

INTERMEDIACIÓN E IGUALDAD ENTRE SEXOS TRAS LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

*Inmaculada Benavente Torres\**

RESUMEN:

*La Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha puesto en actualidad el papel de la intermediación como garante de la igualdad otorgándole una función de vigilancia especial respecto de las ofertas discriminatorias por razón de sexo. Es necesario precisar la dimensión de dicho deber, su posible extensión a los restantes sujetos que realizan labores afines a la intermediación, así como el análisis y delimitación de la oferta discriminatoria. Respecto de esto último, es de destacar el estudio de los límites de la excepción de buena fe ocupacional; la selección de trabajadores puesto en relación con el embarazo, puerperio y lactancia; el lenguaje sexista en la oferta de empleo; y la posibilidad de reserva de empleo a favor de la mujer. Finalmente se abordan las consecuencias de la mediación discriminatoria, tanto desde la perspectiva sancionadora como judicial.*

PALABRAS CLAVE:

*Intermediación y figuras afines. Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Acceso al Empleo. Oferta de discriminatoria de empleo. Jurisprudencia del TJCE.*

- \* Profa. Titular E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba • dt1betoi@uco.es

## ABSTRACT:

*The Organic Law 3/2007, for the effective equality of women and men has revealed the role of the intermediation as guarantee of the equality, giving to the intermediation a function of special alertness on the discriminatory offers because of sex. It's necessary to make concrete the limits of the above mentioned duty, the possible extension to the remaining subjects that realize related labours to the intermediation, as well as the analysis and delimiting of the discriminatory offer. Respect of the above mentioned, it's necessary to emphasize of the study of the limits of the exception of good occupational faith; the workers' selection put in relation with the pregnancy, puerperio and lactation; the sexist language in the offer of employment; and the possibility of reservation of employment in favour of the woman. Finally, the consequences of the discriminatory mediation, appear from the judicial and sanctioning point of view.*

## KEY WORDS:

*Intermediation and related figures. Organic Law 3/2007 for the effective equality of women and men. Access to the employment. Offers of discriminatory of employment. Jurisprudence of the court of TJCE.*

## 1. LA INTERMEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE IGUALDAD

Regulada en las últimas décadas por la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, la colocación e intermediación laboral se rige actualmente por la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Pero, ¿qué debe entenderse por intermediación laboral? Podemos partir de la definición legal que se recoge en el art. 20 de la citada L. 56/2003. Dispone dicho precepto que 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, con la finalidad de proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades.

Aún cuando normalmente intermediación y colocación se utilizan como términos equivalentes<sup>1</sup>, cabría hacer distinciones entre los mismos. Así se ha apuntado que

---

1. Tal y como hace, por considerar equivalentes la definición de intermediación del art. 20 L. 56/2003 –finalidades de la intermediación– con la precedente definición –finalista– de la política de colocación del art. 38 LBE: G.M<sup>a</sup> SOBRINO GONZÁLEZ, “La política de colocación”, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 56 a 59.

la L. 56/2003 aporta implícitamente una distinción entre ambos conceptos, de manera que la intermediación es sólo una fase previa a la de colocación, cuya finalidad es precisamente que se concluya ésta última, aún cuando la intermediación propiamente dicha se consuma con la puesta en contacto del trabajador y el empresario (art. 20). Consiguientemente, la colocación del trabajador entraña una visión más amplia que la de la intermediación, que es sólo una de las actuaciones que la componen<sup>2</sup>.

Si bien es cierto que la intermediación por definición viene tendencialmente a satisfacer los intereses de ambas partes puestas en contacto, y si tampoco puede negarse que cumpla una función económica de facilitación y hasta de garantía de obtención de una materia prima esencial para la actividad empresarial, tampoco parece que quepa duda que la función esencial de la intermediación laboral sólo puede explicarse desde su perspectiva social y, más específicamente, como medio de consecución de la igualdad real y efectiva del individuo y de los grupos en que éste se integra (arts. 1.1, 9.2, 14, 35.1 y 40.1 CE). Estos derechos, valores o principios, pueden

- 
2. AAVV –coords. J. Vida, J.L. Monereo y M<sup>a</sup>D. García-, “Los servicios públicos de empleo”, en AAVV –coord. C. Molina Navarrete-, “Empleo y Mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos”, ponencia colectiva de las XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, CARL, Mercablum, Sevilla, 2005, pág. 116.

Entonces, intermediación y colocación no tienen un contenido idéntico. Y pese que hemos partido de la L. 56/2003, realmente tal delimitación finalista es mucho más antigua y extendida (vid.: J.L. Lázaro Sánchez, “La intermediación en el mercado de trabajo”, CARL, Mercablum, Sevilla, 2003”, cit., págs. 45 y ss). ¿Qué define a la intermediación frente al concepto más amplio de colocación?. Puede decirse que la intermediación laboral es la mediación realizada en el mercado de trabajo dotada de un régimen jurídico propio (J.L. Lázaro Sánchez, “La intermediación ...”, cit., pág. 111). Por el contrario, la colocación tiene un contenido mucho más amplio; el objetivo de la colocación es conseguir que los trabajadores en paro consigan un puesto de trabajo, por tanto es necesario desarrollar un conjunto de actividades para la consecución de tal objetivo y que componen esa política o concepto de colocación: intermediación, formación, orientación, selección, información, estadísticas, estudios de mercado de trabajo, etc.... Y estas actividades van encaminadas a la colocación en su sentido más amplio, es decir, engloba el trabajo por cuenta propia. Por otra parte, y sobre todo para lo que ahora nos interesa, un sector doctrinal ha destacado que cuando hablamos de colocación el objetivo fundamental es la colocación obrera, de manera que su centro de atención se dirige al desempleado, en tanto la intermediación, es decir, la puesta en contacto de la oferta y la demanda, satisface las necesidades de ambas partes del contrato (J.L. Lázaro Sánchez, “La intermediación ...”, cit., págs. 112, 113, 116, 130. Véase también en: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y J.L. LAZARO SÁNCHEZ, “La intermediación”, en AAVV –dir. M.C. Rodríguez-Piñero Royo-, “Lecciones de Derecho del Empleo”, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 100 a 104).

considerarse prevalentes sobre el derecho de libertad de empresa (art. 38 CE) puesto en relación con este concreto instrumento de la política de empleo y justificar, consiguientemente, límites a la libre contratación y selección del trabajador<sup>3</sup>.

Como puede apreciarse desde los orígenes de la institución hasta la fecha, en términos generales la mediación pública en la colocación responde a un principio de igualdad real y efectiva que no se vería suficientemente garantizado a través de la intervención de sujetos privados aún sin ánimo de lucro. Como tampoco a través de vías informales de puesta en contacto<sup>4</sup>; éstas solas, fundadas en gran medida en las redes sociales del trabajador, no harían sino contribuir al mantenimiento del status quo interclases sin permitir, desde una perspectiva más amplia, una intervención distributiva en el mercado de trabajo. Y explica la imperatividad de la existencia de un servicio público y gratuito de intermediación laboral, lo que desde luego no tendría pleno sentido desde una perspectiva puramente economicista.

Si nos remontamos a la evolución histórica de la institución en nuestro país, y sin pretensiones de su análisis exhaustivo, creemos, que la afirmación precedente queda suficientemente contrastada por ser elementos constantes en el devenir de la regulación de la intermediación, la tutela más o menos incisiva de la igualdad y prohibición de discriminación así como la gratuidad del servicio. Y tampoco nos es desconocida en el marco de la intermediación la previsión de límites a la libertad empresarial de elección de la contraparte como instrumento de tutela reforzada de dicha igualdad real<sup>5</sup>.

- 
3. Por todos: J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y J.L. GIL y GIL, "Los derechos constitucionales del empresario", en AAVV, "El modelo social en la Constitución española de 1978", MTAS, 2003, págs. 370 y 371.
  4. En gran medida nuestro mercado de trabajo opera a través de prácticas informales (anuncios, contactos personales, conocimiento previo, etc) o consuetudinarias (autocandidatura, proximidad y accesibilidad a la información sobre puestos vacantes, etc) (F. ALEMÁN PÁEZ, "Lecciones de Derecho del Trabajo. Concepto, fuentes y contenido del contrato de trabajo", Servicio de publicaciones de la UCO, Córdoba, 2007, pág. 279).
  5. Lo que es propio de un modelo de política de colocación intervencionista puro, pero que por ponerse al servicio de derechos fundamentales no puede considerarse rígido e inoportuno (G.Mª SOBRINO GONZÁLEZ, "La política ...", cit., pág. 68); F. VALDÉS DAL-RÉ, "Servicios públicos de empleo y contratación laboral", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983, págs. 195 y 196).

En sus orígenes, la contratación fue fruto de los contactos directos e informales entre las partes del contrato. A ello se siguió el desarrollo de las agencias privadas de colocación con fines lucrativos, que se ampararon en la legislación civil y mercantil. El principal problema de la ausencia de intervención

En la normativa internacional, concretamente, en la normativa de la OIT precursora e informadora de la nacional, también puede advertirse claramente tal orientación o finalidad del servicio público de empleo. Su origen está justificado por los comportamientos abusivos de las agencias privadas, primeros intermediadores que

---

pública en la colocación del trabajador estribó en que de facto los trabajadores quedaban sometidos a las condiciones abusivas impuestas por estas agencias. La intervención pública tuvo su aparición con la creación de bolsas de trabajo, como es la del RD de 12 de junio de 1919, sobre constitución de bolsas de trabajo en las Cámaras Agrícolas, creadas como centros de colocación por las Cámaras Agrícolas oficiales y que preveía su funcionamiento por medio de una Junta constituida por un número igual de patronos y obreros de la localidad. Su actividad era gratuita, sometida a control por parte de la Administración y su labor estaba encaminada a poner en contacto la oferta y la demanda, estableciendo comunicación con tales fines con las demás bolsas de trabajo, formar el censo de obreros agrícolas y estadísticas de parados, y realizar cuantos servicios se les encomiende por el Ministerio de Fomento en relación con sus funciones. Y repárese, la tutela frente a la discriminación se aprecia ya en esta fase incipiente, de manera que se indica por la citada norma que la atención de las solicitudes de empleo se procurará hacer por orden cronológico, a fin de excluir cualquier trato de preferencia injustificada (vid.: AAVV, "La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936", Congreso de Diputados, Madrid, 1987, págs. 229 y ss.. Consúltese, para mayor información en: A. Martín Valverde, "La formación del Derecho del Trabajo en España", en AAVV, "La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936", Congreso de Diputados, Madrid, 1987, págs. XCI y ss).

La intervención pública en el mercado de trabajo se hace mucho más importante en la segunda República, destacando en el campo de la intermediación L. de Colocación Obrera de 1931. Se crea así un Servicio Público de Empleo que interviene en la colocación, nacional y gratuito y se prohíben las empresas comerciales de colocación. No obstante, ello no supone la superación de la lógica de un mercado libre, de manera que se mantiene la licitud de la puesta en contacto al margen de las oficinas de colocación, el respeto al principio de libertad de elección entre los trabajadores, y el carácter no vinculante de la propuesta del servicio público. Para prevenir las discriminaciones se exigía su actuación neutral, guardando el mayor respeto a las ideas políticas, sociales y religiosas de los obreros y patronos, y como apuesta firme –y añadida– para ello, se previó la posibilidad un régimen de colocación numérica alternativo, en el que empresarios y trabajadores quedaban obligados a aceptar las propuestas de la oficina de colocación en riguroso orden de inscripción. Por otra parte, las oficinas de colocación no podían informar acerca de situaciones de demanda o de oferta que estuviesen en contradicción con las leyes sociales, los acuerdos de los organismos paritarios o de las normas corporativas del trabajo (véase: A. Martín Valverde, "La formación del Derecho del Trabajo en España", cit., pág. XCIII. Consúltese en la misma obra, págs. 820 y ss).

Durante la etapa franquista y así como en parte de la democrática, hasta el RD-L 18/93, la intermediación pública en el mercado de trabajo se hace mucho más incisiva, siendo calificable como un modelo decididamente intervencionista caracterizado por el monopolio público en la colocación aún cuando progresivamente se introducen algunos elementos limitadamente flexibilizadores. Ello no suponía poner en juego la libertad empresarial de contratación, dado que era posible una solicitud genérica a la oficina de empleo y la contratación libre por el empresario. Así es, el empresario tiene garantizada la libertad de elección entre los trabajadores inscritos en las Oficinas de Empleo (art. 5 L 10-2-1943, LCO, y posteriormente el art. 42.4 LBE). No obstante, se reconocen dos límites: uno, la posibilidad de establecerse preferencias de colocación en las disposiciones legales y reglamentarias (art. 5 L 10-2-1943, LCO y art. 56 D. 1254/59, de 9-7, y en normas posteriores como art. 13 LRL, y art. 17.2 y 3 ET); otro, el principio de igualdad y de no discriminación (art. 17.3 ET.).

actuaban en un régimen de plena libertad<sup>6</sup>. Pero incluso bajo la línea más tolerante con las agencias privadas de colocación, y siempre bajo la prevalencia y obligatoriedad del sistema público de colocación se mantienen, por supuesto, algunas garantías de protección de los derechos de los trabajadores, de manera que los Estados deberán velar por el respeto del derecho a la igualdad y no discriminación, la protección de los trabajadores migrantes, protección de los menores, prohibición de cobro de honorario o tarifa a los trabajadores –no a los empresarios–, derecho a la privacidad, etc<sup>7</sup>.

