

CAPÍTULO SEXTO

OTRAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA DIRECTIVA 86/613

Esta normativa europea se adopta por el Consejo el 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.

1. *Objetivos*

Su objetivo primordial corresponde a garantizar el principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan actividades autónomas,⁵²⁸ es decir, actividades lucrativas por cuenta propia, incluidos quienes se dediquen a la agricultura y los miembros de las profesiones liberales, y las denominadas ayudas familiares, considerados los cónyuges no asalariados ni asociados que contribuyen al ejercicio de dichas actividades, en aquellos aspectos que no estén cubiertos por las directivas 76/207/CEE y 79/7/CEE. De igual modo, tiene como finalidad extender la aplicación

⁵²⁸ *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad*, COM 94 163, final, Bruselas, 15 de septiembre de 1994.

de este principio, haciendo especial referencia a aquellos quienes se encuentren en situaciones laborales indefinidas.

Sin embargo, uno de los cometidos que se estableció especialmente ambicioso fue la idea de definir la situación profesional de los cónyuges, quienes colaboraban como auxiliares de profesionales o bien de empresas familiares, otorgándoles ya no sólo derechos de seguridad social, sino en otras esferas como la fiscal, civil o mercantil. De mayor envergadura era el objetivo de establecer un Estatuto profesional del cónyuge que colabora con el trabajador autónomo, derivándose con ello diversas prerrogativas en el ámbito social, laboral, etcétera.

La Directiva 86/613 tiene un carácter fundamentalmente complementario en materia de seguridad social con respecto al contenido normativo establecido en la Directiva 79/7. Su ámbito de aplicación es muy restringido, al igual que su alcance jurídico. En términos generales, ilustra las diferentes deficiencias que representa la armonización de las legislaciones nacionales de los países miembros de la Unión Europea: ausencia de sistematización, aplicación desigual, ausencia de vinculabilidad jurídica, acotado alcance de sus disposiciones, entre otros.

El contenido normativo de la Directiva en cuestión establece mínimos, que con plena seguridad son rebasados por las disposiciones de carácter nacional (normativa en la que la asignatura pendiente de mayor relevancia es el Estatuto Profesional del Cónyuge Colaborador, que brindaría a la mujer el papel de sujeto independiente de derechos, como titular pleno y principal, sin considerar solamente al marido como trabajador autónomo y titular de derechos en materia de seguridad social).

2. Ámbito de aplicación

Una de las críticas hechas a esta Directiva es la relativa a la ausencia normativa del concepto de trabajador autónomo, remitiéndose para tales efectos a lo dispuesto por la normativa nacio-

nal de cada Estado miembro.⁵²⁹ No obstante, en su artículo 2o., distingue al trabajador autónomo y a su cónyuge, considerando al primero como aquel quien ejerce —de acuerdo a la normativa nacional—, una actividad lucrativa por cuenta propia, incluidos los agricultores y los profesionales independientes. De esta manera señala que la presente directiva afecta:

- a) A los trabajadores autónomos, a saber, a toda persona que ejerza en las condiciones previstas por el derecho nacional una actividad lucrativa por cuenta propia, incluidos los agricultores y los miembros de profesiones liberales.
- b) A sus cónyuges no asalariados ni asociados que participen de manera habitual en las condiciones previstas por el derecho nacional, en la actividad del trabajador autónomo, efectuando bien las mismas tareas, bien actividades complementarias.

En este sentido, incluye también la protección de la mujer del trabajador autónomo, al contemplar en su ámbito subjetivo de aplicación a los cónyuges no asalariados ni asociados,⁵³⁰ enfocándose efectivamente en la protección de la mujer y tomando como punto de partida el hecho de que en la empresa familiar, es el varón el titular de la actividad autónoma, aun cuando ésta sea explotada por ambos esposos. Dicha característica determina la posición desigual de la mujer, correspondiendo sociológicamente las actividades autónomas a los hombres, a pesar que la mujer intervenga de forma activa en la actividad o empresa familiar, considerada su aportación, una obligación conyugal desarrollada gratuitamente. Todo ello conduce a la falta de reconocimiento de su labor en materia de protección de seguridad social; aún más

⁵²⁹ Morón Prieto, Ricardo, “El principio de igualdad de trato en la actividad autónoma: la Directiva 86/613”, en Nogueira Guastavino, Magdalena *et al.*, “El principio de igualdad de trato en las directivas comunitarias en materia de seguridad social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 12, 1998, p. 166.

⁵³⁰ Arce, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 77.

grave en los supuestos de disolución del vínculo matrimonial, ya sea por divorcio o por separación, o en caso extremo, por fallecimiento del trabajador autónomo, titular del negocio.⁵³¹

De igual modo resulta aplicable el principio de igualdad de trato a los trabajadores autónomos, incluidos los que ejerzan actividades agrarias. Sin embargo, la posición de la mujer está condicionada por sus cargas familiares e incluso por la concepción misma del trabajo femenino que es considerado una ayuda a la casa, debido al alejamiento de las mujeres de la maquinaria.

La problemática a todas luces respecto al trabajo femenino es que ha sido considerado una labor de segunda, representando las responsabilidades familiares y su difícil compaginación con el mundo laboral. Las mujeres desarrollan un trabajo en forma eventual o a tiempo parcial, mal remunerados y es en los hombres en quienes recae el papel de cabeza de familia.⁵³²

El mundo rural respecto a la igualdad entre mujeres y hombres presenta una forma muy peculiar, pues su estructura social está basada en la omnipresencia de la familia como unidad de producción y consumo, convivencia, ayuda mutua y socialización. Un ámbito en donde con toda claridad se delimita el trabajo doméstico del que no lo es, al prevalecer el papel reproductor de la mujer, de ahí que su posición laboral y social haya sido catalogada como ayuda familiar⁵³³ y, por ende, no se le haya atribuido el carácter propiamente laboral, dada la naturaleza doméstica del mundo rural.

Otro de los factores relevantes y determinantes de la posición femenina en este ámbito es la atribución de mayor carga de responsabilidades familiares y cuidado de miembros de la familia,

⁵³¹ Morón Prieto, Ricardo, *op. cit.*, pp. 165-167.

⁵³² San Pedro Gallego, R., "Las mujeres rurales ante el reto de la desagrariación", *Mujeres y sociedad rural: entre la inercia y la ruptura*, Madrid, Unión Europea-Fondo Social Europeo-Instituto de la Mujer, 1999, pp. 15-25.

⁵³³ Langreo Navarro, A., "Asalariadas en la agricultura", *Mujeres y sociedad rural: entre la inercia y la ruptura, cit.*, pp. 113-129.

roles perfectamente divididos en el seno de la estructura rural,⁵³⁴ condiciones que suponen una evidente desigualdad.⁵³⁵

No obstante, en la Europa actual la participación de la mujer ha sido decisiva en la familia rural,⁵³⁶ debido a su especial situación en el esquema social y por las carencias del medio en el que se desarrolla.⁵³⁷ En el ámbito comunitario existen diversas políticas públicas dirigidas a las mujeres rurales, programas de apoyo y ayuda para el fomento, promoción y desarrollo de las mismas en el sector rural, así como también iniciativas comunitarias del Fondo Social Europeo (Red Now de Apoyo a las Iniciativas de Mujeres Rurales 1995-1997, Red Gea, Iniciativas Empresariales de Mujeres del Medio Rural, entre otras).

Uno de los programas comunitarios en materia de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito rural es *Leader+*, a través del cual se ha fomentado la importancia del papel de la mujer en el desarrollo rural de la Europa comunitaria, dejando patente la necesidad de reforzar la perspectiva de género en el ámbito rural europeo, reduciendo el nivel de desempleo femenino, así como también mejorando las condiciones de vida en las zonas rurales.⁵³⁸

Uno de los objetivos de esta Directiva comunitaria, respecto al establecimiento de derechos de seguridad social al cónyuge que colabora con el trabajador autónomo, se plantea en el artículo

⁵³⁴ Langreo Navarro, "Mujer y trabajo en el mundo rural", en VV. AA., *Mujeres, medio ambiente y desarrollo rural*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2004, pp. 173-196.

