

# Discriminaciones por razón de sexo: La STJUE de 17 de octubre de 1995 y los límites a las medidas de acción positiva

CARMEN MORENO DE TORO  
Universidad de Córdoba

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Cuestiones planteadas: Las medidas de acción positiva.
  - 2.1. Acciones positivas como excepción al principio de no discriminación por razón de sexo: Directiva 76/207/CEE.
  - 2.2. Otras disposiciones comunitarias sobre la materia.
  - 2.3. Doctrina jurisprudencial.
  - 2.4. Medidas de acción positiva: sistema de cuotas.
- III. Posición española sobre la materia.
- IV. Conclusiones sobre la STJUE de 17 de Octubre de 1995.

## I. INTRODUCCION

El problema que se plantean todas las legislaciones laborales al enfrentarse con el tema de la discriminación por razón de sexo radica en que no es común el punto de partida desde donde inician los dos competidores - varón/mujer - una misma carrera, la profesional. Y no es común porque la mujer, por lo general y en todos los ámbitos, se encuentra en desventaja; desventaja histórica, cultural y legal arrastrada desde antiguo; su punto de partida está más atrás, más retrasado que el que supone la salida del varón. Atendiendo a esto, las legislaciones han de preocuparse no sólo de que no se produzcan desigualdades durante el trayecto, sino que han de colocar a uno de los competidores en una situación de igualdad con el otro, es decir, procurar que ambos partan del mismo nivel. ¿Lograr este objetivo justifica que el varón se vea, en cierta manera, perjudicado durante un periodo de tiempo -hasta lograr la igualdad real- por medidas que tratan de suprimir y paliar la situación de inferioridad en la que se ha encontrado históricamente la mujer?<sup>(1)</sup>

Esta cuestión, aún no resuelta, se ventila en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de Octubre de 1995 (asunto C-450/93: E. Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen), dando lugar dicho fallo a reacciones di-

(1) En esta situación han influido factores socio-familiares, culturales y económico-coyunturales. Vid. al respecto, PEINADO LÓPEZ A. «La discriminación de la mujer en el mercado de trabajo español». MTSS, Madrid, 1988, p. 19 y ss. También, «El empleo en Europa». Comisión de las CCEE. Dirección general de Empleo, Relaciones Industriales y Asuntos Sociales. Oficina de Publicaciones oficiales de las CCEE, 1993, p. 154 y ss.

(2) Vid. ABELLAN, J.L. «Sobre la discriminación positiva». El autor defiende la reducción, al máximo, de toda discriminación, positiva o negativa, al considerar que toda discriminación es equivalente a irracionalidad, debiendo limitarse la positiva a situaciones donde se hayan agotado todas las posibilidades de solución racional. (En «El País», 1 de Mayo de 1996).

(3) Conforme al art. 4, 2) de la Landesgleichstellungsgesetz de 20 de Noviembre de 1990 (Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública), «Al proveerse un puesto correspondiente a un grado de salarios, sueldos y retribuciones superior se concederá preferencia a la mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas. Lo mismo sucederá en caso de provisión de otro puesto de trabajo y en caso de promoción».

(4) Esta infrarrepresentación se produce, según el apdo. 5) del art. 4º de la Ley del Land de Bremen mencionada, «cuando en el mismo grado de salarios, sueldos y retribuciones de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio o en los distintos niveles de función previstos en el organigrama, las mujeres no cubren, al menos, la mitad de los puestos».

(5) Su demanda, sin embargo, fue desestimada por los Tribunales alemanes, en primera y segunda instancia, por el Arbeitsgericht y por el Landesarbeitsgericht, respectivamente.

(6) Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO M. y FERNANDEZ LOPEZ M.F. «Igualdad y Discriminación». Ed. Tecnos. Madrid. 1986. Pág. 17. FERNANDEZ LOPEZ M si F., «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», en Relaciones Laborales nº 3-4, Fb.1993, p. 8 y SS. SAEZ LARA C., «Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas». CES. Madrid. 1994, 33 y ss.

versas. Considera la sentencia contraria a la legislación comunitaria el reconocimiento por la ley nacional alemana de la preferencia, en un puesto de trabajo, de una trabajadora frente a un trabajador de igual capacitación, en virtud de un sistema de cuotas en favor de la mujer. Y es que aunque el establecimiento de vías para lograr una igualdad real ha sido una constante en tal normativa, la adopción de medidas positivas en favor de la mujer es especialmente problemática al ser de difícil justificación en cuanto implican una discriminación<sup>(7)</sup>.

En la sentencia del Tribunal de Justicia se parte de la misma capacitación profesional de ambos pretendientes, dado que el Tribunal está vinculado a la declaración de hechos probados efectuada por el órgano jurisdiccional de apelación alemán, que así lo estableció. La elección recayó sobre la trabajadora porque la empresa -el Comité de Personal y el Comité de Conciliación- estimó que, conforme a los criterios de la Ley nacional aplicable, la mujer estaba infrarrepresentada<sup>(8)</sup>. En consecuencia, tan sólo se está enjuiciando un hecho: si existe o no infrarrepresentación de las mujeres<sup>(9)</sup> y si tal elección, en aras de lo dispuesto por esta Ley, implica un favorecimiento inconstitucional, como considera el sr. Kalanke, en vistas al cual se estima perjudicado<sup>(10)</sup>. El problema, pues, radica en si este favorecimiento a la mujer está o no justificado.