6. G.M<sup>a</sup> SOBRINO GONZÁLEZ, “La política de colocación”, cit., pág. 219 y ss.

7. Puede consultarse la evolución histórica de la normativa de la OIT respecto de las agencias privadas de colocación en: AAVV –coords. J. Vida, J.L. Monereo y M<sup>a</sup>D. García–, “Los servicios públicos de empleo”, en AAVV –coord. C. Molina Navarrete–, “Empleo y Mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos”, cit., págs. 118 a 124. Distinguen los citados autores dos grandes etapas en la evolución del marco jurídico de los servicios de empleo en la OIT. En la primera, la OIT orienta sus preferencias hacia la estatificación de los servicios de empleo, si bien las recomendaciones de prohibición a los Estados se limitan a las agencias retribuidas de colocación, permitiendo aquéllas que actúen de forma gratuita [Recomendación 1 y Convenio n<sup>o</sup> 2 sobre desempleo, de 1919; Convenio n<sup>o</sup> 9 sobre colocación de la gente del mar de 1920; Convenio n<sup>o</sup> 34 y Recomendación n<sup>o</sup> 42 sobre agencias retribuidas de colocación, de 1933 –admitiéndose en éste las agencias retribuidas sin fines lucrativos que son aquéllas que sin buscar un beneficio material, perciben del empleador o del trabajador un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera–. En una segunda etapa se abre una línea más tolerante con las agencias privadas de colocación, si bien mantiene la prevalencia el sistema público de colocación sobre el privado. Aquí se engloban: el Convenio n<sup>o</sup> 88 y la Recomendación n<sup>o</sup> 83 sobre servicios de empleo, de 1948; y el Convenio n<sup>o</sup> 96, de 1949, sobre agencias retribuidas de colocación, que revisa el antes mencionado Convenio n<sup>o</sup> 34. A partir de ahora se deja a los Estados la libertad de elegir entre: a) la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos; b) la reglamentación de todas las agencias retribuidas de colocación con o sin fines lucrativos, que serán consiguientemente admitidas bajo supervisión oficial. Actualmente se mantienen vigentes el Convenio n<sup>o</sup> 88 y su Recomendación, y el Convenio n<sup>o</sup> 181 y su Recomendación 188, de 1997, que vino a revisar el Convenio 96, así como el Convenio 179, de 1996, sobre la colocación y la contratación de la gente de mar. Es de destacar que en el Convenio n<sup>o</sup> 181 se aboga con mayor claridad por un modelo de cooperación entre las agencias de empleo tanto públicas como privadas –y éstas con o sin fines lucrativos–, ampliando la visión de sus funciones que pasan de la mera puesta en contacto de la oferta y la demanda, a la puesta a disposición de una empresa usuaria, como a otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo y determinados por la autoridad competente. Finalmente se introducen algunas garantías de protección de los derechos de los trabajadores, de manera que los Estados deberán velar por: el respeto del derecho a la igualdad y no discriminación, la protección de los trabajadores migrantes, protección de los menores, prohibición de cobro de honorario o tarifa a los trabajadores –no a los empresarios–, derecho a la privacidad, y derechos colectivos. También el art. 1 de la Carta Social Europea de 1961 proclama el deber de mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores, como la Decisión de la Comisión, de 22 de octubre de 1993 mantiene dicha gratuidad respecto de el acceso y utilización de la Red EURES (A. MONTOYA MELGAR y R. CRISTÓBAL RONCERO, “Comentario a la Ley de Empleo”, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 128).

Desde el prisma de esta vocación genérica de la intermediación como garante de la igualdad real del individuo en un Estado social y democrático de Derecho (vid. Art. 22.3 L.E), que reconoce entre sus valores fundamentales la justicia y la igualdad, que atribuye a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que aquélla sea efectiva (arts. 1.1 y 9.2 CE), entre otros modos a través de una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), que prohíbe la discriminación, entre otras, por razón de sexo (art. 14 CE), que reconoce el derecho al trabajo sin que pueda hacerse en ningún caso discriminación por razón de sexo (art. 35.1 ET)... una Ley transversal, como es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no podía obviar el tratamiento específico de la intermediación en el mercado de trabajo<sup>8</sup>.

Enmarcada la intermediación implícitamente en el más amplio ámbito de la igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo (art. 5 LOI), se aborda particularmente a través de la Disp. Adic. 17ª LOI, mediante la introducción de un nuevo art. 22 bis en la L 56/2003, de 16-12, Ley de Empleo. La relación entre ambos preceptos es de género-especie, apreciándose tal carácter no sólo en relación a su contenido sino también en relación a los sujetos a que va dirigido. En cuanto al contenido, la relación de género-especie se evidencia en el ámbito material del precepto, que abarca tanto el empleo privado como el público, y junto al acceso al empleo, también al trabajo por cuenta propia, la formación profesional, la promoción profesional, las condiciones de trabajo, afiliación y participación en las organizaciones sindicales o empresariales así como en cualquier organización (art. 5.primer párrafo LOI). Por el contrario, el art. 22 bis se refiere exclusivamente a la intermediación, por tanto a una parcela muy concreta y restringida del acceso al empleo por cuenta ajena y excluida en principio la contratación laboral por las Administraciones Públicas, entidades y organismos previstos en el art. 2 L. 7/2007, de 12-4, Estatuto Básico del Empleado Público, puesto que ésta, en aplicación de los arts. 55, 60 y 61 de dicha norma, en todo caso deberá realizarse a través de convocatoria pública de las pruebas de selección, realización de pruebas de concurso, oposición o concurso-oposición, y garantía en todo caso de los principios de igualdad –tendiéndose asimismo a la paridad entre mujer y hombre en los órganos de selección, así como al cumplimiento por éstos en su labor del principio de igualdad de oportunidades entre sexos-, mérito y capacidad (vid. arts. 51 y ss LOI).

---

8. Vid: C. SAEZ LARA, "Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario", en AAVV, "La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales", XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005, págs. 370 y ss..

Los sujetos implicados en ambos preceptos son también distintos, nuevamente incluidos los del art. 22 bis L.E, en el más amplio art. 5 LOI. El art. 22 bis LE sólo se refiere a los sujetos o <<gestores de la intermediación>>. Consiguientemente los mandatos en él recogidos en su apartado primero irán destinados exclusivamente a los agentes de la intermediación previstos en el art. 21 LE y que recoge, asimismo, el propio 22.bis LE –a salvo de los servicios para los trabajadores en el exterior<sup>9</sup>–, a saber: el Servicio Público de Empleo, formado por oficinas públicas de empleo dependientes del INEM o del organismo autonómico correspondiente; las entidades que colaboren con dicho Servicio Público<sup>10</sup>; y las agencias de colocación. Por el contrario, el amplísimo campo del art. 5 LOI engloba en el acceso al empleo, entre otras, todas las actividades y sujetos anexos a la colocación<sup>11</sup>.

La intermediación, realmente es un proceso complejo, en que la casación entre oferta y demanda se presenta junto con otras actividades accesorias o preparatorias como son la búsqueda y preselección de los demandantes de empleo. Consiguientemente, y para delimitarlo de otras figuras afines, cabe afirmar que la intermediación es una actividad que supera la mera información sobre ofertas y demandas, lo que la diferencia de la actividad de los medios de comunicación así como de los bancos informáticos<sup>12</sup>; consistente básicamente en la puesta en contacto de oferta y demanda, lo que a su vez las distingue de las agencias de recolocación o *outplacement*<sup>13</sup>;

9. En definitiva, la Red EURES.

10. Dicha colaboración ha sido calificada como una suerte de externalización de parte del proceso de intermediación a favor de tales entidades asociadas, públicas o privadas, sin ánimo de lucro (ej.organizaciones sindicales y patronales, instituciones educativas, corporaciones locales, unidades y agentes de promoción del empleo, etc –vid. también Disp. Transit. 1ª LE-) que tiene por objeto favorecer la colocación de los demandantes de empleo (art. 22.1 LE) ( M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO y J.L. LÁZARO SÁNCEHZ, “La intermediación”, en AAVV, “Lecciones de Derecho del Empleo”, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 120 y 130). No obstante tal colaboración no parece que, a la vista del art. 22.3 LE pueda alcanzar al proceso específico de casación o selección, que corresponderá con carácter general al servicio público de empleo y a las agencias de colocación, salvo en el supuesto de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral y, entre estos, las mujeres.

11. No obstante, en pura lógica, la doctrina ha defendido que los criterios del art. 22.2 L. 56/2003 sin duda afectan también a los procesos de selección llevados a cabo por empresas especializadas (M.A. PURCALLÁ BONILLA, “Desigualdad de trato por razón de sexo en proceso de selección de personal”, AS. Nº 19, 2006, pág. 38).

12. Aún cuando éstos a menudo desempeñan un papel más activo que puede llevar a su calificación como actividad de intermediación J.L. Lázaro Sánchez, “La intermediación ...”, cit., págs. 100 y ss.

13. Lo que la distingue de las agencias de recolocación, cuya labor se asemeja más a la de los SIPES (J.L. Lázaro Sánchez, “La intermediación ...”, cit., págs. 89-94.



pero que entraña o presupone actos preparatorios de localización y primera selección de los trabajadores en función de la oferta de trabajo –ambos elementos la distinguen no obstante de las agencias de selección de trabajadores y de su consiguiente búsqueda del candidato idóneo sin la labor de previa localización<sup>14</sup>; realizada habitualmente y no de manera ocasional –lo que la distingue, por ejemplo, de la derivada de relaciones de amistad-; y aún no necesariamente en régimen de exclusividad, pudiéndose combinar, por tanto, con otras actividades<sup>15</sup>; respecto de demandantes de empleo, lo que lo distingue de las agencias de <<cazatalentos>><sup>16</sup>; y sin que en dicha intermediación pueda apreciarse un mandato revestido de representación o apoderamiento de los trabajadores respecto a la contratación con sus empleadores, lo que las distingue de las gestorías de carreras profesionales, propias del mundo del espectáculo, deporte profesional, etc<sup>17</sup>. Como inmediatamente puede objetarse, la delimitación de la actividad de todos y cada uno de los agentes que acabamos de mencionar es más formal que real, pues es ciertamente en la práctica sus actividades en no pocas ocasiones son propiamente de intermediación, de momento al margen o como mínimo en las fronteras de la legalidad –en tanto ésta sólo puede llevarse a cabo por los sujetos del art. 21 LE-, y sin regulación específica –también de momento- ni control por parte de la Administración<sup>18</sup>. Ahora, en mi opinión, la genericidad del art. 5 LOI sí los abarca, entendiéndose por acceso al empleo también esos actos preliminares a la formalización del contrato<sup>19</sup>. Y aún cuando pueda contestarse que aquéllos siempre han estado sometidos a los principios constitucionales, no deja de ser significativo ni de constituir un soporte jurídico añadido y específico para afirmar tales principios también frente al grueso de ellos –

---

14. J.L. Lázaro Sánchez, “La intermediación ...”, cit., págs. 83-89.

15. Así, los centros educativos que tienen bolsas de trabajo pueden estar realizando labores de intermediación –y funcionar formando parte de los servicios públicos o como agencias de colocación- cuando el objeto de las mismas no es la formación, sino la colocación de los egresados o alumnos en general (véase: J.L. Lázaro Sánchez, “La intermediación ...”, cit., págs. 120-123 y 77 a 83).

16. Véase, con matices: J.L. Lázaro Sánchez, “La intermediación ...”, cit., págs. 69 y ss.

17. J.L. Lázaro Sánchez, “La intermediación ...”, cit., págs. 94 y ss.

18. MC. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, J.L. LÁZARO SÁNCHEZ y A. VALDÉS ALONSO, “Otras actividades en el mercado de trabajo”, en AAVV, “Lecciones de Derecho del Empleo”, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 155 y ss..

19. Interpretado el precepto a la luz del art. 14.1.a) de la Directiva 2006/54/CE de que proviene, en <<acceso al empleo>> estará incluida, más allá de una concreta relación laboral o derecho individual, la intermediación, los procedimientos selectivos, las condiciones ofertadas en la colocación, inserción, formación profesional, etc (M<sup>a</sup>J. MATEU CARRUANA, Comentario al art. 5 LOI en AAVV –dir. J.I. García Ninet y A. Garrigues Jiménez-, “Comentarios a la Ley de Igualdad”, CISS, Valencia, 2007, pág. 83).

e, implícitamente, asumiendo similares mecanismos de tutela y exigencias de transparencia que los agentes de intermediación en estricto-. De hecho, en sus labores de selección de trabajadores –y publicidad que para el reclutamiento hagan ellos mismos en su caso- tendrán que respetar como es lógico el principio de igualdad de trato y de oportunidades (arts. 14 CE, 5 y 41 LOI) así como necesariamente desobedecer o no atender cualquier orden que suponga una discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, bajo consideración, caso contrario, de que ellos mismos, y no sólo el empresario aunque desde luego también (vid. art. 6.3 LOI), son los que discriminan.

Pero la relación de especificidad entre los referidos preceptos no se expresa tan sólo en el carácter más reducido del art. 22 bis LE respecto del art. 5 LOI. De ser una manifestación mimética de la prohibición de no discriminación y actuación conforme al principio de igualdad de oportunidades aquél no sería necesario, pues dichos principios ya venían concretados en los art. 22 LE, 16.2 ET, 2.2 y 17.1.c) RD. 735/1995, de 5 de mayo, y más ampliamente en los arts. 2.a), 6.d) y 8.3 LE<sup>20</sup>. Realmente, el art. 22 bis LE avanza un paso más en la especialidad de la labor intermediadora puesta ahora en relación con los referidos principios, dado que les atribuye un deber de vigilancia y control en su labor de intermediación, concretamente para evitar la discriminación en el acceso al empleo.

En este sentido, señala el precepto, los gestores de la intermediación cuando en las ofertas de colocación aprecien su carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta. No estamos aquí ante un genérico o formalista reconocimiento de la neutralidad de tales servicios, ni de actuación propia conforme a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el empleo y no discriminación. Sino ante una más coherente advertencia de la potencial convivencia que pueden asumir tales servicios en la discriminación por sexo en el acceso al empleo, lo que en definitiva no sería sino la obediencia a una orden de discriminar. Supone asimismo la atribución de un papel activo que implica la inspección de las ofertas de empleo, el asesoramiento jurídico-técnico al respecto, y por supuesto, la imposibilidad de cursar la oferta, caso de persistencia en su formulación antijurídica (véanse, entre otros, arts. 14 CE, 10 LOI –genérico, para todos los sujetos, abarcando también los actos de los intermediadores y demás sujetos que intervengan en el proceso de colocación-, y art. 17.1 ET –respecto de los actos del empresario tanto directos como sus órdenes de discriminar-).

Esta perspectiva interpretativa es la que me parece más adecuada en tanto se deduce claramente de los términos empleados tales como “deberán velar específi-

---

20. Véase, lo que más tarde se dirá, respecto de la S. TC. núm. 214/2006 (Sala Segunda ), de 3 julio.

camente”, del deber “comunicar” cuando en las ofertas de colocación “apreciasen”, y por supuesto de su deber de mantener una actuación acorde con los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación. Y así, el mandato del art. 22 bis LE no parece ni mucho menos tan escaso y pobre como han denunciado prontamente algunos sectores doctrinales<sup>21</sup>. No obstante, y dada la libertad de utilización de estos medios de intermediación, una vez detectada la oferta discriminatoria y retirada ésta por la empresa oferente sin elegir su modificación ni mediar reclamación, la colaboración institucional debería permitir el seguimiento específico de la misma a través de la inspección de otros sujetos o medios vinculados a la colocación, sin esperar a campañas específicas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al respecto. Y ello por ser particularmente estridente consentir por una maniobra tan obvia una vulneración de derechos fundamentales ya conocida y advertida por la Administración.

