



IGUALDAD EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

En este trabajo se analiza la vertiente de la Ley 3/2007 en que se impone la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la ocupación, y se prohíbe la discriminación como consecuencia.

Se analiza en primer lugar la vertiente positiva del mandato, referida a la necesidad de que los programas públicos de activación del mercado de trabajo incorporen líneas que contemplen a la mujer como sujeto con dificultades de acceso al mercado de trabajo; y también referida a la necesidad de que se programen medidas de formación específicas que aumenten la empleabilidad de las mujeres.

La vertiente negativa del mandato tiene dos partes

La primera, referida a la prohibición de que los servicios de empleo operen con ofertas de empleo discriminatorias, lo que impone el análisis de la discriminación en las ofertas de empleo, la reserva de puestos para determinados sexos o las ofertas basadas en requisitos sexualmente caracterizados, como el esfuerzo físico.

La segunda hace referencia al momento contractual, en cuanto se niegue la contratación de una trabajadora por ser mujer o por razón de su embarazo.

En el trabajo se examinan los presupuestos de esa conducta, los medios para reaccionar contra ella y las consecuencias que puedan derivarse de ellos, sobre todo en el ámbito de la respuesta judicial.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: EL MARCO INTERNACIONAL
2. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. TRES IMPORTANTES SENTENCIAS
3. LA LEY 3/2007: SU APORTACIÓN A LA MATERIA ANALIZADA
4. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y EL ACCESO AL EMPLEO
 - 4.1. Las políticas de empleo y la empleabilidad de las mujeres
 - 4.2. Los intermediarios laborales y las ofertas de empleo discriminatorias
 - 4.3. Las reacciones frente a las ofertas de empleo discriminatorias
5. LA DISCRIMINACIÓN EN EL MOMENTO DE LA CONTRATACIÓN
 - 5.1. Empleo y discriminación, supuestos asimilados
 - 5.2. Discriminación y empleo: las preferencias de colocación
 - 5.3. La discriminación en el empleo: supuestos
 - 5.4. Discriminación y empleo: las justificaciones
 - 5.5. La discriminación y el empleo: medios de reacción

1. INTRODUCCIÓN: EL MARCO INTERNACIONAL

La igualdad en el acceso al empleo es una de las condiciones necesarias para alcanzar la incorporación de la mujer a la vida social y económica, en ese espacio público que no ha sido su sede durante muchos años. La importancia de esta faceta de la igualdad, por eso, ha sido explícitamente subrayada en los más importantes instrumentos internacionales que han tenido a la vista la prohibición de discriminación, en general, y la prohibición de discriminación contra la mujer en particular.

Recordemos que el trascendental Convenio 111 de la OIT define precisamente la discriminación como un proceso que conduce a la supresión o la reducción de la igualdad de oportunidades y de trato «en el empleo» y la ocupación. Pero en el ámbito específico de la lucha contra la discriminación contra la mujer las declaraciones son progresivamente más explícitas, incluida la propia Recomendación 111 que versa sobre esta materia. De este modo, en la Convención para la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, se dedica todo un precepto —el art. 11— a la relación de la mujer con el empleo y, dentro del carácter intensamente laboral del precepto destaca su apartado b), que impone a los Estados miembros la obligación de eliminar la discriminación y garantizar «el derecho a las mismas oportunidades en el empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo». Es coherente con ello el que en la Plataforma de Acción adoptada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995, la posición de la mujer en el ámbito de la economía y el empleo se mencionase como una de las 12 áreas de especial preocupación, que requerían la adopción de medidas específicas por los Estados miembros. En concreto, por lo que hace al seguimiento de su aplicación, se subraya que «Las mujeres continúan tropezando con barreras que se oponen a su potenciación económica y a sus actividades empresariales. Entre esos obstáculos se incluyen la discriminación de la mujer en la educación, la capacitación, la contratación, el acceso al crédito y el derecho a la propiedad y la herencia; los niveles de remuneración y frecuencia de promoción inferiores por igual trabajo; y las mayores responsabilidades domésticas. Las mujeres rurales y las trabajadoras migrantes se ven particularmente afectadas durante los períodos de contracción económica en que son mucho más vulnerables al desempleo y suelen verse forzadas a soportar una carga aún mayor de trabajo no remunerado».

Siendo esto así, no resulta especialmente llamativo que en el marco de la Unión europea, en el que por razones históricas ha recibido un tratamiento especialmente cuidadoso el juego del principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres (tan conocido que excusa su referencia), la necesaria protección de los derechos y expectativas de las mujeres en el acceso al empleo y la contratación hayan recibido una atención especial, en los Tratados y en el derecho derivado. En efecto, una vez proclamado en los arts. 2 y 3 del TCE la igualdad entre mujeres y hombres misión de la Comunidad y como uno de los objetivos comunes de la Unión, es corolario obligado que el art. 137 TCE prevea que «para la consecución de los objetivos del artículo 117, sobre objetivos sociales «la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: ... la igualdad entre los hombres y las mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y el trato en el trabajo». Y, de esta forma, se respalda —aunque realmente no hubiera hecho falta en toda la etapa anterior— el papel que en esta materia desempeña la Directiva 76/207, reformada por la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre.

En efecto, esta Directiva atiende a la prohibición de discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo. Y en relación con el empleo manifiesta que «la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción» (art. 3).

Y no sólo eso, también la formación profesional como derecho de la mujer es objeto de atención, de forma que se extiende como consecuencia del principio de igualdad de trato «b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica» (art. 3.b). Este principio general sólo tiene una excepción: «la presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conducen, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio» (art. 2.2), añadiéndose, por la Directiva 2002/73 que tal excepción tendrá lugar «siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado», en referencia a una amplia jurisprudencia del TJCE de la que hablaremos con posterioridad.

En referencia a los principios generales que apoya la Directiva, el TJCE ha manifestado una especial flexibilidad en la interpretación de los mismos, extendiendo su aplicación al empleo público y al privado¹; declarando la firmeza de la prohibición que contiene en relación con el acceso al empleo, que de alguna manera sirve de red de seguridad frente a los huecos dejados por Directivas menos cuidadosas en esta materia, en relación con un supuesto de no renovación de un contrato de una trabajadora embarazada²; ó computando

¹ Sentencia Schnorbus, C 79/99, de 7 de diciembre de 2000, en relación con la prioridad a los candidatos que hayan prestado servicio militar o civil en el acceso a un empleo público.

² Sentencia Jiménez Melgar, C 438/99, de 4 de octubre de 2001, apartado 3 del Fallo: «Aunque la prohibición de despido prevista en el artículo 10 de la Directiva 92/85 se aplica tanto a los contratos de trabajo de dura-

la antigüedad a partir del acceso a la plaza en el empleo público, habiendo tenido lugar durante el permiso por embarazo³.

Sin embargo, como en general está sucediendo en otros planos de juego del principio de igualdad, también en este ámbito se percibe cierta neutralización del mandato, a través de la bilateralización de la prohibición de discriminación en casos como el resuelto en la Sentencia BRIHECHE (C-319/03, de 30 de septiembre de 2004) que declara contrario al principio de igualdad proclamado en la Directiva 76/207 un derecho nacional que reserva a las viudas que no se han vuelto a casar la exención de la edad para el acceso al empleo público, en tanto que omite a los viudos en la misma circunstancia.

Al marco que se acaba de describir, y en un tema como el que se aborda aquí, debe añadirse forzosamente la contemplación de la igualdad de géneros como uno de los elementos de las políticas de empleo —y no sólo de empleo— comunitarias. Ello es consecuencia, por supuesto, del impacto que sobre las Directrices políticas desarrolla el principio de transversalidad, que resulta en este punto especialmente sentido. Teniendo en cuenta la superabundancia de documentos específicos, entre ellos, recientemente, la existencia de cinco Planes comunitarios de igualdad entre mujeres y hombres⁴, resulta, sin embargo, especialmente significativa la aproximación al tema de la Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005, 2005/600/CE, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el periodo 2005-2008, que en el Anexo afirma «La igualdad de oportunidades y la lucha contra la discriminación son esenciales para lograr avances. En toda actuación emprendida debería garantizarse la integración de las cuestiones de género y el fomento de la igualdad de sexos». En un marco economicista general, como es el propio de la política de empleo comunitaria sobre todo a partir de 2003, la referencia a la perspectiva de género resulta en cierto modo original en su planteamiento, basado, no tan-

ción determinada como a los celebrados por tiempo indefinido, la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido por dicha disposición. No obstante, en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada está motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo».

³ Sentencia Sarkatzis Herrero, C-294/04, de 16 de febrero de 2006 «La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad, los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad.

⁴ Vid. especialmente Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2006), sucesivas veces modificada. Este quinto programa de acción comunitaria es uno de los instrumentos necesarios para la puesta en práctica de la estrategia marco global comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres, adoptada por la Comisión en junio de 2000. Este programa es la continuación de los programas tercero y cuarto para la igualdad de oportunidades que abarcaban respectivamente los periodos 1991-1995 y 1996-2000.



to o no sólo en la necesidad de integrar más trabajadores en un mercado necesitado y envejecido, sino también en una visión del empleo como un instrumento a favor de la independencia económica de la mujer, y por tanto, directamente enlazado con la lucha contra la discriminación concebida ya como derecho humano y no sólo como requerimiento económico.

Tal es el enfoque que soporta la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al CES y al CR de 1 de marzo de 2006 COM(2006) 92 final, relativa al Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010. Precisamente entre las áreas prioritarias de actuación a favor de la igualdad de género, la Comisión sostiene que la primera es «conseguir la misma independencia económica para las mujeres y los hombres», porque «los objetivos de empleo de Lisboa fijan en un 60 % la tasa de empleo femenino para 2010. Actualmente es del 55,7 %, y mucho menor (31,7%) para las mujeres de mayor edad (de 55 a 64 años). Las mujeres también sufren de un índice de desempleo superior al de los hombres (un 9,7 % frente a un 7,8 %). Debe reforzarse la dimensión de género de la estrategia de Lisboa para el empleo y el crecimiento. Cumplir la legislación sobre la igualdad de trato y utilizar de forma eficaz los nuevos Fondos Estructurales⁵ (como la formación y el fomento del espíritu empresarial) puede ayudar a aumentar el empleo femenino», aunque no pueda evitar añadir una coda típica de la formulación actual de las políticas de empleo «individualizar los derechos relativos a los regímenes fiscales y de prestaciones también puede hacer que el trabajo resulte rentable, tanto para las mujeres como para los hombres»⁶.

⁵ En este sentido, a título de ejemplo, puede verse cómo el Reglamento (CE) núm. 1081/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativo al Fondo Social Europeo, en su art. 3, a la hora de fijar los ámbitos de intervención y apoyo por el FSE se menciona (apartado 1.iii) «integración y medidas específicas para mejorar el acceso al empleo, incrementar la participación duradera y promover el avance de las mujeres en el empleo, así como para reducir la segregación en función del sexo en el mercado laboral, incluso abordando las causas profundas, directas e indirectas, de las diferencias salariales entre mujeres y hombres».

⁶ Un enfoque, después de todo, no tan extraño y menos aislado, *vid.* por ejemplo Comunicación al Consejo Europeo de Primavera - Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo - Relanzamiento de la estrategia de Lisboa COM/2005/0024 final : «Debemos atraer a un mayor número de personas para que se incorporen al mercado y diseñar las políticas adecuadas tanto para los trabajadores jóvenes como para los mayores. | 3.4.1. Atraer a un mayor número de personas para que se incorporen al mercado laboral y modernizar los regímenes de protección social Aunque, por un lado, la cuestión del bajo índice de natalidad debe tratarse adecuadamente como parte integrante de una política a largo plazo, el aumento de los niveles de empleo constituye el medio más eficaz para fomentar el crecimiento y promover economías integradoras desde el punto de vista social. El desafío consiste en atraer a un mayor número de personas para que se incorporen al mercado laboral y se mantengan en dicho mercado a través de políticas activas relativas al mercado laboral e incentivos adecuados. La reintegración de los desempleados e inactivos en el mercado laboral y los incentivos para que permanezcan más tiempo en dicho mercado exigen la modernización de los regímenes de protección social. Sigue aún sin explotarse plenamente el enorme potencial que representa la mano de obra femenina en el mercado laboral. Los interlocutores sociales deben comprometerse a reducir aún más las diferencias salariales entre hombres y mujeres. También son necesarias medidas en favor de los jóvenes, ya que Europa se sigue enfrentando con un elevado desempleo estructural y elevados índices de abandono escolar, y en favor de los trabajadores de edad avanzada, que siguen abandonando el mercado laboral en cuanto alcanzan la edad de 55 años. Además, resulta difícil para numerosas personas compaginar la vida laboral con la vida familiar. La creación de guarderías abordables de mayor calidad podría aportar una importante contribución en este sentido. La inmigración legal también desempeña un papel clave, ya que permite evitar la escasez de cualificaciones específicas y el desequilibrio entre la oferta y la demanda en determinados sectores del mercado laboral».

