma es o no «discriminatoria» (constitucionalmente ilegítima). Ahora bien, para que prospere la tacha de inconstitucionalidad, ¿es preciso demostrar que la conducta enjuiciada se extiende sociológicamente a todo tipo de empleos o basta que se pruebe una situación de discriminación generalizada respecto de un trabajo concreto o de una gama de empleos?

Por ejemplo:

La costumbre de prohibir el uso de la barba parece universal en el sector de la hostelería; pero no impide ni dificulta el acceso a otros trabajos, incluso muy cualificados; y la exigencia de unas determinadas características físicas es habitual en el ramo de la comunicación o de la imagen, pero -teóricamente- no es requisito para optar a puestos de trabajo que no requieren contacto con el público o en los que el servicio ofrecido al público no guarda relación con el aspecto del trabajador.

E) Quinta duda.

El afirmar que una determinada causa de diferenciación no está amparada por la autonomía de la voluntad del empresario implica que éste no podrá aducir razones subjetivas (simples prejuicios o caprichos personales) para justificar un trato peyorativo.

Ahora bien, antes de concluir definitivamente que la medida enjuiciada es ilegítima, resta todavía comprobar si el empresario cuenta con motivos objetivos y razonables para obrar como obró.

Desde un punto de vista teórico, siguiendo y completando la clasificación que formula KELMAN (34), cabría establecer la siguiente gradación de «justificaciones razonables»:

1. Una primera teoría califica como justa causa del trato desigual la simple demostración de que, de no haber adoptado una determinada medida diferenciadora, la empresa sufriría una disminución de su rentabilidad.

(34) M. KELMAN, «Concepts of discrimination in “General ability” job testing», HARVARD LAW REVIEW, vol. 104.

2. La segunda tesis incluye una ligera matización de la anterior: Se admite que, efectivamente, el empresario está autorizado para discriminar a un trabajador cuya productividad marginal es inferior. Pero esta productividad debe medirse en un análisis objetivo, que atienda a la aptitud del sujeto para satisfacer las exigencias intrínsecas del trabajo, sin tomar en consideración, por consiguiente, eventuales preferencias subjetivas de los clientes que quepa tildar de arbitrarias (no arraigadas en la esencia del trabajo en cuestión), por muy extendidas que las mismas estén.

Por ejemplo:

Se acepta que los espectadores de teatro tienen motivos «legítimos» para preferir que los papeles masculinos sean representados por varones. Sin embargo, se entiende que el titular de un bar en un vecindario racista no está legitimado para rechazar las solicitudes de empleo de camareros negros, aunque demuestre que él personalmente carece de un ánimo discriminatorio y que su actitud obedece exclusivamente al hecho de que, si contratara a empleados de esa raza, la afluencia a su local y con ella la rentabilidad del negocio disminuiría sensiblemente. De igual modo, una Compañía aérea no puede negarse a contratar para el puesto de auxiliar de vuelo a candidatos varones, aunque pruebe que los usuarios del servicio (predominantemente masculinos) prefieren ser atendidos por mujeres (cuanto más agraciadas mejor) y que la contratación de varones provocaría un desplazamiento de la clientela hacia otras Compañías (35). Y una empresa no puede negarse a conceder el ascenso a una mujer, por simple deferencia a los clientes, que prefieren tratar con hombres en puestos gerenciales (36).

3. Las anteriores prácticas podrían calificarse como «estáticamente discriminatorias», en el sentido de que perjudican a trabajadores que son tan efectivos en el desempeño de sus funciones como los no discriminados, aun partiendo del método de organización del trabajo vigente en la empresa.

Sin embargo, una doctrina más avanzada condenaría también las conductas «dinámicamente discriminatorias» Y se entiende que existen tales prácticas cuando, si se modificara el método de organización del trabajo, el trabajador discriminado sería igual de efectivo en la prestación del trabajo que los no discriminados (37).

(35) Caso Díaz v. Pan Am. World Airways, en la jurisprudencia americana.

(36) Caso Fernández v. Wynn Oil Company, también de la jurisprudencia americana.

(37) KELMAN (*op. cit.*), al formular este concepto, piensa fundamentalmente en el ejemplo de una organización determinada del espacio físico de lugar de trabajo. Pero es interesante destacar que la Ley italiana n.º 25/1991 intenta también favorecer una organización del tiempo de trabajo que favorezca un mejor reparto de las responsabilidades familiares y profesionales entre los dos sexos. *Vid.* al respecto, M. VITTORIA BALLESTRERO, «La ley italiana sobre acciones positivas. Una primera lectura», *Relaciones Laborales* n.º 34, febrero 1993, págs. 65-84.

4. Por fin, la teoría más radical considera también ilegítimas aquellas prácticas que distinguen a las personas en función de características personales que, aunque afectan a la productividad (incluso en un lugar de trabajo reformado), no deberían tener influencia en el acceso al empleo o en el salario. KELMAN llama a estas conductas «distributivamente discriminatorias» porque conducen a una distribución de recompensas en el mercado, quizá amparada por razones de productividad, pero -en todo caso- injusta.

Pues bien, nuestro TC ha adoptado una postura avanzada al enjuiciar dicriminaciones «emblemáticas», como la que afecta al sexo femenino. Glosando esta doctrina, M. RODRIGUEZ PIÑERO indica que «cuando está en juego una diferenciación por razón de sexo es necesario un control particularmente intenso de la desigualdad, reduciendo el margen de discrecionalidad del que establece la distinción y ampliando a su vez la severidad del juicio de razonabilidad de esa distinción. Se trata del llamado “escrutinio estricto” de la jurisprudencia americana, que implica mirar con especial desconfianza las diferencias establecidas por razón del sexo ...» (38). Ello parece sugerir que, por mor de la protección del sexo femenino, está justificado atribuir al empresario incluso un sacrificio económico.

Nótese, sin embargo, que el artículo 23.2 CE (interpretado aisladamente y en su redacción literal) ni siquiera impone a los poderes públicos una sujeción tan intensa al principio de igualdad: Una mujer embarazada (o, en general, toda mujer en la que cabe presumir, por sus circunstancias personales, la probabilidad de que decida tener uno o varios embarazos) gozará de un «mérito» y una «capacidad» *abstractas* idénticas a las del varón, pero lo cierto es que su disponibilidad para aportar en *concreto* una productividad idéntica a la del hombre se encuentra mermada en determinados períodos de tiempo. Por mucho que la retribución de la trabajadora durante el permiso de maternidad se abone por el Estado (el INSS), lo cierto es que los embarazos pueden infligir un daño al empleador: primero, porque los permisos de lactancia son a su cargo; segundo, porque en ciertos empleos que exigen un rodaje (un período de familiarización con las tareas encomendadas) el sustituto contratado interinamente para suplir a la trabajadora ausente será de poca utilidad (el empresario habrá soportado el coste de una doble formación) y en otros supuestos especiales (v.gr., cargos de responsabilidad) la sustitución será sencillamente imposible, ya sea porque no se encuentre un candidato para un puesto meramente temporal o porque el trabajo en cuestión esté teñido de un *intuitu personae* radical. Con esta advertencia, no queremos poner en tela de juicio la protección de la mujer embarazada. Antes al contrario, el ser conscientes de que dicha protección se otorga «a pesar de» las consideraciones de «productividad» refuerza dicha protección: No es necesario entrar en indaga-

(38) «Igualdad entre los sexos», *cit.*, pág. 2.

ciones sutiles sobre si la esencia del sexo femenino envuelve otras cualidades de las que carece el hombre (¿mayor sensibilidad, mayor intuición, mayor rigor...?) y que compensan sus carencias productivas; esas consideraciones «ontológicas» son superfluas, pues basta constatar -desde un punto de vista deontológico- que no es justo que el reparto biológico de tareas entre hombre y mujer impuesto por la naturaleza se traduzca en una inferioridad de la mujer en su posición económica y social (39).