## 2. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE OCUPACIONAL Y SUS LÍMITES

El art. 22 bis LE, establece lo que podría calificarse como una presunción de oferta de empleo discriminatoria cuando dicha oferta vaya dirigida exclusivamente a uno de los sexos. Sobre éste asunto nos extenderemos más adelante. Ahora nos ocuparemos de abordar su excepción o prueba en contrario de dicha discriminación presunta. Continúa dicho precepto salvaguardando la posibilidad de restricción de la oferta de empleo a uno de los sexos cuando “se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar”. Observado en su literalidad y sin conexión alguna con cualquier otro precepto la excepción parece muy restrictiva, es decir, cabría considerar que el legislador sólo admite la excepción respecto de aquellos trabajos o actividades que objetivamente justifiquen su realización por trabajadores de un determinado sexo. Sin embargo, esta perspectiva terminantemente objetiva cede el paso a una necesaria interpretación integrada de dicho precepto, nuevamente, con el art. 5 LOI. Concretamente, el segundo párrafo del art. 5 LOI reconoce que “no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito

---

21. En este sentido, considera que deberían haberse previsto tales consecuencias de nulidad: M<sup>º</sup>J. Mateu Carruana, en AAVV, “Comentarios ...”, pág. 807.

profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”. Entonces, este último precepto resulta ser revelador por un lado, de qué sea requisito esencial y determinante de la actividad, y por otro, el canon de admisibilidad, en definitiva, la exigencia de una finalidad legítima y la proporcionalidad del requisito o medida.

A su vez, prontamente la doctrina, tal y como en términos más generales hace la Exposición de Motivos y en la Disp. Final cuarta de la LOI, ha identificado el origen de la excepción en el Derecho Comunitario, suponiendo una transcripción prácticamente literal del art. 14.2 Directiva 2006/54/CE, de 5-7, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, correspondiente a su vez al apartado 6 del art. 2 Directiva 76/207/CEE<sup>22</sup>, en redacción dada por la Directiva 2002/73/CE, de 23-9, y conectado con el art. 1.2 Convenio nº 111 OIT<sup>23</sup>. Pese a las diferencias con su formulación primigenia<sup>24</sup>, conforme al referido art. 14.2 Directiva 2006/54/CE sigue siendo necesario en todo caso una previsión estatal que recoja la excepción de buena fe ocupacional<sup>25</sup>.

A la vista de lo expuesto, no constituye oferta discriminatoria la dirigida exclusivamente a uno de los sexos cuando:

a) El sexo del trabajador o trabajadora viene exigido objetivamente por naturaleza de las actividades profesionales concretas. O dicho en un sentido negativo, aquél para el que fisiológicamente está impedido el trabajador del sexo excluido. En este sentido objetivo, el sexo resulta ser determinante en ofertas de empleo, por ejemplo, respecto de nodrizas o cantantes de ópera. También podría considerarse determinante en los empleos ofertados en el ámbito del espectáculo y la publicidad, como es el caso de maniqués o modelos, danza o ballet, y actores y actrices, modelos artísticos, etc<sup>26</sup>. No obstante, en algunos de estos empleos pueden plantearse problemas de exclusión de la transexualidad, que en

22. Derogada por la antedicha Directiva a partir de 15-8-2009 (art. 34 Directiva 2006/54/CE).

23. Vid.: A. CÁMARA BOTÍA, “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”, MTAS, nº 33, pág. 90; C. SAEZ LARA, “Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario”, en AAVV, “La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales”, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005, pág. 334 a 341.

24. El art. 2.2 de la Directiva 76/207/CEE, lo configuraba como una posibilidad de exclusión por los Estados de su ámbito de aplicación, en función del carácter determinante del sexo para la actividad profesional “en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio”.

25. C. SAEZ LARA, “Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario”, cit., pág. 341.

26. Vid.: C. SAEZ LARA, “Mujeres y mercado de trabajo”, cit., págs. 89 y ss..

mi opinión, en sí misma considerada y sin atención a otras razones como puedan ser las vinculadas a tallas, morfología, etc, se consideraría igualmente una discriminación por razón de sexo<sup>27</sup>. Como puede imaginarse, el campo de esta exclusión es muy reducido, toda vez que es difícil recrear trabajos que bajo ningún concepto pueda desempeñar el sexo contrario.

b) El contexto en el que se llevan a cabo las actividades profesionales justifica la restricción en el acceso al empleo a uno solo de los sexos. Como puede observarse, esta causa no se configura como una exigencia, sino como una mera justificación, que como veremos requiere además de una evaluación periódica. ¿Qué debe entenderse por contexto? Como señalaba la redacción originaria de la Directiva 76/207/CEE, podría considerarse como equivalente a “condiciones de ejercicio”, y así considerar éstas también en términos objetivos. Pero por esas condiciones de ejercicio, realmente el TJCE ha entendido también el contexto social, en definitiva, la sensibilidad social, respecto del vínculo o condicionante sexo-trabajo. No en vano, en las consideraciones a las condiciones “objetivas” de desenvolvimiento de la actividad, late, en la exclusión genérica y absolutista de uno de los sexos, un prejuicio social, que se define mucho mejor por el término <<contexto>> que por la aparente neutralidad de las <<condiciones>> de ejercicio de la actividad. Y ello es apreciable en las sentencias del TJCE que han abordado específicamente este tema.

El contexto o circunstancias, traducido como el prejuicio socialmente admitido y conscientemente perpetuado a través de la “legitimidad” del fin y la “proporcionalidad”<sup>28</sup> del requisito-exclusión, justifica un doble control, cual es, por un lado la previsión de su revisión y evaluación periódica por los Estados miem-

---

27. Lo consideran una discriminación por razón de sexo: SS. TJCE 27-4-2006, caso Sarah Richards c. Secretari of State for work and Pensions (TJCE 2006/119); 7-1-2004, K.B. c National Health Service Pensions Agency y otros (2004/5); y 30-4-1996 (TJCE 1996/77). También, en nuestro país, por ejemplo: S.TSJ. 19-1-2006, JUR 2006/84419. Si bien sectores doctrinales propugnan su calificación como discriminación por razón de la identidad sexual, como más adecuada frente a otras alternativas de sexo y orientación sexual (Y. CANO GALÁN, “Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales”, en AAVV, “La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales”, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005, págs. 429).

28. El principio de proporcionalidad <<exige que las excepciones no 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>> [por todas: S. TJCE11-1-2000, TJCE 2000/2 y S. TJCE 15-5-1986, TJCE 1986/86, <<Johnston>>].

bros, a la luz de la “evolución social”; y por otro, el control por la Comisión de los resultados de dicho examen, como mínimo cada ocho años (art. 31.3 Directiva 2006/54/CE)<sup>29</sup>.

Pero realmente, ¿dónde están los límites?. Más allá de la casuística conocida por nuestros Tribunales es difícil hacer predicciones al respecto en tanto los conceptos utilizados como canon de admisión de la excepción son en sí mismos sumamente evanescentes, disponiendo los Estados Miembros de un cierto margen de apreciación. En cualquier caso cabría advertir que se trata de una excepción limitadora de derechos fundamentales, y como tal, de interpretación particularmente restrictiva como ha reconocido el TJCE<sup>30</sup>. Conviene asimismo añadir una precisión, tal como advierte el TJCE, la posibilidad de exclusión de uno de los sexos en el acceso al empleo, sólo puede referirse a actividades específicas y no a la totalidad, por ejemplo, de los empleos militares, pues esa consideración general vulneraría el antes referido principio de proporcionalidad<sup>31</sup>.

Son diversas las razones u objetivos legítimos que se han barajado para justificar la exclusión transitoria de la mujer en el acceso a determinados puestos de trabajo. Estas giran en torno a dos razones fundamentales en las que, pese a no justificarse en función de la tutela de la mujer (valorada como merecedora de una mayor protección que el hombre, lo cual no sería admisible)<sup>32</sup>, no deja de estar presente o latente la

29. Correspondiente a su vez al art. 9.2 Directiva 76/207/CEE, presente desde su primera redacción aún sin especificación de la periodicidad. Los Estados miembros no estaban ni están obligados a elaborar una lista de las actividades profesionales excluidas, pero sí viene exigido que cuando ello se produzca o se fijen los porcentajes de los puestos de trabajo a cubrir según los sexos, se haga con suficiente transparencia e identificación de las actividades específicas afectadas a fin de permitir dicho control y hacer viable el cumplimiento de esa obligación de revisión periódica (vid: C. SÁEZ LARA, “Mujeres y mercado de trabajo”, MTSS, Madrid, 1994, págs. 90 y 92. Véase también, la S. TJCE 30-6-1988, TJCE 1988/184 <<Comisión c. Francia>>).

30. C. SAEZ LARA, “Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario”, en AAVV, “La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales”, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005, pág. 340.

31. Así, la S. TJCE 11-1-2000, <<Kreil >> (TJCE 2000/2), rechaza la posibilidad de exclusión de la mujer del conjunto de los empleos militares que implique el uso de armas y su limitación, consiguiente, a las unidades sanitarias y formaciones de música militar. En este sentido también S. TJCE 30-6-1988, TJCE 1988/184 <<Comisión c. Francia>>.

32. Así, por ejemplo, la S. TJCE 15-5-1986, TJCE 1986/86 <<Johnston>>, indica que. <<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 están 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 artículo 2 de la Directiva admite por razón de la protección de la mujer>>.

mayor vulnerabilidad de ésta: una, por razones de seguridad pública; otra, por razón de la tutela del derecho a la intimidad del trabajador o de los clientes.

Por lo que respecta a las primeras, la seguridad pública ha justificado la exclusión de las mujeres de determinadas unidades de las Fuerzas Armadas en atención a sus circunstancias específicas de intervención, cuales son el constituirse en unidades de soldados interoperativos preparados para intervenir en primera línea<sup>33</sup>. Como también transitoriamente en momentos de situación interna caracterizada por frecuentes atentados y graves disturbios<sup>34</sup>. También se ha admitido que determinadas actividades de policía pueden ser reservadas a los hombres o a las mujeres, justificándose así un porcentaje en las plazas por sexos siempre y cuando tales se correspondan con los referidos criterios objetivos y permitan, asimismo, su control<sup>35</sup>.

En cuanto a la segunda, la seguridad pública combinada con la tutela del derecho a la intimidad y a la integridad física y moral, tanto del trabajador como del afectado por el servicio, ha justificado, como es comúnmente aceptado, que los empleos del personal de vigilancia de prisiones se reserven principalmente a los hombres en las prisiones para hombres, y a las mujeres en las prisiones para mujeres. También se han admitido las consecuencias en dichas promociones, en tanto pueda considerarse que está justificado que para llegar a ser vigilante jefe se hayan realizado previamente las labores de vigilante, y aún cuando aquéllos pueden ser designados jefes de cárceles en establecimientos penitenciarios inferiores a un determinado número de plazas, sin realización de tareas de vigilancia sino de dirección<sup>36</sup>. En nuestro país la LOI, en su disposición adicional trigésima, por la que se modifica la Ley 36/1977, de 23 de mayo, da fin a las dos escalas, masculina y femenina, existentes hasta el momento<sup>37</sup>. Contestada tal modificación por algunos sectores sindicales, ya se verá en el futuro si ha constituido o no un acierto. En cualquier caso, ya ha sido valorado por sectores doctrinales como indiciario de la voluntad restrictiva del legislador español en la interpretación y aplicación de la excepción de buena fe ocupacional<sup>38</sup>. Sin embargo, como se verá inmediatamente, aquí no se ofrece una visión tan abierta; ni tal decisión supone una extensión de criterios a otras esferas, ni supone

---

33. S. TJCE 26-10-1999, TJCE 1999/250 (Sirdar), cocinera en el Royal Marines de las Fuerzas Armadas Británicas, que en caso de combate actuaría como un soldado más.

34. S. TJCE 15-5-1986, TJCE 1986/86 <<Johnston>> [<<No se puede excluir la posibilidad, a este respecto, de que la tenencia de armas de fuego por mujeres policía pueda crear, en una situación de graves disturbios internos, riesgos suplementarios de atentados contra ellas y pueda, por canto, ser contraria a las exigencias de la seguridad pública>>].

35. S. TJCE 30-6-1988, TJCE 1988/184 <<Comisión c. Francia>>.

36. S. TJCE 30-6-1988, TJCE 1988/184 <<Comisión c. Francia>>.

37. Consúltese: M<sup>ª</sup>T. VELASCO PORTERO, en AAVV, "Comentarios a la Ley de Igualdad", cit., págs. 897 y 898).

38. AAVV, "Ley de Igualdad y contrato de trabajo", Dossier práctico, Francis Lefebvre, Madrid, 2007, pág. 37.

una renuncia de una potestad que se tiene para la necesaria y exigible tutela de los derechos fundamentales en colisión.

Quedan pendientes algunas cuestiones que puedan aún ser enmarcados potencialmente en ese “contexto social” y que no se justifican por razones de seguridad sino, directamente, por razones atinentes a la intimidad personal. Si en nuestro contexto social la intimidad corporal masculina no parece haber sido un serio obstáculo para el ejercicio de determinadas profesiones feminizadas, como son las relacionadas con la limpieza, y que se pueden solventar, por otra parte, con relativa facilidad cuando se realizan en lugares públicos<sup>39</sup>, su planteamiento a la inversa, en definitiva la intimidad femenina frente a la intromisión masculina, sí puede presentar aún serios obstáculos incluso tomando esas mismas medidas. Tanto más en el ámbito del trabajo familiar, donde –y aún sin admitir genericidades–<sup>40</sup> el factor de la confianza y el respeto a la privacidad en su más amplio sentido se acrecienta.

Pero la restricción de la oferta de trabajo a un sexo puede imaginarse en nuestro contexto social, respecto de otras tareas relativas al cuidado de personas, como puedan ser determinados trabajos de atención a menores, y donde están intensamente relacionadas la intimidad corporal y la tutela de la integridad física y moral del sujeto atendido así como su especial vulnerabilidad. Aún más claro, cuando se trata de la atención desarrollada directa o indirectamente por los poderes públicos, en tanto que en la prestación de servicios en el ámbito estrictamente privado, salvadas las condiciones necesarias de tutela del menor y demás sujetos vulnerables, será el propio cliente el que con su elección descarte imposición alguna por tercero eventualmente contraria a la tutela de dichos derechos<sup>41</sup>. Es el caso también, como ya ha sido señalado, de determinados trabajos en la esfera de atención a las víctimas de violencia de género y, aún con mayor razón, de agresiones sexuales<sup>42</sup>. Y recuérdese que aún cuando sería deseable, probablemente, la satisfacción de tales necesidades específicas a través de mecanismos de organización interna, ello no es obstáculo a la licitud de específicas ofertas destinadas para uno de los sexos<sup>43</sup>, tanto más si es apreciable una subrepresentación de uno de los sexos que dificulte, precisamente, dicha organización.

Pero aquí también es necesario poner límites. Hoy no parece aceptable la exclusión absoluta de los hombres en determinadas profesiones cuya actividad está desti-

---

39. Véase: S. TSJ. Madrid 16-5-2005 (AS 2005/1379).

40. C. SÁEZ LARA, “Mujeres y mercado ...”, cit., pág. 93.

41. Véase: C. SÁEZ LARA, “Mujeres y mercado ...”, cit., pág. 98. No obstante, las meras preferencias del cliente o los costes empresariales no son una causa lícita de selección del sexo del trabajador (véase de nuevo: C. SÁEZ LARA, “Mujeres y mercado ...”, cit., págs. 98 y 99).