A escala nacional, como no podía ser menos, los Planes de Reforma se han hecho eco de estas orientaciones comunitarias, incorporando programas variados de inserción de la mujer en el mercado de trabajo, contemplada desde distintos puntos de vista: por sí, como víctima de la violencia de género o como responsable de cargas familiares⁷. De este modo, en el Programa se levanta acta de que éste de la incorporación de la mujer al trabajo es «sin ninguna duda el principal cambio estructural experimentado por el mercado de trabajo español (aunque)... el problema de escaso volumen de empleo en relación a la media europea afecta especialmente a las mujeres. Por este motivo, las políticas activas de empleo... se enfocan en aumentar la participación laboral y la reducción del paro de las mujeres (i.e. acciones positivas)» hasta una cifra realmente ambiciosa el 57% de tasa de actividad. Para alcanzarla se propone una serie de medidas:

- Elaboración del Proyecto de Ley de Igualdad entre hombres y mujeres cuyo contenido principal en materia de empleo abarca los siguientes ámbitos: i) el avance en la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo...
- Planes para promover el acceso al empleo: el 60% de las medidas de acción positivas se dirigirán a las mujeres. Se propondrá un tratamiento específico del sistema de bonificaciones en las cotizaciones sociales para la contratación estable de mujeres.
- Puesta en marcha de incentivos (dentro de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), que incluyen, entre otros elementos, bonificaciones para los contratos de sustitución de mujeres víctimas de violencia de género, así como un programa específico de inserción laboral». Todo ello con independencia de las específicas de conciliación de la vida laboral y familiar, que enfocan la otra cara de la mujer trabajadora de que se habló al principio.

2. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. TRES IMPORTANTES SENTENCIAS

La aplicación del art. 14 CE ha generado una abundante serie de resoluciones del TC que, no obstante, se han detenido pocas veces en el aspecto de la cuestión que nos interesa. Esto es: si bien el despido o la discriminación en las condiciones de trabajo han sido objeto de un análisis exhaustivo por el TC, el acceso al empleo se ha planteado en menos casos, de ahí que la jurisprudencia al respecto sea parcial y deje en blanco aspectos importantes de lo que podría llamarse dinámica constitucional de la igualdad.

De hecho, de forma directa e inequívoca, se enfrenta al tema la STC 173/94, de 13 de junio, en un supuesto en que la empresa se niega a renovar el contrato temporal de una trabajadora embarazada. El TC, tras afirmar que es discriminatoria por razón de sexo también aquella diferenciación que se basa en un elemento conectado de forma directa con el sexo de la misma —cual es el embarazo— sostiene que (FJ 3) «no puede mantenerse que en el presente caso no se ha producido una discriminación por el solo dato de que el empresario se ha limitado a ejercitar un acto de libertad al margen del contrato de trabajo. La conducta empresarial, fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo, no pue-

⁷ Programa Nacional de Reformas, 13 octubre de 2005.



de ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho. La trascendencia del acceso al empleo como vehículo de superación de la situación social peyorativa de los colectivos discriminados no puede ser negada... Y por ello mismo, la mera negativa a renovar un contrato o a contratar por parte del empresario, es jurídicamente relevante desde el momento en que... ha sido un motivo prohibido por discriminatorio el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de aplicación del art. 14 CE, y deben serle aparejadas las consecuencias lógicas que derivan de esta calificación». Unas consecuencias lógicas que se dejan en una cuidada sombra difícil de iluminar, como veremos.

Aunque no directamente, como en este caso, existen al menos otras dos Sentencias del TC que resultan especialmente interesantes para el tema que estamos abordando. La primera de ellas se refiere a un caso verdaderamente extraño: la suspensión de la condición de inscrita en la Oficina de Empleo de una trabajadora que se encontraba embarazada, lo que le impidió la participación en un concurso para la provisión de una plaza. Es el caso de la Sentencia 214/2006, de 3 de julio. En tan anómalo supuesto, la tesis del TC era esperable, en su contenido y en su contundencia: «debemos concluir que la decisión del Inem de suspender la demanda de empleo de la trabajadora ahora demandante de amparo durante el período obligatorio de su descanso por maternidad, impidiendo con ello su inclusión en la lista de candidatos seleccionados para la cobertura de una oferta de empleo cuyos requisitos satisfacía y perjudicando así sus posibilidades de acceso al mercado de trabajo, careció de cualquier justificación razonable, resultando discriminatoria para la demandante por su condición de mujer, con vulneración del art. 14 CE. Como señala con exquisita precisión la Sentencia de instancia «el Inem, como el resto de las Administraciones, está obligado a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sea real y efectiva y debe eliminar los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de tales derechos (art. 9.2 CE); en este caso, debe garantizar el derecho al acceso al empleo de las mujeres en baja maternal, presentando sus candidaturas si aparecen aptas para la actividad profesional en cuestión, pues deben ser las empresas (también vinculadas por el principio de no discriminación) quienes decidirán sobre la contratación de dichas trabajadoras, tras las pruebas oportunas y valoración de la idoneidad de aquéllas». (FJ 9).

Finalmente, la Sentencia 269/94, de 3 de junio aborda una cuestión trascendente en relación con la promoción de los colectivos discriminados, aunque en el caso contemplado la potencial causa de discriminación no era el sexo sino la discapacidad. Se trataba de un supuesto de reserva de plazas de minusválidos para el acceso a la función pública en Canarias, que se somete al conocimiento del Tribunal en amparo por el concursante preterido a consecuencia del juego de dicha reserva. Planteadas así las cosas, y habiendo acreditado su capacidad el candidato promovido, «tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE. Lógicamente, «la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada

en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar. ... Sintetizando lo hasta ahora dicho, es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo... no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE)». (FJ 4).

Tres Sentencias solamente, pero en temas lo suficientemente importantes, casi estratégicos, en el tema del acceso al empleo, que pueden arrojar mucha luz sobre la propia ley 3/2007, y la forma en que deben ser aplicados sus mandatos.

3. LA LEY 3/2007: SU APORTACIÓN A LA MATERIA ANALIZADA

La propia Ley, desde su mismo preámbulo, reconoce la profunda influencia que la normativa internacional, y sobre todo la comunitaria, ha ejercido sobre su articulado, y transparenta la importancia del acceso al empleo en el marco de una norma que proclama la igualdad de trato y oportunidades de las mujeres. Ello sin duda explica las numerosas ocasiones en que el acceso al empleo en general, o al concreto contrato o puesto de trabajo son contemplados por la norma, de una forma realmente transversal.

De este modo, en su Título I —una especie de Título Preliminar del Código Civil, con una fuerza expansiva que va más allá de las simples definiciones y del que debe predicarse la misma transversalidad que el concepto de discriminación que trata de precisar— ya se proclama el principio de igualdad de oportunidades en el empleo privado y público, que comprende «el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, (y) en la formación profesional», tema este último especialmente relevante en el incremento y el mantenimiento de las habilidades que permitan la inserción de la mujer en el trabajo y la permanencia en él, con los matices propios de la reserva de puestos por razón de sexo, de la que hablaremos con posterioridad (art. 5). En el art. 14, al señalarse los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos en materia de igualdad se señala, también «la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral... con el fin de evitar la segregación laboral», una materia ciertamente vinculada con formas aberrantes de operatividad del mercado de trabajo. A la incorporación al trabajo y a la formación de las mujeres en el medio rural se dedica el art. 30, apartado 2 y 3.

A la empleabilidad de las mujeres dedica la ley el art. 42, en el frontispicio de la parte «laboral» de su complejo contenido. Los Planes de Igualdad se declaran una vía idónea para incorporar medidas de acceso al trabajo en las empresas (art. 46.2). Y la negociación colectiva queda autorizada para introducir «preferencias de contratación» a favor de las mujeres, en la nueva redacción del art. 17.4 ET (DA 11). La ley de Empleo resulta reformada precisamente para diseñar políticas de empleo a favor de las mujeres, y líneas de formación profesional específicas al efecto, así como para filtrar ofertas de empleo

discriminatorias (DA 17). Y parece clara la tendencia de la ley a no establecer diferencias de respuesta frente a las discriminaciones en el empleo y en la contratación⁸ (*vid.* arts. 10, DA 13 y DA 14).

Y, en relación con el empleo público, varios son también los preceptos que aluden a la igualdad en el acceso al empleo. Para empezar el muy importante art. 51, único declarado «básico» en el apartado dedicado al empleo en las Administraciones Públicas; pues bien, dentro de él se impone a las AAPP la obligación de «remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación», entre otros «en el acceso al empleo público» (apartado a) y «fomentar la formación en igualdad», en el acceso al empleo público (apartado c). Vinculada ya a la Administración del Estado se encuentra la previsión de la presencia de mujeres en los órganos de selección y Comisiones de valoración (art. 53), y la evaluación del «impacto de género» en la convocatoria de «pruebas selectivas para el acceso al empleo público». La preferencia a las mujeres durante un año en materia de formación es otra interesante novedad del art. 60 de la Ley. Y la igualdad en el acceso es una de las escasas materias proclamadas legalmente en relación con las Fuerzas Armadas (art. 65) y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 67), que se complementan con la regla potencial de composición equilibrada en los órganos de evaluación de las FAS (DA 20) y de la Guardia Civil (DA 24).

Ante esta multiplicidad normativa, se hace preciso señalar los límites del análisis que se va a realizar. Para empezar, se tratará de la discriminación en el momento del acceso al empleo entendido éste específicamente como concertación de un contrato de trabajo, atendiendo al carácter potencialmente más exhaustivo de las normas de una ley que se justifica en el Título competencial previsto en el art. 149.1.7 CE —legislación laboral— para escorarse tan marcadamente al ámbito de lo laboral. El examen del empleo público (basado en relaciones con la Administración de naturaleza pública y no laboral, obviamente), más allá de las generalidades de la ley para todas las Administraciones y de las específicas para la Administración estatal (que realmente se plasman con mayor nivel de detalle en el Estatuto Básico del Empleado Público, ley 7/2007, de 12 de abril) requeriría un examen del tratamiento de la cuestión en las correspondientes normas sobre personal al servicio de las diversas Comunidades Autónomas, que estimo que excedería con mucho los límites de este trabajo y desviaría la atención de la Ley que se comenta.

El momento del acceso al empleo, por su parte, se desglosará en dos dimensiones relacionadas pero distintas: la igualdad en el funcionamiento de los intermediarios laborales y la contratación laboral en sentido estricto. Junto a ellas, y como elemento común, las políticas de empleo y formación profesional —nuevamente, articuladas a escala estatal— destinadas a favorecer el empleo de la mujer y la conservación de su puesto de trabajo.

Finalmente, una visión del aparato de respuestas y sanciones que la nueva ley alumbraba en relación con esta concreta materia concluirá el análisis.

⁸ Específicamente, no está prevista la no contratación como falta muy grave en el apartado del art. 8 de la LISOS dedicado a la tipificación de los comportamientos discriminatorios. Sí es muy grave en materia de empleo la difusión de ofertas de trabajo discriminatorias (art. 16.2), y, como veremos, esta parte de la ley, relacionada con lo dispuesto en el art. 3.2 de la misma —no modificado por la Ley de Igualdad— puede ser de bastante utilidad para diseñar una respuesta sancionadora administrativa.

4. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y EL ACCESO AL EMPLEO

Ya hace tiempo que el TC (STC 173/1994) tuvo ocasión de admitir que la prohibición de discriminación tiene un alcance general que permite extenderse a las fases previas al contrato de trabajo —punto sobre el que volveremos con detalle con posterioridad— y, por tanto, se deduce con naturalidad que también a la acción de los servicios de empleo, en cuanto Administraciones públicas, pero también en cuanto intermediarios en un mercado como el de trabajo, por peculiar que sea éste.

La Ley 3/2007 acoge esta aproximación en su art. 42 y en su Disposición Adicional 17, cada uno de cuyos preceptos supone una aproximación al tema desde una perspectiva diferente.

- el art. 42 LOI se dedica a fijar principios destinados a las políticas de empleo, que «tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Para ello se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo», de este modo «los programas de inserción laboral activa comprenderán todos los niveles educativos y de edad de las mujeres, incluyendo la Formación Profesional, Escuelas Taller y Casas de Oficios dirigidos a personas en desempleo, se podrán destinar prioritariamente a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres».
- en tanto que la DA 17 de la LOI incorpora un art. 22 bis a la Ley de Empleo, 56/2003, en el sentido siguiente «1.—Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación sin fines lucrativos, en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación en el acceso al empleo. Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciasen carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubieran formulado la oferta. 2.—En particular se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar. En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico».

Los presupuestos de ambos mandatos legales son obviamente diferentes, por lo que se examinarán separadamente.