Ello trae a la palestra el examen del necesario respeto al principio de igualdad, del que es una manifestación y un instrumento de aplicación para su realización la no discriminación en el trato, cualquiera que sea su causa<sup>(11)</sup>. Es de admisión general que este principio no supone una aplicación de la ley idéntica para todos sino que permite las diferencias, pues, como es sabido, «la igualdad, en esencia, como la justicia en suma, no implica sino un tratamiento igual para los iguales, pero desigual para los desiguales, tendente a su equiparación y nivelación»<sup>(12)</sup>, y desde esta óptica, se engloba todo un conjunto de declaraciones y normas nacionales e internacionales, en un

principio protectoras de la mujer pero que tienen como fin último evitar la discriminación por razón de sexo y lograr la igualdad real de la misma en la sociedad, en cuanto que deriva de su propia dignidad con ser humano.

Y es más, cuando se trata de poner fin a la discriminación no se persigue sólo erradicar distintos tratamientos perjudiciales dados abiertamente a la mujer en razón a su sexo (discriminación directa) sino que se persigue también suprimir aquel trato diferente y negativo que resulta de medidas, de normas «neutras» que parecen no establecer ninguna distinción por razón de sexo pero que, en su aplicación efectiva y real, si la producen (discriminación indirecta); de esta manera, la norma encubre una discriminación al exigir para su aplicación, un requisito que las mujeres cumplen en proporción inferior a los hombres<sup>(13)</sup>. Prevalece, pues, un concepto amplio de la misma y tal concepto ha sido acogido por la Directiva 76/207/CEE, de 9 de Febrero de 1976<sup>(14)</sup> que señala que «el principio de igualdad de trato... supone ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente...», aunque se trata de términos que han de ser definidos claramente, pues, como aclara NOGUEROL, la falta de precisión, incluso en las normas nacionales, da lugar a interpretaciones ambiguas o restrictivas. Quizá sea ésta la causa de la reciente sentencia<sup>(15)</sup>.

Supone, asimismo, esta tarea de erradicación de conductas discriminatorias, la eliminación de normas protectoras de la «mujer-que-si-bien, en sus privilegios, deude-ban de paliar la sobreexplotación a la que estaba sometida, posteriormente se convirtieron en un obstáculo para su incorporación laboral»<sup>(16)</sup>. A ello se refiere el art. 3 c) de la Directiva 76/207/CEE que ordena la revisión de tales normas... «cuando el deseo de protección que las inspiró no tenga ya razón de ser»; respuesta a ello es la «Propuesta de Directiva sobre permisos parentales y por razones familiares», ratificada por el Consejo en la Resolución de 12 de Julio de 1982 y, que los atribuye indistintamente al hombre y a la

mujer<sup>(12)</sup>. La Jurisprudencia comunitaria ha estado atenta en la apreciación estas normas que protegen falsamente a la mujer, causándole perjuicios y limitaciones en el campo laboral. De ello se hizo eco la sentencia recaída en el asunto «Haber-mann»<sup>(13)</sup> en relación a una norma protectora de la mujer que prohibía el trabajo nocturno durante su embarazo, a la que se acogió el empresario para rescindir su contrato. El Tribunal manifestó que «sería contrario al objetivo de protección que persigue la Directiva (76/207/CEE) y privaría de efecto útil a dicha disposición admitir que el contrato pueda ser declarado nulo o impugnado a causa del impedimento temporal de la trabajadora por cuenta ajena embarazada». En la misma línea se pronunció también la sentencia de 14 de Julio de 1994<sup>(14)</sup>.

## II. CUESTIONES PLANTEADAS: MEDIDAS DE ACCION POSITIVA

2.1. El Tribunal alemán -Sala la del Bundesarbeitsgericht- ante el que el sr. Kalanke interpuso recurso de casación (Revisión alemana) después de que su demanda fuera desestimada en segunda instancia, planteó dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

1) ¿Debe interpretarse el apdo. 4 del art. 2 de la Directiva del Consejo de las CC.EE. 76/207/CEE, de 9 de Febrero 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en el sentido de que también es aplicable a disposiciones legales conforme a las cuales, al proveerse un puesto de un grado retributivo superior, debe darse preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si las mujeres están infrarrepresentadas, entendiéndose que existe infrarrepresentación cuando en los distintos grados retributivos de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio las mujeres no cu-

bren al menos la mitad de los puestos y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama?

2) Si se responde negativamente a la primera cuestión, ¿Debe interpretarse el apdo. 1 del art. 2 de la Directiva del Consejo de las CC.EE. 76/207/CEE, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, en el sentido de que son inaplicables disposiciones legales conforme a las cuales, al proveerse un puesto de un grado retributivo superior, debe darse preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si las mujeres están infrarrepresentadas, teniendo en cuenta que existe infrarrepresentación cuando en los distintos grados retributivos de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio las mujeres no cubren la mitad de los puestos y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama?

Y se plantean estos problemas interpretativos ante la necesidad de dar vigencia y aplicación a la legislación comunitaria a través de la ley nacional. Si atendemos a esta legislación comunitaria, la Directiva del Consejo 76/207/CEE, en su art. 22.4 califica como válidas «las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres»; no es ya que se afirme el «principio de igualdad de trato» en el acceso al empleo (art. 1), en la selección (art. 3), en el acceso a la orientación profesional, de formación, de perfeccionamiento, de reciclaje profesionales (art. 4), y en las condiciones de trabajo (art. 5) sino que se impulsa la adopción de medidas de promoción y de corrección de desigualdades; ahora bien, ¿a qué medidas se refiere?, ¿se consideran incluidas aquellas que para «corregir la desigualdad», en iguales méritos, favorecen a la mujer en virtud del respeto a una cuota femenina preestablecida de puestos a cubrir que es el sistema seguido por la Ley alemana?