42. AAVV, “Ley de Igualdad y contrato de trabajo”, Dossier práctico, Francis Lefebvre, Madrid, 2007, pág. 38.

43. S. TJCE 30-6-1988, TJCE 1988/184 <<Comisión c. Francia>>.



nada objetiva y exclusivamente a la mujer como clienta, que han sido históricamente desempeñadas por mujeres, y que han justificado, al menos ocasionalmente, su restricción al sexo femenino. Es el caso, por ejemplo, de las matronas, que aún hoy en España, parece tenderse –si quiera desde una perspectiva lingüística- a ser restringirlo a las mujeres<sup>44</sup>. En este caso concreto como en todos aquellos vinculados a la atención sanitaria, se ha afirmado que subyace además la necesidad de mecanismos eficaces de control<sup>45</sup>, que no obstante implícitamente pueden llevar aparejado precisamente, como un mecanismo más y muy eficiente, la presencia de ambos sexos. Creo que es necesario matizar, incluso en nuestros días. Repárese que en la atención médica en estricto la intimidad corporal es sólo un elemento colateral de fácil tutela a través de los citados mecanismos, en tanto que dicha intimidad se encuentra mucho más implicada en los trabajos –por cierto, altamente feminizados- de atención y cuidado de personas, también por supuesto de enfermos. Es muy probable que aún hoy sea una cuestión de distintas sensibilidades a respetar.

Lo que sí deja claro el art. 22.bis LE es que el esfuerzo físico no puede justificar en ningún caso la restricción de la oferta a uno de los sexos. Esta especificación no es más que la recepción legal de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la sentencia núm. 229/1992 (Sala Primera), de 14 diciembre, conforme a la que por un lado se descarta la exclusión de la mujer del trabajo en las minas<sup>46</sup> por razones protectoras, que no son sino trabas para su acceso al mercado de trabajo que responden a prejuicios infundados y a la división sexista del trabajo, y por otro impide que las exigencias de fuerza física puedan suponer una exclusión genérica de la mujer, en tanto ello responde a un estereotipo y no a necesidades reales fisiológicas. Las diferencias de promedio entre el hombre y la mujer no justifican la exclusión de uno de los sexos. Similares planteamientos son extensibles a los trabajos en medio hiperbárico y de buceo<sup>47</sup>, así como

---

44. De hecho en el Dictamen del CES sobre el Anteproyecto del Real Decreto por el que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2005/36/CE de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, modificada por la Directiva 2006/100/CE, de 20-11-2006, se incide sobre este tema señalando que pese a los esfuerzos de utilización de un lenguaje no sexista tras el informe de impacto de género, se sigue utilizando por ejemplo, el término <<matrona>>, cuando puede ser sustituido por otro más neutro (pág. 9). De hecho la Directiva se refiere a <<matrona o asistente obstetricio>>. Por su parte, la S. TJCE 21-5-1985, causa 248/38, mantuvo que <<la susceptibilidad personal puede tener mucho peso en las relaciones entre matrona y paciente>> (véase en: F. DURÁN LÓPEZ, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976», *Cuestiones actuales de derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 409).

45. C. SÁEZ LARA, «Mujeres y mercado ...», cit., pág. 98.

46. En aplicación del Decreto de 26 de julio de 1957. Más recientemente, en similar sentido: S. TJCE 1-2-2005, TJCE 2005/34 (Comisión contra Austria).

47. S. TJCE 1-2-2005, TJCE 2005/34 (Comisión contra Austria).

respecto de la histórica prohibición del trabajo nocturno femenino<sup>48</sup>, donde se combinaban razones de tutela física y moral. Y se han reiterado más recientemente, entre otras, en la S. TS. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 15 marzo 2004<sup>49</sup> y en la ya citada S. TJCE de 1 de febrero de 2005 (Comisión contra Austria).

A la precisión prevista en el art. 22.bis LE cabría añadir otras más, también meridianamente claras a partir de similares pronunciamientos de dicho Tribunal. Por ejemplo, tampoco justificaría la exclusión aún transitoria de uno de los sexos por razones relativas a necesidades de infraestructura en la empresa (ej. carencia de aseos o vestuarios para ambos sexos)<sup>50</sup>. O la tradición o costumbre, como pretendida regla de perpetuación de la discriminación de la mujer en el acceso al empleo<sup>51</sup>. O razones de moralidad pública<sup>52</sup>.

### 3. EMBARAZO, PUERPERIO Y LACTANCIA EN LA INTERMEDIACIÓN Y SELECCIÓN DE TRABAJADORES

Ahora bien, la citada sentencia del Tribunal Constitucional del 92 dejó en el aire cuáles puedan ser los límites de tutela de la mujer por razón de embarazo o lactancia, únicas causas relevantes que pueden justificar diferencias bajo dicha finalidad protectora, <<en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo>>.

---

48. Así, los países comunitarios se han visto obligados a la denuncia del Convenio OIT núm. 89, de 1948 tras la sentencia TJCE de 25-7-1991 <<Stoeckel>>, en la que la prohibición del trabajo nocturno a las mujeres se declara contrario a la Directiva 76/207/CEE. A esta sentencia siguieron otras del citado TJCE :<<Levy>> de 2-8-1993; <<Minne>>, de 3-2-1994; la sentencia de 13 de marzo de 1997; Comisión/República francesa; y la sentencia de 4-12-1997, Comisión/Italia.

49. RJ. 2005/3670. También son discriminatorias las limitaciones en la promoción de las trabajadoras y el acceso a puestos de trabajo por motivos relacionados con el esfuerzo físico y, consiguientemente, de salud: S. TSJ. Navarra 30-5-2006 (AS. 2006/2025).

50. En esta dirección, la S. TC. núm. 216/1991 (Sala Primera ), de 14 noviembre, rechazó tales argumentos en un supuesto en que se rechazó la solicitud de admisión a las pruebas selectivas para el acceso a la Academia General del Aire, habida cuenta de la pasividad del legislador, mediado un período de tiempo razonable, para la adaptación normativa, no argumentándose legislativamente motivación alguna de la exclusión transitoria relacionada con dichas necesidades de adaptación, hasta el 88, fecha posterior al acto impugnado.

51. S. TS. 8-2-2001, RJ. 544, que declaró discriminatorio negar a las mujeres la admisión en la Comunidad de Pescadores de El Palmar, en cuanto es requisito previo necesario para trabajar.

52. S. TS. (sala de lo contencioso-administrativo) 16-2-1982 (RJ. 961), que niega que razones de moralidad pública puedan justificar la autorización de apertura de local condicionada a la no contratación de personal femenino [es interesante: <<en la prohibición expresada se advierte el designio subyacente de evitar que el empleo de camareras pueda incidir en una desviación del servicio de éstas con fines atentatorios a la moral>>].

Han sido otros pronunciamientos los que han evidenciado que goza también de tal carácter discriminatorio la exclusión del acceso de la mujer al trabajo femenino por razón de embarazo, puerperio o lactancia, incluso cuando esté inmediatamente motivado por la protección de la salud de la mujer, del feto o del lactante. De tal manera, no es posible hacer indagaciones sobre su estado en el proceso de la selección y contratación de personal; la trabajadora no debe ser interrogada sobre el hecho, ni está obligada a informar de su estado al empresario, pues éste no puede ser tenido en cuenta en la contratación bajo sanción de discriminación directa ni tan siquiera en los casos de contratación temporal. En esta dirección, podríamos citar sentencias del TJCE como son las sentencias Dekker, de 8 de noviembre de 1990, Habermann-Beltermann, de 5-5-1994, Mahlburg, de 3-2-2000, Tele Danmark, de 4-10-2001, y la Busch de 27-2-2003. También la luminosa sentencia del TSJ Madrid de 18-5-2000, que hace prevalecer el derecho a la intimidad de la trabajadora y de autotutela frente a la discriminación en el acceso al empleo, así como el derecho de la trabajadora temporal a que se le apliquen las medidas de protección previstas en el art. 26 LPRL y RD. 1251/2001 de desarrollo<sup>53</sup>. La tutela de la trabajadora y de su descendencia debe articularse en el acceso al empleo no mediante exclusión<sup>54</sup>, sino a través de la información sobre los riesgos específicos del puesto de trabajo<sup>55</sup> y, caso de selección de la trabajadora, mediante la aplicación, una vez contratada y comunicado o conocido su estado, de las medidas de tutela de la salud antes referidas.

El embarazo, puerperio o lactancia natural constituyen causas de discriminación directa por razón de sexo, ahora, en el acceso al empleo<sup>56</sup>. Consiguientemente, la

---

53. AS. 2651. Consúltese también sobre el tema otra anterior aún menos explícita y clarificadora, la S. TSJ. Aragón 21-12-1998, (AS. 1998/4162).

54. En cuanto a la realización de pruebas físicas en el acceso a la función pública, la S. TS. Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 marzo 2006 (RJ. 2006\1576) negó el derecho de la aspirante embarazada a su sustitución por prueba escrita, aplazamiento o adaptación de las mismas en tanto no estaba previsto en las bases de la convocatoria y éstas no fueron impugnadas.

Otras sentencias se han ocupado de la coincidencia de fechas entre las pruebas de acceso o promoción en la función pública y circunstancias vinculadas al embarazo o parto. Es el caso de la S. TSJ. Extremadura (sala contencioso-administrativo) 25-2-2003 (RJCA 2003/454) en que se considera que Tribunal de Oposición incurrió en discriminación por razón de sexo cuando denegó la solicitud de examen en fecha distinta a la prevista con carácter general por aspirante ingresada en Hospital en dicha fecha, por complicaciones del parto, siendo un supuesto por lo demás incardinable en la base séptima de la Orden de convocatoria.

55. En este sentido, señalando, además que las normas comunitarias enmarcan la exclusión de ciertos trabajos con vistas a asegurar la actividad de la empresa, no la tutela de la trabajadora. Por el contrario, la protección de la maternidad se dirige a promocionar el empleo de ésta, sin que sea consiguientemente viable apoyar dichas exclusiones en el embarazo y situaciones adyacentes (C. SAEZ LARA, "Mujeres y mercado de trabajo", cit., págs. 101 y 102). Véanse también, por todas: SS. TJCE Kreil y Johnston –arriba–.

56. Por todas: S. TC. 173/1994, 7-6 y S. TJCE 4-10-2001, TJCE 2001/260.

elusión de la discriminación impone la inmunidad de la mujer por tales causas que sólo a ella pueden afectar<sup>57</sup>. No se puede negar su contratación, ni ser postergada, y esto, que no es sino una consecuencia lógica de la premisa principal, ha sido confirmado precisamente en un caso español por la S. TJCE de 16 de febrero de 2006, (Sarkatzis contra el IMSALUD)<sup>58</sup>; no puede aplazarse la toma de posesión hasta que finalice el permiso por maternidad, debiendo computarse dicho plazo a efectos de cómputo de antigüedad.

Sin embargo, nuestros Tribunales no siempre han tenido tan clara esa idea en el supuesto de puerperio<sup>59</sup>. Si seguimos la lógica expuesta, una mujer integrada en una bolsa de trabajo no puede ser postergada en la contratación por encontrarse en el período de descanso por maternidad, bajo sanción, como digo, de discriminación directa. Tampoco puede ser obligada a renunciar al descanso por maternidad, tanto en su parte obligatoria como en la voluntaria. De optar la trabajadora por ser contratada tendría que respetarse su derecho al descanso. No obstante, la S. TSJ. Galicia de 9-12-1998 admitió el descanso por maternidad como causa lícita de no contratación de la trabajadora que corresponde en la bolsa de trabajo, siempre y cuando ésta no se viese postergada en la lista correspondiente. ¿Podría entenderse suficientemente tutelada la posición de la trabajadora con la mera garantía de su mantenimiento en el mismo orden de contratación en que se encontraba en la bolsa y su inmediata contratación posterior?. En mi opinión no; repárese no sólo en sus expectativas respecto de la concreta contratación de que se trate, y que se ve ahora dilatada la espera, sino también en sus efectos conexos, como es que se tenga o no por trabajado a efectos de bolsa el período de descanso por maternidad que ha sido la causa de su material postergación. También los Tribunales han aceptado en ocasiones, con total naturalidad y sin más indagación sobre a quién beneficia, la renuncia a la contratación por la trabajadora en descanso por maternidad, al menos cuando se cumplen tales condiciones que recoge a veces el propio convenio colectivo<sup>60</sup>. Pero el descanso por maternidad, ni tan siquiera en su dimensión obligatoria, es equiparable a la incapacidad temporal, siendo necesario que el mismo no se constituya en un inconveniente

---

57. Por ejemplo, respecto de promoción profesional y las consecuencias derivadas de la ausencia por embarazo: SS. TJCE 30 abril 1998, TJCE 1998/70 (Thibault) y 18-11-2004, TJCE 2004, 345 (Sass).

58. TJCE 2006/41.

59. Cfr.:C. SÁEZ LARA e I. BENAVENTE TORRES, "Género y trabajo: jurisprudencia reciente", en AAVV – Coord. J. Castiñeira Fernández-, "El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2002: puntos críticos", CARL, Sevilla, 2003, págs. 332 y ss..

60. Véase la S. TSJ. Málaga/Andalucía 19-4-2002, RJ. 2426.

para la mujer en el acceso al empleo, lo que no constituiría sino una discriminación por razón de sexo<sup>61</sup>.