4.1. Las políticas de empleo y la empleabilidad de las mujeres

4.2. Los intermediarios laborales y las ofertas de empleo discriminatorias

Ya se ha dicho antes hasta qué punto la evolución favorable de la incorporación de la mujer al trabajo es una de las prioridades de la Unión Europea en el marco de la lucha contra la discriminación, y en el más economicista de las políticas de empleo activas, fuertemente influidas por las orientaciones de la OCDE y las sugerencias de los informes KOK. Lógicamente, su presencia en las Directrices comunitarias deriva en la presencia en el Plan

Nacional de Reformas del Reino de España. Centrándonos en el periodo más próximo a la aprobación de la LOI, que coincide temporalmente con importantes acuerdos como el AMCE con contenidos reseñables en materia de políticas de empleo y de empleabilidad y activación de los colectivos más desfavorecidos⁹, es posible hacer una descripción del momento actual en que se encuentra el cumplimiento del mandato de la ley. 43/2006., y comprobar hasta qué punto la mujer es ciertamente poliédrica como sujeto objetivo de las medidas de empleo, reiterándose en la norma, con distintas medidas cuantitativas de incentivación. El punto de partida es la incentivación del contrato de la mujer «en general». Y, a partir de este nivel, siguen las previsiones de incentivación de contratos de mujeres que se hallen en situaciones especiales que han demostrado su trascendencia para propiciar la ruptura de su carrera profesional.

De ese modo, ya en el art. 1.1 de la ley se contempla la posibilidad de contratación temporal incentivada para las mujeres víctimas de violencia de género (art. 1.1), aunque también se prevea la posibilidad de contrato indefinido de esta categoría de mujeres (art. 2.4). La mujer «en general» es contemplada en el art. 2.1.a); las mujeres que hayan de incorporarse en los 24 meses siguientes a la fecha del parto o de la adopción, reanudando su carrera profesional son contempladas en el art. 2.1.b); hasta cierto punto relacionado con el supuesto anterior, la incentivación de los contratos con mujeres trabajadoras que hayan interrumpido su carrera profesional durante al menos 5 años, si antes fueron trabajadoras inscritas al menos tres años en el ámbito de aplicación de un régimen de la Seguridad Social, en el art. 2.1. Subvención aparte se prevé para la reincorporación de mujeres trabajadoras cuyos contratos sean suspendidos por maternidad o por excedencia por cuidado de hijos cuando se produzca la reincorporación en los dos años siguientes en el contexto de un contrato indefinido (art. 4.2). A la vista de esa serie es creíble el compromiso gubernamental de reservar a las mujeres un 60% de políticas activas de empleo —y la de fomento del empleo lo es, aunque no haya dado demasiados buenos resultados en la experiencia de nuestro país y en la de otros—.

De hecho, a fecha 13 de julio de 2007, los datos del Ministerio de trabajo referidos al primer trimestre de 2007, dan cuenta de un incremento de la ocupación de las mujeres (de un 5%) superior a la de los hombres (de un 2,4%) en relación con el mismo periodo del año anterior, pero es cierto que la tasa de actividad de las mujeres sigue estancada (48,61%) frente a la de los hombres (68,93%) lejos de la media nacional (58,58%) y por supuesto

⁹ Básicamente resulta de interés, más allá de las declaraciones generales, el compromiso contraído en su Cláusula segunda: «Nuevo programa de bonificaciones y Plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo.

1.º Los colectivos de trabajadores desempleados cuya contratación indefinida inicial será objeto de bonificación son los siguientes:

- a) Mujeres.
- b) Jóvenes con edades comprendidas entre dieciséis y treinta años, ambas inclusive.
- c) Mayores de cuarenta y cinco años.
- d) Demandantes de empleo inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante, al menos, seis meses.
- e) Personas con discapacidad.
- f) Trabajadores en situación de exclusión social.
- g) Víctimas de violencia de género».

del objetivo de Lisboa. Es cierto también que la tasa de empleo de las mujeres respecto del mismo periodo expresa la misma tendencia (43,08%) respecto de la de los hombres (64,57%). Y que lo mismo sucede con la tasa de paro de las mujeres (11,39%) respecto de la de los hombres (6,32%). La previsión de la Ley de Igualdad, pues, sigue siendo claramente necesaria. Y sigue siendo necesario que las simples medidas de fomento del empleo se acompañen de otras medidas de activación (señaladamente la formación profesional adecuada a los requerimientos del mercado de trabajo y potenciando la mixicidad real de los distintos sectores profesionales, evitando la segregación). La adecuada orientación de los programas de inserción laboral activa a favor de las mujeres desempleadas, y en especial los Programas De Escuelas Taller y Casas de Oficios (OM 14 noviembre 2001, que regula sus bases), así como los Talleres de Empleo (RD 282/99, de 22 de febrero), en su contexto estatal y autonómico sería otra de las vías adecuadas para generar la empleabilidad de mujeres en las específicas de esos programas¹⁰, como recuerda con todo acierto la propia Ley 3/2007, art. 42.2, que autoriza, en la línea que la caracteriza en esta materia de la inserción laboral activa, la posibilidad de que se reserven programas para mujeres con características especiales, o que se reserven parte de las plazas de alumnos a mujeres. En este contexto, la norma se decanta claramente a favorecer la proyección del concepto de acción positiva también a los programas de inserción laboral activa, mencionando especialmente éstos dos citados, pero también la formación profesional.

Se acaba de mencionar la trascendencia de la formación profesional en relación con el empleo de la mujer, y resulta evidente para incrementar su empleabilidad y propiciar su reintegro al mercado laboral tras interrupciones de carrera o abandono de estudios actuali-

¹⁰ No siempre expresada, aunque evidente en su regulación básica: *Vid.* OM 14 noviembre 2001, que regula el programa de Escuelas taller y Casas de oficios y se fijan las bases reguladoras de estos programas, art. 10.2: «La selección de los alumnos trabajadores será precedida, en todo caso, de la tramitación de oferta de actividad o de empleo por la correspondiente oficina de empleo. Los candidatos deberán cumplir los siguientes requisitos mínimos:

a) Ser menor de veinticinco años.
b) Ser desempleados, entendiéndose como tales a los demandantes de empleo no ocupados, registrados en los Servicios Públicos de Empleo y que estén disponibles para el empleo.

c) Cumplir los requisitos establecidos en la normativa de aplicación para formalizar un contrato para la formación a fin de poder acceder a la fase de formación en alternancia, según lo dispuesto en el artículo 6 de esta Orden. Además, y teniendo en cuenta la adaptabilidad a la oferta de puestos a desempeñar, se considerarán los beneficiarios, los colectivos prioritarios y criterios de selección que se determinen por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y por el INEM, de acuerdo con lo que establezcan las Directrices de Empleo Europeas, en el marco de la Estrategia Europea de Empleo». La mención expresa de la mujer como colectivo con dificultades especiales de empleo sí aparece en el RD282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el programa de talleres de empleo, art. 2 « Serán beneficiarios del programa de talleres de empleo los desempleados de veinticinco o más años que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

a) Que tengan especiales dificultades para insertarse en el mercado de trabajo, tales como parados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, mujeres y personas con discapacidad.

b) Que se determinen como colectivos preferentes de actuación en los Planes Nacionales de Acción para el Empleo de cada año».

Por lo demás, se trata de un problema superado en las normas estatales más recientes: *vid* OM TAS/1979/2007, de 25 de junio, por la que se distribuye territorialmente para el ejercicio económico de 2007, para su gestión por las CCAA con competencias asumidas, subvenciones del ámbito laboral financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

zando sus habilidades y recibiendo la formación en los términos en que la exige un mercado de trabajo altamente competitivo. La presencia de la mujer como sujeto destinatario de la formación profesional es sistemática entre nosotros a lo largo del proceso de reforma de la Formación profesional que se iniciara con la ley 5/2002 de 19 de junio, y en cierta medida culmina en el RD 395/2007, de 23 de marzo sobre Formación Profesional Continua, que se vincula estrechamente con las exigencias del aprendizaje por toda la vida. Con esta premisa, su art. 5 menciona a las mujeres como colectivo beneficiario potencial de las acciones formativas en el contexto de la Formación Continua en todas sus modalidades: en el art. 5.3. se admite la posibilidad de que tengan prioridad en el acceso a las acciones formativas «a) Los desempleados pertenecientes a los siguientes colectivos: mujeres, ... afectadas y víctimas ... de la violencia de género» y « b) Los trabajadores ocupados pertenecientes a los siguientes colectivos: ... mujeres, ... y víctimas... de la violencia de género» y, hasta cierto punto, por su composición mayoritaria de mujeres « c) Los cuidadores no profesionales que atiendan a las personas en situación de dependencia».

Se trata sin duda de una reforma necesaria, como prevé la ley, pese al creciente porcentaje de mujeres que se ha ido incorporando a cursos de Formación Profesional en el periodo 1999-2005, según datos del Instituto de la Mujer estatal ¹¹, que debe acompañarse sin duda de una cuidadosa selección de los currícula, para evitar que en la formación profesional se genere originariamente la segregación, como ya se ha dicho.

11

		1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Ambos sexos	TOTAL (*)	225.684	251.924	309.937	336.683	327.925	282.735	252.578	267.303
	Cursos FPO (Plan FIP)								
	TOTAL	210.148	232.787	289.710	317.375	305.421	262.245	234.066	249.843
	Menos de 20 años	25.631	28.202	33.789	35.882	31.484	32.772	40.919	28.254
	De 20 a 24 años	70.718	79.247	91.146	91.493	84.830	64.815	41.583	52.102
	De 25 a 29 años	53.432	56.510	70.766	77.944	76.977	69.839	81.298	55.894
	De 30 a 34 años	41.027	45.102	59.160	40.838	40.187	33.650	23.622	35.732
	De 35 a 39 años				28.672	27.771	23.877	17.101	26.944
	De 40 y más años	19.340	23.726	34.849	42.546	44.172	37.292	29.543	50.917
	ESCUELAS TALLER								
	TOTAL	10.885	12.118	12.644	8.432	10.791	6.838	8.053	6.411
	Menos de 20 años	6.474	7.234	7.969	5.475	7.227	4.781	5.787	4.714
	De 20 a 24 años	4.411	4.884	4.695	2.957	3.564	2.057	2.266	1.697
	CASAS DE OFICIOS								
	TOTAL	4.651	7.019	3.726	3.644	2.578	2.344	1.341	920
	Menos de 20 años	2.720	4.067	2.244	2.252	1.723	1.578	843	599
	De 20 a 24 años	1.931	2.952	1.482	1.392	855	766	498	321
TALLERES DE EMPLEO									
TOTAL			3.857,0	7.232,0	9.135	11.308	9.118	10.129	
De 25 a 29 años			621,0	1.184,0	1.393	1.739	1.407	1.463	
De 30 a 34 años			715,0	1.397,0	1.674	2.007	1.597	1.750	
De 35 a 39 años			719,0	1.518,0	1.724	2.262	1.936	1.967	
De 40 y más años			1.802,0	3.133,0	4.344	5.300	4.178	4.949	

4.3. Los intermediarios laborales y las ofertas de empleo discriminatorias

La LOI asigna a los intermediarios en el mercado laboral la importante tarea de generar un primer control de las ofertas de empleo discriminatorias, que no excluye el potencial control judicial, como veremos, pero que puede ser realmente importante, como se ha demostrado en la jurisprudencia comunitaria. Se trata, sin embargo, de un mandato legal en cierta parte mediatizado por las deficiencias de nuestro ordenamiento a la hora de señalar las entidades que protagonizan los servicios de intermediación laboral.

En efecto, la ley 56/2003, de 16 de diciembre, tras la definición de lo que sea la intermediación laboral —«es el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación. La intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades»— restringe la condición de agente de la intermediación, a efectos del Sistema Nacional de Empleo, a «a) Los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades que colaboren con los mismos. b) Las agencias de colocación, debidamente autorizadas¹²...».