⁵³⁵ Marcos Santiago, Rosario, "Maternidad y mundo rural: un acercamiento sociológico", en Blanco García, Ana Isabel *et al.*, *Nuevas visiones de la maternidad*, León, Universidad de León, 2002, p. 163.

⁵³⁶ Llorente Martínez, P., "Las mujeres rurales como factor de desarrollo rural", *Congreso europeo de mujeres rurales*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2000.

⁵³⁷ Camarero L. A. *et. al.*, *Situación socioprofesional de la mujer en la agricultura*, Madrid, 1995, t. V, p. 52.

⁵³⁸ "La igualdad entre el hombre y la mujer en el contexto del desarrollo rural: resaltar la importancia de la mujer", *Newsletter*, núm. 45, junio de 2002, p. 1.

6o., al establecer la obligación del Estado miembro de adoptar, en su sistema contributivo de seguridad para los trabajadores autónomos, las medidas necesarias para que los cónyuges, si no estuvieran protegidos por este régimen de seguridad social, puedan adherirse de manera voluntaria y contributiva a un régimen de seguridad social.

Sin embargo, este precepto se encuentra notoriamente incompleto por tres cuestiones fundamentales. Primera, sólo establece la obligación de disponer la posibilidad de adhesión a un régimen de seguridad social. Segunda, omite que las condiciones de protección social sean iguales con respecto a las del trabajador independiente. Tercera, omite el establecimiento de un régimen de seguridad social de forma obligatoria, al contemplarlo únicamente de forma voluntaria.⁵³⁹ Por tanto, resulta claramente limitada, puesto que para ambos corresponden niveles y condiciones de protección distintas, toda vez que mientras al trabajador autónomo corresponde un régimen de seguridad social obligatorio, para el cónyuge colaborador le asiste uno de carácter voluntario.⁵⁴⁰

En este sentido, resulta obvio expresar que si se lograra totalmente la paridad de trato recomendada por el legislador, los regímenes especiales desaparecerían a través de su integración en el régimen general, y la existencia de tales regímenes especiales se tornaría transitoria y provisional.⁵⁴¹

Resulta interesante expresar que consagra el reconocimiento del trabajo aportado por el cónyuge, por parte de los Estados miembros; sin embargo, se considera que es la cónyuge quien puede obtener ese reconocimiento laboral respecto a las prestaciones de seguridad social a título propio e individual.⁵⁴² Esta disposición comunitaria denota la dependencia de la mujer, es-

⁵³⁹ Arce, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁴⁰ Morón Prieto, Ricardo, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

⁵⁴¹ Casas Baamonde, Ma. E., *Autónomos agrarios y seguridad social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 3.

⁵⁴² Blasco Lahoz, J., F., *El régimen especial de trabajadores autónomos*, Valencia, Tiran lo Blanch, 1995.

posa del trabajador autónomo, respecto a derechos derivados de prestaciones de seguridad social.

Finalmente, en el artículo 8o., consagra el compromiso de los Estados miembros en el supuesto de que las mujeres trabajadoras autónomas y las cónyuges de los trabajadores autónomos deban interrumpir su actividad por causa de embarazo o maternidad. En tales supuestos tendrían acceso a servicios de sustitución o a servicios sociales en el territorio en el que desempeñen su actividad, o bien podrían beneficiarse de una prestación económica de acuerdo con un régimen de seguridad social o de cualquier sistema de protección pública.

3. *La mujer en el ámbito agrícola*

Uno de los aspectos que destaca en las actividades agrícolas es la heterogeneidad geográfica que ilustra la situación en la Unión Europea. En primer lugar, muestra una estructura de explotaciones agrícolas, con mano de obra permanente femenina, que se ubica principalmente en el sur de la Europa comunitaria,⁵⁴³ donde las mujeres se dedican en su mayoría a actividades específicas —comercio, magisterio, limpieza, así como a la agricultura, en cultivos tradicionalmente manuales, como el olivo, o el tabaco—, clasificadas en los llamados trabajos informales o atípicos, que no cuentan con prestaciones de seguridad social, ni salario fijo remunerado, situación que escapa a la evaluación de estadísticas desarrolladas por los gobiernos estatales, o bien por la Unión Europea.⁵⁴⁴ La situación de la mujer en el sector agroalimentario dentro de las explotaciones familiares a tiempo completo y a tiempo parcial, manifiesta la necesidad de contar con un estatuto claro y formal.

En términos generales, en el ámbito rural el hombre tiene dos papeles: titular y jefe de la explotación agrícola, correspondiendo

⁵⁴³ *La mujer en la agricultura*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002, p. 7.

⁵⁴⁴ Gardiner, Francis, *op. cit.*, p. 267.

a la mujer el estatuto de cónyuge de titular, quien en su gran mayoría realiza el trabajo agrícola a tiempo parcial (es el caso, por ejemplo, de España y Francia como dos Estados miembros de la Unión Europea). En el caso español destacan tres comunidades eminentemente agrícolas que cuentan con mayor presencia femenina en zonas rurales: Galicia, Andalucía, y Castilla y León, que integran el 50% de la población de España, y en las cuales el 82% representa al cónyuge colaborador.

Por su parte, en el caso de Francia destaca la creación de un organismo de formación ATER (agentes sociales de los territorios europeos rurales) que es la integración de diversas iniciativas en la gestión de proyectos de carácter territorial de desarrollo rural, que permite a las mujeres constituirse en operadoras de desarrollo, en combinación con el IV Programa Comunitario de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres. Uno de ellos fue el proyecto de las mujeres de Thieráche, región norte de Francia, dinámica colectiva que brindaría movilidad social, espacial y mental a las mujeres.⁵⁴⁵

II. LA DIRECTIVA 92/85 Y LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

El origen de esta normativa europea se consagra en el Programa de Acción de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la aplicación de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, adoptándose de pleno derecho en el Tercer Programa de Acción Comunitario 1991-1995. Su base jurídica es el artículo 137 (antiguo artículo 118 TCE), que señala como su objetivo primordial la promoción de la mejora del medio de trabajo para proteger la seguridad y salud de los trabajadores y la armonización de las condiciones existentes.

En sí misma no constituye una normativa relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, sino

⁵⁴⁵ *La mujer en la agricultura*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002.

un marco jurídico que brinda protección al especial estado psicofisiológico de la mujer relativa al embarazo, al posparto y al periodo de lactancia, evitando que tales condiciones constituyan obstáculos para su desarrollo en el mundo laboral, y así eliminar cualquier discriminación por razón de sexo que sea motivada por estas causas.

En este sentido, la maternidad se ha entendido bajos dos puntos de vista: biológico, haciendo referencia a las diferencias típicas y específicas de la mujer —la maternidad y el embarazo—, incluyendo sus consecuencias físicas y psíquicas; así como desde la óptica social, relativa al papel que ésta tiene en la sociedad respecto a la crianza y educación de los hijos, medidas de protección cuya finalidad es garantizar la función de procreación de la mujer. Sin embargo, esto no implica la existencia de una clase o tipo laboral diferencial como madre trabajadora, sino sólo existen disposiciones protectoras de la mujer en el embarazo.⁵⁴⁶

Por tanto, constituye una norma comunitaria específica de acuerdo al artículo 16, párrafo 1o., de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, pero específicamente de la mujer trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia. Así, se le considera como un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles, y para quienes se deben tomar medidas relativas a su salud y seguridad, protegiéndolas contra los peligros que les afecten de manera específica, obedeciendo la protección de la maternidad a razones biológicas donde la mujer es el sujeto exclusivo. De esta manera la justificación de dicha protección implica dos puntos de vista: subjetivo, tomando como punto de referencia la situación especial del sujeto contemplado por la norma, y desde una perspectiva objetiva, aludiendo a la maternidad como una función social, objeto de protección en

⁵⁴⁶ Charro Baena, Pilar, *op. cit.*, pp. 53-89.

donde la mujer trabajadora se encuentra en una situación especial de sensibilidad y peligro para su estado de salud.⁵⁴⁷

Desde el punto de vista de la salud laboral, la protección del embarazo se regula jurídicamente mediante esta Directiva, que se refiere a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la mujer trabajadora⁵⁴⁸ embarazada,⁵⁴⁹ que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia, estados físicos que abarcan medidas especiales en diversos ámbitos, como:

- a) En el ámbito laboral, por ejemplo, en suspensión por maternidad, permisos por controles médicos y cursos de preparación para el parto, prohibición del despido por causa de embarazo.
- b) En el ámbito de la seguridad social, en el caso de prestaciones sanitarias o bien, prestaciones económicas.
- c) Y en el ámbito de maternidad y salud laboral, que es precisamente la materia que regula esta normativa comunitaria.