En estos términos se ha manifestado el Tribunal Constitucional en su sentencia 214/2006, de 3 de julio y es de sumo interés para el tema que abordamos pues se desenvuelve específicamente en el terreno de la intermediación en estricto. La sentencia, en la línea que venimos defendiendo y por supuesto compartimos, se ocupa de cuál debe ser la actuación del INEM o, más ampliamente, de los gestores de la intermediación, en los supuestos de descanso obligatorio por maternidad de la trabajadora solicitante de empleo, aclarando numerosas cuestiones de forma coherente con el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación de la mujer en el acceso al empleo. En definitiva, durante el descanso por maternidad no cabe que el gestor de la intermediación suspenda la demanda de empleo pues, caso contrario, supondría una pérdida de oportunidades de ocupación para la trabajadora que, por estar motivada por la situación de maternidad, constituye una discriminación directa por razón de sexo sin que pueda utilizarse como parangón el tratamiento equiparado de los trabajadores en incapacidad temporal. Hay que partir del hecho que la suspensión por maternidad (art. 48.4 LET), en su conjunto persigue favorecer la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y evitar la pérdida del empleo en casos de maternidad y, precisamente, con la suspensión de la demanda de empleo se ha logrado el efecto contrario ocasionándole un indudable perjuicio. En todo caso y con carácter general, la situación de baja por maternidad de la trabajadora no puede en modo alguno constituir un obstáculo para su contratación. Es una vez seleccionada y contratada, cuando, en beneficio de la trabajadora, habría de haberse suspendido la relación laboral, hasta la finalización del descanso correspondiente. Y caso de incorporarse efectivamente al trabajo, procederá la suspensión o extinción de las respectivas prestaciones, dada la incompatibilidad existente entre el trabajo y la percepción de la prestación de maternidad. En cuanto al conjunto de obligaciones legales de los demandantes de empleo (renovación de la demanda, asistencia a cursos y programas de formación y orientación profesional, participación en programas de empleo y trabajos de colaboración social, aceptación de ofertas de empleo adecuado, etc.), también deben interpretarse en el caso del descanso por maternidad de una forma respetuosa con el art. 14 CE, de manera que se configura así la situación de maternidad como causa a oponer por la trabajadora para justificar su no participación en una u otra de dichas acciones e,

---

61. Así, la S. TSJ. Andalucía/Sevilla 10-7-2001 (1476/2002) afirmó que ni del Estatuto de los Trabajadores ni, en general, de las restantes normas internas ni internacionales sobre protección de la maternidad, concebidas con espíritu tuitivo puede deducirse un límite para la contratación de la mujer en paro que haya dado a luz en el período de descanso obligatorio. Es a la mujer a quien corresponde tomar la decisión que estime más conveniente. La negativa a contratar a la mujer por tales consideraciones, vulnerando su derecho de contratación preferente, constituye una discriminación por razón de sexo, y tales circunstancias, igualmente, un indicio innegable de discriminación.

incluso, para el rechazo de una oferta de empleo adecuado, pero no como causa de exclusión como demandante de empleo. Finalmente, no parece razonable ni proporcionado exigir de la demandante de empleo una manifestación positiva de su deseo de ser considerada por el gestor de la intermediación como tal ante las eventuales ofertas de empleo que pudieran producirse, o su renuncia a la mejora económica de las prestaciones percibidas por maternidad que se deriva de su situación con objeto de poder seguir manteniendo viva su demanda de empleo. La manifestación de voluntad de la demandante ya fue efectuada al presentar su demanda de empleo e inscribirse como desempleada, sin que exista razón alguna para que deba reiterarla con ocasión de su baja por maternidad, dado que ningún precepto legal establece obligación alguna a tal respecto ni prevé la suspensión de su demanda de empleo por dicha causa.

#### 4. SOBRE LA OFERTA DISCRIMINATORIA. DISCRIMINACIÓN DIRECTA, LENGUAJE SEXISTA Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Antes hemos hecho referencia al deber de vigilancia de la idoneidad de la oferta desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación en función del sexo prevista en el art. 22 bis LE. Este mismo precepto recoge dos precisiones que en ningún modo pueden considerarse definitivas del objeto de la vigilancia. Se ha dicho antes, la oferta referida a uno de los sexos se presume discriminatoria salvo prueba en contrario. Pero esta presunción no agota el deber de vigilancia de los agentes de intermediación, pues sólo constituye la punta más visible del iceberg. También hemos afirmado el carácter meramente ejemplificativo de la fuerza física como causa discriminatoria de exclusión genérica de uno de los sexos. Entonces, ¿qué es lo que abarca el referido deber de vigilancia? Teóricamente podría afirmarse que todo lo que pueda constituir discriminación por razón de sexo en la oferta de empleo. Así abarcaría tanto la discriminación directa, sin lugar a dudas, como la discriminación indirecta. Y esto sería igualmente predicable de las restantes actividades vinculadas a la colocación y desarrolladas por otros sujetos arriba referidos.

La discriminación directa sería apreciable en ofertas destinadas explícita o implícitamente a uno de los sexos, y aquí tendría que abordarse también una labor de asesoramiento sobre lenguaje no sexista en el ámbito laboral para evitar confusiones y el desincentivo del sector femenino. Este es probablemente el campo donde la labor de los intermediadores y demás sujetos se realizará predominantemente.

La determinación del art. 22.bis LE al establecer una presunción de discriminación respecto de las ofertas referidas a uno sólo de los sexos puede suscitar dudas sobre la admisibilidad de la utilización del masculino genérico. En principio, sería jurídicamente admisible (ejemplo, trabajadores o la formulación del título profesional en masculino). Pero dicho art. 22.bis LE. supone la ilicitud de otras expresiones más cuestionables que

sí implican una exclusión de la mujer (ej. “chico”, “hombre” o “varón”) y exige, en mi opinión, un endurecimiento, por ejemplo, de las posturas judiciales y demás medios de control. Realmente el lenguaje no sexista va más allá de estos casos claramente excluidos. ¿Dónde están los límites entre lo deseable y lo jurídicamente inadmisibles? En mi opinión, debe partirse de la realidad social, de manera que el tránsito del lenguaje sexista a otro más igualitario, debe ser equilibrado, pausado, y dotado de cierta templanza pues se trata de una “reeducación” por la que tenemos que transitar todos. De hecho, la LOI emprende tal tarea por la propia Administración, RTVE y la Agencia EFE (arts. 14.11, 37.1.b) y 38.1.b LOI). Es decir, empieza por sí misma. Debe alentarse e incentivarse, fundamentalmente a través de la información, formación y asesoramiento al respecto que, entre otros, deben desempeñar los agentes de la intermediación, así como la ITSS –también ésta mediante advertencia o recomendación-. Tras el uso común y sistemático del masculino en la oferta de empleo, el androcentrismo, aún manifiestamente mejorable desde la perspectiva de la igualdad en tanto mantiene a la mujer oculta, actualmente no siempre supondrá una intención objetivable o incluso una mera negligencia constitutiva de la discriminación prevista en los arts. 17.1 ET y 16.2 LISOS. Aún en estos casos y en mi opinión, sí denota su necesidad de progresiva corrección. Para valorar realmente el carácter discriminatorio de la oferta, es decir, si van <<referidas a uno de los sexos>> cuando ello no se hace de forma tajante pero en su contexto así lo parece o induce a justificada confusión, debe recordarse que la intencionalidad discriminatoria puede pasar a un segundo plano, pues la infracción puede ser culposa o dolosa, determinando uno u otro el grado de la sanción. Entonces, cabe que sean más interesantes otros elementos previstos más para la graduación de la sanción que para la concurrencia de la infracción; el carácter discriminatorio de la oferta –y en su caso la concurrencia de dolo-, sería reconocible mediante una combinación entre la valoración del impacto real o previsible respecto de los solicitantes del concreto puesto ofertado –desincentivo<sup>62</sup>, de la posterior aceptación para la posible selección de aquéllos

---

62. Como habitualmente se valora por nuestros Tribunales en el examen del posible carácter discriminatorio de la oferta de empleo. Es el caso, sobre discriminación por razón de edad de las SS. TSJ. Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3), de 19 febrero (JUR 2004/182497) y de 23 enero (RJCA 2004/828). Ya respecto de la discriminación por razón de sexo en la oferta de empleo, se ha rechazado que la utilización del género masculino en abstracto, para identificar el puesto de trabajo, que puede tacharse de irregular desde la perspectiva lingüística, evidencie intención de discriminar a las mujeres, como demuestra el hecho que así fue entendido por los destinatarios de la oferta y no tuvo efectos discriminatorios. Tampoco la expresión añadida en dicha oferta de «chico libre Servicio militar» induce a la exclusión de las mujeres – realmente, éste era un requisito dirigido a los hombres- [S. TSJ. Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 8 marzo (RJCA 1999/2552)]. En cambio, la S. TSJ. Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 13 junio (RJCA 1997/2105) considera excluyente del sexo femenino la utilización de la expresión <<varón libre del servicio militar>> en la formulación de la oferta publicada en periódico, aún cuando no se aprecie voluntad de discriminación por la empresa sino una mera negligencia merecedora de advertencia o recomendación y no de sanción, aún en su grado mínimo.

que literalmente no cumplían los requisitos antijurídicos, así como de otras circunstancias adyacentes como es, la efectiva contratación, la existencia de antecedentes, la masculinización de la actividad, caso éste en que la oferta probablemente deba ser lingüísticamente más escrupulosa. Piénsese, por ejemplo, si la oferta, una vez realizada o publicada a través de medios publicitarios, no ha provocado o no es previsible que provoque un desánimo en las solicitudes de los miembros del sexo ambiguamente excluido, quiere decir probablemente que el lenguaje utilizado es el comúnmente aceptado y ha sido entendido en un sentido neutro o, al menos como un uso del lenguaje habitual, impropio pero no excluyente, en cuyo caso por la negligencia apreciable, o no será merecedor de sanción sino de advertencia o requerimiento (art. 7 L. 42/1997, de 14-11, de Ordenación de la ITSS), o lo será en su menor grado (arts. 39 y ss. LISOS)<sup>63</sup>.

Hasta ahora nos hemos referido a las ofertas que contengan una discriminación directa por razón de sexo. Pero tampoco puede olvidarse en estos instrumentos preventivos la discriminación indirecta en la oferta, si bien obviamente para ello los intermediadores encontrarán muchas más dificultades. El control de la discriminación indirecta tendría que atajarse en el análisis de las exigencias y criterios marcados por la empresa para la selección de los trabajadores cuando existan fundadas sospechas de discriminación, sobre todo a partir de experiencias previas. Tal es el caso, por ejemplo, en que en los requisitos de acceso al puesto de trabajo se incluyan titulaciones no necesarias para el mismo ni previstas en el convenio colectivo y que afecten negativamente al colectivo de mujeres o, dicho en términos neutros, a uno de los sexos<sup>64</sup>. Ante semejante sospecha, las oficinas de empleo y demás intermediadores cuentan por lo demás con una cierta facilidad para contrastar datos de demandantes de empleo de uno y otro sexo que ostenten tal titulación, así como solicitantes de dicho tipo de empleo. Pueden resultar más claros los casos en que se exijan como

---

63. Sobre la exigencia progresiva de culpabilidad en la comisión de las infracciones y no sólo como criterio de graduación de la sanción, véase: I. DURENDEZ SÁEZ, "La sanción administrativa en el orden laboral", Universidad de Murcia, Murcia, 2006, págs. 86 a 90, 146, 285 y ss.. El citado autor también se manifiesta partidario de analizar con particular empeño, en los casos del art. 16.2 LISOS, la culpabilidad del sujeto responsable de la oferta si no se quiere incurrir en un acto sancionador desproporcionado (pág. 266). Véase también: A. BLASCO PELLICER, "Sanciones administrativas en el orden social", TB, Valencia, 1998, págs. 31 y ss., , 213 y 214.

Unos criterios que específicamente se tienen en cuenta con frecuencia en estos casos para la gradación de la sanción, son, por ejemplo, aparte del dolo o mera negligencia del sujeto infractor, la mayor o menor difusión del periódico o medio de difusión elegido.

64. S. TS. de 4 -5-2000 (RJ 2000\4266); SS. TSJ Cantabria de 14-11-2005 (AS 2005, 3000) y de 23-5-2007 (AS. 2007/2556). Véase: M.A. PURCALLA BONILLA, "Desigualdad de trato por razón de sexo en el proceso de selección de personal", AS, nº 19, 2006, págs. 27 y ss.



requisito de acceso a un concreto empleo tallas idénticas para mujeres y hombres fijadas sobre los criterios de un solo sexo<sup>65</sup>. En cuanto al esfuerzo físico, si bien como hemos visto no puede justificar la exclusión automática de uno de los sexos, puede erigirse en un requisito formulado en términos de neutralidad cuando constituye un elemento determinante en el desempeño del puesto de trabajo<sup>66</sup>.

Pero realmente la responsabilidad de las agencias de colocación o, ahora más ampliamente, de los sujetos dedicados a la publicidad de las ofertas o selección de trabajadores sólo podría surgir en caso de que ellos mismos discriminasen al obedecer una orden de discriminar, directa o indirectamente. Si la responsabilidad civil surge como consecuencia de la culpa o negligencia, entonces es necesario que el significado antijurídico de la orden ejecutada sea conocido o debiera conocerse conforme a la diligencia normal exigible a tales profesionales.

## 5. SOBRE LA POSIBILIDAD DE RESERVA DE EMPLEO A FAVOR DE LA MUJER

Quedan por resolver, seguro, numerosas cuestiones. Pero tras la LOI y en este marco de la intermediación, y más ampliamente de la oferta de empleo y selección de trabajadores, es necesario abordar si es posible la oferta de empleo destinada exclusivamente a mujeres, así como cualesquiera otras modalidades de acción positiva en la selección de trabajadores. Para responder a estas dudas será fundamental, por supuesto, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Pero creo que este examen debe mantenerse en sus justos términos, pues es posible que a partir de tales sentencias no estén cerradas otras vías o posibilidades distintas de las evaluadas por dicho Tribunal y bajo otras circunstancias. No es necesario por su evidencia extenderse ahora en la legitimidad de la acción positiva, expresión por lo demás del art. 9.2 CE<sup>67</sup>. Lo que interesa ahora es identificar con la mayor

---

65. Vid.: S. TS.27-12-1999, RJ 1999\10091. La exigencia de buena imagen es discriminatoria si se aplica sólo a la mujer (S. TC. 1987/207, 22-12; A. CÁMARA BOTIA, "Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo", RMTAS, nº 33, pág. 81).

66. S. TC 198/1996 de 3 diciembre, respecto de las tareas de basculero. Pese a que la sentencia niegue la trascendencia de la ausencia de publicidad sobre tales tareas sorprendentemente implícitas en el puesto solicitado de administrativa, el voto particular –en mi opinión acertadamente– sí exige que, en tales casos en que las tareas supongan una fuerza superior a la de la mujer media debe dejarse constancia de ello en la convocatoria u oferta de empleo. Un análisis más amplio sobre el esfuerzo físico y la valoración de los puestos de trabajo en: C. SÁEZ LARA e I. BENAVENTE TORRES, "Género y trabajo: jurisprudencia reciente", cit., págs. 314 y ss..

67. Sin ánimo exhaustivo: art. 23 Carta Europea de Derechos Fundamentales de la UE; Art. 141.4 Tratado de Amsterdam, art. 3 Directiva 2006/54/CE. Véase, también por ejemplo, la Recomendación 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984. Por ejemplo, Sentencia Tribunal Constitucional núm. 269/1994, de 3 octubre, sobre las reservas de puestos para los minusválidos.

exactitud posible dónde están sus límites. O, aún más interesante, sembrar dudas sobre los límites que podrían considerarse como evidentes. Estas vulneraciones aparentemente claras a la luz de tales sentencias son, por ejemplo, el carácter discriminatorio de una acción positiva consistente en una oferta de empleo destinada exclusivamente a mujeres, como también en una reserva porcentual incondicionada de puestos de trabajo para éstas, o criterios de preferencia automática e incondicionada a favor de la mujer infrarrepresentada caso de igualdad en capacitación con sus competidores masculinos. Pero quizá no deberíamos tener las cosas tan claras.