Ahora bien, el planteamiento anterior suscita dos tipos de incógnitas:

1. Nadie dudaría de que la minusvalía (el sufrir no ya defectos estéticos, sino auténticas disfunciones físicas o psíquicas, que reducen la productividad en términos objetivos) es una circunstancia que coloca a los trabajadores afectados en una situación de inferioridad económica por una razón «natural» (congénita o sobrevenida, pero en todo caso no elegida).

Por otra parte, en ciertas ocasiones, el *quantum* del sacrificio económico que implica para el empresario contratar a un minusválido puede ser idéntico al que representa contratar a una mujer embarazada. Por ejemplo: un albañil manco (compensando su disfunción con esfuerzo y habilidad) podría, eventualmente, resultar más productivo que una mujer que decide tener ocho hijos y disfruta a lo largo de su vida laboral de los consiguientes permisos de lactancia.

Sin embargo, estoy convencido de que (en el ejemplo mencionado) los Tribunales considerarían legítima la no contratación de nuestro albañil manco, siempre que el empresario pruebe que otros candidatos no minusválidos -con el mismo esfuerzo y habilidad- eran más productivos (40). En cambio, el rechazo de esa mujer con disposición a los embarazos sería declarado discriminatorio.

¿Cuál sería el fundamento de esta solución? ¿Dicho fundamento permitiría aplicar idéntica solución en relación con las desigualdades fundadas en los defectos estéticos o en la posesión del virus VIH?

(39) Naturalmente, si -como dice el art. 2.2 Directiva 76/207- «el sexo constituye una *condición determinante*» para el ejercicio de una cierta actividad profesional, tal factor representará una «Bona Fide Occupational Qualification» (en la terminología del Derecho americano) y, por consiguiente, el hecho de que la ley o la jurisprudencia consagren la exclusión de las mujeres o de los hombres -según el caso- del ejercicio de dicha actividad, no constituirá una discriminación ilegítima. Lo que pretende señalar la jurisprudencia constitucional es que, admitida la aptitud básica de una mujer para desarrollar un empleo, no cabría su discriminación por el mero hecho de que los rasgos biológicos inherentes a la condición femenina (la circunstancia de que existe o puede existir un embarazo) pueden causar a la empresa ciertas pérdidas patrimoniales.

(40) Ello a pesar de que el artículo 17 ET establece un principio de no discriminación por razón de la minusvalía también en lo que concierne al «empleo», esto es, a la decisión de contratar o no a un trabajador.

2. El TC ha afirmado:

- Que no es posible admitir que «los derechos que la Constitución garantiza como ciudadano al trabajador constituyan un factor de alteración del entramado de derechos y obligaciones derivadas de la relación laboral, pues, sin perjuicio de que por contraste con las normas constitucionales puedan ser invalidadas las normas legales o estipulaciones convencionales rectoras de la relación laboral, los derechos fundamentales no añaden a éstas contenido determinado ninguno, ya que no constituyen por sí mismas ilimitadas cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por el trabajador de sus deberes laborales» (STC n.º129/89, de 17 de julio) (41).
- Y que «las categorías que ordenan el recto desenvolvimiento de las relaciones contractuales (las de lealtad, confianza y buena fe ...)» sirven para «delimitar el ámbito que corresponde al derecho fundamental». El derecho fundamental debe «enmarcar(se) ... en el específico ámbito de derechos y obligaciones correspondientes a la relación jurídico-laboral»; el derecho «no podrá invocarse lícitamente para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas», aunque tampoco los principios de éstas puedan invocarse, «más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato», para impedir el ejercicio del derecho fundamental (STC n.º 6/88, de 21 de enero).

Pues bien, la STC n.º 170/87, de 30 de octubre (la relativa al camarero despedido por el uso de la barba), probablemente aplicó tales fundamentos para denegar el amparo solicitado: El Tribunal se limitó a estimar que el derecho a la imagen, inalienable en la esfera privada, decae cuando se proyecta en el ámbito de las relaciones profesionales. Pero es de suponer que se presumía que el uso de la barba implicaba una «ruptura de los fundamentos del contrato laboral», una «violación de los deberes laborales», que no son otros que cumplir las tareas encomendadas con el nivel de rendimiento pactado.

Ahora bien, si el Tribunal se hubiera preocupado de constatar que el uso de una barba cuidada e higiénica no afectaba objetivamente a la productividad del trabajador, ¿no debería haber dispensado la tutela solicitada?

Me parece loable que el TC otorgue a los colectivos marginados históricamente (como las mujeres) una amplia protección, desechando incluso justificaciones empresariales basadas en un déficit de productividad de las mujeres embarazadas. Pero cuando el trabajador no pide un trato especial, sino exclusivamente la recompensa de su productividad objetiva, ¿no pueden existir también razones constitucionales que justifiquen atender sus pretensiones?

(41) JGT, «*non sint ...*», *op. cit.*, pág. 265: «es decir, los derechos fundamentales no pueden ser utilizados para quebrantar o desfigurar una relación jurídica privada».

F) Sexta duda.

Aunque resolviéramos todas las cuestiones anteriores y concluyéramos que un cierto aspecto físico o el poseer virus VIH no son causas justas de discriminación laboral, nuestra tarea se enfrentaría todavía a un problema formal de competencias: ¿Están legitimados los órganos judiciales para ampliar la lista constitucional de causas de discriminación ilegítimas (llenando así de contenido la cláusula residual del art. 14 CE, que habla de «cualquier condición o circunstancia personal o social») o, por el contrario, dicha tarea es privativa del legislador o, al menos del legislador y del TC (con exclusión de los Jueces ordinarios)?

En apoyo de la tesis más restrictiva, cabe decir lo siguiente: *Dar Drittwirkung* (eficacia *erga omnes*) a una regla de igualdad es una decisión excepcional, que rompe un principio de libertad (la autonomía contractual), puede atentar contra la seguridad jurídica (pues frustra las expectativas «naturales» del empresario) y puede incluso contravenir el propio principio de igualdad (si los Jueces carecen de una referencia normativa clara, dictarán soluciones variables en el espacio y en el tiempo, con la consiguiente discriminación para los empresarios que soporten las decisiones más progresistas). Por ello, semejante medida no puede quedar en manos del «activismo judicial», sino que debe ser adoptada desde la legitimidad política y con la garantía de previsibilidad y abstracción que sólo proporcionan las leyes aprobadas por el Parlamento.