La DA 2.^a remite a las ETTs a su normativa reguladora, excluyéndola de la específica de intermediación. Y por supuesto no se mencionan otros supuestos en que la actividad empresarial se aproxime a la intermediación laboral o a la pura y simple cesión de trabaja-

	TOTAL (*)	56,55	58,53	60,04	62,04	61,75	61,42	60,25	61,49
	<i>Cursos FPO (Plan FIP)</i>								
	TOTAL	58,15	59,77	61,12	62,79	62,35	61,85	60,67	61,77
	Menos de 20 años	45,75	48,93	48,83	50,89	51,31	51,26	51,49	48,80
	De 20 a 24 años	58,89	59,57	60,30	61,33	61,52	59,86	60,45	58,97
	De 25 a 29 años	59,94	60,88	61,56	62,70	61,36	61,84	60,79	59,77
	De 30 a 34 años	61,39	63,60	65,64	65,59	63,81	64,05	63,21	63,31
	De 35 a 39 años				68,78	67,03	66,75	66,17	67,60
	De 40 y más años	60,05	63,40	66,63	69,42	69,26	69,52	68,18	69,84
	<i>ESCUELAS TALLER</i>								
	TOTAL	30,45	35,93	37,14	34,74	36,72	36,59	39,25	38,08
	Menos de 20 años	26,09	31,71	30,67	28,58	30,55	30,06	33,14	32,37
	De 20 a 24 años	36,84	42,18	47,97	46,13	49,21	51,77	54,85	53,92
	<i>CASAS DE OFICIOS</i>								
	TOTAL	45,28	56,38	56,07	56,83	80,33	52,82	53,17	36,41
	Menos de 20 años	40,48	51,22	47,77	48,76	44,75	46,51	46,03	28,21
	De 20 a 24 años	52,05	63,48	68,62	69,90	65,50	65,80	65,26	51,71
	<i>TALLERES DE EMPLEO</i>								
	TOTAL			57,19	63,59	66,16	68,20	68,85	71,52
	De 25 a 29 años			55,56	63,68	63,39	65,73	66,60	67,74
	De 30 a 34 años			59,44	68,50	67,98	71,60	69,00	73,60
	De 35 a 39 años			62,87	68,77	70,30	73,21	74,59	75,55
	De 40 y más años			54,61	58,86	64,71	65,58	66,90	70,30

FUENTE: Instituto de la Mujer. Elaboración a a partir del Anuario de Estadísticas laborales.

(*) Incluye cursos FPO, Escuelas Taller, Casa Oficio.

¹² Y los Servicios Integrados para el empleo, RD 735/1995, de 5 de mayo.



dores, como las conocidas empresas Multiservicios. Se trata, por tanto, de la admisión de la ruptura del monopolio público también a estos efectos, pero esta admisión no se ha acompañado de un reconocimiento realista de otros sujetos privados que pueden mediar en el mercado generando actuaciones de hecho muy semejantes a las que pueden desarrollar los mediadores públicos o los entes por ellas autorizados. Se trata de un reconocimiento parcial y «desintegrado» de la gestión del empleo, que produce efectos de exclusión del mandato de la Ley de igualdad en aquellos supuestos en que se encuentran sometidas las instancias mediadoras a normativa diversa de la propia de la intermediación laboral, o aún ayunas de toda regulación, en uno y en otro caso, sin expresa referencia a la prohibición de realizar ofertas o cesiones de trabajadores que sean discriminatorias por razón de sexo.

Por eso se ha dicho, con razón, en relación con la ETT que «la realidad viene demostrando que las entidades que desempeñan la interposición no se limitan únicamente a ella, lo que ha hecho surgir la duda acerca de si realmente dichas organizaciones están debidamente reguladas y si es acertado configurarlas como cedentes de mano de obra en exclusividad. La “estanqueidad” de las actividades que confluyen en el mercado de trabajo (selección, colocación, cesión...) y la incomunicabilidad entre sus respectivas regulaciones es una opción de política legislativa que puede no estar resultando adecuada»¹³. Maxime si se tiene en cuenta la lista de nuevas instancias que van surgiendo en la gestión del mercado de trabajo: con palabras de Cavas Martínez: empresas de outplacement; empresas o gabinetes de selección; head hunters; entidades educativas a través de «bolsas de trabajo»; bancos informáticos de ofertas y demandas; y «interim management», una variante muy especializada de la cesión¹⁴.

Así las cosas la primera pregunta que se plantea es a quién va dirigida la norma de la DA 17 LOI. La primera impresión, puramente literal, es que la prohibición que incorpora el nuevo art. 22 bis de la Ley 56/2003 va dirigida a aquellas entidades a las que la ley se refiere, dejando al margen a las otras entidades o empresas que de forma material, aunque no formal, realicen funciones de gestión en el mercado de trabajo.

Lo anterior es, ciertamente, una seria contrariedad en la perfección de una norma que quiere tener un diseño global de la prohibición de discriminación, que sólo puede salvarse a través de dos posturas posibles:

- la primera, que la expresión «gestores de la intermediación laboral» ha de entenderse en un sentido amplio, que comprenda a entidades como las que se acaban de mencionar en el apartado anterior, imponiéndoles el deber de «filtrar» las solicitudes de trabajadores cedidos o subcontratados que tengan carácter discriminatorio. Se trata de una posibilidad poco convincente, en la medida en que la regla que se examina se incorpora específicamente a la Ley 56/2003 de Empleo, que tiene una noción precisa y determinada de los entes que asumen la intermediación laboral, por lo que interpretarla en sentido amplio sería, de alguna manera, forzar los términos de la ley más allá de lo admisible en interpretación.

¹³ CAVAS MARTÍNEZ, F., «El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada», en *Actas del XVIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, ed. Laborum, Murcia 2007, pág. 197.

¹⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, págs. 198 y ss.

- la segunda, y a mi juicio la más aceptable, trataría de desprenderse de la referencia estricta a los intermediarios autorizados en la gestión del mercado de trabajo, y llevaría el planteamiento del problema a la prohibición general de la discriminación contenida en el art. 6 de la Ley, esa parte de la misma preliminar y extensible a todos los amplios campos a que la ley se refiere. Tras la prohibición de discriminación directa e indirecta, quedarían viciados de nulidad los contratos de puesta a disposición o las cesiones —cualquiera que sea la forma jurídica que asuman— que contengan condiciones contrarias al principio de igualdad, aplicándoseles en cada caso la normativa que proceda en atención a la naturaleza del negocio del que derivan o en que se plasman. Un control último que probablemente ni siquiera correspondiese realizar a los órganos del Orden Social de la Jurisdicción, pero que resulta obligado. Podrían sugerirse como respuestas de la declaración de nulidad las propias de la ilicitud del contrato de puesta a disposición en las ETTs —en un supuesto añadido a los previstos en el art. 9 de la Ley 14/1994—, en lo estrictamente privado y en lo administrativo. Y en los restantes casos, la declaración de la nulidad de los negocios que han servicio de cobertura de la potencial discriminación podría conducir a la aplicación al caso de las normas de cesión de trabajadores, que se caracteriza, entre otros rasgos, por la ausencia de ese negocio formal de cobertura.

De todo ello se deduce que la infracción de la prohibición de discriminación tiene vigor suficiente para paliar las insuficiencias legales, pero es de lamentar que se prive a los casos descritos de la función de filtro de los intermediarios en la colocación, que por su especialización y su neutralidad respecto de los intereses en juego podrían desempeñar una labor preventiva realmente notable.

Propone el apartado 2, en relación con la conducta debida por los intermediarios laborales digamos «nominados» que deberán «comunicar» el carácter discriminatorio de la oferta a quienes la hubieran formulado, lo que en principio deja en la duda lo que podrá suceder si los ofertantes se reafirman en su tesis. La no tramitación de la oferta es la única solución adecuada al alcance de los servicios de empleo.

La DA 17 de la LOI finaliza la redacción del art. 22 bis de la ley 56/2003 con una doble advertencia:

- «se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno sólo de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar»
- «en todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico».

Ambas advertencias enlazan, como es sabido, con el texto de la Directiva 76/207, incorporando la modificación introducida en 2002. Y a la jurisprudencia comunitaria habrá que referirse, no sin recordar antes que la jurisprudencia española ha llegado a enfrentarse a este tema frontalmente, por lo menos en dos ocasiones, una directamente, otra de forma indirecta. En la primera se trataba de la razonabilidad de la prohibición para la mujer del trabajo subterráneo, en relación con un puesto de trabajo de picadora minera que en aplicación de normativa interna e internacional le fue denegado a una mujer que había, por lo demás, cubierto los requisitos de aptitud. El TC, en sentencia 229/92, de 14 de diciembre

descarta la licitud constitucional de esta normativa protectora, recordando el origen de la misma y poniendo de manifiesto la superación actual de su razón de ser: «Desde luego, no son contrarias a la Constitución aquellas disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, a los que se refiere el art. 2.3 de la Directiva 76/207 CEE, y que son los factores que principalmente permiten introducir distinciones de trato para la protección de la mujer. En esta línea ha insistido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades [Sentencias de 12 de julio de 1984 (Hofmann) y 15 de mayo de 1986 (Johnston)], que ha justificado medidas favorables a la mujer en estos casos para asegurar, de un lado, la protección de la condición biológica de la mujer en el curso de su embarazo y puerperio, y de otro, las relaciones particulares entre la mujer y el recién nacido. En otros casos, la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente pueden tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres» (FJ 4).

Menos conocida, pero no por ello menos importante es la STC 216/91, de 14 de noviembre, dictada en un caso en que la denegación del acceso de la actora a las Fuerzas Armadas se justifica por la Administración en la falta de desarrollo legal de tal incorporación. Tras reconocer la trascendencia del mandato de los arts. 14 y 9.2 CE para los Poderes Públicos, en su FJ 5 llega la Sentencia a una solución realmente asombrosa de reconocimiento de la inconstitucionalidad «negativa»: «exige de los poderes públicos enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, mesurar *ex Constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan» (FJ 5), reconociéndose el derecho de la actora a no ser discriminada en el acceso a la Academia general del Aire.

Es perceptible, por tanto, que la jurisprudencia constitucional española ha asumido la doctrina relativa a la ilicitud *prima facie* de la exclusión de la mujer de determinados trabajos. Pero no ha tenido ocasión de plantearse abiertamente el caso contrario: la licitud de reservas de puestos a un sexo determinado en razón de las características de éstos, que hacen de la caracterización sexual una condición esencial y determinante de la actividad a desarrollar. El Convenio 111 de la OIT ya admitía esta posibilidad de reserva de puestos sólo a hombres o mujeres cuando este rasgo es consustancial, esencial en la aptitud del trabajo a desarrollar. Por supuesto, la Directiva 76/207, como ya se ha dicho, hizo suyo este mandato, pero dejó planteado un problema: en su art. 2 reformado, apartado 6 establece lo siguiente: «Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado». La interpretación jurisprudencial ha puesto de manifiesto hasta qué punto estos supuestos son realmente raros, ante lo restrictivo de la interpretación seguida.

De hecho, puede sostenerse que en la interpretación del STJCE la regla del art. 2 de la Directiva es una excepción, y como tal debe ser interpretada, sin que puedan oponerse frente a ella exclusiones basadas en presuposiciones de debilidad de las mujeres generalizadas y carentes de base fácticas. De ahí que no sólo sea restrictiva la evaluación de los casos en que procede la exclusión, sino la forma en que ésta tiene lugar, de forma generalizada o con adecuada atención a las circunstancias de cada caso concreto para preservar el adecuado principio de proporcionalidad. De ahí, que, sin agotar una jurisprudencia relativamente abundante, puedan ponerse como ejemplos casos como los siguientes:

- viola la Directiva la prohibición en la República de Austria de que las mujeres realicen trabajos subterráneos o en medio hiperbárico con fundamento en un Convenio de la OIT —el 45— que Austria no había denunciado. Tras reiterar que no es contraria a la Directiva la normativa dedicada a la protección del embarazo y la maternidad —recogida asimismo a nivel comunitario— «sostiene en el párrafo 45 de la Sentencia que «el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer como las expresamente mencionadas». Y por ello vulnera la Directiva «una normativa que excluye proceder a una apreciación individual y que prohíbe a las mujeres acceder al empleo controvertido, mientras que tal empleo no está prohibido para hombres cuya capacidad vital y número de eritrocitos sea similar o inferior a los valores medios de dichas variables medidas sobre mujeres»¹⁵.
- sigue un criterio fluctuante en relación con el acceso de la mujer a cuerpos armados en las Fuerzas Armadas o en la Policía. Y así, aunque se admita que «37 ...las condiciones de ejercicio de determinadas actividades policiales pueden ser tales que el sexo constituya una condición determinante para su ejercicio. Un Estado miembro puede, por tanto reservar a los hombres esas tareas así como la formación profesional correspondiente. En tales casos los Estados miembros están obligados a examinar como se desprende del apartado 2 del del art. 9 de la Directiva, las actividades de que se trate para determinar, teniendo en cuenta la evolución social, si se puede mantener la excepción al régimen general de la Directiva», sin embargo, una exclusión general e incondicionada de las mujeres en el acceso a estos cuerpos viola la Directiva pues «45.—No parece que los riesgos y peligros a los que están expuestas las mujeres en el ejercicio de sus funciones en la policía en una situación como la de Irlanda del Norte sean diferentes a aquellos a los que est n igualmente expuestos los hombres en el ejercicio de esas mismas funciones. La exclusión global de las mujeres de dicha actividad profesional, en virtud de un riesgo general y no específico para las mujeres por razones de protección de la seguridad pública, no entra en el marco de las diferencias de trato que el apartado 3 del art. 2 de la Directiva admite por razón de la protección de la mujer». Se trata de una materia ciertamente compleja, en la que no parece que se encuentren lejos

¹⁵ Sentencia 1 febrero 2005, C 203/03, Comisión/República de Austria.

de las dudas del Tribunal las reservas de competencia de los Tratados a los Estados miembros en materias «que puedan poner en peligro la seguridad pública en sus artículos 36, 48, 56 y 223 (actualmente artículos 30 CE, 39 CE, 46 CE y 296 CE, tras su modificación) y 224 (actualmente, artículo 297 CE), que se refieren a supuestos excepcionales claramente delimitados. De ello no se puede deducir la existencia de una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública», regla general que se opondría al carácter proporcionado y concreto en que se pueda generar la exclusión. Como recuerda el TJCE «**21.** Así, el Tribunal de Justicia ha reconocido, por ejemplo, que el sexo puede ser una condición determinante para trabajos como los de los vigilantes y vigilantes jefes de prisiones (Sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia, 318/86, Rec. pg. 3559, apartados 11 a 18), para determinadas actividades como las de policía ejercidas en una situación de graves disturbios internos (Sentencia Johnston..., apartados 36 y 37) o también para el servicio en determinadas unidades de combate especiales »¹⁶.