De manera expresa, en su artículo 2o. establece las siguientes definiciones en materia de protección al embarazo y maternidad:

- a) Trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.
- b) Trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y /o prácticas nacionales.
- c) Trabajadora en periodo de lactancia: cualquier trabajadora en periodo de lactancia, en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales.

⁵⁴⁷ Pérez del Río, Teresa, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁴⁸ Martínez Ten, C., “La salud laboral de la mujer”, *Mujer e igualdad de oportunidades en el empleo*, Madrid, Instituto de la Mujer-Ministerio de Asuntos Sociales, 1989, pp. 47-54.

⁵⁴⁹ Torrente Gari, Susana, *op. cit.*, pp. 185-217.

En esta última, la finalidad de su protección es el contacto directo entre el recién nacido y sus padres, así como el evitar la exposición de la mujer trabajadora a ciertos riesgos, por ejemplo, al plomo, pesticidas o disolventes orgánicos que puedan afectar la leche materna y al niño. Esta normativa europea atiende a la situación tan especial y sensible en que se encuentra la trabajadora embarazada, tanto física como psíquicamente, situación que la vuelve vulnerable a determinados riesgos, por lo que se le impide la realización de ciertas actividades,⁵⁵⁰ posturas, cargas físicas y mentales. En resumidas cuentas, dispone la protección de embarazos no patológicos, es decir, aquellos que transcurren con normalidad,⁵⁵¹ contemplando el periodo de seis semanas obligatorias tras el parto, para considerar el tiempo en el que la trabajadora ha dado a luz.

Desde el punto de vista doctrinal, ha prevalecido una división en cuanto a considerar o no discriminatorias aquellas medidas destinadas a la protección de la mujer, principalmente respecto a la prohibición de determinados trabajos, cuya normativa debe atender estrictamente a lo que se ha denominado medidas de protección especial para la mujer. Tal normativa ha marcado la pauta en el establecimiento de parámetros o criterios estrictamente médicos y técnicos que determinen la conveniencia o no, de la prohibición de este tipo de trabajos, y por tanto, siendo justificadas científica y técnicamente. Ahora bien, lo que determina considerar este tipo de medidas como discriminatorias o no, son los perjuicios en la salud y seguridad de la mujer, atendiendo a la condición femenina, dado que consiste en un ámbito que rebasa las consideraciones y criterios estrictamente establecidos en el plano jurídico.⁵⁵²

⁵⁵⁰ Sempere Navarro, Antonio, "Discriminación y trabajo femenino en la minería", *Relaciones Laborales*, núm. 3, 1987, pp. 87-96.

⁵⁵¹ Pérez del Río, Teresa, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁵² Fernández Marcos, Leodegario, "El principio de no discriminación por razón de sexo y los trabajos prohibidos a la mujer en la legislación de seguridad e higiene", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1990, pp. 1-6.

1. *Evaluación de riesgos*

Por su parte, en los artículos 3o., 4o., 5o., y 6o., se incluyen los posibles riesgos que pueden afectar tanto a las trabajadoras embarazadas como a aquellas que han dado a luz. En dichos artículos, la Comisión Europea ha establecido las directrices para la evaluación de aquellos agentes químicos, físicos y biológicos,⁵⁵³ así como también los procedimientos industriales considerados como peligrosos, debiendo ser comunicados por los Estados miembros a todos los empresarios y trabajadores. Cabe señalar que en el anexo II de esta Directiva se señalan los agentes y condiciones de trabajo a los que la mujer protegida nunca debe estar expuesta.

Por lo que se refiere a los factores de riesgo, se han clasifican en cuatro categorías:

- 1) Los riesgos que puede sufrir el embrión en sus primeras etapas de gestación (fundamentalmente durante los primeros tres meses de su etapa embrionaria) denominados técnicamente teratogénicos y mutagénicos.
- 2) Los riesgos relacionados al desarrollo del feto.
- 3) Los riesgos que puede sufrir el recién nacido por conducto de la leche materna.
- 4) Los riesgos que puede sufrir la mujer embarazada tanto físicos (cansancio, lumbalgias, náuseas, etcétera) como psíquicos (estrés, ansiedad), debiendo distinguir entre los agentes de riesgo para el embarazo y la lactancia, y los agentes de riesgo para la reproducción, toda vez que en cuanto a estos

⁵⁵³ Franco González, Joan, “Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia (en aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo). Comentarios a la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007, pp. 287-298.

últimos se requiere la aplicación de medidas preventivas de manera permanente, así como también anteriores a la situación de embarazo.⁵⁵⁴

No obstante, el empresario está obligado a evaluar los riesgos en actividades particulares,⁵⁵⁵ así como las medidas necesarias para evitarlos, y de no ser posible, deberá tomar las acciones pertinentes para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la empleada afectada, de lo contrario deberá conceder un permiso.

En este entorno, las condiciones de trabajo constituyen un factor importante que en gran medida determina la salud de las trabajadoras, de ahí que constituya una de las normativas específicas de la protección de la maternidad, atendiendo a las diferencias biológicas propias de la mujer en cuanto a su condición concerniente al embarazo, al parto y al periodo de lactancia, así como al feto, protegiéndoles de los riesgos laborales que pudiesen mermar sus estados de salud, imposibilitando la concepción, provocando la interrupción del embarazo o bien causando daños congénitos al feto.

A todo ello, la evaluación de riesgos es un punto central en esta Directiva comunitaria. Aún sin contemplar en qué consiste, la Comisión Europea ha desarrollado un documento titulado *Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como de los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o estén en periodo de lactancia*, líneas de evaluación que deben incluir por lo menos cuatro fases o etapas:

- a) Identificación de los peligros (agentes físicos, químicos y biológicos; movimientos y posturas, fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales).
- b) Identificación de las categorías de trabajadoras (embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o estén en periodo de lactancia).

⁵⁵⁴ Pérez del Río, Teresa y Ballester Pastor, *Mujer y salud laboral*, Madrid, La Ley- Actualidad, 2000, pp. 19-38.

⁵⁵⁵ Gil Pérez, Ma. Encarnación, *op. cit.*, pp. 129-132.

- c) Evaluación de riesgos, tanto en términos cuantitativos como cualitativos; representa la fase más crucial del proceso, ya que la persona que la lleve a cabo deberá ser competente para ello y contar con la información correspondiente, incluyendo la que otorgue la propia mujer embarazada o con sus consejeros.
- d) Evaluación de los riesgos derivados de peligros específicos, provocados por los agentes físicos, biológicos y químicos que pueden afectar la salud de la mujer trabajadora y el feto, ocasionándoles lesiones físicas, psicológicas y médicas. Por ejemplo, la elevación de la presión arterial y fatiga mental de la mujer embarazada provocada por una exposición prolongada a altos niveles de ruido.