Pues bien, el artículo 4.2 c) ET contiene una lista de causas de desigualdad ilegítimas en parte reiterativa de la enumeración constitucional (en este sentido, la mención del «sexo», las «ideas religiosas o políticas», la «condición social», la «afiliación o no a un sindicato») y en parte innovativa (se añade la referencia expresa al «estado civil», la «edad dentro de los límites enmarcados por esta ley», la «lengua» y las «disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales»). Pero nada se dice en dicho precepto sobre «fealdad», «imagen» o «posesión de enfermedades contagiosas».

Y aunque superáramos la objeción anterior, nos enfrentaríamos a un nuevo obstáculo. Si los órganos judiciales ordinarios se niegan a aplicar una regla determinada de igualdad, el trabajador siempre podrá llevar el tema a conocimiento del TC por la vía de alegar la infracción del artículo 14 CE. Pero no sucede lo mismo en el supuesto inverso: si el empresario es víctima de aplicaciones incorrectas del principio de no discriminación, no podrá impetrar el amparo del TC, pues el derecho en tales casos lesionado (la autonomía de la voluntad o quizá la libertad de empresa) no está incluido entre los artículos 14 a 29 y 30.2 CE, que son los únicos susceptibles de amparo constitucional. En tales casos, el TC, por mucho que desee corregir una errónea aplicación del principio de no discriminación en la esfera laboral, no podrá hacerlo y deberá inadmitir radicalmente el recurso de amparo, ya que así se lo impone el

artículo 53.2 CE y su norma reguladora [art. 50.1 b) LOTC]. Por eso, J. GARCIA TORRES propugna que «los Jueces o Tribunales ordinarios adopten una línea de prudente continencia o *self restraint* en las decisiones que puedan entrañar extensión de los derechos fundamentales a las relaciones *inter privatos*, limitando el reconocimiento de la *Drittwirkung* a aquellos ámbitos en que de forma clara el constituyente, el legislador o el TC lo hayan hecho posible y en la estricta medida en que lo hayan hecho posible» (42).

V. ANALISIS HISTORICO DE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMIA E IGUALDAD: APLICACION DE ESTE ANALISIS A LAS DISCRIMINACIONES POR RAZON DEL ASPECTO FISICO O LA POSESION DE ENFERMEDADES CONTAGIOSAS

- Para resolver las anteriores incógnitas, conviene realizar un breve *excursus* histórico, a fin de comprender el significado de los principios de autonomía e igualdad en nuestro Derecho. Ello exige remontarse a su origen (la revolución liberal) y al momento en que reciben una nueva dimensión (con la aparición del Estado social).

- Las Monarquías absolutas se caracterizaban por tres atributos básicos:

- a) El soberano lo era por la gracia de Dios y no por elección popular.
- b) El soberano tenía reconocida, en principio, una facultad absoluta de injerencia en la vida personal y económica de sus súbditos.
- c) Existían clases privilegiadas, fundamentalmente por razón de nacimiento.

- Frente a esta situación, la revolución liberal consagra tres principios básicos:

- a) El principio democrático: elección de los gobernantes por la mayoría del pueblo.
- b) La libertad: el reconocimiento de un espacio de actuación sagrado e inviolable, dentro del cual los ciudadanos podrían lograr su realización personal, sin sufrir imposiciones del poder público.
- c) La igualdad: eliminación de los privilegios.

(42) «Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales», *PJ* n.º 10, pág. 29.

¿Qué incidencia tienen estos valores en el ámbito del empleo?

El principio de igualdad se identifica con la norma que ordena el acceso a la función pública conforme a los criterios de mérito y capacidad. Sin embargo, los fundamentos teóricos del principio de igualdad en absoluto imponían que dicho mandato de igualdad se extendiera a la esfera privada, v.gr., a las relaciones laborales entre trabajadores y empresarios particulares. Antes bien, la ideología liberal habría contemplado esa extrapolación del principio de igualdad fuera de su hábitat natural como un atentado contra el otro pilar de la revolución: la autonomía de la voluntad, una de cuyas dimensiones fundamentales sería la económica.

Esta idea se plasma en la distinción clásica entre «funciones o potestades» administrativas y «derechos» privados:

- La Administración sólo puede hacer aquello que le está permitido expresamente en virtud de una norma habilitadora que le confiere una potestad. Y el ejercicio de cualquier potestad, aunque envuelva elementos discrecionales, debe adecuarse al cumplimiento del fin que justificó la atribución de ese poder, el cual es siempre un aspecto reglado. En el caso que nos ocupa (el ámbito del empleo), la construcción expuesta implica que el poder público, debe tener siempre como faro y norte de su actuación la mejor prestación del servicio público. Esto conlleva a su vez que los procesos de selección y determinación de las condiciones de trabajo del personal deben valorar exclusivamente «el mérito y capacidad» de los empleados para colaborar en la consecución del fin del servicio.
- Por el contrario, los ciudadanos gozan de facultades originarias, que emanan del derecho básico del hombre al libre desarrollo de la personalidad y que el Estado democrático no otorga sino que se limita a reconocer y se compromete a preservar. Por eso, en el ejercicio de tales facultades, los particulares, a diferencia de la Administración, no tienen el deber de ajustarse a directrices positivas, no tienen que adecuar su comportamiento a la consecución de un fin reglado. El fin de su conducta lo determina el ciudadano de forma libérrima.

Pues bien, una de esas facultades que se reputan como libérrimas es, en las sociedades que reconocen la economía de mercado y el derecho a la propiedad privada, la posibilidad de fundar una empresa y emplear en la misma a las personas que el titular elija libremente y conforme a las condiciones que las partes pacten también a su libre arbitrio.

Esta libertad sería absoluta en la fase previa a la celebración o modificación del pacto laboral: al seleccionar a sus empleados o a la hora de concederles una mejora en sus condiciones de trabajo, el empleador puede guiarse por los criterios que subjetivamente estime convenientes (amistad, lazos familiares, simpatía o antipatía, ...). Un

tercero observador podrá juzgar que esa forma de proceder conduce a una pérdida de rentabilidad de la empresa, pero ello es irrelevante, pues el empresario goza, no ya de una simple discrecionalidad técnica (un margen de apreciación subjetiva que le permita elegir el medio más apto para conseguir beneficios), sino de un auténtico derecho subjetivo (que le autoriza incluso para renunciar al beneficio personal, siempre que no defraude los derechos de sus acreedores).

Naturalmente, en cualquier rama del Derecho (y, con mayor razón, en el caso del Derecho laboral, por su carácter tuitivo) el contenido de los contratos no puede contradecir determinados valores que se condensan en las leyes o en los principios jurídicos generales. Pero tales límites tendrían una función negativa (indican al empresario lo que no puede pactar, si decide contratar a un trabajador y a un determinado trabajador), no positivo (el Derecho no puede obligar al empleador a repartir sus «favores» conforme a uno u otro criterio).

Es más: Ciertamente, una vez iniciada la relación laboral o una vez pactadas unas determinadas condiciones de empleo, el empresario no puede, sin incurrir en una ilegalidad, actuar unilateralmente para extinguir la relación o alterar sus elementos esenciales. Pero si se produce tal ilegalidad, será eso, una mera ilegalidad y no un proceder contrario a los derechos constitucionales del trabajador, precisión esta que desencadena un régimen de tutela muy distinto (el empresario cumple abonando al trabajador una indemnización).