A este respecto, resulta especialmente relevante la Sentencia del TJCE de 26 octubre 1999 273/97, SIRDAR, referida a la demanda de acceso de una mujer a un cuerpo de élite del ejército británico. Parte de la base de que «**26...** como recordó el Tribunal de Justicia en el apartado 38 de la Sentencia Johnston...al determinar el alcance de una excepción a un derecho individual como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, consagrado por la Directiva, hay que respetar el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. Este principio exige que no se sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate. Lo que no sucede cuando se aprecian en relación con la mujer riesgos o cargas que son compartidos con los hombres, de forma genérica y basada en la presunción de debilidad que ha sido la constante de la legislación histórica de protección de la mujer». Vista en su conjunto esta Sentencia, en suma, parece que se confirma el origen competencial, más que estrictamente basado en la Directiva de esta doctrina de las medidas protectoras de la mujer en trabajos especialmente violentos o peligrosos. Una justificación que se hace patente en la Sentencia DORY, cuando se declara legítimo que se reserve a los hombres en Alemania la realización del Servicio Militar¹⁷, no sin hacer notar los perjuicios que a los interesados les origina —en términos de retraso en su carrera profesional—, en la base de los cuales se encuentra la potencial «originalidad» de la Sentencia SCHNORBUS¹⁸, en que se declara razonable la preferencia otorgada a los varones que hayan prestado el Servicio militar o Social sustitutorio en el acceso a unas prácticas jurídicas que son requisitos necesarios para desarrollar un puesto en la función pública.

¹⁶ STJCE 11 enero 2000, C 285/98, KREIL.

¹⁷ STJCE 11 marzo 2003, C 186/2001

¹⁸ 17 diciembre 2000, C-79/99.

Todo lo cual no obsta a alguna Sentencia ciertamente extravagante, como la NIKOLOUDIS, que reconoce la licitud de una normativa griega que preveía sólo el acceso de mujeres con contrato indefinido a tiempo parcial a los puestos de limpiadoras de un centro público (la vulneración del principio de igualdad no vendría, en opinión de la Sentencia, de esta norma que legitima la segregación profesional, sino de los obstáculos a la promoción de las mujeres que se encontraban en esta situación)¹⁹, en que la reserva a mujeres parece oscurecer el hecho de la asignación de éstas a trabajos feminizados en los que la discriminación posterior es, prácticamente, inevitable.

En síntesis, proyectando esta jurisprudencia constitucional y comunitaria al texto del art. 22.bis de la Ley 56/2003, la conclusión a que ha de llegarse no puede ser otra que la extrema dificultad de hallar supuestos en que el sexo sea un elemento «esencial y determinante» de la aptitud —salvo casos como los de los actores, en que la reserva se impone por la misma tarea a desarrollar—. Incluso los supuestos en que se ha concentrado el debate ante el TJCE en los últimos años han sido en buena parte limados por la tendencia a la igualdad que se desprende de una Ley que no ha hecho uso de las posibilidades de recorte del principio de equiparación: así se proclama en los arts. 65 para las Fuerzas Armadas —las normas de personal «procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en especial en lo que se refiere al régimen de acceso»— y 67 para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que reitera el mandato literalmente; y en la DA 30 que extingue las Escalas masculina y femenina del Cuerpo de Ayudante de Instituciones Penitenciarias, generando «el acceso al mismo (al cuerpo) en los términos definidos en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres».

Fuera de estos supuestos, comoquiera que sea, ha de recordarse que a la esencialidad del requisito para la aptitud que la ley exige expresamente, ha de añadirse el requisito de proporcionalidad y adecuación que se desprenden de la jurisprudencia comunitaria, y que imponen una justificación objetiva, concreta y ajustada al caso de la exclusión, eliminando valoraciones generales en los términos que se han expuesto.

Del texto de la Ley de Igualdad se desprende sólo una valoración general y concreta de la naturaleza ilícita de la reserva de puestos a uno sólo de los sexos basada en requerimientos de esfuerzo físico, que cierra el texto del art. 22 bis de la ley 56/2003 y en la que se recoge una respuesta tajante a una discusión que, aunque con menos intensidad que la anterior, también se ha tenido en el plano nacional y en el comunitario.

En el plano nacional la interdicción de la fuerza física o el esfuerzo físico como criterio diferenciador absoluto entre hombres y mujeres ha tenido lugar, sobre todo, en el marco de la igualdad retributiva desde la STC 145/91. Y se trató de una interdicción matizada: la hipervaloración del esfuerzo físico sería discriminatoria cuando tuviera lugar como único criterio de valoración del trabajo, si bien no se produciría tal efecto si se combinaba, en los casos en que fuera necesario, con otros criterios sexualmente no caracterizados, que neutralizara los requisitos de valoración del trabajo y que evitaría lo que de otro modo sería inevitable: la generación de una discriminación indirecta. Otra Sentencia posterior llega incluso más lejos en esa «rebaja» de la fuerza cualificadora del esfuerzo físico, volvién-

¹⁹ STJCE 10 marzo 2005 C 196/2002.

dola contra la trabajadora que no era capaz de desarrollar las tareas propias de su puesto de trabajo. Se trata de la STC 198/96, de 3 de diciembre, en la que se desestima el amparo interpuesto por una trabajadora que había aprobado las pruebas para auxiliar administrativo de la Comunidad de Madrid, y que había seleccionado una determinada plaza en la Consejería de Transportes de Madrid, que lejos de consistir en las tareas ordinarias de un auxiliar administrativo, consistía en manejar la báscula de pesar camiones. Tal contenido era la consecuencia de un acuerdo entre la Comunidad y los sindicatos, tendente a ir reduciendo las categorías masculinizadas. Recurrída ante el TC la cuestión, éste comienza recordando que «basada la pretendida discriminación en la notable fuerza física que requería el desempeño del puesto de trabajo, no es ocioso recordar que este Tribunal ha reaccionado enérgicamente contra el estereotipo de la mayor debilidad o inferioridad física de la mujer respecto del varón, pues se trata de una percepción defectuosa, errónea o anacrónica, que responde más a un prejuicio infundado que a diferencias reales naturales o biológicas y conlleva una división sexista del trabajo (SSTC 216/1991, 229/1992 y 286/1994). Por tanto, la radical exclusión de la mujer del acceso a aquellos trabajos, que objetivamente exigen para su correcto desenvolvimiento un elevado esfuerzo físico, es inaceptable a la luz del art. 14 CE, cuya prohibición de discriminación por razón de sexo obliga, por el contrario, a adoptar un criterio neutro predicable por igual del hombre y la mujer, y a valorar individualizadamente la idoneidad de cada candidato para el adecuado cumplimiento de las funciones propias del puesto de trabajo...(pues) en este terreno de la aptitud profesional lo decisivo es la naturaleza y características del trabajo efectivamente prestado y la consiguiente exigencia de aquellas cualificaciones estrictamente necesarias para desarrollar con eficacia la prestación convenida. El esfuerzo físico, pues, puede ser tomado en consideración si constituye un elemento determinante de la aptitud profesional para desempeñar ciertas tareas, aunque, en la medida en que la configuración del puesto de trabajo lo permita, debe combinarse con otros rasgos que en conjunto excluyan cualquier discriminación por razón de sexo (SSTC 58/1994 y 147/1995)».

Una apreciación de la desconfianza que genera el criterio del esfuerzo físico como factor determinante de la aptitud, que conduce a que en el caso no se admita el recurso de la trabajadora, atendiendo a que carecía de la aptitud para el desempeño del puesto, a que se había producido la asignación del puesto precisamente en cumplimiento de un acuerdo orientado a propiciar la feminización de categorías masculinizadas y a que había mujeres que podían desarrollar el trabajo de la actora. Y desconociendo la ausencia de información a los aspirantes a las plazas de las características de éstas, en cuya falta de información se hubiera podido basar el efecto discriminatorio concreto y *ad casum* tan solicitado y requerido por el TJCE.

Comoquiera que sea, en la Sentencia que se analiza es perceptible que, con toda la desconfianza que sea precisa, el criterio del esfuerzo físico puede ser tomado en consideración incluso aisladamente cuando realmente sea un elemento constitutivo de la aptitud y «si el puesto de trabajo lo permite» deberá combinarse con otros no sexualmente caracterizados. A una conclusión similar se había llegado en el marco comunitario en una Sentencia particularmente importante, la DATO-DRUCK²⁰, planteada también en el marco de una

²⁰ Asunto 237/85, Sentencia de 1 julio 1986

controversia retributiva y relativa a la clasificación profesional basada en criterios como la penosidad o el esfuerzo físico. Planteado en estos términos el enjuiciamiento, el TJCE resolvió —interpretando la Directiva 75/117— que dicha norma «no se opone a que un sistema de clasificación profesional utilice, para determinar el nivel de retribución, el criterio del esfuerzo o de la fatiga muscular o el del grado de penosidad física del trabajo, cuando, teniendo en cuenta la naturaleza de las tareas, el trabajo que debe realizarse exija efectivamente desarrollar “un cierto esfuerzo físico, con la condición de que, tomando en consideración otros criterios, consiga excluir, en su conjunto, cualquier discriminación basada en el sexo». A diferencia de la postura de la STC mencionada, en el caso comunitario, la Sentencia requiere en todo caso la implicación de otros criterios adicionales al mero de la penosidad o el esfuerzo físico para que éste pueda ser tomado en consideración lícitamente.

En síntesis «Se deduce de la Directiva 75/117/CEE: —que los criterios que condicionen la clasificación en diferentes niveles de retribución deben garantizar la misma retribución para un mismo trabajo objetivamente prestado, ya sea realizado por un trabajador masculino o por un trabajador femenino; —que el hecho de fundarse en valores que corresponden a los resultados medios de los trabajadores de un único sexo, para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo u ocasiona una fatiga o es físicamente penoso, constituye una forma de discriminación basada en el sexo, prohibida por la Directiva; — que, sin embargo, para que un sistema de clasificación profesional no sea discriminatorio en su conjunto, debe tener en cuenta, en la medida en que lo permita la naturaleza de las tareas a realizar en la empresa, criterios según los cuales los trabajadores de cada sexo puedan presentar aptitudes especiales».

La Ley de Igualdad se ha decantado por la más tajante de las interpretaciones posibles de esta jurisprudencia: será discriminatoria la reserva de plazas a uno sólo de los sexos basada en «exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico», solas o combinadas con otras que generen esa reserva. Pero es de destacar que la prohibición explícita se limita a la reserva de plaza a los varones, no al uso del esfuerzo físico como criterios determinante de la aptitud en los casos en que efectivamente ese elemento concurre. Lo que sucede es que sólo el esfuerzo físico no puede ser tomado en consideración, debiendo, si es posible, combinarse con características comunes a ambos sexos (DATO-DRUCK). Incluso, en los casos en que efectivamente el esfuerzo sea determinante y no combinable con otros criterios (casos ciertamente raros, habrá que reconocer), no es admisible la presunción general de que el puesto en cuestión sólo pueda ser desempeñado por varones. La generalidad en esta conclusión; la ligereza del juicio, que se opone a la posibilidad de que haya mujeres que acrediten reunir las características necesarias, es justamente el elemento que quiebra la proporcionalidad en la exclusión a que se hacía referencia en la jurisprudencia comunitaria general.

4.3. Las reacciones frente a las ofertas de empleo discriminatorias

Examinado el alcance de las limitaciones que se imponen a los intermediarios en el mercado de trabajo, es preciso ahora plantearse la forma que ha de revestir la reacción de la víctima de la discriminación frente a ellas, cuando sean infringidas. Ya hemos tenido ocasión de referirnos a las reacciones posibles en el marco de los intermediarios «impro-



pios», queda ahora referirnos a los supuestos de los agentes de gestión del mercado nominados en la ley 56/2003. La impugnación de la oferta de empleo que revista este carácter sería la vía más directa, en un procedimiento no predeterminado que parece que debería discurrir ante el Orden Social de la Jurisdicción en el marco del proceso ordinario o del de tutela de derechos fundamentales. Incluso, con mayor frecuencia aún, en el marco de procesos colectivos, en que los sindicatos legitimados asuman las funciones que les encomienda la propia Ley de Igualdad (art. 12.2) al remitir la legitimación para impugnar los actos discriminatorios a las normas generales, en este caso, de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con la oferta abstracta de empleo, sin concreción individualizada.