Aunado a lo anterior, existen aquellas derivadas de las específicas condiciones de trabajo, como lo son por ejemplo, la manipulación manual de cargas o bien, movimientos o posturas específicas que podrían perjudicar la salud, seguridad y bienestar de la mujer embarazada, conjunto de riesgos que en la sociedad actual son considerados irrelevantes, otorgándoles una menor importancia con respecto a las enfermedades profesionales.⁵⁵⁶

En cuanto al trabajo nocturno, tras la presentación de un certificado médico que establezca qué es necesario para la seguridad y la salud de la trabajadora afectada, una mujer no está obligada a realizar trabajos nocturnos durante el embarazo o durante un periodo consecutivo al parto, determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud, incluyendo como soluciones el traslado a un trabajo diurno o una dispensa de trabajo con pago de una remuneración adecuada.⁵⁵⁷

2. Protección jurídica de la maternidad

La protección de la trabajadora embarazada, así como de la trabajadora en periodo de lactancia, se traduce en que no se en-

⁵⁵⁶ *Ibidem*, pp. 137-140.

⁵⁵⁷ Gil Pérez, Ma. Encarnación, *op. cit.*, p. 141.

cuentran obligadas a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación correspondiente implique el riesgo de una exposición a los agentes y condiciones de trabajo enumerados en el anexo II, sección A y B, respectivamente, y que pongan en peligro la seguridad o la salud de la mujer trabajadora. Esta normativa comunitaria se relaciona con el reglamento 486/97 sobre seguridad y salud en los lugares de trabajo, atendiendo a la necesidad de las embarazadas para descansar y obligando al empresario a proporcionar unas condiciones de trabajo aptas para ellas. De igual modo, resulta aplicable el Reglamento 664/97 que considera a las mujeres embarazadas y lactantes como grupos especialmente sensibles a los riesgos derivados por la exposición de agentes biológicos, que pueden afectar al feto o recién nacido por transmisión de la madre.

Ahora bien, con miras a lograr el reparto igualitario de las tareas y responsabilidades familiares, la Unión Europea ha asumido diversas acciones y actuaciones tendientes a este objetivo. Actualmente, la sociedad europea responde a otro tipo de estructuras familiares, ya no es la familia tradicional, en el que las responsabilidades públicas y privadas estaban determinadas a uno u otro cónyuge. Europa ha experimentando la transformación de este modelo social de familia con un reparto igualitario de tareas dentro y fuera del seno familiar.

En el desarrollo del principio de igualdad entre hombres y mujeres, el derecho comunitario es el ordenamiento jurídico que ha otorgado una mayor progresividad normativa en materia de discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora, estableciendo en primer lugar el concepto de discriminaciones positivas. Una de esas acciones comunitarias corresponde a la Directiva en estudio, que establece una serie de derechos y prerrogativas que harían más llevadero este periodo de maternidad y la cuestión laboral.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza, dispone en su artículo 33 que se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social, además contempla la seguridad jurídica de la trabajadora

en el supuesto de despido por causa de embarazo, así como también en el caso de los trabajadores o trabajadoras que gocen del permiso parental por nacimiento de un hijo.

En esa misma línea, en virtud del artículo 9o., de la Directiva 92/85, se regulan los permisos para exámenes prenatales, al disponer que la mujer tiene el derecho a disfrutar un permiso, sin pérdida de remuneración, para realizar estos exámenes, y aun si son necesarios, que se lleven a cabo en horario laboral. Al respecto, el Tribunal de Justicia ha interpretado que en el caso de modificación de la retribución de los trabajadores de la empresa, el incremento debe tener repercusión en la retribución percibida por los trabajadores en permiso de maternidad.⁵⁵⁸

Tal y como se establece en la Recomendación 95 de la OIT, la Directiva comunitaria 92/85 dispone una prestación por maternidad de catorce semanas, de acuerdo con el artículo 8o., periodo distribuido antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y las prácticas nacionales; sin embargo, es obligatorio el permiso de maternidad de por lo menos dos semanas distribuidas antes y/o después del parto, de acuerdo con las disposiciones nacionales.

Otra de las disposiciones en materia de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, es la medida protectora que garantiza la prohibición de despido por causa de embarazo, al brindarle a la mujer un periodo que va desde el comienzo del embarazo hasta el final del periodo de permiso de maternidad.

Así se ha expresado en los criterios jurisprudenciales del Tribunal de Luxemburgo, declarando que constituye discriminación directa por razón de sexo el despido de una mujer motivado por su embarazo. Nos referimos específicamente al caso *Gillespie*, asunto en el que el fallo del Tribunal de Luxemburgo no resultó favorable para las mujeres, al considerar que el hecho de que una mujer disfrute de un permiso de maternidad, implica que se encuentra en una situación específica que supone una protección especial;

⁵⁵⁸ TJCE, sentencia del 13 de febrero de 1996, *Gillespie*, 342/93.

sin embargo, ello no se compara con la situación de un hombre u otra mujer que se encuentra laborando de forma efectiva en el centro de trabajo. Por tanto, el permiso de maternidad no puede alterar los incrementos salariales posteriores, criterio jurisprudencial emitido en diversas sentencias (Dekker,⁵⁵⁹ Hertz,⁵⁶⁰ Habermann-Beltermann,⁵⁶¹ Brown⁵⁶² o Webb⁵⁶³, por citar algunas de ellas).

Por su parte, el artículo 11 de la Directiva en cuestión dispone los derechos inherentes al contrato laboral de las trabajadoras con permiso de maternidad y el mantenimiento de una remuneración que garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud.

De igual modo, dispone la tutela jurisdiccional, contemplada en su artículo 12, que obliga a los Estados miembros a incorporar en su ordenamiento jurídico interno, las medidas necesarias para cualquier trabajadora que se estime perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva, con la finalidad de que pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional y/o de conformidad con las legislaciones, y/o prácticas nacionales, mediante el mismo recurso a otras instancias competentes.

Por último, la normativa 92/85 no protege a las mujeres en el descanso por enfermedad subsiguiente al embarazo, dado que la regla general se traduce en brindar la protección contra el despido desde el inicio de embarazo hasta el final del descanso por maternidad, salvo las excepciones señaladas en las legislaciones nacionales.⁵⁶⁴

⁵⁵⁹ TJCE, sentencia del 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, 177/88.

⁵⁶⁰ TJCE, sentencia del 8 de noviembre de 1990, *Hertz*, 179/88.

⁵⁶¹ TJCE, sentencia del 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, 421/92.

⁵⁶² TJCE, sentencia del 30 de junio de 1998, *Brown*, 349/96.

⁵⁶³ TJCE, sentencia del 14 de julio de 1994, *Webb*, 32/93.

⁵⁶⁴ Comunicación de la Comisión COM (2002) 118 final de 11 de marzo de 2002, *Como adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)*.

Al respecto, el asunto Larsson⁵⁶⁵ ilustra la postura del Tribunal de Luxemburgo respecto a las posibles enfermedades posteriores al embarazo o a la maternidad, declarando que tanto hombres como mujeres son igualmente susceptibles de padecer enfermedades y, por tanto, declara el órgano jurisdiccional que fuera del periodo del permiso de descanso por maternidad, y en ausencia de disposiciones nacionales, la trabajadora no se beneficia de ninguna protección contra el despido motivado en ausencias causadas por una enfermedad que surja durante el embarazo.

III. EL ACCESO A LOS BIENES Y SERVICIOS Y A SU SUMINISTRO, LA DIRECTIVA 2004/113

Esta Directiva es aprobada por el Consejo el 13 de diciembre de 2004. Resulta interesante dejar sentado que la Propuesta de Directiva 2004/113 fue aprobada por veinticuatro Estados miembros, con la abstención de Alemania, que mostraba ciertas reservas a la aplicación de la legislación a las relaciones contractuales entre particulares.

1. *Ámbito de aplicación*

La normativa comunitaria en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres cubre uno de los aspectos distintos a los ámbitos que conforman el mercado laboral y que las directivas anteriores en la materia no contemplaban. Nos referimos al ámbito del acceso a los bienes y servicios, así como también al suministro de ambos, suponiendo uno de los ámbitos meramente económicos en los que la mujer interviene en su faceta de consumidora de bienes y servicios,⁵⁶⁶ contemplando el principio de

⁵⁶⁵ TJCE, sentencia del 29 de mayo de 1997, *Larsson*, C-400/95.