(7) Vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 24. Fb. 1995 (Doc. Lab. 1139).

(8) La admisión del concepto de discriminación indirecta ha sido una conquista en la lucha por la igualdad entre sexos y como siempre, en esta materia, tiene su origen en los EEUU, concretamente en la construcción jurisprudencial, la del «disparate impact» que siguió a la sentencia del caso Griggs V. Duke Power Company, 401, US 424 (1971); se planteaba en dicha sentencia si constituía discriminación la exigencia de tener estudios secundarios para acceder a un empleo y se consideró que, con dicho requisito, se discriminaba a un colectivo; el negro, con mayores dificultades para acceder a la enseñanza. Ello motivó una interpretación progresiva y amplia de la «Civil Rights Act» de 1964 que fue recogida con posterioridad por la «Civil Right Act» de 1991.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogió este concepto claramente en la sentencia de 13 de Mayo de 1986 al declarar que «se infringe el art. 119 del Tratado por la vía de una «discriminación indirecta» cuando la medida adoptada -exclusión por una sociedad de grandes almacenes de sus trabajadores a tiempo parcial del régimen de pensiones de la empresa- afecte a un número más elevado de mujeres que de hombres, a menos que la empresa pruebe que dicha medida se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo». Se apuntan aquí dos datos importantes en la discriminación indirecta: la medida afecta mayormente a las mujeres como colectivo y la carga de la prueba en contrario corresponde al empresario.

En varias sentencias el Tribunal de Luxemburgo aprecia la existencia de discriminación por razón de sexo de uno u otro tipo. Así, en la sentencia de 1 de Julio de 1986 (Asunto 237/85 «Rummeler») señala que «para que un sistema de clasificación profesional -determinante de la retribución no sea discriminatorio en su conjunto, debe tomar en consideración, en la medida en que la naturaleza de las

tarefas que deban realizarse lo permitan, criterios para los que los trabajadores de cada sexo puedan tener aptitudes especiales». La STJCEE de 13 de Mayo de 1986 (Asunto 170/84 «BILKA») aprecia discriminación indirecta en la exclusión de los empleados a tiempo parcial del régimen de pensiones de la empresa «cuando dicha medida afecte a un número más elevado de mujeres que de hombres, a menos que la empresa pruebe que dicha medida se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo». También sobre materia de retribución, el Tribunal señaló en la sentencia de 17 de Octubre de 1989 (Asunto 109/88 «Danfoss») que «cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria; pronunciándose en el mismo sentido en la sentencia de 27 de Octubre de 1993 (Asunto C-127/92 «Enderby»), la de 30 de noviembre de 1993 (Asunto «Kirsammer-Hack») y de 31 de Mayo de 1995 (Asunto «Specialarbejderforbundet i Danmark») que exigen al empresario la prueba de la concurrencia de razones objetivas y ajenas al sexo de los trabajadores para excluir una situación de discriminación aparente. De la sentencia de 8 de Noviembre de 1990 (Asunto C-177/88 «Dekker»), conviene resaltar que el Tribunal declaró que: «la respuesta a la cuestión de si la negativa a contratar a una mujer constituye una discriminación directa o indirecta depende del motivo de dicha negativa. Cuando este motivo estriba en la circunstancia de que la interesada está embarazada, la decisión está directamente relacionada con el sexo de la candidata». En las recientes sentencias de 6 de Febrero (Asunto C-457/93 «Lewarkll») y 7 de Marzo de 1996 (Asunto C-278/93 «Freers-Speckmann»), aprecia discriminación indirecta en la normativa nacional que restringe la compensación económica de los miembros de las Juntas de Personal que asisten a cursos de formación, hasta el límite de su jornada individual de trabajo, en perjuicio de las empleadas que forman parte de las

Nos encontramos aquí con las llamadas medidas de acción positiva, medidas que favorecen abiertamente a las mujeres y que no son sino una excepción al principio de igualdad, encontrando su justificación en el fin que persiguen que es, precisamente, hacer realidad este principio en las relaciones hombres-mujeres; como señala RODRIGUEZ-PIÑERO, «adoptan como medio un derecho desigual para conseguir el fin de la igualdad social y efectiva entre los sexos en materia de trabajo»<sup>(15)</sup>; finalidad que verdaderamente exige no sólo medidas prohibitivas de toda discriminación sino también medidas positivas dirigidas a su erradicación.

Tales medidas - «acciones positivas» - se caracterizan, según QUESADA SEGUERA, no ya por la medida en sí, sino fundamentalmente, por el objetivo que persiguen que no es sino «remover» los obstáculos que de hecho impiden la igualdad en el tratamiento entre varón y mujer»<sup>(16)</sup>. Dichas acciones «tienden en realidad, a restablecer la igualdad en las condiciones de partida, haciendo posible el acceso a la igualdad jurídica de aquellos que no gozan del derecho a la igualdad de trato porque de hecho se encuentran en condiciones de inferioridad»<sup>(17)</sup>. Es, por eso, que disposiciones de tal carácter deben adaptarse cuando nos encontramos con un grupo, que no minoría, discriminado como es el femenino.