El contenido del fallo, más allá de la declaración de la existencia de discriminación —que compartirían todas las modalidades procesales citadas— resulta complejo de articular. Básicamente parece que la declaración de nulidad de la oferta debiera conllevar la de las contrataciones que hayan podido producirse en su ejecución, por lo que deberán ser citados al proceso los beneficiados de la contratación que se ha basado en criterios discriminatorios y que concretan la discriminación sufrida por la víctima o víctimas actoras. Pero no es ésa una postura que compartan nuestros Tribunales en los casos en que se les han planteado supuestos como estos en que hay terceros afectados. La tendencia dominante es precisamente a la indemnización a las víctimas por los daños sufridos por la discriminación²¹, que se tiñe de especial efectividad en los términos en que está concebida en el art. 10 de la Ley de Igualdad y en las Directivas que transpone.

Junto a esta respuesta judicial, es posible emprender respuestas sancionadoras administrativas contra los intermediarios —por lo menos los privados— que, contraviniendo la ley, han difundido la oferta discriminatoria. Ese es el sentido de la infracción prevista en el art. 16.2 de la LOISOS, que tipifica como muy grave: «establecer condiciones mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones...para el acceso al empleo por motivos de sexo...», con el amplio círculo de responsables a que hace referencia el art. 3.3 de la misma ley.

5. LA DISCRIMINACIÓN EN EL MOMENTO DE LA CONTRATACIÓN

La prohibición de discriminación en el ámbito de los servicios de empleo no agota el problema de la efectividad de dicha prohibición en el acceso a la ocupación, en la medida en que, como sabemos, el recurso a dichos servicios o intermediarios es, por lo general, voluntario en nuestro ordenamiento. Por eso es preciso un paso más, que no se agote en la selección de los trabajadores potenciales que han de ocupar la plaza (que entiendo que ha de considerarse comprendida en el apartado anterior) sino también en el momento en que el empresario por sí mismo, con o sin el auxilio de los intermediarios en el mercado de trabajo, determina las condiciones que han de poseer los candidatos a acceder a la plaza o a aquél otro en que la decisión del empresario se ha decantado por alguno de los candidatos al puesto.

²¹ Vid. STSJ Valencia 22 octubre 1998 (4513).

Se trata de un paso arriesgado, pero inequívoco: el principio de igualdad de trato y de oportunidades «se garantizará ...en el acceso al empleo» (art. 5), y en esos términos ha de leerse el resto de la reforma que la ley incorpora, en especial el crucial art. 17 reformado del ET. Se trata de un paso arriesgado, pero en absoluto falto de fundamento. En efecto, en un primer momento, en el marco constitucional español, algún recurrente alegó como elemento neutralizador de la discriminación en este punto, la libertad contractual del empresario, consagrada en el art. 38 CE y que en principio debería amparar la selección del personal que considerase apto para la realización de sus tareas en la empresa. La tesis fue contundentemente descartada por el alto Tribunal, en un razonamiento realista acerca de las formas en que opera la discriminación: «en este contexto, no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y, mucho menos, cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer» (STC 173/94, de 7 de junio, FJ 3²²). Y ha sido seguida sin discusión por la jurisprudencia ordinaria.

Y, por supuesto, existía también el importante apoyo internacional —recuérdese la expresión «en el empleo» del Convenio 111 de la OIT— y comunitario, proporcionado por la Directiva 76/207, cuyo art. 3 contiene todo un programa de acción para los Estados miembros en orden a erradicar esta forma de discriminación: «La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.

2. Para ello los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato; b) se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes; c) se revisen aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser; y que respecto a las disposiciones convencionales de esa misma naturaleza, las partes sociales sean invitadas a proceder a las oportunas revisiones».

Todo lo anterior arroja un contenido de la prohibición de discriminación en el marco laboral que se proyecta incluso al momento en que opera directamente la libertad contractual del empresario, extendiendo sus efectos de una manera que por supuesto limita esos poderes de contratación, y lo que es más importante si cabe, impone al empresario la necesidad de poseer una justificación objetiva y técnica de las razones por las que se selecciona a un trabajador y no a otro. Se impone una carga de justificación del uso de esa libertad, derivada directamente, no tanto o no solo de la ley, sino del mandato constitucional del art. 14 CE. De ese modo, sería un error entender que la prohibición de discriminar antes y en

²² Existen, por supuesto, otras resoluciones en este sentido en el ámbito constitucional, *vid.* STC 41/99, de 22 de marzo, sobre la que se volverá más tarde.



el momento de celebrar el contrato de trabajo se agota sólo en relación con la discriminación por razón de sexo.

5.1. Empleo y discriminación, supuestos asimilados

Como mandato de origen constitucional, la Ley de Igualdad sólo ha expresado una de las consecuencias de aquél mandato, referido y referible a todas las demás causas de discriminación. Así se desprende, ya se ha dicho, de la jurisprudencia constitucional en su conjunto, que expresa muy gráficamente este efecto: «(la prohibición de discriminación) se encamina derechamente a hacer transparentes, a fin de que sean ponderados por el órgano judicial en su función tuteladora del derecho fundamental, los criterios que para la selección de los trabajadores ha utilizado el empleador» (STC 41/99, de 22 de marzo).

Una transparencia que, como se sabe, se ha ido exigiendo progresivamente en relación con el resto de poderes empresariales, por lo que ahora nos interesa muy especialmente.

Y que ha de considerarse acertada en su extensión; en efecto, la discriminación en el empleo no debe considerarse agotada en el marco único de la celebración de un contrato de trabajo. Particularmente las interrupciones de la carrera laboral de la mujer por razón de embarazo o atención al cuidado de miembros de la familia (y muy especialmente las excedencias voluntarias por esta causa) constituyen un momento especialmente idóneo para la cesación de una relación laboral que se encuentra realmente en su mínimo vital y que genera serios problemas de reanudación. Por eso la declaración de nulo de los despidos en estos casos no es tanto una regla específica, sino una solución a un caso de reincorporación a la vida laboral, que podría ser muy útil para generar un precedente aplicable a otros supuestos de incorporación al trabajo. Máxime cuando la DF 11 de la LOI no contempla expresamente la excedencia voluntaria por razones parentales (art. 46.2 ET reformado) entre los supuestos que, si son abordados de forma discriminatoria, pueden generar un caso de nulidad de despido. Sobre este tema ha tenido ocasión de pronunciarse el TJCE en el caso BUSCH (sent. 27 febrero 2003 asunto C 320/2001), que legitima la actitud de una trabajadora que, con el consentimiento del empresario se reincorpora a la empresa antes de agotar su periodo de cuidado de hijos sin informarle de que se encontraba nuevamente embarazada y que por ello mismo no podría desempeñar las tareas que anteriormente desempeñaba, reforzando por tanto al máximo la garantía de reintegro al trabajo.

Pero no sólo se trata de estos casos. También se producen fenómenos vinculados a la prohibición de discriminación en el empleo en los casos de no renovación de un contrato de trabajo temporal encadenado, cualquiera que sea la opinión que sobre la licitud misma del encadenamiento contractual se tenga. En efecto, entre contrato y contrato existe un momento de desvinculación entre las partes que asimila este supuesto a la no contratación pura y simple, en el que hace especial falta la transparencia de los motivos empresariales para cortar la sucesión contractual. Y asociados con el desenvolvimiento de la relación de trabajo, la discriminación en el empleo ha de entenderse que funciona también en aquellos casos en que se generan novaciones contractuales, por ejemplo por transformación de un contrato temporal en indefinido. Ya en la jurisprudencia comunitaria, la Sentencia NIKOLOUDIS, citada, es una muestra de un supuesto como el que se menciona. Y mantiene

la misma tesis la Sentencia SARKATZIS HERRERO citada, en la que se considera contraria a la Directiva 76/207 la actitud de la Administración sanitaria española que niega, a una trabajadora que ha ganado un concurso oposición para la obtención de un puesto fijo, el cómputo de su antigüedad correspondiente a su baja por maternidad, haciéndola de peor condición que a otros trabajadores que tomaron posesión en un momento anterior y que habían obtenido su plaza al mismo tiempo que ella.

Es más, la jurisprudencia española, con todo acierto, ha extendido la prohibición a un supuesto muy frecuente en la práctica administrativa española —aunque no sólo—: las llamadas Bolsas de Contratación, en las que los trabajadores ya contratados por el ente de que se trate se ordenan de cara a una futura contratación cuando surja una nueva necesidad de contratación temporal. Pues bien, tanto la selección de trabajadores para integrar estas Bolsas, como los criterios internos de selección de que éstas se doten, normalmente negociados, han de respetar el mandato de discriminación en el contexto de la discriminación en el empleo, sin tomar en consideración, o tomándolos con la debida cautela, criterios como la antigüedad en la contratación, o aún la contratación previa, en un contexto de discriminación previo en el que las mujeres simplemente no eran contratadas, porque en ese caso el criterio elegido, aparentemente neutro, es constitutivo de una discriminación indirecta, prohibida por la ley²³.

5.2. Discriminación y empleo: las preferencias de colocación

La posibilidad de implantación por una normativa estatal, un Convenio Colectivo o aún por una práctica jurisprudencial, de medidas que establezcan una preferencia de la mujer para el acceso a determinado puesto de trabajo o profesión es admitida en general en todos los Instrumentos internacionales que han tratado de profundizar en el origen de la discriminación, su funcionamiento y sus consecuencias reales. Paradójicamente no es el caso del tan citado Convenio 111 OIT ni de la Recomendación num. 111, que hacen referencia a medidas de protección, no de promoción. Sí lo es en cambio en la Convención para la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer, cuyo art. 4 autoriza «1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer», que no serán consideradas discriminatorias, aunque «de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato». Y, tras la proclamación de este mismo principio por la Directiva 76/207 (4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las

²³ Vid. STSJ Andalucía Málaga, de 19 de abril de 2002 (2426), que admite la posibilidad de extender a estos casos la prohibición de discriminación, aunque en el caso la trabajadora no alcanzase a probar la concurrencia de indicios discriminatorios. Otra Sentencia en el mismo sentido de admitir los supuestos discriminación en el funcionamiento de las bolsas de contratación, STSJ Galicia, de 28 de septiembre de 2002 (3416), aunque nuevamente con resultado negativo para la pretensión de la trabajadora.

materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1), el art. 141 del Tratado, dedica una mención específica a esta materia: «4.—Con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales». Se trata de proclamaciones generales de licitud que, sin embargo, no han evitado la discusión sobre este tema.

En este reconocimiento progresivo las acciones positivas, que pueden revestir muchas formas más débiles, se van concretando y apuntan finalmente a las preferencias de contratación, que es un marco en el que opera una institución extremadamente controvertida, las cuotas²⁴. Una institución que ha generado una controversia sobradamente conocida en el marco comunitario a partir de la Sentencia KALANKE, que marcó la doctrina que, al menos formalmente, han seguido todas las demás. Sintetizando una jurisprudencia muy conocida que será además objeto de estudio en otros trabajos, la doctrina KALANKE se resume en el fallo de la Sentencia «Los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama». En el razonamiento faltaban matices, que justamente han constituido la aportación de la jurisprudencia posterior, aún partiendo del principio KALANKE. De este modo, en la STC 11 noviembre 1997, caso MARSCHALL, que añade a la doctrina básica una importante coda: «salvo que concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que: —dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que —tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas», cláusula de apertura que contenía la norma en examen. Es difícil predecir qué contenido ha de tener esa cláusula de salvaguardia.

La Sentencia BADECK da un corto paso más: «un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos»²⁵,

²⁴ Muy bien estudiadas entre nosotros por SIERRA HERNANZ, E., *Acción Positiva y Empleo de la Mujer*, Editorial CES, Madrid, 1999.

²⁵ Sentencia 28 marzo 2000 C-158/97

Y la Sentencia ABRAHAMSON²⁶ aporta un elemento más al conjunto: la Directiva admite «una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos».

La más clara en la exposición de la restricción implícita en la cláusula de salvaguardia es, en suma la sentencia BRIHECHE citada, que niega que la Directiva 76/207 autorice a «una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación», en que la reserva se encuentra asociada a una determinada situación de necesidad que pueden compartir por igual los hombres y las mujeres.