⁵⁶⁶ Guillén Caramés, Javier, “El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, segundo semestre de 2003, pp. 233-270.

igualdad de trato entre hombres y mujeres enfocado particularmente al terreno del consumo.⁵⁶⁷

La idea de adoptar esta normativa se había expresado previamente en la Agenda de política social de 2000,⁵⁶⁸ documento en el cual la Comisión manifestaba su intención de establecer una Directiva que combatiera la discriminación sexual en ámbitos distintos del terreno laboral. Resultando congruente tal propuesta en la Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre del 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario denominado Estrategia marco comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), que establecía, de manera global, el conjunto de todas las políticas con la finalidad de fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, mediante su debida aplicación y la puesta en marcha de acciones comunitarias.

Así pues, en la Agenda de Política Social de 2000 se contemplaban diversas acciones con el enfoque económico y social contemplado en el Consejo Europeo de Lisboa de 2000, haciendo frente a los nuevos retos que implicaban las transformaciones económicas y cambios sociales de Europa. Entre sus objetivos se encuentran la mejora de la calidad de la política social, a través de la modernización y la protección social; promoción de la inclusión social; impulso de la igualdad entre hombres y mujeres, así como también el reforzamiento de los derechos fundamentales y la lucha contra la discriminación.

Aquí cabe destacar que la base jurídica de la propuesta de la Comisión en la adopción de la Directiva se dispone en el apartado 1o., del artículo 13, del Tratado CE, así como también en los artículos 2o. y 3o., del TCE, preceptos con los que se constitucio-

⁵⁶⁷ Para una visión general de la normativa comunitaria en materia de protección del consumidor en el proceso de construcción europea, consúltase *Informe 1/1999: los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*, Madrid, Consejo Económico y Social, núm. 1/1999, 1999, colección Informes, pp. 19-32.

⁵⁶⁸ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones Agenda de política social, COM/2000/0379 final.

naliza la acción comunitaria en aras de la eliminación de las desigualdades entre hombres y mujeres, considerándose el principio de igualdad de trato entre ambos sexos, un objetivo y misión de las instituciones comunitarias.

Pues bien, la Directiva 2004/113 atiende a materias ajenas al mundo laboral, concretamente al acceso a bienes y servicios, y por consiguiente, ámbitos que quedan fuera del alcance previsto en el artículo 141 TCE. Así lo expresa en su artículo 1o., que tiene por objeto crear un marco para combatir la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y su suministro, con vistas a que entre en vigor en los Estados miembros el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En este sentido —y partiendo de estas premisas—, estimamos conveniente añadir que constituye una Directiva comunitaria pionera en este ámbito. Su justificación obedece fundamentalmente a dos razones principales, por una parte, la cada vez mayor incorporación de la mujer al mundo laboral, y por otra, el fomento de los seguros privados por parte de los gobiernos con la finalidad de contrarrestar las repercusiones que implican para el gasto público, la financiación del envejecimiento de la población.⁵⁶⁹

2. Esquema protector similar a la anterior normativa

Esta Directiva comparte una estructura similar a las tres directivas anteriores, dado que en su artículo 4o., apartados 1o., 2o., 3o. y 4o., recoge el significado del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, citando los dos supuestos: ausencia de discriminación directa, basadas fundamentalmente en el trato desfavorable a la mujer por razón de embarazo o maternidad, y ausencia de discriminaciones indirectas basadas en el sexo.

Asimismo, incorpora una disposición mediante la cual reafirma el carácter protector con el que se establece la normativa comunitaria relativa al embarazo y a la maternidad —Directiva

⁵⁶⁹ Moreno, Rita, “Directiva de igualdad de trato”, *Trabajadora*, núm. 13, diciembre de 2003, p. 22.

européa 92/85—, así como también la naturaleza de la discriminación sexual, que implica todo comportamiento de acoso genérico y acoso sexual. Considerando en el mismo sentido y bajo la misma óptica —como acto discriminatorio—, la orden de discriminar directa o indirectamente basada en el sexo.

La primera de las tres normativas europeas en las que se basa la Directiva 2004/113, es la Directiva comunitaria 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico; ya que, si bien en ésta se enumeran los supuestos en los que se garantiza la no discriminación racial, entre ellas recoge en su artículo 3o., inciso h, una disposición relativa al acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. Esta Directiva se refiere a la discriminación por motivos de origen racial o étnico, mas no por discriminación por razón de sexo, sutileza que debemos destacar, aunado a que sólo contempla el acceso y no así, el suministro de los bienes y servicios.

Las otras dos normativas comunitarias son la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre de 2002, que modifica a la Directiva 76/207, relativa al principio de aplicación del principio de igualdad en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo.

A. Objetivo

Por lo que se refiere a su artículo 1o., plantea como objetivo el establecimiento de un marco contra la discriminación, expresa el concepto de cada una de las causas específicas e indica el ámbito concreto de acceso a bienes y servicios y a su suministro. En la misma línea, expresa en su artículo 2o., la delimitación conceptual de las nociones de discriminación directa, indirecta,

acoso y acoso sexual, recogiendo los mismos conceptos que señalan estas tres normativas comunitarias.

B. Ámbito de aplicación

Su ámbito subjetivo de aplicación lo dispone en el artículo 3o., apartado 1, al señalar que todas aquellas personas que suministren bienes y servicios al público —independientemente del sector al que pertenezcan, ya sea privado o público, incluidos los organismos públicos, así como también las transacciones que se desarrollen en ese ámbito—, gozarán de libertad de elección toda vez que sea ajena a toda estimación motivada por razón de sexo.

Por su parte, el Considerando núm. 11 de la Directiva establece que por lo que se refiere a los servicios, se considerarán como tales conforme a lo establecido en el artículo 50 del TCE,⁵⁷⁰ correspondiendo a aquellas prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas, comprendiendo entre éstas, actividades de carácter industrial, mercantil, artesanal y las propias de las profesiones liberales.

Como se puede apreciar, la Directiva en cuestión se refiere de manera genérica a la aplicación del principio de igualdad de trato en el acceso a los bienes y servicios, y su suministro; sin embargo, en el Considerando núm. 15 dispone que esta normativa se aplicará a los seguros y a las pensiones de carácter privado, voluntario e independiente de la relación laboral:

Ya existe una serie de instrumentos jurídicos vigentes para la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos relacionados con el empleo y la ocupación. Por ello,

⁵⁷⁰ Comité Económico y Social, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro» [COM(2003) 657 final, 2003/0265 (CNS)] (2004/C 241/13) *Diario Oficial*, núm. 241 de 28/09/2004, pp. 41-44.

la presente Directiva no deberá aplicarse en este ámbito. El mismo razonamiento se aplica a las actividades por cuenta propia, en la medida en que estén cubiertas por instrumentos jurídicos vigentes. La Directiva se aplicará exclusivamente a los seguros y pensiones de carácter privado, voluntario e independiente de la relación laboral.

Por consiguiente, el ámbito a que se refiere esta nueva normativa comunitaria son los seguros, en donde las empresas aseguradoras utilizan el sexo como factor determinante en el cálculo de las primas o prestaciones derivadas de los productos de los seguros, quedando fuera de su ámbito de aplicación los seguros sociales.

Cabe señalar que tradicionalmente han sido dos principios discriminatorios —la edad y el sexo—, los que operan en los seguros de vida, y en los supuestos en que estas dos cuestiones se aplicasen en extremo, cada asegurado gozaría de una tarificación levemente distinta, reflejando su carácter individual y personal, lo cual resultaría ser una tarea bastante compleja de administrar y controlar.⁵⁷¹

En materia de seguros, la determinación de tarifas y prestaciones resulta discriminatoria, toda vez que las compañías aseguradoras determinan la tarificación de las primas con base en el sexo, como factor específico en el cálculo de los factores de riesgo. De ahí que se haya optado por desarrollar esta Directiva 2004/113 con el objetivo de eliminar aquellos tratamientos discriminatorios derivados del cálculo, atendiendo fundamentalmente a los riesgos que pudiese implicar el embarazo, así como también las estadísticas comparativas de mortalidad y esperanza de vida de los hombres y mujeres.