En todo caso, como señala GHERA, la diversidad de tratamiento que conlleva la acción positiva, para estar justificada, debe estar estrechamente vinculada a *remover* por uno o más situaciones de los hechos obstaculistas de la igualdad entre los sexos<sup>(18)</sup>; es ahí donde encuentra su legitimación, en la supresión de obstáculos para lograr la igualdad de oportunidades, y junto a ello, en su carácter temporal, pues, desaparecido el obstáculo caerá de razón de ser la medida de acción positiva. Por otro lado, estas medidas o bien se dirigen a eliminar disparidades de hecho (vgr. en la distribución del trabajo), o bien a favorecer, a incentivar las opciones profesionales de la mujer (vgr. en sectores subrepresentadas)<sup>(19)</sup>.

Desde esta perspectiva, las legislaciones, estableciéndolas, se convierten en un instrumento fundamental de actuación en la materia, asumen un papel dinámico y activo suprimiendo discriminaciones preteritas o fomentando la igualdad<sup>(20)</sup>. Y pueden consistir tanto en adaptar las condiciones de trabajo o a las necesidades de las mujeres como en velar por que hombres y mujeres compartan más responsabilidades laborales, familiares y sociales; tanto en favorecer la participación de la mujer en los organismos decisorios sobre el empleo como en imponer a las empresas privadas que obtengan contratos de organismos públicos que adopten programas de acción positiva en provecho de las mujeres...<sup>(21)</sup>.

Fue en EEUU donde aparecen los primeros programas de acciones positivas, lo que no extraña dado que este país es el primero que adopta una legislación sobre la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo, que ha influido en los demás países.

En Europa, la Directiva que comentamos supuso un avance en la materia en relación a la normativa anterior<sup>(22)</sup>; aunque, bien es cierto que este principio de la igualdad de trato entre distintos sexos es uno de los principios sociales más desarrollados por la legislación comunitaria, siéndolo más por razones económicas que puramente sociales, ya que la desigualdad en la retribución a hombres y a mujeres afectaba al coste de la producción de unos países comunitarios respecto de otros<sup>(23)</sup>, -alterando la unidad económica que se perseguía. De ahí, que pronto se adaptaran medidas sobre el tema<sup>(24)</sup>. Ello se refleja en la Directiva del Consejo 75/117/CEE, de 10 de Febrero de 1975<sup>(25)</sup>, «relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos» que precisaba el contenido del art. 119 del Tratado de Roma: «Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores mas-

culinos y femeninos para un mismo trabajo». Este precepto se inspiró en una norma anterior, el convenio nº 100 de la OIT, de 1951<sup>(20)</sup>. Fue la Directiva 76/207/CEE la que estableció el principio de igualdad de trato independiente de la competencia económica<sup>(21)</sup>.

## 2.1. Acciones positivas como excepción al principio de no discriminación por razón de sexo

En todo caso conviene señalar que estas medidas se insertan en la Directiva como una excepción al principio de no discriminación por razón de sexo, en cuanto que favorecen a la mujer en detrimento del hombre (apdo. 4 del art 2), de manera que en ellas se encierra una discriminación. Sin embargo, no se trata de discriminar, ni intención de ello hay, pues, como señala VOGEL-POLSKY<sup>(22)</sup>, el único fin es suprimir una situación que hace que los miembros de un grupo determinado, por pertenecer al mismo, y en virtud de sistemas y prácticas de empleo existentes vean negada la oportunidad de utilizar sus aptitudes en el mercado de trabajo.

Junto a ella, también constituyen supuestos excepcionales los dos siguientes: la posibilidad que tienen los Estados miembros de establecer que determinadas actividades tan sólo sean ejercidas por un sexo cuando éste constituye una condición determinante para su ejercicio. Y de otro lado, la posibilidad de establecer normas que protejan a la mujer por razón de embarazo o maternidad (apdo. 2 y 3 del art. 2 de la Directiva).

Nadie cuestiona que existen trabajos que por razones fisiológicas, pueden quedar reservados a los varones<sup>(23)</sup>, ni tampoco que el papel que juega la mujer en la procreación y por tanto, en la política de natalidad de un país, fundamentalmente ahora que los índices son tan bajos, exige una protección especial<sup>(24)</sup>; de esta manera, la Directiva reconoce, junto a la facultad de los Estados miembros de adoptar medidas para promover la igualdad y corregir la desigualdad sin que suponga lesionar tal principio, otras dos que implican la exclusión de la aplicación de la Di-

rectiva; pero dejando a un lado estos dos supuestos, el primero comentado es el que plantea el problema real de la desigualdad y discriminación de las oportunidades de la mujer en el mundo del trabajo y del empleo y la necesidad de buscar vías de solución al mismo.