Es cierto que la sentencia Kalank<sup>68</sup> ha constituido un serio lastre para la acción positiva en el acceso al empleo, distinta de las relacionadas con la empleabilidad de la mujer. De hecho, ha tenido que ser matizada o perfilada por el TJCE en sentencias posteriores. Pero la relatividad de su doctrina, creo que puede mantenerse además desde otra perspectiva. Tal sentencia resuelve sobre un supuesto de promoción, que no de acceso al empleo en estricto, en que es más que cuestionable que el candidato masculino tuviese la misma capacitación que la candidata femenina; no cabe duda que los méritos del sr.Kalanke descritos en la sentencia eran superiores y de hecho se podría entender creada una expectativa de promoción puesto que venía desempeñando las funciones de adjunto permanente del Jefe de Sección. En cualquier caso al Tribunal se le formula la cuestión prejudicial partiendo formalmente de la <<misma capacitación>> de ambos. A favor de su contrincante sólo se desprende de la sentencia el hecho de ser mujer, pues también tiene una menor antigüedad. Ante semejante panorama, el TJCE reconoce que este sistema de cuotas vulnera el principio de no discriminación por razón del sexo, y duramente lo califica como un sistema de "resultado"<sup>69</sup>. No obstante, el propio Tribunal contextualiza su afirmación al atender al concepto que se baraja de infrarrepresentación, que es sencillamente que hay un menor número de mujeres, precisamente, apreciable en todos los niveles. Es decir, en mi opinión lo que deja claro es que resulta desproporcionado imponer un objetivo de equiparación numérica absolutista e incondicionada en la promoción a un nivel superior cuando la infrarrepresentación femenina es apreciable igualmente en los niveles inferiores. La infrarrepresentación en la promoción, por tanto, no necesariamente deriva de la minusvaloración de la mujer. ¿El resultado habría sido idéntico de haberse previsto un sistema de cuotas proporcional a la presencia femenina en los niveles inferiores?

---

68. S. TJCE 17-10-1995 (Kalanke), 1995/172.

69. La Comunicación de la Comisión COM (96) 88 final, aclaró que la sentencia Kalanke sólo excluía el sistema automático de cuotas. No obstante, algunos autores consideran que no está claro que la sentencia Kalanke trate sobre un supuesto de preferencia automática en estricto al estar sometida a dos condicionantes cuales son la infrarrepresentación de la mujer y la exigencia de igualdad de capacitación (C. SAEZ LARA, "Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario", cit., pág. 353).

El paso siguiente se da con la sentencia Marshall<sup>70</sup>, también sobre promoción que viene a explicar, a matizar la sentencia Kalanke; la diferencia estriba en que aquella mantenía una preferencia automática e incondicionada, en tanto aquí la preferencia se configura a través de una <<cláusula de apertura>>, es decir, deja una salida al varón, se admite que el candidato masculino presente <<motivos particulares que inclinen la balanza a su favor>> sin especificarse, no obstante, cuáles sean éstos. Aquí ya no se refleja en la sentencia –exista o no– ningún elemento que incite a cuestionar la igualdad en capacitación de ambos. También se parte de un concepto de infrarrepresentación como inferior al 50%. Y el Tribunal observa ahora esta cláusula desde otra perspectiva muy distinta; ya no es una <<cláusula de resultado>>, sino que es una cláusula de garantía antidiscriminatoria, pues igual capacitación no supone igualdad de oportunidades en la promoción de la mujer habida cuenta de los prejuicios, roles, y estereotipos sexistas que pueden condicionar la voluntad del empleador. Como vemos, se ha aligerado sensiblemente la primera lectura de la pesada doctrina Kalanke. Ahora podríamos cuestionarnos cuál es el alcance real de esos motivos particulares que inclinen la balanza a favor del candidato masculino. Nos encontramos exactamente en los criterios de selección; ¿son éstos incuestionables?. Quiero decir, la elección de unos criterios u otros, ¿será determinante de unos resultados <<objetivos>> de la selección?. Igualmente podríamos cuestionarnos qué sucedería, por ejemplo, si en lugar de definir la infrarrepresentación como menor número de mujeres que de hombres, la calificásemos en términos más radicales, prácticamente de urgencia, muy por debajo del personal masculino pero en respeto mínimo de la proporcionalidad de la población femenina susceptible de ocupar los puestos ofertados.

Llegamos ahora a la muy ilustrativa sentencia Badeck<sup>71</sup> que completa y de ese modo transforma las visiones iniciales. Aquí el plan de igualdad de oportunidades define también la infrarrepresentación como menor número de mujeres que de hombres. Y establece a modo de objetivos lo que no es sino una reserva de plazas. Pero no impone unívocamente una promoción o acceso de <<más de la mitad>> de las plazas vacantes por las mujeres, sino que se prevén niveles de ocupación y promoción femenina inferiores en proporción al número –también inferior de tituladas–, o de la infrarrepresentación en los niveles inferiores a promocionar. En cuanto a la selección de candidatos y candidatas, por supuesto se parte de que ésta se hará en función de la capacitación de cada cual, sin establecer una preferencia absoluta y automática a favor de la mujer. Es por esas dos razones que la sentencia lo denomina

---

70. S. TJCE 11-11-1997, 1997/236.

71. S. TJCE de 28 marzo 2000, 2000\56.

como <<cuota de resultado flexible>><sup>72</sup>. Ahora bien, ¿cómo se logran los objetivos propuestos en el Plan?. A través de los criterios de selección de candidatos, muy distintos de los tradicionales que, como la antigüedad pierden mucho peso, y aún formulados en términos neutros –con lo que se atienden a las situaciones de orden personal de cada candidato- dan visibilidad a la mujer y compensan sus dificultades laborales como pueda ser, por ejemplo, una equivalente valoración del trabajo a tiempo parcial con el desarrollado a tiempo completo cuando ello haya respondido a motivos de conciliación o, bajo determinados condicionantes, la valoración de las capacidades y habilidades obtenidas en el trabajo en el hogar. Y ahora sí, cuando con la aplicación de tales criterios de selección ambos candidatos ostenten los mismos méritos, se podrá optar lícitamente por la candidata femenina para la consecución de tales objetivos del plan de igualdad y no se oponga a ello ningún motivo de rango superior, como puedan ser la concurrencia con otras preferencias de empleo o promoción (retorno al tiempo completo cuando la transformación a tiempo parcial estuvo motivada por causas familiares, minusválidos, voluntarios del servicio militar, etc). He ahí la apertura de la reserva y que se manifiesta, sencillamente, en términos de prelación de derechos, con lo que queda salvada la proporcionalidad de las medidas.

Pero la sentencia va aún más lejos cuando se trata de valorar la reserva de la mitad de las plazas públicas de formación especializada en que la mujer esté infrarrepresentada. Hay que destacar que tal requisito de formación es indispensable para la práctica de la profesión, con lo que el <<punto de partida>>, o concepto restringido de la igualdad de oportunidades, no es tan inocuo como pueda parecer en términos abstractos. Y el Tribunal no tiene ningún reparo en admitir lo que califica como <<una cuota de resultado rígido>> en el ámbito de la formación profesional pública, en tanto goza de ciertos márgenes de flexibilidad: uno, cuando el número de candidatas sea inferior a la reserva las plazas excedentes podrán ser ocupadas por hombres; dos, la medida tampoco es desproporcionada en sus efectos puesto que ningún candidato masculino queda definitivamente excluido de la formación, dado que al no tener el Estado el monopolio de la formación, los excluidos siempre podrán acceder a la formación en el ámbito privado<sup>73</sup>. Es igualmente legítimo desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y nuevamente como garantía

---

72. Según expone la propia sentencia, se caracteriza por: <<A) no fija de manera uniforme las cuotas aplicables al conjunto de sectores y servicios de que se trata, sino que precisa que las características de dichos sectores y servicios son determinantes para fijar objetivos vinculantes. .... B) no prevé necesariamente «a priori» de modo automático que el resultado de cada procedimiento de selección, en una situación de «empate» como consecuencia de la igual cualificación de los candidatos, deba obligatoriamente favorecer a la candidata femenina>>.

73. Similar argumento respecto de plazas subsidiadas de guardería en la S. TJCE de 19 marzo 2002, 2002\106 (Lommers).

adicional antidiscriminatoria, forzar a la convocatoria para la entrevista de un número equivalente de candidatas y candidatos cuando, en los sectores en que estén infrarrepresentadas, no se convoque a todas las solicitantes que cumplan los requisitos exigidos de cualificación.

Unos meses más tarde el TJCE se pronuncia en la sentencia *Abrahansson*<sup>74</sup> en la que nuevamente nos encontramos ante un supuesto en que no se parte de una igualdad entre candidatos, por lo demás, en el empleo público. De hecho la situación es extrema, en tanto la renuncia de la candidata seleccionada impone la elección de otra que inicialmente había quedado marginada de la selección, en detrimento del candidato masculino, único contrincante de la primera. Ello supone en la práctica una especie de doble compensación por razón de sexo, y como tal desproporcionada. No hay, evidentemente, igualdad en los méritos. El método de selección ha dejado en evidencia la ausencia de transparencia en los criterios así como la desconsideración de las posibles situaciones de orden personal del candidato masculino; en definitiva, es el sexo el factor desproporcionada y absolutamente determinante de la elección y el Tribunal declara la contravención del Derecho Comentario precisamente en tales términos contextuales, así como reafirma que es posible a igualdad de méritos o incluso cuando sean <<sensiblemente equivalentes>>, es decir, <<casi iguales>> favorecer la contratación femenina en el supuesto de infrarrepresentación siempre y cuando se tengan en cuenta las situaciones de naturaleza personal de todos los candidatos.

Del estudio de esos casos particulares como de otros<sup>75</sup> no se extrae otra regla general, en mi opinión, que la ostentar un fin lícito y el respeto al principio de proporcionalidad de la medida, admitiéndose cualesquiera otras posibilidades distintas de las examinadas y que no vulneren dicho principio. Es posible fijar reservas de empleo a favor de la mujer infrarrepresentada, siempre y cuando el sistema establecido no provoque unos efectos desproporcionados al fin perseguido por erigir al sexo como único factor absoluta y desorbitadamente determinante, privando al que tiene mejor derecho –como pueda ser por méritos ostensiblemente superiores u otras preferencias legales o convencionales valoradas en su conjunto respecto del colectivo- del empleo o promoción. Quizá por ello, el art. 17 ET, aún excesivamente des-

---

74. S. TJCE de 6 julio 2000, 2000\166.

75. Por ejemplo, S. TJCE de 30 septiembre 2004, 2004\270 (*Briheche*) –varón viudo y con hijos a su cargo, discriminado al aplicársele un límite de edad en el acceso a la función pública del que están exentas las mujeres en idéntica situación-. S. TJCE de 19 marzo 2002, 2002\106 (*Lommers*), respecto de una medida muy controvertida e inserta en un concepto restringido de igualdad de oportunidades, como es la reserva de plazas subvencionadas de guardería a favor de las mujeres infrarrepresentadas. No es una medida desproporcionada en tanto es una cláusula abierta: los hombres también podrán acceder a aquéllas en casos en que asuman solos el cuidado de sus hijos. Por otra parte, y en cualquier caso, siempre podrán acudir a las guarderías privadas.

criptivo y un tanto conservador, se refiera a <<igualdad de condiciones de idoneidad>>, que es una expresión mucho más elástica que la de <<méritos>> y que se vincula mucho más directamente a las exigencias reales del puesto de trabajo.

No obstante, el art. 17.4 ET adolece de una cierta confusión, pues se refiere a <<reservas y preferencias>>, para reducir aparentemente las primeras a los exclusivos márgenes de las segundas<sup>76</sup>. ¿Realmente están excluidas absolutamente todas las reservas calificables de cuotas de resultado rígido que supongan la preferencia automática de la mujer apta o idónea para el trabajo?. Claro está, parece más coherente interpretar que la última parte del precepto no es sino un desarrollo ilustrativo referido exclusivamente a las preferencias, sin afección, por tanto, de la posibilidad de creación de reservas o cupos. Piénsese, que las comentadas sentencias del TJCE siempre han examinado –como parece partir el art. 17.4 ET- de supuestos en los que se persigue una total equiparación en el empleo entre hombres y mujeres, a veces incluso sin tener en cuenta siquiera la verdadera población femenina disponible. Si se persiguiesen objetivos menos ambiciosos en sectores o empresas en los que la mujer tiene una presencia muy reducida, a través de las cláusulas de reserva como pueda ser, por ejemplo, favorecer el empleo de la mujer reservando un porcentaje muy inferior al total de plazas ofertadas para aquéllas que reúnan los requisitos exigidos para el puesto<sup>77</sup>, cubriéndose por los candidatos masculinos únicamente si quedasen aquéllas vacantes, ¿sería desproporcionado?. ¿O sería necesario también en este caso cambiar los tradicionales criterios de valoración supuestamente objetiva y neutra de los candidatos?. De exigirse esto último, ¿no sería un abuso de estética?. ¿Sería desproporcionado fijar una reserva, también en similares condiciones a las antes expuestas, para mujeres, por ejemplo, víctimas de la violencia de género, o, en general, pertenecientes a colectivos vulnerables en los que su condición de mujer les mantiene en una situación aún más periférica? ¿Sería desproporcionado establecer un plan de igualdad, por ejemplo, en una empresa caracterizada por una importante segrega-

---

76. Por reserva hay que entender en estricto una <<reserva con preferencia absoluta>>, en tanto la preferencia es una técnica que responde a prioridades en la ocupación (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo”, AAVV –dir. E. Borrajo Dacruz-, “Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983, pág. 467).

77. Cfr: R. MENÉNDEZ CALVO, “Acuerdos de empresa para la igualdad de oportunidades: experiencias pretéritas como propuestas futuras”, RRL, nº 11, 2007, págs. 74 y 76. Asume sin dudas la posibilidad de fijación de cuotas en los planes de igualdad: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, RRL, nº 9, 2007, pág. 90.

ción sexual del trabajo que afecta negativamente a ambos sexos según niveles o tareas, y que puede incluso obedecer como hemos visto a intereses de la organización, en que se reservase al sexo infrarrepresentado un porcentaje de empleo correspondiente a la demanda de dicho sexo respecto de tales trabajos descontado el porcentaje de paro del sexo suprarrepresentado y respetados los respectivos derechos de promoción?. Repárese que la pugna entre las medidas de promoción del trabajo de la mujer, como pueda ser la transformación del trabajo a tiempo parcial al completo (art. 12.4. e ET), aparte su debilitada formulación queda normalmente relegada a la preferente transformación de la contratación temporal en indefinida<sup>78</sup>. Tampoco es discriminatorio prescindir en el despido económico de los trabajadores a tiempo parcial frente a la pervivencia de los empleos a tiempo completo<sup>79</sup>. ¿Sería desproporcionado tomar medidas decisivas al respecto, fijando por ejemplo, un porcentaje al menos proporcionalmente equivalente entre mujeres y hombres en los compromisos de transformación de los contratos temporales en indefinidos? ¿También aquí sería necesario en todos los casos seguir una suerte de concurso de méritos intersexos? ¿O bastaría con una cláusula genérica que salvaguarde su constitucionalidad o una actuación que de facto atendiese los supuestos excepcionales?