Podríamos pensar, por ejemplo, en el caso de los seguros sanitarios que consideran el mayor riesgo de baja médica en las mujeres de entre veinticinco y cuarenta y cinco años que entre los hombres de esa misma edad.

⁵⁷¹ Greene, Mark R., *Riesgo y seguro*, 2a. ed., trad. de Hernán Troncoso Rojas, Madrid, Mafre, 1976, p. 862.

Otro ejemplo es el caso de la superior prima de seguro de vida en las mujeres en función a su mayor esperanza de vida. Contrariamente sucede en los supuestos de seguros de accidentes automovilísticos, presentando los hombres un mayor índice de siniestralidad.

Una posible solución a lo anterior para así evitar tratamientos discriminatorios por razón de sexo, sería considerar aquellos factores —que de manera personal y ajena al sexo— condicionen los riesgos de acuerdo con el comportamiento y hábitos de carácter individual de las personas. En otras palabras, el estilo de vida como factor determinante de carácter neutro y ajeno a toda discriminación por razón de sexo para el cálculo de las primas o prestaciones derivadas de un contrato de seguro. Aun cuando existe la interrogante respecto a que si la esperanza de vida se debe a factores estrictamente biológicos, o bien al estilo de vida más o menos saludable, siendo éste un factor multidimensional que determina en gran medida la diferencia de esperanza de vida entre mujeres y hombres.⁵⁷²

El estilo de vida constituye una variable más precisa en la clasificación de riesgos, puesto que al momento de contratar un seguro de vida, el asegurado tiende a mentir para así poder obtener una prima más baja, de ahí que se considere erróneo establecer que el factor de estilo de vida acarree mayores costes de gestión y verificación.⁵⁷³

Uno de los servicios que de manera explícita aborda la Directiva en estudio, es lo relativo a los seguros y las pensiones en régimen privado o voluntario, con total independencia a cualquier relación de trabajo. En este mismo sentido, también alude

⁵⁷² Engert, Andreas, “Allied by Surprise? The Economic Case For an Anti-Discrimination Statute”, *German Law Journal*, vol. 7, núm. 4, 2003, pp. 685-699, en particular, pp. 689 y 690.

⁵⁷³ Fernández Crende, Antonio, “Seguros de vida y discriminación sexual. La Propuesta de Directiva del Consejo 2003/0265, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, núm. 254, noviembre de 2004, pp. 1-26, especialmente, pp. 19-24.

al principio de igualdad entre hombres y mujeres respecto a las prestaciones de servicios bancarios y financieros, afines a los seguros de vivienda o transportes.

A lo dicho, la normativa comunitaria en cuestión establece de forma expresa tres ámbitos excluidos de su ámbito de aplicación: los medios de comunicación, la publicidad y la educación tanto pública como privada, disposición que recoge en su artículo 3o., apartado 3. Todo ello obedece a razones de orden económico, puesto que de no haber existido grupos con diferentes intereses, quienes se oponían a la adopción de esta Directiva,⁵⁷⁴ hubiese contemplado un ámbito de aplicación mucho más amplio.

Con esta Directiva europea se anhelaba establecer un marco general y exhaustivo con el que se prohibiera toda discriminación por razón de sexo en todos los ámbitos distintos al laboral. Sin embargo, han tenido mayor influencia las grandes empresas transnacionales, principalmente las del sector de la automoción y similares, quienes muestran una imagen fuertemente estereotipada de la mujer ejerciendo enérgicas presiones de índole política, económica y mediática, para evitar que se adopte una Directiva comunitaria que contemple estas tres esferas de aplicación.⁵⁷⁵

En esta misma línea, también pretendía excluir a dos materias reguladas en anteriores directivas comunitarias, el empleo y la ocupación, disponiendo en su artículo 3o., apartado 4, que la presente Directiva no se aplicará a asuntos relacionados con el empleo y la ocupación. No se aplicará a asuntos relacionados con el trabajo por cuenta propia, en la medida en que dichos asuntos estén cubiertos por otros actos legislativos comunitarios.

A su vez, de la lectura del artículo 4o., apartado 5, de la Directiva en estudio, se deduce que el principio de igualdad de trato en ella dispuesto no resulta absoluto, dado que incluye algunas justificaciones en las que se pueden llevar a cabo diferencias por

⁵⁷⁴ Avilés, María Antonia, "Comentario a la Directiva 2004/113", *Aequalitas, Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres*, núm. 17, julio-diciembre de 2005, pp. 6-14, en particular, p. 7.

⁵⁷⁵ Moreno, Rita, *op. cit.*, p. 22.

razón de sexo, denotando el alto grado de flexibilidad que establece la Directiva 2004/113. Por tanto, se contempla la justificación de aquellos supuestos en los que el sexo resulte un factor determinante en el suministro de determinados bienes o servicios, o bien, en los casos en los que el desarrollo de ciertas actividades sean distintas para hombres y para mujeres,⁵⁷⁶ siempre y cuando se justifiquen por propósitos legítimos y de acuerdo con los criterios expresados en la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Justicia.

Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 5o., apartado 1, de la normativa comunitaria 2004/113:

Los Estados miembros velarán por que en todos los nuevos contratos que se celebren después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar, el hecho de tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines, no dé lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, vigilando que en este tipo de contratos, el sexo no resulte un factor que condicione el cálculo de las primas y las prestaciones.

No obstante ello, al disponer la prohibición de diferenciación de primas entre hombres y mujeres en todo tipo de seguros y en los servicios financieros afines, en el apartado 1o., del mismo precepto se dispone la excepción a la regla general, admitiendo de manera explícita la posibilidad de los países miembros de establecer diferencias en las primas y prestaciones basadas en el sexo, como factor significativamente relevante en un determinado riesgo.

En estos supuestos, los Estados miembros deberán informar a la Comisión, y asegurarse que los datos que justifiquen tales diferencias sean publicados y puestos al día de forma regular, estando obligados a revisar su decisión al cabo de cinco años, con la finalidad de lograr seguros *unisex*, contemplados en la legislación

⁵⁷⁶ *Idem.*

francesa, escandinava y eslovena, mientras que en Holanda sólo se aplican en los seguros de vida. Así lo señala expresamente:

No obstante lo dispuesto en el apartado 1o., los Estados miembros podrán decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos, pertinentes y exactos. Los Estados miembros que se acojan a esta disposición informarán a la Comisión y velarán por que los datos exactos pertinentes en relación con la consideración del sexo como factor actuarial determinante se recopilen, se publiquen y se actualicen con regularidad. Dichos Estados miembros reexaminarán su decisión cinco años después de 21 de diciembre del 2007, atendiendo al informe de la Comisión a que se refiere el artículo 16, y transmitirán a la Comisión el resultado de este nuevo examen.

De lo anterior podemos deducir que el uso de factores actuariales, y concretamente el sexo, constituye uno de los instrumentos que de forma general se emplean en el ámbito de los seguros. Sin embargo, no debe resultar de ello discriminación por razón de sexo en el cálculo de primas y las prestaciones de las personas individualizadas, disposición que operará en los nuevos contratos celebrados a partir de la fecha de entrada en vigor de esta normativa comunitaria.

No obstante, resulta criticable la disposición contenida en el artículo 5o., apartado 2, de la Directiva 2004/113, al aludir expresamente que al sector de contratos de seguros le corresponde un tratamiento especial,⁵⁷⁷ estableciendo que a aquellos Estados miembros que lo soliciten, se autorizarán las diferencias entre sexos en la contratación de seguros y en el cálculo de las pólizas, siempre y cuando se justifiquen mediante datos estadísticos

⁵⁷⁷ Altafaj, Amadeu, "Las mujeres seguirán siendo penalizadas por razón de sexo en seguros sanitario o por vida", *ABC*, 11 de octubre de 2004.

pertinentes y precisos.⁵⁷⁸ En pocas palabras, las mujeres seguirán pagando menos por sus pólizas de seguros automovilístico, pero pagando más por las de seguros sanitarios, de vida, de hospitalización, prestaciones complementarias, mientras que los hombres continuarán cubriendo primas más elevadas en sus seguros de vida.