## 2.2. Otras disposiciones comunitarias

Junto a las Directivas, aparecen en el seno de la Comunidad una serie de disposiciones que tienen como fin la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer, poniéndose de relieve, así, que este principio de igualdad de trato entre el hombre y la mujer reviste el carácter de principio básico del Derecho comunitario en materia de política social<sup>(25)</sup>. Destaca, fundamentalmente, al seguir la línea marcada por la Directiva 76/207/CEE, la Recomendación del Consejo de 13 de Diciembre de 1984 (84/635), relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, al exhortar a los Estados miembros a que «adopten una «política de acción positiva» destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional... a de fin de... b) estimular la participación de la mujer en los sectores de la vida profesional en que se encuentran infrarrepresentadas, en particular, «... en los niveles superiores de responsabilidad...» Y ello porque, como reconoce el Consejo, «las normas jurídicas existentes son insuficientes para eliminar la desigualdad siendo, por consiguiente, necesarias «acciones por parte de los Gobiernos, de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan para las mujeres en activo de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad». Y es más, aconseja en el apdo. 3º el «estímulo de candidaturas, contratación y promoción de las mujeres en los sectores, profesiones y niveles en los que están infrarrepresentadas, especialmente en los puestos de responsabilidad<sup>(26)</sup>». Así pues, según la Recomendación los objetivos de la acción positiva son: 1) eliminar o compensar los efectos negativos que ejerce sobre el trabajo femenino la tradicional división de los papeles entre los hombres y las mujeres en la

mismas y trabajan a tiempo parcial, dado el número considerablemente más elevado de mujeres que de hombres sujetas a este tipo de contrato. Vid. BALLESTER M., «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», en Relaciones Laborales nº 3-4, 1993, p. 37 y ss. SAEZ LARA C., op. cit., p. 50 y ss.; REY MARTINEZ F., «El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo». Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 81 y ss.

(9) «Relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo» (DOCE nº L 39/40, de 14.2.76).

(10) Vid. NOGUEROL D., «Discriminations Sexuelles et Droits Européens». Masson. Paris. 1993, p. 51 y ss.

(11) Manifestación de ello encontramos en la prohibición del trabajo nocturno que tenía como fin «liberar a las mujeres casada del taller y de la fábrica, según el Fuero del Trabajo de 1938 (Vid. STC 38/86, de 21 de Marzo que declara inconstitucional esta limitación). Lo prohíbe también en su art. 3 el Convenio de la OIT nº 89 de 9 de Julio de 1948 relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (Convenio al que se refirió el T.J.C.E. en la sentencia de 2 de Agosto de 1993 (Asunto «J. Claude Levy») señalando la obligación del juez nacional de dar prevalencia al Derecho comunitario (Directiva 76/207/CEE) sobre el nacional que incorpora un convenio internacional, salvo necesidad de cumplimiento de obligaciones anteriores a la entrada en vigor del Tratado CEE). En el mismo sentido, la prohibición del trabajo de la mujer en las minas, suprimida en España gracias a la interpretación jurisprudencial recogida en la STC 229/92, de 14 de Diciembre.

(12) En España se plasmó en la Ley 3/89 de 3 de Marzo. Vid. sobre los efectos de esta Ley, ESCUDERO, «La Ley 3/89. Una reforma promocionadora de la mujer con acentuados

clarosuros», La Ley 1989-I; SEMPERE NAVARRO, «La Ley 3/1989 sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», La Ley 1989-II. TORRES DIAZ I.V., «La prestación de maternidad. Derecho Positivo Español y perspectiva europea», en Relaciones Laborales n.º 6, Mz. 1996, p. 32 y ss.

(13) Sentencia de 5 de Mayo de 1994, Asunto C-421/92: Gabriele Habermann-Beltermann c/ Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndh /Opf. e. V. (prejudicial).

(14) Asunto C-32/93 Weeb c/ EMO Air Cargo.

(15) RODRIGUEZ-PIÑERO M., «Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo», en Relaciones Laborales n.º 3-4, Fb. 1993, p. 3.

(16) QUESADA SEGURA, R., en «Guía para la Negociación Colectiva no discriminatoria». Instituto Andaluz de la Mujer. Conserjería de Asuntos Sociales. Junta de Andalucía. 1994, pág. 96.

(17) Vid. BALLESTRERO M si V., «Parità e oltre. Parità, pari opportunità, azioni positive». Ediesse, Roma. 1990, p. 102.

(18) Vid. GHERA E., «Azioni positive e pari opportunità», en Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, n.º 65, 1995-1, pág. 9.

(19) Vid. BALLESTRERO M.º V., «La Ley italiana sobre acciones positivas. Una primera lectura», en Relaciones Laborales n.º 3-4, Fb. 1993, p. 71.

(20) Vid. VOGEL-POLSKY E., «Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres. Análisis teórico», Revista Internacional del Trabajo, vol. 104, n.º 2, abr.-jn. 1985, p. 235. También, SAEZ LARA C., op. cit., p. 27, nota 16.

familia y en la sociedad, 2) alentar la presencia de la mujer en todos los sectores de la vida laboral de los que está tradicionalmente excluida, o a los que accede con dificultad<sup>(35)</sup>.

Recientemente esto se ha reflejado en el Protocolo de Política Social y el Acuerdo Social adoptado, anexo al Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de Febrero de 1992<sup>(34)</sup> y en el Libro Blanco sobre Política social Europea de 27 de Julio de 1994; en concreto, el Acuerdo aconseja, en su art. 6º, que «cada Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales».

Del mismo modo, sigue esta línea el «Programa de Acción Social a Medio Plazo 1995-1997<sup>(35)</sup>; en su apartado 5º, que lleva por rúbrica «Igualdad de oportunidades para hombres y mujeres», recoge una serie de acciones innovadoras que se realizarán durante el periodo 1996-2000, dirigidas a la conciliación de la vida familiar y profesional, a la adopción de un código para la aplicación de la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, a promover la participación de mujeres en el proceso de toma de decisiones en los sectores público y privado, a lograr la igualdad de trato en los regímenes profesionales de la Seguridad Social, a aliviar la carga de la prueba de la discriminación y mejorar el funcionamiento del comité consultivo sobre igualdad de oportunidades. Todo ello exige establecer medidas de acción positiva.