Es necesario ver y sopesar todas estas cuestiones caso por caso y en su conjunto observando los resultados reales. Si la mujer no está suficientemente presente, pese a estar dispuesta y poder trabajar, es que algo falla. Y a la vista de la situación de partida, resultaría muy llamativo que se ponga el acento en la posible colisión con los derechos del varón individualmente afectado. Con tales posicionamientos suspicaces sólo se levantan obstáculos aparentemente insalvables haciendo perder la perspectiva de la auténtica voluntad de tales medidas de acción positiva. ¿Cómo puede abordarse la discriminación sexual, como tal grupal, en términos estrictamente individuales? Tanto más en el ámbito del empleo, donde se han admitido sacrificios personales en beneficio del colectivo, como es en el caso de la jubilación forzosa<sup>80</sup>. Según me parece, el margen de actuación es mucho más amplio, está mucho más abierto de lo que podría parecer tras una primera lectura de las referidas sentencias del TJCE y hasta del art. 17.4 ET.

---

78. Me remito a lo que pude constatar en: I. BENAVENTE TORRES, "El trabajo a tiempo parcial", CES-A, Sevilla, 2005, págs. 368 y 369. Véase también que se admite la experiencia como criterio de selección pese a su efecto adverso, precisamente porque la intención de los negociadores era la de potenciar la estabilidad en el empleo de los trabajadores temporales: S. TSJ Cantabria 6-9-2006 (AS. 2006/2633).

79. Vid.: S. TJCE 26-9-2000 (TJCE 2000/220).

80. Recientemente, sobre el tema: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en Convenio Colectivo", RRL, nº 2, 2008, págs. 1 y ss..

Como creo que ha quedado demostrado, podríamos apreciar una cierta hipocresía (o, si se prefiere como he utilizado antes, abuso de estética) en la percepción terminológica absolutista de la igualdad de méritos y capacitación de los candidatos. Porque ello vendrá determinado por los criterios de selección<sup>81</sup>, y éstos son manipulables sin que imperativamente se garantice la visibilidad de la mujer en los mismos ni compensación de las dificultades reales a que se enfrenta manteniéndose una visión de “interés privado” en el papel que aquélla pueda desempeñar en la familia<sup>82</sup>. Por ejemplo, en la exigencia de períodos de formación a tiempo completo, si aún derivada de razones objetivas afecta mayoritariamente a las mujeres<sup>83</sup>, ¿no sería necesario fijar algún sistema compensatorio en la valoración de los méritos de éstas? Y esto, ¿es imperativo o sólo conveniente y deseable?. La sentencia del TJCE de 7 diciembre 2000, Schnorbus<sup>84</sup>, admitió respecto de un período de formación-empleo en el sector público la preferencia automática para cubrir dichas plazas –reducidas en número- a los candidatos que hubieran hecho el servicio militar y, precisamente, en compensación objetiva y proporcionada del mismo. Ello provocaba, no obstante, la postergación sucesiva y hasta un máximo de 12 meses de la mayoría de las candidatas femeninas en la ocupación de dichas plazas. No se consideró desproporcionada la ventaja, en tanto era similar a la duración del servicio. En ningún momento la sentencia exige que se tengan en cuenta también las condiciones personales de las candidatas femeninas; sencillamente en ellas nunca podría concurrir dicho requisito.

- 
81. En este sentido parece pronunciarse SAEZ LARA cuando afirma que las sentencias Kalanke y Marschall no se resuelven realmente desde la diferencia entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultado, sino que ambas realmente admiten la igualdad como resultado, para afirmar que la reconocida diferencia, la cláusula de apertura, en nada cambia la naturaleza o finalidad de la medida <<pues lo que hará será simplemente enriquecer la justificación, aumentar el abanico de razones con las que apoyar la decisión, ampliar el margen de discusión>> (C. SAEZ LARA, “Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario”, cit., pág. 355).
82. Ello se ve, por ejemplo, en el contraste entre la visión que ofrece la S. TJCE 8 junio 2004, 2004\144 (Gewerkschaft) de la excedencia por cuidado de hijos frente al servicio militar en el cómputo de la antigüedad. La primera constituye el ejercicio voluntario de un derecho –aún provocado por la indeseable necesidad ante la falta de guarderías- y que se ejerce en función de un interés privado. La segunda es obligatoria, y aún cuando se pueda ampliar voluntariamente siempre responde a un interés o necesidad imperativamente pública. Como vemos, la dimensión pública del trabajo del cuidado de los hijos y familiares dependientes, no es que no sea valorada, es que es directamente descartada. Finalmente sobre el tema, no es contrario al Derecho Comunitario que el servicio militar obligatorio se reserve a los hombres pues es expresión de una elección de organización militar competencia de los Estados miembros a la que, consiguientemente, no se aplica el Derecho comunitario [S. TJCE 11 marzo 2003, 2003\91 (Dory)].
83. S. TJCE sentencia de 9 septiembre 2003, 2003\249 (Rinde).
84. TJCE 2000\320.



Repárese en el debate suscitado respecto de no pocas medidas de apoyo al trabajo de la mujer inmersas en la igualdad de oportunidades en estricto, en tanto puedan provocar un efecto boomerang, y en la medida en que algunas de ellas retroalimentan la tradicional distribución de roles. Asumir como ideario de la igualdad de oportunidades prevalente o exclusivamente la mejora de la empleabilidad y formación de las mujeres obviando una intervención más incisiva en el <<punto de llegada>> puede responder peligrosamente, bajo la apariencia de dignidad frente al <<trabajo subsidiado>>, a un prejuicio sobre la auténtica valía del trabajo de la mujer, responsabilizándola de su situación desfavorable en el mercado y la sociedad y justificándola en términos supuestamente objetivos de rentabilidad empresarial. Oculta en cambio, aparte la auténtica preparación de aquella<sup>85</sup>, la dimensión colectiva del problema sobre la discriminación por razón de sexo, el prejuicio y el androcentrismo social, la distribución de roles y estereotipos sociales más o menos visibles, y que eclosionan –ahora– en el acceso al trabajo y la promoción en la carrera profesional. Y denota una ausencia de auténtica voluntad de transformación de nuestros valores.

## 6. SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA MEDIACIÓN DISCRIMINATORIA

En cuanto al empresario que realiza la oferta discriminatoria, es posible su sanción a partir del art. 16.2 LISOS<sup>86</sup>. Difícilmente los episodios discriminatorios anteriores al contrato podrán articularse como infracción del art. 8.12 LISOS, en tanto la referencia a <<retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo>> ha propiciado que sea interpretado como discriminación en el desarrollo del vínculo laboral, sin incluir los actos precontractuales, que se enmarcarían en el referido art. 16.2 LISOS.

Respecto de los intermediadores que asuman la oferta discriminatoria, también la doctrina ha considerado que igualmente corresponden a éstos la infracción del art. 16.2 LISOS<sup>87</sup>. Esta interpretación amplia subjetiva puede basarse en la fórmula también amplísima de identificación de los sujetos susceptibles de responsabilidad admi-

---

85. Véase: M. HERNÁNDEZ BEJARANO, "Balance de la relación formación/empleo en el colectivo de mujeres", AS. Nº 19, 2006, págs. 55 y ss..

86. Véase también el art. 314 C. Penal.

87. AAVV –coord. J.F. LOUSADA AROCHENA, "Ley de Igualdad y contrato de trabajo". Francis Lefebvre, Madrid, 2007, pág. 39; G.Mª SOBRINO GONZÁLEZ, "La política de colocación", cit., pág. 250; Mª D. ROMÁN DE LA TORRE, "Ingreso en la empresa y contrato de trabajo", en AAVV –A. Martín Valverde y J. García Murcia-, "Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social", Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 486. Algunos de los autores citados, más concretamente, suelen referirse a las agencias de colocación.

nistrativa en materia del empleo<sup>88</sup>: empresarios, agencias de colocación (aparte la extinción de la autorización ex art. 17.1.c. RD. 735/1995, 5-5) y demás personas jurídicas y físicas respecto de la normativa de colocación, fomento del empleo y de formación profesional (arts. 2.3 y 7, y 16.1 LISOS). Con ello, podrían considerarse inmersos en tales infracciones no ya sólo las entidades colaboradoras con los servicios públicos de empleo, ni sólo las empresas dedicadas ilegalmente a labores de intermediación (art. 16.1 LISOS), sino también a otros sujetos dedicados a actividades vinculadas a la colocación, como demuestra que el art. 15.1 LISOS se refiera a las empresas de selección<sup>89</sup>. Por otra parte, el hecho de que mencione sólo a éstas últimas y permanezcan ausentes otras, como puedan ser las agencias de cazatalentos, puede responder a que son las más tradicionales y relevantes, y haber estado mínimamente previstas o reguladas bajo otras versiones del art. 16.2 ET, 40.2 y 44.1 LBE. De hecho, el art. 15.1 LISOS parece ser sencillamente un vestigio de los deberes de información que le correspondieron en su momento conforme a los art. 40.6 y 44.3 LBE<sup>90</sup>. En cuanto a la actividad de las empresas de recolocación, podría pensarse que no tiene encaje en el art. 16.2 LISOS por cuanto en términos generales el oferente de empleo permanece ajeno a la misma, sin que haya, exactamente una mediación. Sin embargo, y aún cuando ello no siempre es cierto<sup>91</sup>, no puede ser óbice de la propia responsabilidad y deber de actuación no discriminatoria por parte de la propia empresa de *outplacement*. En definitiva, pese a la ausencia de regulación de estos agentes privados colaterales a la intermediación legal, no puede obviarse su responsabilidad a partir de la configuración amplia de los sujetos infractores y de la identidad de la actividad esencial configurada en el art. 16.2 LISOS.

Pero la formulación literal del art. 16.2 LISOS no deja de suscitar dudas, pues “establecer condiciones” de contratación, propiamente dicho, sólo lo hace el empre-

---

88. H. AGUILAR GRIEDER, E. LASAOSA IRIGOYEN, MC RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, y A. VALVERDE ASENSIO, “La aplicación del Derecho del Empleo”, en AAVV, “Lecciones de Derecho del Empleo”, cit., pág. 480.

89. Aún cuando algunos autores parecen identificar las agencias de selección de personal con las de colocación (tal como hace I. DURENDEZ SAEZ, “La sanción administrativa ...”, cit., pág. 263), lo que, en cualquier caso, evidencia la relativa incertidumbre sobre la que nos movemos.

90. En definitiva, todos aquéllos datos que fuesen solicitados por los servicios de empleo en relación al cumplimiento de los fines de la política de colocación, así como información sobre sus tareas. Al respecto, véase también: F. VALDÉS DAL-RÉ, “Servicios públicos de empleo y contratación laboral”, en AAVV –dir. E. Borrajo Dacruz-, “Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo IV, EDERSA, Madrid, 1983, págs. 263 a 265; y G.Mª SOBRINO GONZÁLEZ, “La política de colocación”, cit., págs. 291 y ss.

91. Por todos: G.Mª SOBRINO GONZÁLEZ, “La política ...”, cit., págs. 280 y ss..

sario. No obstante, también ha llegado a afirmarse que lo que realmente se sanciona es la publicidad o difusión de la oferta de empleo, lo que sí podría hacer corresponsables de la infracción tanto al empresario como a la empresa que lo representa, gestionando activamente la orden discriminatoria, publicitando, reclutando y seleccionando conforme a tales criterios antijurídicos. Realmente, se trata de una infracción que sanciona una conducta discriminatoria compleja y precontractual en la que pueden concurrir diversos sujetos infractores. Así se explica que quede englobado el proceso de selección discriminatorio –como demás actos de la colocación que no sean de difusión- en el art. 16.2 LISOS, como ejecución implícita en ese “establecer condiciones” por “cualquier otro medio”<sup>92</sup>. Ya lo hemos dicho, la selección discriminatoria y demás actos precontractuales, nuevamente no se incluirían en el art. 8.12 LISOS, pues no se refiere a la colocación, partiendo de una relación laboral ya establecida. Finalmente, en cualquier caso, las sanciones accesorias previstas en el art. 46.bis LISOS lo son sólo para los empresarios<sup>93</sup>.

En cuanto a otras vías posibles de actuación en el orden social, probablemente está abierto el nuevo procedimiento de oficio por la ITSS previsto en el art. 146.d) LPL, en tanto se aprecie un perjuicio económico para el trabajador<sup>94</sup>, en este caso, solicitante de empleo. Otros posibles actores son, los afectados que sean identificables, es decir, los solicitantes de empleo como titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo (art. 17.1 LPL) y con su autorización el sindicato al que estén afiliados (art. 20 LPL). Si se trata de un proceso vía art. 175 y ss, estará legitimado cualquier trabajador o sindicato que invoque un interés legítimo, como también podrán acudir como coadyuvantes los sindicatos más representativos y aquél al que estuviese afiliado el/la actora (art. 175.2 LPL). En este proceso, por lo demás, se plantearía la duda de si es admisible la adopción de medidas cautelares cuando ello sea posible aún no estando listada entre las causas del art. 178.1 LPL, habida cuenta que en la mayoría de los supuestos de discriminación en el acceso al empleo, los perjuicios ocasionados son de difícil o imposible reparación –salvo a lo sumo mediante indemnización de

---

92. Como es postergar a la trabajadora en la lista de espera, contratando a otros trabajadores peor situados, por motivos de embarazo (TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), 24 -5-2004 (JUR 2004\160879)).

93. A. BLASCO PELLICER, “Sanciones administrativas en el orden social”, cit., pág. 125.

94. Pues en opinión de un sector doctrinal, lo único necesario es que se produzca un perjuicio económico provocado por la discriminación por razón de sexo, con independencia de la gravedad de la infracción, y sin estar limitadas a las previstas en el art. 149 LPL (MªA. BURGOS GINER, en AAVV. Comentarios a la Ley de Igualdad”, cit., págs. 789 y 790).

daños- al verse dificultada la restitución *in natura*<sup>95</sup>. Como ya hemos indicado, el sindicato frecuentemente se encuentra legitimado en estos procesos por tratarse de una cuestión que afecta indudablemente al interés colectivo conectado a la función genérica de representación y defensa de los trabajadores. Y ello porque por su carácter normalmente se verá afectado un grupo no determinado, innominado y no individualizable que se identifica no obstante con datos objetivos, como son el pertenecer al sexo femenino y ser aspirantes a ingreso en la empresa (arts. 2.2.d LOLS y 17.2 LPL)<sup>96</sup>.