A este respecto, esta Directiva prohíbe toda discriminación basada en el sexo en el acceso a los bienes y servicios, y a su suministro, sin embargo, la propuesta inicial de la Comisión, no contemplaba ninguna excepción a este principio. Con posterioridad, se rebajaron las aspiraciones de la Comisión, distorsionándose en el debate el sentido principal de esta normativa —eliminar todo tipo de discriminación sexual en este ámbito— aún cuando institucionalmente se ha insistido en la esencia de igualdad de género que representa la adopción de esta Directiva comunitaria.

Pues bien, la excepción opera cuando las empresas aseguradoras demuestran de forma fehaciente, que el sexo constituye un factor determinante en la evaluación de los riesgos de sus productos. Un ejemplo, el seguro de vida, al demostrarse mediante estadísticas que a las mujeres les corresponde mayor longevidad con respecto a los hombres.

A pesar de ello, el artículo 5o., apartado 3, de la Directiva 2004/113, establece dos supuestos específicos en los que las compañías de seguros no podrán cobrar a las mujeres primas superiores. De esta manera señala que en cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no darán lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente.

A la vista de la normativa comunitaria, el artículo 6o., de esta Directiva parte de una base normativa de mínimos, esto es, establece la facultad de los Estados miembros que, con el conjunto de

⁵⁷⁸ Stork, Florián, “Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law”, *German Law Journal*, vol. 6, núm. 2, febrero de 2005, pp. 533-548, en particular, p. 548.

sus disposiciones de carácter nacional, rebasen lo expuesto en el contenido de esta normativa, garantizando de esta forma la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.⁵⁷⁹

De igual modo, dispone la obligación de los Estados miembros de implementar medidas de tutela de procedimientos judiciales y administrativos, e incluso de conciliación, mediante los cuales las personas que se consideren discriminadas ejerzan la defensa de sus derechos (artículo 7o., apartado 1). Así como también la adopción de medidas que integren aquellos instrumentos destinados a la indemnización real y efectiva que implique de forma proporcional la reparación del daño causado (artículo 7o., apartado 2).

De la misma forma que la Directiva 2002/73, incluye la intervención de personas jurídicas —organizaciones o asociaciones con interés legítimo por el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Directiva— quienes tendrán la facultad de actuar a nombre y en representación del demandante en procedimientos de índole judicial o administrativa para hacer cumplir las obligaciones dispuestas en la Directiva 2004/113 (artículo 7o., apartado 3).

En términos similares, el artículo 10 expresa la obligación de los Estados miembros de establecer medidas en sus ordenamientos nacionales destinadas a la protección de personas en caso de represalias a causa de denuncia o bien, de haber iniciado un procedimiento judicial para exigir el cumplimiento del principio de igualdad expresado en la Directiva 2004/113. Así como también un sistema de sanciones en los casos de infracciones de las disposiciones nacionales dirigidas a la aplicación de la Directiva, las cuales serán efectivas, proporcionadas y disuasorias, debiendo

⁵⁷⁹ Olmos Pildáin, Asunción, “Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios y a su suministro”, *Revista Española de Seguros*, núm. 120, octubre-diciembre de 2004, pp. 613-615.

ser comunicadas a la Comisión, así como cualquier modificación a más tardar el día 21 de diciembre de 2007.

Un aspecto a destacarse en el seno normativo de la Directiva 2004/113 es el diálogo entre las partes interesadas como instrumento coadyuvante en la lucha contra la discriminación sexual, concretamente en el acceso a los bienes y servicios, y su suministro.

Siguiendo las directrices marcadas en la política comunitaria de igualdad entre hombres y mujeres, contempla en su artículo 6o., la acción positiva, mecanismo de aplicación efectiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito comunitario, cuya finalidad es la eliminación de todo obstáculo que impida la igualdad real y efectiva entre ambos sexos.

Por otra parte, por lo que se refiere a la carga de la prueba, el numeral 9 dispone que los Estados miembros adoptarán aquellas medidas necesarias para lo que se denomina la inversión de la carga de prueba, esto es, que corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha incurrido en una conducta violatoria del principio de igualdad de trato,⁵⁸⁰ toda vez que el demandante ha instado ante un órgano jurisdiccional competente, hechos que presumiblemente impliquen una discriminación, bien directa o indirecta.

De igual manera, en su numeral 12 prevé la obligación de los Estados miembros de designar a aquellos organismos dedicados a la promoción y fomento de la igualdad para garantizar la protección jurídica a aquellas personas que hayan sido objeto de discriminación sexual, brindándoles los mecanismos jurídicos pertinentes, y contando con la representación de organismos especializados, entes que estarán facultados para iniciar procedimientos en nombre de la víctima.

Por su parte, el artículo 13 contempla la obligación de los países miembros para adoptar las medidas necesarias para su efectiva aplicación, debiendo suprimir aquellas disposiciones de ca-

⁵⁸⁰ Lousada Arochena, José Fernando, “La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral”, <http://www.ccoo.es/pdfs/La%20prueba%20de%20la%20discriminaci%C3%B3n%20y%20del%20acoso%20sexual%20y%20moral...pdf>.

rácter legal, administrativo y reglamentario que atenten contra el respeto al principio de igualdad de trato, así como también aquellas disposiciones de la normativa contractual de los reglamentos internos de las empresas y de las asociaciones con o sin ánimo de lucro que de igual forma sean contrarias al principio de igualdad de trato.

Por lo concerniente al seguimiento de la aplicación de la Directiva, los Estados miembros están obligados a comunicar toda la información relativa a más tardar el 21 de diciembre de 2009, y posteriormente, con una periodicidad de cada cinco años, la Comisión realizará un informe examinando las medidas y prácticas aplicadas, relativas a la utilización del sexo como factor para el cálculo de las primas y prestaciones, presentándolo a su vez al Parlamento Europeo y al Consejo a más tardar el 21 de diciembre de 2010 (artículo 16).

Su entrada en vigor corresponde a la fecha de su publicación —21 de diciembre de 2004— tal y como se recoge en su artículo 18; sin embargo, la Comisión, tomando en consideración los posibles efectos económicos que de carácter negativo pudiese producir su entrada en vigor, ha contemplado algunos periodos transitorios que permitirán que no se distorsione el mercado y la competencia, y se elimine el cálculo de las primas de seguros con base en el factor del sexo. Corresponde a cada uno de los países miembros la duración de la prórroga, debiéndolo informar previamente a la Comisión.

En cuanto a su plazo de transposición, los Estados miembros deberán llevar a cabo todos los actos necesarios que permitan la incorporación de las disposiciones de la Directiva a sus ordenamientos jurídicos internos antes de 2007, teniendo a su vez un plazo de dos años más, para prohibir toda discriminación por razón de sexo en el cálculo de primas de seguros, tiempo al que se añade seis años más para que, de manera progresiva,⁵⁸¹ las

⁵⁸¹ Junta de Castilla y León, “Informe sobre la nueva Directiva relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios”, *Boletín de Documentación Europea*, núm. 7, 1-15 de enero de 2005.

empresas aseguradoras adapten sus prácticas a las disposiciones de la Directiva, y durante el cual podrán seguir utilizando el sexo como factor para el cálculo de las primas a pagar en los contratos de seguros.⁵⁸² Así lo expresa en su artículo 17:

1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 21 de diciembre de 2007. Comunicarán de inmediato a la Comisión el texto de dichas disposiciones.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

La Comisión Europea ha expresado que la finalidad de este plazo es evitar las repercusiones económicas que pudiese originar la transposición inmediata de esta Directiva, brindando a las compañías aseguradoras la oportunidad de adaptarse de forma gradual a la nueva normativa, garantizando a su vez la eliminación de discriminación sexual originada por el pago de prima más elevado por parte de las mujeres en sus prestaciones. Por ello, la Comisión ha propuesto que se empleen diversos factores relacionados al estilo de vida como elemento fundamental en la tarificación del pago de primas en los seguros.