La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, convocada por la Naciones Unidas y celebrada en Pekín en 1995, puso de relieve la dificultad de la mujer y su escasa intervención en el mundo del empleo y asumió entre sus compromisos el de la medición del trabajo no remunerado como medio para analizar la situación de la mujer<sup>(36)</sup>, determinando con claridad donde desenvuelve su actividad y además, fundamentalmente, porque existen

corrientes ideológicas que defienden este papel tradicional de la mujer, con lo que se comprometería no sólo su autonomía económica<sup>(37)</sup> sino también su papel en la vida profesional y social.

### 2.3. Doctrina Jurisprudencial

Por vía judicial se fomenta la igualdad y la adopción de medidas positivas. El Tribunal de Justicia de la Comunidad se refería a ellas en la sentencia de 25 de octubre de 1988 (asunto 312/86, Comisión/Francia), y se acerca a contemplar, antes de que lo hiciera la analizada, este problema.

Afirma dicha sentencia que la Comisión no discute -y por tanto admite- los derechos especiales correspondientes a las excepciones previstas en el apdo. 3 del art. 2 y en el apdo. 4 del art. 2 y que se refieren a la protección de la mujer, especialmente en relación con el embarazo y la maternidad, y las medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular las que corrigen las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres en la esfera profesional.

### 2.4. Medidas de acción positiva: sistema de cuotas

Se incluye entre estas medidas de «acción positiva», el establecimiento de un «sistema de cuotas» que garantice la presencia de la mujer en todos los estamentos, tanto privados como en la Administración Pública<sup>(38)</sup>.

EEUU sigue siendo pionero en esta materia; se utiliza en el país norteamericano este mecanismo tanto en las empresas privadas como públicas; en las primeras, para evitar cualquier acusación de discriminación; de esta manera, se tiene en cuenta la comparación del colectivo femenino y masculino contratado por la empresa para evitar que la diferencia entre uno y otro exceda del 20%, que indicaría discriminación (criterio «pass rates») o bien, se atiende a la comparación entre mujeres que han sido contratadas por la

empresa y el número de las que están suficientemente cualificadas para el trabajo ofertado en el área cercana, respetando también el porcentaje anterior (criterio «stock statistics»). Hoy se aboga por que la comparación tenga en cuenta la plantilla existente en la empresa, lo cual favorece la posición del empresario. En las empresas públicas, se exige el establecimiento de un plan de acciones positivas para evitar posibles diferencias entre colectivos de uno y otro sexo. Además el juez puede imponer como sanción este plan en cualquier empresa; y de otro lado, existe la «Equal Employment Opportunity Commission» que conoce de cuestiones de discriminación<sup>(21)</sup>.

De esta forma, nos encontramos que el mismo empresario implanta un sistema de cuotas y presta atención a las estadísticas sobre trabajadores empleados a fin de evitar que éstas revelen una desigualdad en el trato hacia algún colectivo protegido. Con esta previsión trata de evitar una posible denuncia por discriminación y la correspondiente sanción en caso de que resulte probada. Téngase en cuenta, además, que en esta materia prevalece la inversión de la carga de la prueba, siendo el empresario el que ha de justificar el posible trato discriminatorio<sup>(22)</sup>.

En otros países, no existe un recurso frecuente al sistema de cuotas a pesar de la protección al trabajo femenino y de la imposición de sanciones en caso de vulneración<sup>(23)</sup>.

La legislación comunitaria ha reconocido la existencia y ha fomentado la adopción de estas medidas que favorecen la integración de la mujer en el mundo laboral; sin embargo, no hay un pronunciamiento claro sobre el mecanismo de cuotas.

### III. POSICIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA MATERIA

La legislación comunitaria se remite a la legislación nacional para el cumplimiento de sus directrices. ¿Cuál ha sido la posición española en este punto?

La legislación española garantiza el principio de igualdad y en consecuencia, la no discriminación en los arts. 1, 14 y 35 del texto constitucional; el primero, en cuanto que lo configura como valor superior del ordenamiento jurídico; el segundo, en cuanto derecho de los españoles ante la ley; el tercero, dado que garantiza la igualdad en el trabajo. Y es el art. 9 en su apartado 2, el que obliga a los poderes públicos a conseguir la igualdad material, y con este fin, permite la adopción de medidas de las que hablamos, al fijar la obligación de los poderes públicos de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y de «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...». Y ello se refleja en el Estatuto de los Trabajadores en el art. 17.1, que excluye toda discriminación en las relaciones laborales, el art. 24.2 en materia de ascensos y son los apdos. 2 y 3 del art. 17 los que permiten establecer medidas de preferencia en la contratación de determinados trabajadores, ya por Ley, ya por el mismo Gobierno, junto con el poder que tiene éste de otorgar subvenciones, desgravaciones y medidas de fomento del empleo de grupos específicos<sup>(24)</sup>.