Esta protección de la libertad de decisión empresarial se justifica también, no sólo por respeto al derecho de propiedad, sino también por razones prácticas de teoría económica: supuestamente los empleadores (por naturaleza egoístas, como todo ser humano) perseguirán la riqueza; utilizar los criterios de mérito y capacidad como regla para la selección y retribución del personal es una garantía de rentabilidad de la empresa; por consiguiente, los empresarios, aun sin imposiciones externas, tenderán espontáneamente a utilizar dichos criterios, lo que permite -en virtud de la consabida «mano invisible»- aunar básicamente el interés individual y el general.

Las limitaciones de partida de la ideología liberal también se manifiestan a la hora de configurar la posición del Poder Legislativo. El legislador -al menos en el modelo original anglosajón- es el heredero del Monarca absoluto. Cambia su origen pero no sus potestades: sus facultades serían más semejantes a la autonomía de los particulares que a la discrecionalidad administrativa. Del Parlamento inglés -no limitado por una Constitución escrita- se decía que podía hacer cualquier cosa, salvo convertir a un hombre en mujer. Fácilmente se aprecia, sin embargo, que este poder omnímodo podía minar la eficacia del principio de libertad. Por eso, el Derecho americano y los europeos continentales, presentándose como mejora del sistema inglés, adoptan Constituciones escritas, que operan como un límite a la libertad del legislador. Sin embargo, esta idea tarda en alcanzar virtualidad práctica: sólo tras una lenta evolución

doctrinal se supera la tesis de que los Textos Fundamentales contienen meras declaraciones programáticas y se admite su invocación directa por los ciudadanos ante los Tribunales (los ordinarios -en los modelos desconcentrados- o el Constitucional -en los centralizados-) para eludir la aplicación de las leyes (o invalidarlas). Y durante largo tiempo se ha discutido asimismo si esa invocación ha de apoyarse en un derecho que la Constitución proclama explícita y detalladamente o puede también fundarse en cláusulas que contienen valores genéricos, más o menos difusos.

- Pues bien, en las sociedades modernas los fundamentos teóricos que acabamos de exponer se han revelado como imperfectos por una serie de motivos, que han dado lugar al advenimiento de un nuevo modelo de relaciones políticas, económicas y sociales. Dicho modelo no renuncia a las conquistas del anterior (sigue siendo un Estado de Derecho), pero intenta completarlas y mejorarlas con una mayor preocupación «democrática y social».

Enumeramos a continuación las aportaciones de esta nueva construcción y, al hilo de esta exposición, intentamos resolver las incógnitas que nos planteábamos en el epígrafe IV (si bien alterando en parte el orden de exposición):

A. Primera matización: Represión de las prácticas restrictivas de la competencia en el mercado laboral.

Las tesis clásicas antes enunciadas sobre el valor de la libertad empresarial han sido corregidas desde un primer punto de vista estrictamente liberal: No se ponen en tela de juicio los dos axiomas liberales: preservación de la autonomía de la voluntad (el empresario es libre a la hora de elegir los medios adecuados para cumplir sus objetivos e incluso al determinar los fines de su actividad) y confianza en la «mano invisible» (la presunción de que el ejercicio de esa autonomía beneficia a la sociedad entera). Sin embargo, se advierte que, sin intervención del Estado, la libertad sólo puede ejercerse de forma efectiva y el objetivo de óptima asignación de recursos sólo se alcanza en la medida en que el mercado se acerque a una situación ideal de competencia perfecta. Por el contrario, cuando existen determinadas situaciones anti-competitivas, ciertos agentes económicos poseen una posición de ventaja que les permite falsear la lucha económica, de forma que otros sujetos menos poderosos se ven obligados a plegarse a las exigencias de los más fuertes. A su vez, tal disfunción del mercado impide a éste cumplir los fines que tiene asignados: los sujetos débiles pierden su libertad y no se produce un óptimo reparto de la riqueza.

Con el ánimo de corregir esta disfunción (esto es, no para cercenar la autonomía de la voluntad, sino para garantizar su ejercicio por todos los sujetos del mercado; no para sustituir a la «mano invisible», sino para librarla de ataduras), nace el Derecho de la competencia.

Esta rama del ordenamiento mercantil reprime aquellas situaciones, acuerdos o prácticas anticompetitivas que se producen en el contexto de las relaciones que unen a los empresarios con otros de su mismo nivel que concurren con ellos, con otros empresarios que ocupan un lugar distinto en el proceso de elaboración del producto (proveedores, transformadores, distribuidores), o con los consumidores finales. En particular, nos interesa aquí destacar la protección recibida por los proveedores, pues la relación proveedor-fabricante presenta obvias analogías con la relación laboral: al fin y al cabo el trabajador es un «proveedor» más de la empresa, a la que suministra la «mercancía» de sus servicios personales. Procede indagar, por tanto, en qué situaciones y con qué fundamento el Derecho mercantil de la competencia tutela los derechos de los proveedores, al objeto de decidir si los trabajadores merecen -en situaciones similares- la misma protección.

Una de las conductas que las leyes anti-trust suelen punir como lesivas de los derechos de los proveedores es la aplicación a los mismos de «condiciones discriminatorias». Pero no basta para calificar una conducta como ilegítima el mero dato de que el empresario aplica condiciones distintas a sus diferentes suministradores, pues en principio ésta es una facultad inherente a la autonomía empresarial. Para hablar de ilegalidad es preciso que exista un elemento adicional, a saber, la intención o el efecto de restricción de la competencia, lo que se aprecia en las siguientes hipótesis:

- a) «Abuso de posición dominante»: Un empresario (o un conjunto de empresas) que se encuentren en una situación de monopolio (u oligopolio) pueden prevalerse de su posición dominante en el mercado para imponer a sus proveedores condiciones abusivas, que el suministrador debe necesariamente aceptar, si no quiere verse expulsado del negocio.
- b) «Acuerdos colusorios»: Empresarios que carecen de una posición dominante acuerdan ocasionalmente homogeneizar sus comportamientos para discriminar a los proveedores.
- c) «Prácticas concertadas»: Supuesto idéntico al anterior, aunque el acuerdo no se prueba directamente, sino que se presume por indicios.
- d) «Prácticas conscientemente paralelas»: Los empresarios, aun sin llegar a acuerdos expresos o tácitos con sus competidores, siendo conscientes de que entre los mismos existe una tendencia espontánea a exigir determinadas condiciones discriminatorias a los proveedores, deciden ajustar su comportamiento a esas pautas injustas (43).

(43) *Cfr.*, sobre estos extremos, artículo 1 Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Este último supuesto resulta especialmente útil en la comparación con el Derecho laboral. Y ello no ha pasado desapercibido a cierta doctrina americana. En este sentido, KELMAN señala: «Antidiscrimination law does not mandate any general, productivity-based distributive principle; employers clearly remain legally privileged to hire a less productive member of an unprotected group rather than a more productive one. The law takes a far less agnostic stance, however, (...) when members of protected groups are involved» (44).