No parece que estén legitimados activamente otros sujetos distintos de los mencionados<sup>97</sup>, salvo los sujetos previstos en el proceso especial de conflicto colectivo (art.152 LPL)<sup>98</sup> y de impugnación de convenios colectivos, cualquiera que sea la

95. En este sentido y ante el hecho de que la contratación directa de las trabajadoras discriminadas afecte a los demás trabajadores seleccionados y contratados, las SS. TSJ Cantabria de 14-11-2005 (AS 2005/ 3000) y de 23-5-2007 (AS. 2007/2556). resuelven la cuestión en un supuesto de discriminación indirecta en el acceso al empleo considerando a las trabajadoras que superaron la prueba psicotécnica y fueron excluidas de la entrevista personal, candidatas en reserva, para su contratación preferente en las nuevas contrataciones, así como su derecho a indemnización.

Es más, como se deduce de las posiciones doctrinales y judiciales la obligación de contratación del trabajador discriminado en el acceso al empleo ni siquiera es siempre la solución más idónea, pues en muchas ocasiones nada garantiza que de no haber sido discriminado habría sido efectivamente contratado (A. CÁMARA BOTIA, "Poder del empresario ...", cit., págs. 94 a 97). Como puede observarse en las sentencias antes citadas los trabajadores de alguna manera ya habían demostrado su capacitación, siendo excluidas de la selección por razón de sexo. Véase también: S. TSJ. País Vasco 30-1-2001, AS. 2001/957. Resuelve con indemnización, por ejemplo, la S. TSJ. Comunidad Valenciana 22-10-1998, AS. 1998/4513.

96. S. TC de 22-3, RTC 1999\41 –respecto de un colectivo femenino no individualizado aún susceptible de serlo-; SS. TS. 18-2-1994, RJ. 1994/1061 y 4-10-1995, RJ. 1995/1292.. Véanse, también, por ejemplo: SS. TS. 25-1-1999, RJ. 1999/897 y 2-2-2000, RJ. 2000/1438 y 4-3-2005, RJ. 2005/3687. Por todos: F. CAVAS MARTÍNEZ, "El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales", Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 249 a 255; F. NAVARRO NIETO, "Sindicatos y asociaciones empresariales", en AAVV –dir. y coord. A. Martín Valverde y J. García Murcia-, "Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social", Aranzadi, Madrid, 2002, págs. 473 y 474.

97. Respecto del proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales distintos del de libertad sindical, parece manifestarse en contra un sector doctrinal, admitiendo cualesquiera sujetos individuales o colectivos distintos del sindicato, que sean titulares del derecho vulnerado o portadores de un interés legítimo (F. CAVAS MARTÍNEZ, "El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales", cit., págs. 248 y 249).

98. S. TS. 1-6-1999, RJ 1999\5057, en el que son invitados a solicitar el ascenso mayoritariamente el personal masculino: <<se trata aquí de una posible discriminación de mujeres aspirantes a un puesto de trabajo, al que ... no se les ha permitido acceder por razón de su sexo, por lo que, ... independientemente del interés individual que cada una de las directamente afectadas pudiera tener (interés que podría defender a través del ejercicio de una acción individual), existe también un interés genérico referido a todo un colectivo de mujeres, que también merece ser tutelado, y para esta protección resulta adecuado el procedimiento de Conflicto Colectivo a tenor del art. 151 de LPL, toda vez que es a una práctica empresarial a la que el colectivo actor atribuye la vulneración de su derecho a la igualdad>>.

eficacia de los mismos (art. 163 LPL). Pero ahora nos referimos para excluirlos concretamente, a los previstos en los arts. 11 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 19.1.i LJCA, introducidos por las Disps. Adics. Quinta y Sexta LOI, en tanto el art. 12.2 LOI remite la capacidad y legitimación de las personas físicas y jurídicas con interés legítimo a las Leyes reguladoras de los procesos, y la LPL no ha sido modificada<sup>99</sup>. Dejando al margen lo que parece una deficiente legitimación comparativa de los organismos públicos<sup>100</sup>, las diferencias más destacadas consisten en la legitimación de asociaciones de ámbito estatal distintas de los sindicatos y en la exigencia de que el sindicato sea más representativo. En materia de acceso al empleo ésto no deja de ser llamativo, en tanto en los procesos que al efecto se sigan en la jurisdicción contencioso-administrativa —como son los relativos a los actos de los servicios públicos de empleo (art. 3.1.c LPL)<sup>101</sup> - sí estarán legitimadas las referidas asociaciones del art.

- 
99. En este sentido, si bien restando importancia al hecho por considerar que no es precisa la modificación de la LPL en tanto ya se contemplaban previsiones similares al respecto: I. ALBIOL MONTESINOS, C.L. ALFONSO MELLADO, J. BLASCO LAHOZ, L.M. CAMPS RUIZ, M<sup>a</sup>A. GARCÍA RUBIO, G. RODRÍGUEZ PASTOR. “Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad”. TB., Valencia, 2007, págs. 68 y 69; R. TUR AUSINA, Comentario al art. 12 LOI, en AAVV, “Comentarios a la Ley de Igualdad”. cit., pág. 181. Parece manifestarse en contra por el carácter supletorio de la LECiv (Disp. Adic. 1<sup>a</sup> LPL): AAVV, “Ley de Igualdad y contrato de trabajo”. Francis Lefebvre, cit., pág. 195.
100. Por organismos públicos con competencia en la materia, parece que debería interpretarse, entre otros, el Instituto de la Mujer, a la luz de la Disp. Adic. Vigésimo octava LOI, sin embargo, en opinión de un sector doctrinal lo único que claramente se le atribuye al respecto es su asistencia a las víctimas en el proceso, no así la legitimación directa colectiva que tendría que haberse hecho expresamente (Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Tutela jurisdiccional de la igualdad y no discriminación por razón de sexo”, en AAVV —dir. A. Montoya Melgar-. “Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Civitas, Pamplona, 2007, pág. 569). En respeto de los mínimos exigidos por el art. 20.2 Directiva 2006/54/CE (F.J. POZO MOREIRA, “La actuación de los organismos públicos en el proceso laboral en supuestos de discriminación por sexo: la obligada asistencia a la víctima por parte de los organismos para la promoción de la igualdad. Comentario a la Directiva 2002/73/CE”, RMTAS, 2004, n<sup>o</sup> 52, pág. 132). No obstante, pesa el no haberse incluido una intervención de los organismos públicos en apoyo a la víctima ni adhesiva (más allá de la intervención del Ministerio Fiscal de los arts. 175.3 y 181 LPL) ni, sobre todo, de sustitución (art. 20 LPL), sólo paliada parcialmente por el procedimiento de oficio del art. 146.d) LPL (véase, de nuevo, . F.J. POZO MOREIRA, “La actuación de los organismos públicos en el proceso laboral en supuestos de discriminación por sexo: la obligada asistencia a la víctima ...”, cit., págs. 143 y 144). Y aparte, los informes potestativos del art. 95.3 LPL).
101. En tanto corresponde al orden social la competencia para resolver sobre los problemas entre empresarios y trabajadores suscitados en estadios previos al contrato (art. 2.a LPL), es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa los procesos de selección llevados a cabo por la Administración también respecto de su personal laboral (vid: H. AGUILAR GRIEDER, E. LASAOSA IRIGOYEN, MC RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, y A. VALVERDE ASECIO, “La aplicación del Derecho del Empleo”, en AAVV, “Lecciones de Derecho del Empleo”. cit., págs. 470 A 472; C.L. ALFONSO MELLADO, “El orden jurisdiccional social. Órganos y competencias”, en I. ALBIOL MONTESINOS, C.L. ALFONSO MELLADO, A. BLASCO PELLICER y J.M. GOERLICH PESET, “Derecho Procesal Laboral”, TB, Valencia, 2007, págs. 27 a 30).

19.1.i LJCA, que son las previstas en el art. 11.bis LECivil. Más llamativo aún resulta la aparente restricción de la legitimación procesal del sindicato en la tutela de este interés colectivo con la exigencia de ser más representativo, lo que difícilmente es razonable y proporcionado desde la perspectiva de la libertad sindical (arts- 7 y 28.1 CE y 2.2.d LOLS), y contradice la legitimidad de los sindicatos –sin exigencia de representatividad- del art. 19.1.b LJCA<sup>102</sup>. Por otra parte, los procesos seguidos contra las agencias de colocación, gabinetes de selección de trabajadores, etc, responderán o a relaciones interempresariales o, en cualquier caso extralaborales –responsabilidad extracontractual-, con lo que la competencia le corresponderá al orden civil<sup>103</sup>.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, “La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936”, Congreso de Diputados, Madrid, 1987.
- AAVV –coords. J. Vida, J.L. Monereo y M<sup>a</sup>D. García-, “Los servicios públicos de empleo”, en AAVV –coord. C. Molina Navarrete-, “Empleo y Mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos”, ponencia colectiva de las XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, CARL, Mercablum, Sevilla, 2005.
- H. AGUILAR GRIEDER, E. LASAOSA IRIGOYEN, MC RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, y A. VALVERDE ASECIO, “La aplicación del Derecho del Empleo”, en AAVV, “Lecciones de Derecho del Empleo”, en AAVV –dir. M.C. Rodríguez-Piñero Royo-, “Lecciones de Derecho del Empleo”, Tecnos, Madrid, 2006.
- I. ALBIOL MONTESINOS, C.L. ALFONSO MELLADO, J. BLASCO LAHOZ, L.M. CAMPS RUIZ, M<sup>a</sup>A. GARCÍA RUBIO, G. RODRÍGUEZ PASTOR, “Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad”, TB., Valencia, 2007.
- F. ALEMÁN PÁEZ, “Lecciones de Derecho del Trabajo. Concepto, fuentes y contenido del contrato de trabajo”, Servicio de publicaciones de la UCO, Córdoba, 2007.
- C.L. ALFONSO MELLADO, “El orden jurisdiccional social. Órganos y competencias”, en I. ALBIOL MONTESINOS, C.L. ALFONSO MELLADO, A. BLASCO PELLICER y J.M. GOERLICH PESET, “Derecho Procesal Laboral”, TB, Valencia, 2007.

102. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Tutela jurisdiccional de la igualdad y no discriminación por razón de sexo”, cit., págs. 569 y 570.

103. H. AGUILAR GRIEDER, E. LASAOSA IRIGOYEN, MC RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, y A. VALVERDE ASECIO, “La aplicación del Derecho del Empleo”, en AAVV, “Lecciones de Derecho del Empleo”, cit., pág. 469 y 473.

- A. BLASCO PELLICER, "Sanciones administrativas en el orden social", TB, Valencia, 1998.
- A. CÁMARA BOTÍA, "Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo", MTAS, nº 33.
- F. CAVAS MARTÍNEZ, "El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales", Aranzadi, Navarra, 2004.
- Y. CANO GALÁN, "Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales", en AAVV, "La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales", XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005.
- F. DURÁN LÓPEZ, "La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976", Cuestiones actuales de derecho del trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.
- I. DURENDEZ SÁEZ, "La sanción administrativa en el orden laboral", Universidad de Murcia, Murcia, 2006.
- M. HERNÁNDEZ BEJARANO, "Balance de la relación formación/empleo en el colectivo de mujeres", AS. Nº 19, 2006.
- R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres", RRLL, nº 9, 2007.
- J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, "La intermediación en el mercado de trabajo", CARL, Mercablum, Sevilla, 2003.
- A. MARTÍN VALVERDE, "La formación del Derecho del Trabajo en España", en AAVV, "La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936", Congreso de Diputados, Madrid, 1987.
- M<sup>a</sup>J. MATEU CARRUANA, Comentario al art. 5 LOI en AAVV –dir. J.I. García Ninet y A. Garrigues Jiménez-, "Comentarios a la Ley de Igualdad", CISS, Valencia, 2007.
- R. MENÉNDEZ CALVO, "Acuerdos de empresa para la igualdad de oportunidades: experiencias pretéritas como propuestas futuras", RRLL, nº 11, 2007.
- A. MONTOYA MELGAR y R. CRISTÓBAL RONCERO, "Comentario a la Ley de Empleo", Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- F. NAVARRO NIETO, "Sindicatos y asociaciones empresariales", en AAVV –dir. y coord. A. Martín Valverde y J. García Murcia-, "Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social", Aranzadi, Madrid, 2002.
- F.J. POZO MOREIRA, "La actuación de los organismos públicos en el proceso laboral en supuestos de discriminación por sexo: la obligada asistencia a la víctima por parte de los organismos para la promoción de la igualdad. Comentario a la Directiva 2002/73/CE", MTAS, nº 52, 2004.

- M.A. PURCALLÁ BONILLA, "Desigualdad de trato por razón de sexo en proceso de selección de personal", AS. Nº 19, 2006.
- M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo", AAVV –dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983.
- M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en Convenio Colectivo", RRL, nº 2, 2008.
- M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y J.L. LAZARO SÁNCHEZ, "La intermediación", en AAVV –dir. M.C. Rodríguez-Piñero Royo-, "Lecciones de Derecho del Empleo", Tecnos, Madrid, 2006.
- M<sup>a</sup> D. ROMÁN DE LA TORRE, "Ingreso en la empresa y contrato de trabajo", en AAVV –A. Martín Valverde y J. García Murcia-, "Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social", Aranzadi, Navarra, 2002.
- C. SÁEZ LARA, "Mujeres y mercado de trabajo", MTSS, Madrid, 1994.
- C. SÁEZ LARA e I. BENAVENTE TORRES, "Género y trabajo: jurisprudencia reciente", en AAVV –Coord. J. Castiñeira Fernández-, "El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2002: puntos críticos", CARL, Sevilla, 2003.
- C. SAEZ LARA, "Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario", en AAVV, "La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales", XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005.
- J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y J.L. GIL y GIL, "Los derechos constitucionales del empresario", en AAVV, "El modelo social en la Constitución española de 1978", MTAS, 2003.
- Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "Tutela jurisdiccional de la igualdad y no discriminación por razón de sexo", en AAVV –dir. A. Montoya Melgar-, "Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", Civitas, Pamplona, 2007.
- G.M<sup>a</sup> SOBRINO GONZÁLEZ, "La política de colocación", Bomarzo, Albacete, 2006.
- R. TUR AUSINA, Comentario al art. 12 LOI, en AAVV, "Comentarios a la Ley de Igualdad", CISS, Valencia, 2007.
- F. VALDÉS DAL-RÉ, "Servicios públicos de empleo y contratación laboral", en AAVV –dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983.
- M<sup>a</sup>T. VELASCO PORTERO, en AAVV, "Comentarios a la Ley de Igualdad", CISS, Valencia, 2007.