Como puede comprobarse a través de esta breve síntesis jurisprudencial, y con la excepción del caso BRIHECHE, mal planteado desde la instancia, la doctrina comunitaria ha diseñado un marco para la acción positiva favorable a ésta, como no podía ser menos, dada la situación del Derecho Comunitario, pero con una referencia a una cláusula de salvaguardia cuyo contenido potencial es muy difícil de definir. Ha de permitir apreciar —puesto que las preferencias suponen siempre la equivalencia de méritos, sin la cual la propia acción positiva no podría desarrollarse (sentencia ABRAHAMSON)— circunstancias no asociadas a la valía profesional del candidato preterido, «personales», es la pista que da la Sentencia ABRAHAMSON, que deshacen la virtualidad de la acción positiva, en la medida en que obligan a dejar en segundo plano el hecho de la desproporción entre hombres y mujeres en el ámbito contemplado para tener en cuenta circunstancias personales que se han contemplado a la hora de valorar los méritos. Se trata de una jurisprudencia bien contradictoria en sus desarrollos, que debería ser revisada a la luz del texto del Derecho originario, mucho más contundente y en la línea con las normas de la Convención de la ONU.

No resulta extraño, por todo lo dicho, que la ley de Igualdad se haga eco de la posibilidad de que existan preferencias de colocación a favor de las mujeres en varios preceptos. En uno, art. 11, las define en el marco de las acciones positivas como parte de esa categoría que son: «medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso», extendiendo su párrafo segundo la autorización para establecerlas también a los particulares. En relación con el marco laboral, el art. 43 de la Ley autoriza específicamente a establecerlas a la negociación colectiva²⁷. Y el nuevo apartado 4 del art. 17 ET da forma definitiva a la autorización: «la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto, podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan prefe-

²⁶ Sentencia 6 de julio de 2000, C- 407/98

²⁷ Sería su marco preferente los Planes de Igualdad, pese a que no las mencionan los arts. 45 y ss.



rencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate». De este modo, los elementos a tomar en cuenta en el marco de la acción positiva por el legislador o la negociación colectiva sólo son dos:

- la diferencia en la participación de hombres y mujeres en el ámbito concreto para el que se proyecta la acción. Una diferenciación que ha de ser «patente», cuyo requisito puede reconducirse a la noción de «presencia equilibrada» de la Disposición Adicional 1.ª de la norma.
- y la igualdad en las condiciones de idoneidad entre el candidato preterido y la trabajadora admitida.

La proporcionalidad y razonabilidad de las medidas se tendrá en cuanto se den ambos requisitos y por tanto persista la desigualdad entre los colectivos considerados. Superada esta situación, el «derecho desigual igualatorio» de la jurisprudencia constitucional se convierte simplemente en derecho desigual, y por tanto contrario al mandato del art. 14 CE, generando la nulidad de la norma que contenga la preferencia y la de sus actos de aplicación. Esta de la actualidad de la diferencia de participación es la única cláusula de salvaguarda que la ley preserva, en línea con la Sentencia del Tribunal Constitucional citada más arriba.

5.3. La discriminación en el empleo: supuestos

Responder a esta cuestión requiere plantear de nuevo el concepto de discriminación y sus rasgos en un marco en que aquél es de sobra conocido, como se ocupa de difundirlo la propia Ley de Igualdad. Por eso, vamos a centrarnos exclusivamente en la manifestación de la discriminación asociada a la contratación laboral (en las modalidades amplias que se han mencionado antes). Creo que habrá acuerdo si se dice que la discriminación en el empleo consiste básicamente en una omisión: el empresario se niega a contratar, o a renovar el contrato, o a readmitir a la trabajadora en excedencia voluntaria porque es mujer, o porque está embarazada.

En la mayor parte de los casos revestirá esa forma individualizada, en que la víctima de la discriminación es perfectamente identificable.

Y, además, bastará con esa omisión; la discriminación no requiere un término de comparación concreto, bastando con el resultado peyorativo en relación con la mujer como miembro de uno de los colectivos mencionados en el art. 14 CE. La discriminación es un concepto con un fuerte referente social. Es un problema de interrelación de grupos sociales, y como tal debe ser valorado en buena parte de los casos en que la discriminación no asuma su forma más simple, en que una mujer no es contratada para contratar a un hombre.

Por eso también puede haber discriminación cuando la contratada es otra mujer, si el motivo de la no contratación fue, por ejemplo, el embarazo de la trabajadora preterida. O cuando no se contrata a una mujer —normalmente en contemplación del embarazo de ésta— en una empresa con un alto porcentaje de mujeres trabajando en ella, lo que puede suceder en empresas con plantilla segregada. Y por supuesto, habrá discriminación incluso sin contemplar el supuesto de una mujer concreta, en empresas en las que la plantilla se encuentre totalmente masculinizada, o masculinizada en términos que desconozcan la referencia a la

«participación equilibrada» de la DA 1 de la Ley de Igualdad. O internamente segregada, de modo que las mujeres sólo sean admitidas y contratadas en determinadas categorías en las que no participan hombres —supuesto que suele estar en la base de las discriminaciones retributivas—. En estos últimos supuestos, la discriminación puede considerarse generada con la importante diferencia de hombres y mujeres en la plantilla de la empresa, sin que ésta haya adoptado medidas adecuadas para superarla, y sin que se tenga que producir necesariamente para desencadenar la acción judicial una no contratación de una mujer concreta. Ese es el caso contemplado, en la jurisprudencia ordinaria, por la Sala IV del Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de mayo de 2000 (4266). Se trataba del caso de una demanda interpuesta por un sindicato frente a una empresa en que la totalidad de la plantilla estaba integrada por hombres y no había contratado a ninguna mujer en el periodo comprendido entre julio de 1991 y julio de 1992 «y ello a pesar del compromiso alcanzado entre la citada empresa y el Comité Intercentros» en orden a propiciar la contratación de mujeres en la empresa. Y «sin que la empresa demandada haya aportado una justificación objetiva y razonable de su conducta», declarando la especial inutilidad del argumento de la exigencia de un determinado título de FP-II que muy pocas mujeres tienen y que no era objetivamente necesario dada la ínfima cualificación de los puestos ofertados —especialistas, en un caso en que tampoco se contrató a ninguna mujer por no haber ninguna con ese título—²⁸.

Precisamente la necesidad de tomar en consideración la situación de la empresa es especialmente sentida en la Ley de Igualdad, que la contempla en relación con los Planes de Igualdad y que impone a ésta el análisis de su personal desde lo que se ha dado en llamar «perspectiva de género». Y adoptar esta visión es una forma necesaria de interpretarla.

5.4. Discriminación y empleo: las justificaciones

Tan importante como proclamar la prohibición de discriminación en el acceso al empleo es, por supuesto, evaluar el peso relativo que tiene en el marco de la negativa empresarial la motivación que ha conducido a la no contratación de la mujer.

Al respecto, la jurisprudencia comunitaria da testimonio de unos criterios de evaluación extremadamente rígidos en lo que hace a la valoración de los intereses empresariales que pueden oponerse a la fuerza de la discriminación por razón de sexo. Como muestra pueden citarse varias Sentencias:

- a) la Sentencia BUSCH, ya citada, que rechaza la legitimidad de la argumentación empresarial para despedir a la trabajadora con base en que no le había notificado su embarazo y que ese embarazo le iba impedir realizar las tareas propias de su puesto de trabajo. El argumento del TJCE es tan conciso como drástico: «44 En cuanto a las consecuencias económicas que puedan deducirse para el empresario de la obligación de reincorporar a su puesto de trabajo a una mujer encinta que no podría cumplir, durante la duración del embarazo, la totalidad de las tareas relacio-

²⁸ Otro caso extremadamente interesante, de plantilla desproporcionadamente masculinizada con exigua contratación de mujeres, temporales y a tiempo parcial en un servicio de limpieza viaria, en STSJ País Vasco de 30 enero 2001 (957).

nadas con su empleo, es preciso recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el perjuicio económico padecido por el empresario no puede justificar una discriminación por razón de sexo ²⁹

- b) la Sentencia DEKKER, de 8 de noviembre de 1990, en un caso en que la actora había sido declarada apta para acceder a un empleo de educadora de adultos pero se encontraba embarazada, y el empresario rechaza la contratación argumentando que «no hubiera podido conseguir que el Risicofonds le devolviera las prestaciones diarias que estaría obligado a abonar a la interesada durante su baja por maternidad y que, sin embargo, se hubiera visto obligado a contratar un sustituto. Esta situación se explica por el hecho de que, por una parte, el régimen nacional de que se trata asimila el embarazo a la enfermedad y, por otra parte, el Ziekengeldreglement no contiene ninguna disposición que excluya el embarazo de los casos en que el Risicofonds está facultado para denegar la devolución de las prestaciones diarias». Pese a la realidad de la argumentación del empresario desde el punto de vista económico, estima el Tribunal que vulnera el principio de igualdad si «si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata, cuando esta negativa de contratación se basa en las eventuales consecuencias, perjudiciales para el empresario, que se seguirían de la contratación de una mujer embarazada y que tienen su origen en normas promulgadas por las autoridades públicas en materia de incapacidad laboral que asimilan la incapacidad para ejercer una actividad por causa de maternidad a la incapacidad para ejercer una actividad por causa de enfermedad.

Y nuestra jurisprudencia no le ha ido a la zaga aportando nuevas justificaciones potenciales que quedan deslegitimadas en el contexto de la prohibición que se analiza ³⁰.

- a) las exigencias de formación profesional que no se hallaban claramente explicitadas en la convocatoria se consideran un supuesto de discriminación indirecta en la ya citada STS de 4 de mayo de 2000 (4266) ³¹, «(pues) el título de Formación Profesional 2 exigido por la Empresa para acceder a tal contratación de especialista excede de las previsiones del Convenio Colectivo...que efectivamente no exige ninguna titulación para ello...y aunque tal exigencia afecte formalmente por igual a hombres y mujeres, resulta desproporcionada —dada la mínima cualificación de la categoría— y perjudicial para el colectivo femenino, que por razones socio-económicas no suele poseer tal título; siendo significativo que la propia Sentencia de instancia...expresa que “son escasas” las mujeres que lo tienen. Y, en todo caso, la empresa no ha aportado ninguna prueba objetiva y razonable de tal exigencia».
- b) también son discriminatorias las exigencias de antigüedad en la contratación o experiencia en el puesto de trabajo generadas en un contexto en que la empresa no

²⁹ En el mismo sentido sentencia MAHLBURG, de 3 de febrero de 2003 para un caso muy semejante

³⁰ Aunque no falta alguna resolución que se opone abiertamente a las tesis comunitarias, como la STSJ Galicia de 28 de septiembre 2002 (3416), en un caso en que no llamada una trabajadora encinta, primera en la bolsa de contratados, porque se hallaba embarazada y el trabajo que debía prestar suponía el manejo de elementos radiactivos.

³¹ Reitera su doctrina la STSJ Cantabria 14 noviembre 2005 (3000).

- tenía mujeres contratadas, supuesto en que la discriminación indirecta se hace patente para la STSJ Cantabria de 6 de septiembre de 2006 (2633).
- c) y no justifican la discriminación las contrataciones de mujeres de forma testimonial, en número mínimo y a tiempo parcial en el marco de una empresa dedicada a la limpieza viaria, que arguye que este trabajo, como otros, suele estar desarrollado por hombres y las mujeres no suelen solicitarlo (STSJ País Vasco, de 30 de enero de 2001 (957)).
- d) tampoco justifica la no contratación el hecho de que la trabajadora solicite el ingreso en la empresa antes de que hayan transcurrido las 6 semanas posteriores al parto de disfrute obligatorio. En opinión de la Sala este es un derecho a ejercer con plenitud en el marco de la prestación de trabajo. Fuera de ella, es la mujer la que, atendiendo a sus circunstancias personales y de salud, puede decidir cuando interrumpir el descanso, sin que le pueda ser impuesto por la empresa contratante (STSJ Andalucía Sevilla 10 julio 2002 (1476)).

En síntesis, la justificación «objetiva y razonable» de la no contratación de una mujer por el hecho de serlo o por estar embarazada ha de buscarse en el ámbito del más estricto de los escrutinios, que incluso descarta los argumentos de pura razonabilidad económica como lo son el que la trabajadora no pueda desarrollar temporalmente el trabajo para el que se le contrata³².

5.5. La discriminación y el empleo: medios de reacción

La reacción judicial

La primera afirmación a hacer en este ámbito consiste en subrayar que, por regla general, en la inmensa mayoría de los casos la respuesta judicial ha de ser residenciada ante el Orden Social de la Jurisdicción, al tratarse de una materia estrechamente integrada en la

³² Resulta extravagante en esta línea jurisprudencial cuyo fundamento es inobjetable la STSJ Cantabria de 6 de septiembre de 2006 (2633), que declara razonable y proporcionada una conducta de la empresa que, en el contexto de un acuerdo alcanzado con el Comité de Empresa para hacer fijos a trabajadores temporales, realiza una oferta de empleo pública exigiendo experiencia en la empresa y más concretamente en las tareas del puesto de trabajo, de modo que, aunque habían presentado su candidatura al puesto 6 mujeres, fueron contratados hombres, ninguno de los cuales acreditó tener experiencia en las tareas del puesto de trabajo (manejo y cargue de cloro), que se había admitido que podían desarrollarlo por igual hombres y mujeres. A la vista de los hechos, la Sala estima que el acuerdo suscrito entre empresa y Comité se basaba en el principio de estabilidad en el empleo y «habrá que entender que...el objetivo (era) legítimo y, asimismo, que el medio utilizado para alcanzarlo, esto es, exigir el requisito de estar en posesión de experiencia profesional, en el contexto negociador expuesto fue proporcionado, lo que nos conduce a descartar que en el compromiso alcanzado entre la citada empresa y el comité existiera una intención discriminatoria encubierta...y, consecuentemente, el comportamiento empresarial al ejecutarlo no puede considerarse lesivo» del art. 14 CE. El acuerdo, en efecto, podía ser legítimo, pero en el contexto del caso, no tener en cuenta que había habido una oferta pública de empleo y que no se había respetado por la empresa la exigencia de experiencia profesional en los contratados, supone desechar dos elementos claves para generar indicios de discriminación, y para exigir del empresario la misma «transparencia» en los criterios de selección que, paradójicamente, la propia Sentencia enuncia como consecuencia básica de la prohibición de discriminación.