Y la razón de esta protección especial de ciertos grupos, el motivo de que se sancionen algunas causas de discriminación y otras no, es pura y simplemente que las desigualdades prohibidas responden a «prácticas paralelas», el hecho de que tales conductas no son «idiosincráticas», sino que se reproducen «sistemáticamente» en la sociedad: «A particular idiosyncratic employer may treat a member of a privileged group (for example, a white male) non-meritocratically, but there is little reason to believe that a “privileged” person disfavored in one setting will be disfavored in others. Ultimately, we can expect such a worker to be rewarded for his productivity. Discrimination against members of protected groups, however, is systemic rather than idiosyncratic. There is a strong possibility that the productivity of the individual workers in the protected class will remain unrewarded *everywhere* if the state does not intervene ...» (45).

El TC español camina por una vía similar cuando destaca que las discriminaciones por razón de sexo femenino son más reprochables que las basadas en el sexo masculino, pues las segundas son muy esporádicas, mientras que las primeras responden a una «práctica social extendida».

Nuestras únicas críticas o matizaciones a la aportación doctrinal americana y a la posición del TC son las siguientes:

- a) No es necesario, para tildar de ilegítima una práctica discriminatoria, que la misma abarque *todo* trabajo (como ocurre quizá con los ejemplos que maneja la jurisprudencia: sexo, raza, actividad sindical); es suficiente que expulse al empleado de un «sector relevante». Por ejemplo: aunque un camarero barbado pueda, teóricamente, encontrar empleo como electricista, el mero hecho de que se le discrimine en todo el sector hostelero atenta contra los principios esenciales de la competencia.

(44) «Concepts ...», *op. cit.*, pág. 1.165.

(45) «Concepts ...», *op. cit.*, pág. 1.165.

- b) Tampoco es preciso que la causa de discriminación revele un hándicap de productividad natural (inherente a la persona), como sucede quizá con la condición de mujer embarazada (en el sentido matizado, nada peyorativo, antes expuesto). Antes bien, para aplicar la tesis enunciada en este apartado es imprescindible que el trabajador acredite una productividad igual a la de los sujetos no discriminados. En nuestro ejemplo, el empresario debería haber fracasado en su intento de probar que contratar o mantener en plantilla al camarero con barba disminuye el beneficio de la empresa.

Y es la necesidad de explicar estas afirmaciones, lo que justifica nuestra introducción sobre el Derecho de la competencia:

- a) También un fabricante de acero que no logra dar salida a sus productos en la industria automovilística, porque se le exigen condiciones abusivas (que otros fabricantes pueden cumplir y él no), podría teóricamente cerrar el negocio e instalar una empresa de publicidad, sector este en el que la posición del proveedor es de mayor fortaleza. Mas ello implicaría la pérdida de una inversión cuantiosa y también la desaparición del mercado de un productor perfectamente cualificado (en términos objetivos) para aumentar la riqueza social. Pues bien, tales situaciones no pueden ser toleradas, pues no sólo infligen un daño injusto al sujeto que las soporta, sino que afectan negativamente a la economía y, con ello, a toda la sociedad.

De la misma forma, el que una persona que ha estudiado la carrera de periodismo y un master de comunicación audiovisual y luego ha preparado y superado objetivamente una oposición para el puesto de locutor televisivo, sea finalmente rechazada porque tiene una nariz gorda y fea, no parece justo, aunque tal sujeto pueda obtener empleo en una cadena de montaje o incluso, si estudia la carrera correspondiente, como cirujano (46). Ello, no ya por el daño moral que se causa al trabajador, sino porque endosando tales prácticas la sociedad se autocondena a desperdiciar una costosa formación y una valiosa fuerza productiva. A base de utilizar criterios de selección espúreos, fundados en prejuicios que nada tienen que ver con las exigencias intrínsecas del trabajo (como el propio sexo, la raza, la imagen o los cánones estéticos), se va reduciendo el círculo de personas supuestamente aptas para cada

(46) A efectos de delimitar el «sector relevante» (aquel dentro del cual la práctica discriminatoria ha de estar suficientemente extendida para que quepa afirmar que es ilegítima), es también de ayuda el Derecho de la competencia con su concepto de «mercado relevante». Se entiende por tal aquel que afecta a productos iguales o intercambiables entre sí, tanto desde el punto de vista geográfico como funcional. Por ejemplo: no hay efecto restrictivo de la competencia si, ante una determinada discriminación, el proveedor puede ofrecer sus productos en otra localidad accesible (donde los fabricantes de automóviles no aplican discriminación alguna) o a otro tipo de adquirentes (v.gr., en el sector de la construcción). De igual modo, el trabajador no sufriría daño si, ante la negativa a contratarle de los dueños de establecimientos de Alcorcón puede obtener trabajo en Leganés, o si la discriminación se produce en las discotecas de Madrid y no en los bares u hoteles.

empleo. Tal proceder, por obvias razones estadísticas, disminuye el nivel medio de calidad y productividad de las personas que triunfan: finalmente obtendrán los empleos de camarero o locutor cinco varones blancos, bien rasurados y agraciados físicamente (uno de ellos brillante y cuatro mediocres), en detrimento de un negro, una mujer, un feo y un punki o un barbudo brillantes. En definitiva, una sociedad que consiente discriminaciones sistemáticas contra determinados colectivos -aunque sea sólo en sectores laborales concretos- está abocada a ser menos competitiva, lo cual no puede ser consentido, siquiera sea por meras consideraciones utilitaristas.

- b) Ahora bien, este modo de razonar meramente economicista no permite condenar aquellas desigualdades basadas en una «razón de negocio». Ciertamente, discriminaciones «cualificadas» (como las que se apoyan en el sexo, la minusvalía, ¿la «fealdad»? ¿la posesión de los anticuerpos del SIDA?) pueden también ser sancionadas, aunque ello implique un cierto sacrificio del beneficio del empleador. Pero ello exige aportar un fundamento y probar unos requisitos adicionales, que analizamos en el próximo apartado.

Antes de dar ese paso, sin embargo, es preciso desvirtuar un argumento que normalmente se esgrime para justificar las discriminaciones tipo «locutor feo» «camarero barbado», «ujier con pendiente» o «trabajador con el SIDA»: Se señala que, aunque tales individuos puedan desempeñar correctamente sus funciones, lo cierto es que los clientes de la empresa, con razón o sin ella, prefieren tratar con trabajadores en los que no concurren aquellas circunstancias.

Frente a ello, hemos de suscribir la tesis -antes enunciada-, que niega eficacia a los prejuicios ilegítimos (incongruentes con la naturaleza del trabajo) de los clientes. Y para llegar a esta conclusión no es necesario argumentar que el empresario tiene un deber de sacrificar su beneficio por consideraciones de justicia. Basta indicar que la mera implantación de la política antidiscriminatoria hará desaparecer las causas que convierten al trabajador discriminado en menos productivo: a medida que los Tribunales vayan imponiendo la contratación de los sujetos protegidos, la situación de los empresarios competidores se nivelará (todos ellos se enfrentarán al mismo prejuicio social), el criterio ilegítimo dejará de ser un factor determinante para elegir los productos de una u otra empresa y, en último término, los consumidores -si quieren disfrutar de tales productos- deberán modificar su mentalidad discriminatoria.

Todavía cabría objetar, sin embargo, que esto sitúa fuera de escena el interés del empresario, que queda satisfecho; pero pasa a enfrentar directamente los derechos del ciudadano-trabajador con los del ciudadano-consumidor, siendo así que un valor esencial de una economía de mercado es que el consumidor tenga una libertad absoluta de elección de los bienes y servicios que más le placen.