Nuestros Tribunales han seguido en materia de discriminación una evolución paralela a la seguida en el ámbito comunitario. Y así rechazan toda discriminación por razón de sexo, comprendiendo tanto «aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada»<sup>(25)</sup>, como también «cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan en el sexo de la persona una relación directa e inequívoca» como ocurre en el caso de que el embarazo sea causa de la no renovación del contrato laboral (STC 173/94, 7 de Junio). Y han apreciado la discriminación ya se manifieste por vía directa, ya por vía indirecta, de manera que, atendiendo a la noción sustancial de igualdad, se considere discriminatorio bien «un tratamiento diferenciado perjudicial en razón de

(21) Vid. una enumeración de las posibles medidas de acción positiva en VOGEL-POLSKY E., op. cit., p. 236 y ss.

(22) Vid. Sobre la adopción de estrategias de acción positiva en Europa occidental, VOGEL-POLSKY E., «Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres. 2. La práctica», en Revista Internacional del Trabajo, vol. 104, n.º 3, Jul.-Sept. 1985, pág. 343 y ss.

(23) «La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas...», art. 2º del Tratado constitutivo de la CEE, de 25 de Marzo de 1957.

(24) DURAN LOPEZ P., «Principios sociales del Tratado de Roma y el Acta Única. La libertad de circulación y de establecimiento». Conferencia pronunciada el 4 de Diciembre de 1991 en el II Curso Superior de Derecho Social Comunitario. Cátedra de Derecho de Trabajo, Universidad de Córdoba.

(25) DOCE n.º L 45/19, de 19.2.75.

(26) El convenio n.º 111 de 1958 sobre la discriminación extendió este principio de igualdad a los campos del empleo y la ocupación. Con posterioridad, se han dictado otras Directivas garantizadoras de la igualdad entre sexos. Así, la Directiva 79/7 CEE, de 19 de Diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DOCE n.º L 6/24, de 10.1.79); la Directiva 86/378/CEE, de 24 de Julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la seguridad social (DOCE n.º L 225/40, de 12.8.86); la Directiva 86/613/CEE, de 11 de Diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres que ejerzan

una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad (DOCE n.º L 359/56, de 19.12.86); la Directiva 92/85, de 19 de Octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (DOCE n.º L 348, de 28 de Noviembre de 1992) y en cuya virtud se acuerda que la Comisión establecerá las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales y los movimientos, posturas, fatiga y cargas físicas o mentales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras en tal estado.

(27) Vid. DURAN LOPEZ F., «Igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de Febrero de 197611, en AAVV «Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor M. Alonso Olea. Madrid. 1990. p. 400.

(28) Vid. de la autora, «Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres». Análisis teórico op. cit., pág. 242 y ss.

(29) Excepción no exenta de limitaciones. En este sentido se manifiesta la STJCE de 15 de Mayo de 1986 (A.222/84) Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary sobre la exclusión de la mujer de los Cuerpos de Policía por razones de seguridad pública dadas las especiales condiciones de peligrosidad del Ulster, que señaló que «cualesquier excepción se debe justificar en relación con tareas específicas y no en relación con un empleo globalmente considerado». De tal manera que, en el presente caso, sólo una situación interna caracterizada por frecuentes atentados, podía dar lugar a la reserva de las tareas generales de policía a hombres equipados con armas de fuego.

(30) A título paradigmático mencionamos que, en relación a España, la

sexo, donde el sexo sea objeto de consideración directa», bien, como discriminación indirecta, «los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que deriven, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia de sexo», y así «el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite una discriminación contraria al art. 14 CE» (STC 145/91, 1 de Julio)<sup>(45)</sup>.

Donde se revela especialmente la discriminación es en materia salarial; ello explica que se dictaran en este campo las primeras resoluciones. «El parámetro de igualdad en este punto no es la identidad de tareas, sino la igualdad de valor del trabajo, único elemento que es relevante a estos efectos para captar la razonabilidad o no de una diferencia retributiva», «simponiéndose el uso de criterios neutros, basados en atributos igualmente predicables de ambos géneros» (STC 58/94, 29 de Febrero); Criterios neutros como la valoración de «la adecuación -al puesto de trabajo-, destreza, concentración, responsabilidad», y no el mero esfuerzo físico (STC 286/94, 27 de octubre); en el caso de que existan unas diferencias salariales que coinciden «de facto» con la división por sexo, habría que tener en cuenta que «toda diferencia pasa a ser «sospechosa», a menos que se justifique que no se funda en el sexo, sino en las características del trabajo» (STC 147/95, de 16 de Octubre). En esta línea, el T. Constitucional, en unos presupuestos ficticios en los que «trabajos idénticos o de igual valor -producción/empaquetado (según los criterios neutros aportados por la empresa...) no son retribuidos con igual salario» aprecia una discriminación indirecta en cuanto que «la cobertura formal -la adscripción de estas trabajadoras al sector del

empaquetado- oculta la realidad judicialmente comprobada de la desigualdad de trato entre quienes desarrollan un mismo trabajo» (S. 286/94, 27 de Octubre)<sup>(46)</sup>.

Se han enfrentado los Tribunales con normas calificadas de «falsamente protectoras» de la mujer, en cuanto que favorecen su exclusión de la vida laboral, lo que ha motivado que declaren la inaplicación de las mismas (STC 16/95, 24 de Enero, sobre jubilación anticipada de la mujer respecto del hombre), o también, otras veces, la extensión del beneficio al varón (STC 3/93, 14 de Enero<sup>(46)</sup>). Aunque, todo ello ha supuesto una evolución, como es fácil apreciar en la sentencia 109/93, 25 de Marzo y 187/93, 14 de Junio, que denegó al varón el permiso de maternidad al aplicar el art. 37.4 E.T. en su redacción originaria, alegando que «se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer», cuando la Ley 3/89, 3 de Marzo, lo reconoce indistintamente<sup>(47)</sup>. Por el contrario, se consideró protectora de la mujer y no extensible al varón la norma que reconocía a aquélla una compensación económica por el uso de transporte nocturno en vistas al mayor riesgo o conciencia de inseguridad de la mujer respecto del hombre durante la noche (STC 28/92, 9 de Marzo)<sup>(48)</sup>.