«rama social del Derecho» del art. 1 de la LPL, para cuya existencia, como es sabido no es imprescindible la previa existencia de un contrato de trabajo. La segunda es que, dada la forma en que comúnmente opera la discriminación en el empleo —preterición de una trabajadora a favor de otra u otro trabajador— la presencia en el proceso de los trabajadores preferidos se hace imprescindible o, cuanto menos, la llamada al proceso de dichos trabajadores, afectados principalísimos por las consecuencias de la Sentencia que se dicte, en caso de ser ésta favorable a la actora. La tercera, como puede deducirse de todo lo dicho hasta ahora, que las legitimaciones colectivas son especialmente adecuadas en relación con estos procesos en casos en que la discriminación posea un ámbito de este carácter, alcanzando en este ámbito una especial relevancia la posibilidad que deja abierta el art. 12.2 de la LOI.

Dicho lo anterior, hay que subrayar que, en el ámbito del OSJ, existe una pluralidad de procedimientos que han demostrado su aptitud para servir de cauce a estas reclamaciones:

- desde luego, el proceso ordinario, en su carácter general, con las adaptaciones probatorias derivadas de la naturaleza de la pretensión ejercitada y que recoge expresamente la LPL:
- más adecuado puede ser el cauce del proceso de tutela de los derechos fundamentales, particularmente con el reforzamiento del contenido de éste generado en la propia Ley de Igualdad a través del enriquecimiento de sus posibilidades en el ámbito indemnizatorio (art. 181 LPL).
- el proceso de conflicto colectivo puede resultar especialmente útil —y ha demostrado serlo en la jurisprudencia española— en relación con aquellos casos en que la discriminación se manifiesta como una política consolidada de la empresa, en la que no hay víctimas concretas porque todas las mujeres lo son.
- y el proceso de oficio, en los términos establecidos en el modificado art. 146 LPL (DA 13 LOI)

Todos los procesos citados plantean, en mayor o menor grado, la dificultad de acreditar la existencia de una discriminación, sobre todo en los casos en que la mujer es discriminada con contratación de otra mujer, en las discriminaciones indirectas o en los supuestos en que la plantilla de la empresa esté patentemente masculinizada —no tanto en el caso de la STS 4 mayo 2000, que ciertamente era un caso límite—. Los problemas de prueba de este tipo de comportamientos son difíciles de superar, como en general en todos los casos de discriminación, y, si cabe, aún más, en la medida en que la omisión empresarial no suele estar motivada al no haber norma que se la imponga. Este es el sentido del art. 13 LOI, que trata de implantar directamente una inversión de la carga de la prueba en materia de discriminación por razón de sexo —recuérdese que la obligación de alegación y prueba que pesa sobre el empresario descansa en «alegaciones» de la parte actora que afirma haber sufrido una discriminación—. Alegaciones, no pruebas, ni siquiera de indicios. Es cierto que el texto del art. 13 de la LOI no ha sido transplantado a la LPL —como sí lo ha sido a la LEC y a la LJCA DDAA 5.^a y 6.^a LOI—, pero ello no es óbice para entender derogados los diversos preceptos que se sostienen en la prueba de indicios por oposición a lo dispuesto en el art. 13 mencionado.

En cualquier caso, sea lo que fuera de la solución que se adopte por los Tribunales en lo relativo a la distribución de la carga de la prueba, incluso si se mantiene la vigencia de la prueba de indicios, habrá que convenir en que la prohibición de discriminación por ra-

zón de sexo en materia de empleo hace especialmente necesario exigir esa «transparencia» en los criterios de selección que con todo acierto ha ido destacando nuestra jurisprudencia ordinaria y constitucional y de la que hemos hablado antes³³. Haciendo transparentes esos criterios y demostrando su carácter racional y ajeno a la discriminación denunciada es como se salvaguarda la posición procesal del empresario.

En relación con la dinámica de la prueba de indicios —en mi opinión ya superada— lo que no debe admitirse es la excesiva dureza a la hora de determinar qué son suficientes indicios, no imponiendo exigencias equivalentes a la prueba plena, debiendo descartarse interpretaciones como ésta del TSJ Andalucía-Málaga de 19 de abril de 2002 (2426): debe distinguirse «entre la aportación de elementos probatorios suficientes para ser tenidos como prueba del indicio exigido para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, y las que simplemente suponen meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como es el de invertir la carga de la prueba». No es sostenible esta tesis porque simplemente no se invierte la carga de la prueba en nuestro sistema, sino que se impone al empleador alegar y probar las razones de su comportamiento, no siempre explícitas aunque sean lícitas. El principio de prueba exigido en la LPL está fundado más en la generación de una apariencia de buen derecho de las alegaciones de la demandante que en pruebas no siempre posibles en el sentido técnico del término.

Finalmente, éste que analizamos es un campo abonado especialmente para la utilización de informes estadísticos —el auxilio de expertos es especialmente valioso en casos como éstos, en especial de organismos competentes en materia de defensa de derechos de la mujer— como prueba de la concurrencia de discriminación. En ocasiones, como las citadas más arriba, la evidencia se impone con sólo considerar la absoluta masculinización de la plantilla. Pero, como bien pone de manifiesto el Tribunal Superior de Cantabria, en su Sentencia de 14 de noviembre de 2005 (3000) «la prueba estadística (porcentaje hombres/mujeres afectados por una medida) opera como presunción de que existe una intencionalidad discriminatoria. Existen dos posibilidades de atender al número de hombres y mujeres contratados por la empresa —estadística intra-empresarial— o a los suficientemente cualificados para el trabajo en el área cercana —estadística extraempresarial—. Se corresponden tales criterios con los “pass rates” o “flow statistics” y “stock statistics” del derecho norteamericano».³⁴

Uno de los problemas más relevantes que plantea la reacción judicial a las discriminaciones en la contratación es, precisamente, el contenido de la Sentencia en aquellos procesos en los que, salvo conflictos colectivos y en cierta medida oficio, además de declarar la existencia de discriminación es posible deducir sus consecuencias sobre la posición jurídica de la parte actora. Sobre el particular no existe una línea uniforme, ni la impone tampoco la LOI, que, adoptando una fórmula que las Directivas comunitarias han reiterado des-

³³ Creo que es preciso hablar sobre las dos posibilidades de distribución de la carga de la prueba, también de la prueba de indicios, por la imprevisibilidad de la posición judicial, ante la compleja redacción del art. 13 de la LOI.

³⁴ Una visión general de esta problemática en relación con la acción positiva en SIERRA HERNÁIZ, E., *op. cit.*

de el principio, sostiene que «los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias» (art. 10). Dejando el sistema sancionador para más adelante, la LOI prevé dos soluciones posibles, y no incompatibles entre sí: la nulidad de los actos y las indemnizaciones procedentes.

Lo que sucede es que, como tantas veces se ha dicho, la no contratación es una omisión, y resulta difícil anular las omisiones. El TC lo ha intentado con una fórmula que podría extenderse para la interpretación del art. 10 LOI: equiparar los efectos de la discriminación a los de un despido nulo por vulneración de un derecho fundamental (SSTC 173/94 y 166/1988). Y algún Tribunal de Justicia ha seguido esta tesis³⁵, afirmando que «puesto que la referida conducta prohibida ha tenido como consecuencia crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental».

Esta fórmula es la que más se aproxima al elenco de propuestas vinculantes del art. 3 de la Directiva 76/207 y desde luego entiendo que es plenamente operativa en los casos en que la discriminación se ha limitado a la no contratación de una trabajadora determinada. Pero presenta problemas en el caso en que haya terceros afectados. Y en este problema han embarrancado las tesis de nuestros Tribunales ordinarios, que se han decantado unas veces a favor del reconocimiento de indemnizaciones a la trabajadora afectada³⁶; en tanto que otras se plantean el tema y descartan expresamente que la solución al caso fuera la contratación de las trabajadoras demandantes pues «si precisamente lo que se pretende es la igualdad entre trabajadores de ambos sexos, el derecho de estas mujeres en la materia no puede ser de mejor condición que el que corresponde al resto de solicitantes de trabajo» en la misma oferta pública³⁷. Como se ha visto, el art. 10 LOI admite que la respuesta frente a la discriminación puede ser indemnizatoria, pero eso significa que los Tribunales han de tomarse especialmente en serio esta respuesta y su cuantía, a fin de que sean «reales (y) efectivas», compensando en la actualidad los daños sufridos y previniendo conductas futuras de discriminación. En este sentido, puede sugerirse el cálculo de las indemnizaciones

³⁵ En una Sentencia extraordinariamente bien fundamentada, STSJ Andalucía-Sevilla de 8 de julio de 2003 (9).

³⁶ *Vid.* sTSJ Valencia 22 octubre 1998, que confirma parcialmente la Sentencia de la instancia, y la ratifica en lo que respecta a la condena a la empresa a abonar una indemnización de 415.030 ptas; STSJ Cantabria 14 noviembre 2005 (3000) con un fallo más complejo: «condenamos al cese inmediato de la empresa demandada en la actitud de atentado en el acceso al empleo por razón de sexo aplicando el Convenio en su art. 18 en cuanto a la acción positiva y la subsidiaria de que se considere como candidata en reserva a la trabajadora que superó las pruebas, incluida la psicotécnica, y fue excluida en la entrevista personal, para su contratación preferente en las nuevas contrataciones previstas para los años 2005 y 2006» y a «que se reparen las consecuencias derivadas de dicha conducta de atentado al principio de igualdad en el acceso al empleo mediante el abono de una indemnización, que se fija en 1202,02 euros» cuyo cálculo no se justifica.

³⁷ STSJ País Vasco 30 enero 2001 (957).

sobre la base de las que nuestro ordenamiento prevé para el despido disciplinario improcedente.

La sanción administrativa fundada en estas conductas

La LOI ha sido consciente de la importancia que puede llegar a tener la intervención de la potestad sancionadora administrativa en el marco de las conductas generales de discriminación, así se desprende de la delimitación y precisión de los nuevos apartados de los arts. 7 y 8 de la LOISOS contenida en la DA 14 de la LOI. En cambio, no parece que lo haya sido tanto, o que haya actuado tan cuidadosamente, a la hora de precisar los términos en que juega cuando la discriminación se ejecuta antes de que el contrato de trabajo haya llegado a celebrarse y, por tanto, no exista «empresario» al que imputársela. Este es un obstáculo que parece imponerle la propia LISOS en la parte no reformada (art. 2) que declara responsable «en particular» al «empresario en la relación laboral» (apartado 1) y en la propia tipificación de la sanción cuando refiere las decisiones al «empresario» (art. 8.12 modificado por la DA 14 LOI); una noción que, si se anuda al concepto que da del mismo el art. 1.2 ET generaría el paradójico efecto de dejar sin sanción estos comportamientos, de cuya gravedad no cabe duda.

Sin perjuicio de estas discordancias legales, estimo que hay que interpretar la LOI buscando su «efecto útil», y no conduciéndola al absurdo. En el conjunto de nuestro ordenamiento la noción de empresario no siempre se vincula con la celebración de un contrato de trabajo. Empresario es también un sujeto del mercado de trabajo caracterizado por requerir la celebración de contratos de trabajo para llevar a cabo su proyecto productivo. Así lo contempla la propia LISOS en otros preceptos, por ejemplo en el art. 8.2 cuando declara la condición de infracción muy grave de la cesión de trabajadores, en la cual existe por lo menos un empresario que no lo es realmente. Y lo remacha en el art. 2.1.3, cuando declara sujetos responsables en materia de empleo a «los empresarios», siendo así que muchas de las infracciones tipificadas no tienen como presupuesto inmediato la celebración de un contrato de trabajo. En este contexto forzosamente amplio es donde tiene sentido el art. 8.12 de la LISOS, que señala al empresario —entendido en sentido amplio— cuyas decisiones pueden constituir discriminaciones, al contratar, o al dejar de hacerlo, a una trabajadora protegida por el mandato inequívoco de la Ley de Igualdad.