La observación nos parece al menos discutible, pero ello nos obliga únicamente a poner en la balanza ambos derechos para determinar cuál es -como dice la jurisprudencia americana- el *countervailing value*, el valor predominante. Pues bien, en la tesitura de hacer prevalecer el derecho de quien desea trabajar a pesar de sufrir ciertas condiciones personales no elegidas (fruto del azar de los genes -como la fealdad- o del azar de la vida -como la enfermedad del SIDA-) o el derecho de quien decide no adquirir un bien o servicio porque se lo sirve un sujeto feo o enfermo, hay que decantarse por proteger al primero. ¿Pero y si se enfrentan dos decisiones libres como sucede en el caso del camarero con barba? Los autores tienden en tales casos, en función de si prefieren una u otra solución, a trivializar la decisión sobre su arreglo personal adoptada por el trabajador [así J. GARCIA TORRES habla de «capricho» (47)] o a magnificar su importancia, conectándola con el derecho a la propia imagen que reconoce el artículo 18.1 CE (48). Sin embargo, a nuestro juicio, una tal discusión sería interminable e innecesaria. Amén de imposible (porque «en cuestión de gustos no hay nada escrito»), resulta superfluo intentar determinar cuál de las dos decisiones es menos arbitraria o más razonable, porque lo importante, lo que inclina la balanza a favor del trabajador, no es la *causa* de cada decisión, sino el *efecto* que va a tener la solución que adoptemos. Amparados ambos sujetos por su libertad y no teniendo el prejuicio del consumidor una justificación objetiva (porque el trabajador desarrolla su función en términos intrínsecamente irreprochables), el factor determinante es el hecho de que dar la razón al consumidor privaría al trabajador de un bien esencial (como es el trabajo) o, al menos, hurtaría a la sociedad una fuerza productiva especialmente cualificada para un puesto laboral concreto, mientras que dar la razón al trabajador no priva al consumidor de ningún bien, sólo le obliga a adquirirlo en ciertas condiciones, que no son -objetivamente hablando- especialmente gravosas.

B. Segunda matización: Compensación de los hándicaps productivos.

Determinados sujetos (mujeres, minusválidos, ...) fracasan a menudo en la obtención de beneficios laborales, no ya porque sean víctimas de prejuicios infundados o prácticas anticompetitivas, sino también porque (en algunos casos o bajo determinadas condiciones) presentan auténticos déficit de productividad, perfectamente objetivos. El ejemplo del sexo femenino es muy ilustrativo: toda mujer es víctima de una marginación histórica por razones de mera dominación; pero, además, si queda embarazada o pretende estarlo o está bajo sospecha de querer ser madre, será tachada de antiproductiva y podrá ser discriminada incluso por otra mujer empleadora.

(47) «Reflexiones ...», *op. cit.*, pág. 31.

(48) En este sentido, F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «Sobre el derecho a la propia imagen (A propósito de la STC 170/87, de 30 de octubre)», *PJ* n.º 10, págs. 75-82. Coincidimos con este autor, sin embargo, en que el derecho a la imagen no es sólo -como parece sugerir la STC 170/87- un derecho de exclusión (a impedir invasiones de la intimidad, mediante la captación o difusión in consentida de la figura humana), sino que es principalmente el derecho a conformar la propia apariencia física.

Tal situación debe ser remediada en un Estado que proclame la justicia y la igualdad real como valores esenciales (art. 9.2 CE). Con esta nueva afirmación, no se pretende simplemente corregir las disfunciones del sistema de lucha económica, de preservar la «pureza» de la lucha, sino de denunciar que ese juego de la competencia -por muy perfecta que la misma sea- es una burla para quienes -por razones ajenas a su voluntad- parten de una situación de desventaja.

El tema sería menos relevante si lo que estuviera en juego fuera la obtención de lujos (beneficios superfluos); mas en la medida en que el trabajo se reputa como un bien esencial, sin cuyo disfrute no es posible alcanzar una existencia digna (art. 10.2 CE), un Estado social debe reaccionar arbitrando medidas compensadoras: debe dotar de una muleta o colocar en un escalón a los sujetos menos productivos.

Ahora bien, lo discutible es si esas medidas deben consistir en imponer a los empresarios un sacrificio económico, en obligarles a contratar o conceder iguales condiciones económicas a tales trabajadores. En este sentido, cabría aducir que si el Estado quiere satisfacer determinados objetivos de interés general (como la consecución de una justicia e igualdad real), debe hacerlo con cargo a sus presupuestos generales: el Estado podría autovincularse a ser plenamente igualitario en el ámbito del empleo público o incluso fomentar una política no discriminatoria de los empresarios privados por la vía de otorgarles beneficios económicos (subvenciones, bonificaciones) que compensen la merma de productividad derivada de la contratación de los grupos protegidos. Pero lo que no cabría es imponer a los particulares un trato igualitario forzoso, pues ello equivaldría a exigir a ciertos sujetos un «sacrificio especial»: una carga «social» sería soportada por un grupo determinado de ciudadanos, con lo cual el propio principio de igualdad que se trata de preservar se vería quebrantado.

Ciertamente, este argumento tiene una dosis de «razonabilidad». Y creo que el mismo puede explicar la incógnita que nos planteábamos en el epígrafe IV: por qué la no contratación de trabajadores minusválidos objetivamente menos productivos puede ser legítima.

Es verdad que el ordenamiento (R.D. 1451/1983, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos) establece un cierto sistema de contratación forzosa mediante un mecanismo de cuotas (art. 4 del R.D.: las empresas públicas y privadas con más de 50 trabajadores fijos deben emplear a un número de minusválidos no inferior al 2% de la plantilla). Mas el respeto de tales cuotas no necesariamente implica un sacrificio económico para la empresa, pues en relación con cada actividad laboral no será difícil hallar trabajadores minusválidos cuyas concretas disfunciones no les impidan desarrollar con plena eficacia las tareas exigidas por el puesto de trabajo de que se trate. Por el

contrario, cuando sí existe sacrificio económico, esto es, cuando -una vez cumplida la cuota reglamentaria- el empleador puede probar que el dar empleo a minusválidos «menos» (49) aptos que sus competidores disminuiría la rentabilidad del negocio, parece que el empresario podrá lícitamente discriminar a aquéllos. Y la razón de esta facultad empresarial no es el hecho de que el perjuicio sufrido por los trabajadores minusválidos sea justo o irremediable. Sucede simplemente que tal injusticia debe ser remediada por otros cauces (las medidas de fomento que el propio R.D. establece), cauces que eximen al empresario de sufrir un sacrificio económico, que sería sin duda «especial» (y, por ende, injusto), pues afectaría en mayor medida a determinados sectores industriales o comerciales (principalmente a las empresas que requieren un trabajo manual).

Ahora bien, la objeción del «sacrificio especial» tiene también una contraobjeción: cuando un daño está universalmente extendido dentro de la sociedad, puede interpretarse como una «carga colectiva» y, por tanto, no procede que quienes lo han soportado reclamen una indemnización ni tampoco procede que quienes no lo han soportado pidan que se les exima de padecerlo. En estos casos, la propia universalidad del daño lleva implícito su reparto equitativo entre todos los miembros de la sociedad.