IV. LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES E IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN ASUNTOS DE EMPLEO Y OCUPACIÓN, DIRECTIVA 2006/54/CE

El derecho comunitario integrado por un conjunto diverso de normativas se ha caracterizado por su auténtico dinamismo, y la

⁵⁸² “Ministers agree new equality law”, *Social Agenda*, núm. 10, diciembre de 2004.

materia de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres no ha sido la excepción.

El día 5 de julio de 2006 se aprueba por el Parlamento Europeo y el Consejo, una nueva Directiva comunitaria que representaría la expresión más reciente de la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso y permanencia en el mercado de trabajo. Asimismo, supondría una modificación sustancial de dos de las normativas anteriormente aprobadas —la Directiva 76/207/CEE y la Directiva 86/378/CEE—, así como también de las numerosas modificaciones hechas a la Directiva 75/117/CE, la primera normativa en esta materia.

Pues bien, ha sido la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, recientemente aprobada con la finalidad de refundir la normativa comunitaria en materia de igualdad y así otorgar claridad a la escueta regulación que de este principio establecían las anteriores directivas comunitarias. De igual modo, para así integrar la novedosa jurisprudencia que ha emitido el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, uno de los principales actores en el auge y desarrollo de la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Unión Europea.

La finalidad primordial de esta normativa europea corresponde a fijar los procedimientos adecuados para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al ámbito del acceso al empleo, incluyendo la promoción laboral y la formación profesional, la ocupación, las condiciones de trabajo, prevista la salarial, así como en lo que corresponde a los regímenes profesionales de seguridad social (artículo 1o.).

Una de las características de este marco jurídico es su aspecto integrador del conjunto normativo de la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres. Un reflejo de ello es lo concerniente a los diferentes conceptos que establecían anteriores normativas, como por

ejemplo, la definición de discriminación directa, discriminación indirecta, acoso, acoso sexual, retribución, y lo que se debe considerar como regímenes profesionales de seguridad social.

Asimismo dispone tres tipos de supuestos en los que se estimará como discriminación: el acoso y el acoso sexual, dejando abierta la cláusula para considerar como conducta discriminatoria a todo trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo, la orden de discriminar a personas por razón de su sexo, y la consideración de discriminación directa a toda aquella conducta discriminatoria de la mujer por causa de su estado de gravidez, o bien, por el permiso de maternidad.

Tal y como se recoge en el derecho originario, concretamente en el Tratado de Ámsterdam, así como en el derecho derivado, representado por un importante número de directivas comunitarias, la normativa europea en comento contempla en su artículo 3o. la facultad de los Estados miembros de adoptar medidas de acción positiva como instrumentos a través de los cuales se garantice la igualdad sustancial entre hombres y mujeres en el terreno laboral, constituyendo de esta manera una clara excepción al principio de igualdad.

Otra de las particularidades de esta Directiva 2006/54/CE se refiere a la refundición de lo que hasta nuestros días ha supuesto la totalidad de la normativa comunitaria de igualdad entre mujeres y hombres en la Europa unida. En su numeral 4, dispone la cláusula de prohibición de discriminación en el terreno salarial, recogiendo lo contemplado en la Directiva 75/117/CEE en materia de armonización de la legislación de los Estados miembros.

Por lo que toca a los regímenes profesionales de seguridad social, en sus artículos del 5o. al 8o., establece la normativa íntegra en la materia, disponiendo la cláusula general de no discriminación, su ámbito de aplicación personal, material y las excepciones a éste.

En el mismo sentido, debemos mencionar un aspecto normativo de interés, plasmado en el numeral 9o., donde casuísticamente

expresa los supuestos que se considerarán como conductas discriminatorias, y por ende, contrarios al principio de igualdad de trato basadas en el sexo, ya sea directa o bien, indirecta. Tal es el caso, por ejemplo, del establecimiento de edades diferentes de jubilación, la reserva de concesión de prestaciones a trabajadores de un sexo, entre otros.

En lo relativo a los medios e instrumentos a través de los cuales se garantice la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, recoge el aspecto procedimental (artículo 17) expresado en la Directiva comunitaria 2004/113/CE, normativa que le antecede con especial énfasis al ámbito de los contratos de seguros.

Conviene además tener en cuenta que prevé dos figuras dirigidas a garantizar el derecho de aquella persona que haya sufrido el trato desfavorable: por un lado, la restitución, otorgándole las condiciones o situación de la que gozaba, previa a la conducta discriminatoria, y la indemnización, cuya finalidad consiste en compensar o subsidiar los daños o perjuicios causados por tal acto discriminatorio (artículo 18). Sin embargo, evidencia una laguna jurídica, la ausencia de un sistema indemnizatorio que determine la cuantía de dicha medida.

Por su parte, en materia de carga de la prueba, expresa un orden probatorio que establece que ante la presunción de la inaplicación del principio de igualdad, el demandado es a quien le corresponde acreditar o probar que dicho incumplimiento no le es atribuible (artículo 19).

No debemos pasar por alto el compromiso latente de la Unión Europea en el desarrollo y promoción de la igualdad de trato entre todas las personas, previsto en los artículos 20, 21 y 22 de esta Directiva comunitaria, al prever la facultad de los Estados miembros para crear entes dedicados a la promoción, análisis, seguimiento y apoyo de este objetivo común entre los Estados comunitarios; asimismo, que fomenten el diálogo del conjunto de los interlocutores sociales y organismos no gubernamentales, al ser uno de los instrumentos de la negociación colectiva en materia de igualdad.

Resulta destacable la intervención de diversos interlocutores sociales, tal es el caso de las redes europeas de mujeres, entre las que destaca el Lobby Europeo de Mujeres, creado en 1990 como organización internacional con una fuerte presencia en el conjunto de las acciones desarrolladas por la Comisión Europea en materia de igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Asimismo prevé un conjunto de disposiciones horizontales generales a través de las cuales se garantice la aplicación de la igualdad de trato, como, por ejemplo, la derogación obligatoria, ya sea de una disposición administrativa, contrato o convenio, individual o colectivo, que sea contraria al principio de igualdad de trato (artículo 23); la debida protección de las y los trabajadores, quienes al exigir el cumplimiento y aplicación del principio de igualdad, sean objeto de alguna conducta desfavorable, como, por ejemplo, el despido (artículo 24).

De la misma manera, dispone la facultad de los Estados miembros para establecer un sistema de sanciones, entre las que puede figurar la indemnización a la víctima (artículo 25), debiendo prevenir todos aquellos supuestos que implican discriminación por razón de sexo, especialmente el acoso, el acoso sexual, incluido en el mundo laboral (artículo 26).

Uno de los ejes centrales en el contenido de la Directiva 2006/54/CEE es lo relativo a su artículo 29, al plasmar el *gender mainstreaming* o transversalidad de la perspectiva de género adoptado en diversos instrumentos internacionales como, por ejemplo, la Conferencia de Pekín de 1995. De esta manera, expresa que los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva, incluyendo el compromiso por parte de los Estados miembros de difundir su contenido normativo a través de todos los medios adecuados, y en los lugares de trabajo (artículo 30).

Por último, señala como plazo el 15 de agosto de 2009 para que los Estados miembros lleven a cabo la transposición legislativa y reglamentaria necesaria en sus ordenamientos internos, para dar cumplimiento a lo establecido por la Directiva en estudio (artículo 33), previendo a su vez en su numeral 34, la fecha de 15 de agosto de 2009 para derogar cuatro directivas comunitarias: 75/117/CEE (igualdad salarial), 76/207/CEE (acceso al empleo, formación y promoción profesionales), 86/378/CEE (régimenes profesionales de seguridad social) y 97/80/CE (carga de la prueba).⁵⁸³

⁵⁸³ Añó, Vicente, “Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Comentario a la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007, pp. 275-286.