Tal sucede, a nuestro juicio, en relación con el perjuicio que para los empresarios puede comportar la contratación o retribución igual de mujeres embarazadas. Como indicamos en su momento, en términos cuantitativos, puede no existir diferencia alguna entre el daño derivado de contratar a un minusválido «menos» apto o a una mujer extremadamente fecunda. La diferencia radica en que las mujeres concurren a la obtención de puestos de trabajo en cualquier sector empresarial, lo que permite repartir la carga que representa el trato igualitario entre todos los empresarios e indirectamente (a través de la subida del precio de los productos que ello conlleva) entre todos los ciudadanos.

Hechas estas consideraciones, armados ya del bagaje técnico necesario, procede averiguar si el nivel «cualificado de protección» que hemos estudiado en este epígrafe es aplicable a la discriminación por razón de la imagen (ya consista ésta en rasgos inherentes a la persona o en un determinado tipo de arreglo personal fruto de una decisión personal) o a la discriminación de los enfermos del SIDA.

(49) Innecesario parece decir que no nos referimos a supuestos en que la disfunción que padece el trabajador le hace radicalmente inapto para desempeñar el trabajo en cuestión (no nos planteamos si existe obligación de contratar a un ciego como conductor de autobús o a un paralítico como guardia de seguridad), sino a aquellos otros en los que la minusvalía no impide al trabajador obtener el rendimiento normal exigido por el trabajo, aunque sí un rendimiento inferior al que alcanzan otros trabajadores.

Para ello, hemos de superar dos obstáculos:

- En primer lugar, cabría preguntarse si dicha indagación es necesaria, dado que parece difícil detectar supuesto alguno en que el elemento imagen o la posesión del virus VIH disminuya objetivamente el rendimiento de un trabajador, cualquiera que sea el tipo de empleo considerado (50).

El único motivo en virtud del cual el empresario podría aducir una «razón de negocio» sería el ya conocido de las preferencias de terceros. Al analizar este tema en el apartado anterior, sosteníamos que esa pérdida de rentabilidad que provocan los prejuicios de terceros no es real: sólo existe en la medida en que el ordenamiento tolere la discriminación; pero, si la combate en todas las empresas, los clientes se ven forzados a abandonar tales preferencias infundadas, con lo cual la auténtica valía del trabajador discriminado vuelve a resplandecer y desaparece el argumento de la improductividad. Alguien podría aducir, sin embargo, que ese fenómeno se verifica a largo plazo, pero que, en tanto la política antidiscriminatoria se va implantando, los primeros empresarios que sufren los fallos judiciales progresistas soportan un grave daño.

Este último argumento no me parece de recibo en la generalidad de los casos. (Por ejemplo, la decisión de la jurisprudencia americana de obligar a la Compañías aéreas a contratar a auxiliares de vuelo masculinos no podía perjudicar a las empresas demandadas, pues en breve plazo sus competidoras -de forma espontánea o forzosa- abandonaron el antiguo criterio discriminatorio, que al fin y al cabo obedecía a una inercia sociológica trasnochada); lo mismo habría sucedido, en nuestra opinión, si en la Sentencia 170/87 el TC hubiera reconocido el derecho del camarero de Maspalomas a utilizar la barba sin ser despedido por ello). Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, es preciso reconocer que en determinados casos extremos (cuando la decisión judicial choca con una tendencia social muy arraigada) el mencionado argumento puede tener sentido. Pues bien, el análisis que ahora emprendemos es necesario para decidir si es procedente implantar las tesis antidiscriminatorias incluso en esos supuestos excepcionales en los que, como consecuencia de la sentencia judicial, el empresario sufre un daño -siquiera limitado en el tiempo-.

- En segundo lugar, alguien podría aducir que, en el supuesto que acabamos de delimitar, se condena al empresario a sufrir -por definición- un «sacrificio especial», pues hemos centrado nuestra atención en los casos de trabajadores cuya productividad es menor por el mero hecho de que quienes se relacionan con ellos (los

(50) Como siempre, dejamos fuera de nuestra consideración los supuestos en que el candidato a un empleo carece de las aptitudes intrínsecamente exigidas por un empleo: No incurre en discriminación ilegítima quien niega el papel de princesa en un cuento clásico de amor a una mujer bizca.

clientes) tienen un prejuicio ilegítimo, lo cual nos sitúa en el contexto de un sector empresarial restringido (el de los trabajos que exigen contacto con el público). Por tanto, de acuerdo con la tesis que hemos sostenido, por muy injusta que sea la situación denunciada, procedería una intervención del Estado destinada a fomentar la igualdad, pero no a imponerla por mecanismos coercitivos de la autonomía de la voluntad.

Esta objeción me parece válida en lo que concierne a las discriminaciones por razón de imagen (natural o contingente). Si el empresario puede probar que la contratación del sujeto feo o de aspecto inusual le reporta un daño duradero en el tiempo, no procederá imponerle el deber de soportar la carga de reparar a su costa una injusticia social. Como en el caso de la minusvalía, la injusticia existe, ya que si sumamos las discriminaciones «por razón de negocio» con las que se fundan en la visión distorsionada del mérito de los feos, se advierte que éstos sufren una dificultad tan radical para la obtención de un empleo como la que experimentan las razas minoritarias o las mujeres. Es más: si hemos de creer los estudios sociológicos que cita el trabajo mencionado en el epígrafe I, es más difícil encontrar trabajo para un hombre blanco desfigurado que para una mujer negra. Pero esa injusticia, como sucede asimismo en el caso de la minusvalía, debe ser reparada con cargo a los presupuestos generales del Estado. Lo máximo que cabría reclamar (en estos supuestos excepcionales en que la imagen sí influye en la productividad real del trabajador) es una extensión analógica de las normas de fomento de la contratación de minusválidos a los sujetos que pudieran probar, si no una «disminución», sí un grave defecto físico que les sitúa en situación de inferioridad laboral.

Y si el problema de imagen es contingente (fruto de una decisión personal), nada cabría exigir, pues el derecho a conformar el aspecto físico propio debería decaer en el seno de la relación laboral cuando el empresario prueba cumplidamente un daño duradero.

Sin embargo, la citada objeción a partir de las siguientes constataciones:

- a) Los terceros que se relacionan con el trabajador pueden ser también, aparte de los clientes, los demás trabajadores de la empresa.
- b) La gran mayoría de las empresas tienen más de un trabajador, de forma que una imposición que afecte a los empleadores con pluralidad de trabajadores no puede calificarse en modo alguno como sacrificio especial.
- c) Los prejuicios de los trabajadores que acompañan al sujeto discriminado pueden llegar al extremo de inducir a algunos de ellos a abandonar la empresa o disuadirles de integrarse en ella, lo que puede dificultar la marcha del negocio.

Tales condiciones se cumplen en el caso de los trabajadores no enfermos, pero sí portadores del virus del SIDA. En tal caso, nos encontramos ante una tendencia discriminatoria que impregna todos los sectores sociales y también el sector laboral. Se trata además de un factor de discriminación que puede aparecer en toda empresa, cualquiera que sea su objeto. Pues bien, a nuestro juicio, ni siquiera la merma de productividad derivada de la fuga de clientes o trabajadores permitiría al empresario discriminar a un trabajador contagiado, pues tal discriminación, amén de ser injusta (en cuanto, por ser sistemática y no idiosincrática, contribuye a expulsar al trabajador de todo mercado laboral), no tiene justificación económica, dado que se trata de una carga colectiva.

Naturalmente, este razonamiento tiene un límite. No cabe imponer al empresario cargas desmesuradas que provoquen su ruina. Pero este razonamiento es igualmente aplicable a las causas de discriminación típicas (raza, sexo o actividad sindical).

C. Tercera matización: Posición del legislador y alcance de la autonomía colectiva.

En realidad, un rápido análisis de la jurisprudencia constitucional demuestra que el TC impone al legislador el deber de no realizar diferenciación irrazonable alguna, por causas «cualificadas» o «no cualificadas». V.gr., la STC n.º 87/91, de 25 de abril, reputa inconstitucional el antiguo artículo 139 LPL en cuanto establecía un régimen de prescripción distinto para el ejercicio de acciones por parte de los trabajadores ferroviarios. Y no cabe decir que los trabajadores ferroviarios sean un grupo protegido por padecer discriminaciones «sistemáticas» o sufrir hándicaps productivos.

Pues bien, no queremos dejar de resaltar el fundamento de esta solución: Las Constituciones modernas son vinculantes para el legislador, porque se constata que -sin respeto de ciertos derechos fundamentales (como los derechos de las minorías a recibir un trato igual)- no existe un Estado auténticamente democrático. Y esto es así incluso cuando las Cortes organizan su propio funcionamiento, pues no están disponiendo un patrimonio propio, sino cumpliendo una «función». Ello resuelve el problema del «ujier con pendiente»: aunque concluyéramos que el derecho a la imagen no tiene incidencia alguna en la relación singular empresario-trabajador, lo que nunca cabría es que una norma legal considerara el factor imagen como criterio para el establecimiento de distintos derechos laborales.

El mismo límite afecta, pese a las vacilaciones del TC, a los convenios colectivos estatutarios (51). Los representantes con legitimación legal para pactar convenios sujetos al ET son, como el legislador, un poder con capacidad para dictar normas que afectan a toda una colecti-

(51) En el mismo sentido, M. RODRIGUEZ PIÑERO, «Igualdad en los tratamientos normativos y convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, tomo 1990-II, pág. 62 y M. BALLESTER, *op. cit.*, pág. 50.

vidad (también a quienes no depositaron en ellos su confianza); y ese poder no es un derecho subjetivo, sino que se otorga por el Estado al servicio de un fin: se trata de un poder-deber, que ha de ser ejercido en beneficio de toda la colectividad representada y no sólo de los electores o simpatizantes del representante sindical. Si se quiere, la autonomía (entendida como libertad para diferenciar entre grupos de trabajadores por puro capricho) jugará en el curso de la negociación en beneficio del empresario; pero el representante de los trabajadores tendrá vedado aceptar cualquier propuesta negociada que se presente como mero voluntarismo. Por eso, aunque concluyéramos que no pesa sobre el empresario una obligación de igualdad por razón de imagen o enfermedad, dicha regla existe y vincula a la parte representante de los trabajadores en la misma medida en que afecta a cualquier poder público.

D. Cuarta matización: Posición de las empresas públicas.

De las consideraciones anteriores fácilmente se desprende que, a nuestro juicio, a los efectos laborales, las empresas públicas están sujetas al mandato de igualdad en un sentido idéntico que la Administración: no pueden discriminar sin fundamento razonable, ni siquiera por causas aparentemente intrascendentes. Ello porque un aspecto formal (el régimen jurídico de la entidad empleadora o de la relación de servicios) no altera los términos sustanciales de la cuestión: el titular de la empresa no tiene un interés propio, sino que recibe una potestad para cumplir un fin. Por supuesto, el Estado liberal no se planteaba este problema, porque el *laissez faire* no le permitía intervenir en la actividad económica. (De ahí la dicción que, por inercia histórica, conserva nuestro art. 23.2 CE, limitando la virtualidad de los principios de mérito y capacidad al campo de la función pública). Mas cuando el Estado social asume un papel de empresario, sus gestores no reciben una patente de corso para obrar con dinero público como empresarios particulares, sino que deben conducirse de forma coherente con el fin de la empresa, que puede coincidir o no con la máxima rentabilidad, pero -en cualquier caso- no puede instrumentarse más que mediante la selección de los más capaces.

E. Quinta matización: Competencia para detectar las causas atípicas.

Hay que reconocer el peso de los argumentos de quienes quieren reservar al legislador la competencia de llenar de contenido -en lo que concierne a las relaciones *inter privados*- la cláusula residual del artículo 14 CE. Pero los postulados mismos del Estado democrático impiden aceptar tal solución. Si se nos permite la expresión, ¿qué esperanza pueden tener los feos, los que visten y se arreglan de forma distinta, los que están infectados del virus del SIDA (en definitiva, las minorías) de que los representantes de los guapos, los que se arreglan de forma convencional, los sanos (la mayoría) se acuerden de ellos y decidan conceder

Drittwirkung a su derecho a la igualdad? A nuestro entender, prácticamente ninguna. Por eso, si se quiere hacer verdad el ideal de respeto a las minorías, hay que sostener, con la mejor doctrina americana, que los Tribunales pueden intervenir para suplir las deficiencias del legislador, cuando éste hace dejación de su «responsabilidad constitucional» (52).

Otra cosa es que los Tribunales ordinarios deban tener una cierta continencia y conceder la *Drittwirkung* sólo tras una prueba cumplida de su necesidad. Mas pensamos que esta regla no puede ser absolutamente rígida. La jurisprudencia debe evolucionar y, si se quiere ser práctico, hay que reconocer que nuestro TC padece una sobrecarga de trabajo tal que le inhabilita (siquiera por razones de supervivencia) para aventurar jurisprudencias radicalmente innovadoras, que pueden desencadenar un aluvión de recursos de amparo. Si se quiere admitir la posibilidad de que alguien remedie la situación laboral de los feos, los que llevan barba o pendiente, o los portadores del virus del SIDA, hay que reconocer esta competencia a los Tribunales ordinarios, que pueden alumbrar jurisprudencias tan ponderadas como la que dictó la STSJ de Madrid de 26 de marzo de 1992, corrigiendo de hecho (aunque no lo reconozca) las tesis de la STC 170/87, de 30 de octubre.

Y para quienes no acepten los anteriores argumentos, hemos de hacer una concesión subsidiaria: Quizá en lo que concierne a aplicaciones del principio de no discriminación que conlleven un sacrificio económico para el empresario (epígrafe V, matización B), cuesta reconocer la facultad de los Jueces ordinarios de detectar causas atípicas de discriminación en la esfera laboral. Mas el reconocimiento de una *Drittwirkung* puramente meritocrática (en supuestos -como los del epígrafe V, matización A- en los que la contratación del trabajador no acarrea para el empleador ninguna disminución de rentabilidad), la competencia de la jurisdicción ordinaria para individualizar y sancionar las discriminaciones socialmente extendidas parece una exigencia ineludible.

(52) G. CALABRESI, «Antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores)», HARVARD LAW REVIEW, vol. 105., págs. 80-151.