Junto a la desaparición de estas normas protectoras, el que la situación de discriminación de la mujer exija, además, la adopción de medidas de acción positiva ha sido reconocido por nuestros Tribunales, de forma que las mismas «son constitucionalmente legítimas», tratan de «compensar una desigualdad de partida y de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón» (STC 28/92, 9 de Marzo). No hay, pues, obstáculo para reconocer a la mujer con hijos menores de seis años, un complemento retributivo mensual por guardería partiendo del dato real de que la tasa de actividad de la mujer en el mundo del empleo es muy baja, y aún lo es más si se trata de mujeres casadas «por la incidencia que el cuidado de los hijos supone en la continuación o iniciación de su actividad laboral» (STC 128/87, de 16 de Julio)<sup>(49)</sup>.



Refuerza la lucha contra la discriminación por razón de sexo, favoreciendo a la mujer, el que, sobre todo en las discriminaciones indirectas, más difíciles de apreciar, sea el empresario el que haya de demostrar que la medida establecida no tiene tal carácter y resulta justificada. Como exige el art. 96 de la LPL, el demandante ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, indicio o presunción de discriminación, y demostrados los mismos, el demandado asume la carga de justificar que los hechos motivadores de su conducta son legítimos, objetivos y proporcionados. Los Tribunales, pues, han impuesto la inversión de la carga de la prueba y han exigido al empleador su justificación<sup>(31)</sup>. Y ello porque «un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral» (STC 38/81, de 23 de Noviembre, 38/86 de 21 de Marzo y 286/94, de 27 de Octubre) y así, «la empresa debía explicar que los motivos que la movieron (a la resolución del contrato) eran ajenos a tal hecho (embarazo de la trabajadora) o situación significativa de un plus o añadido al concreto derecho laboral ... que la obligaba a su vez a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria» (STC 166/88, de 26 de Septiembre). Impera, pues, la absoluta transparencia de los criterios seguidos por el empresario para la fijación de una medida que pudiera calificarse de discriminatoria; debe, pues, justificarlas (STC 58/94, 28 de Febrero).

Si la sentencia del Tribunal comunitario que comentamos gira en torno a la admisión de la cuota femenina, nada se prevé en este tema en la legislación española, ni se refleja jurisprudencialmente; a pesar de la admisión de las medidas de acción positiva en esta materia, algún sector doctrinal considera que sería deseable se adoptara, en esta materia, la misma rotundidad y disposición que se ha seguido para la integración de otros colectivos, como puede ser el de los minusválidos. Si la fijación de una cuota de reserva de puestos de trabajo de un 2% para los minusválidos se ha aceptado en nues-

tra legislación y en la jurisprudencia, que ha declarado su constitucionalidad, se afirma no debiera haber obstáculos para la misma en el ámbito femenino<sup>(32)</sup> resaltando parte de la Doctrina la necesidad de avanzar en este campo con medidas más concretas y eficaces<sup>(33)</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES SOBRE LA STJUE DE 17 DE OCTUBRE DE 1995

Como hemos expuesto, el Derecho comunitario y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea siguen una línea de protección, estímulo y reforzamiento del papel de la mujer en el mundo laboral; y uno de los instrumentos que utiliza para tal fin son las medidas de acción positiva. Pero tales medidas, plantean dudas como ¿son válidas absolutamente?. ¿qué límites han de respetar?. Con estas cuestiones se enfrenta el Tribunal en el asunto «Kalanke versus Glissmannff.»

Elegir al varón cuando la mujer está infrarrepresentada es el pronunciamiento del órgano judicial comunitario. Excluye el Tribunal la aplicación de una medida de acción positiva, admitida por el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE. Y la excluye porque considera irracional la medida, excesiva; no admite una preferencia absoluta e incondicional de la mujer aunque se le reconozca la misma capacitación que al contendiente varón.

Considera la sentencia del TJCE, sin embargo, que el reconocimiento automático, por la norma nacional, de preferencia a la mujer en los supuestos de igual capacitación entraña una discriminación por razón de sexo. Es más, considera que esta preferencia absoluta e incondicional de la mujer va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el ap. 4 del art. 2º de la Directiva 76/207/CEE.

Si bien, el régimen de cuotas puede ser la vía más efectiva y radical para lograr esta nivelación, hay que tener presente,

tasa de fecundidad es una de las más bajas de Europa. Así los menores de 5 años, que en el 1971 representaban el 9,4% de la población española, veinte años después, 1991, representaban el 5,1%, es decir, la mitad. La Memoria del CES de 1993 señala como causas de esta caída de la natalidad: la creciente incorporación de la mujer al mercado laboral, el desempleo en grupos jóvenes, los cambios en el sistema de valores y en el modelo de familia, la generalización de la planificación familiar. (Vid. el informe del CES, «La situación de la mujer en la realidad sociolaboral española». En Informes 1994, p. 77 y ss. CES, Madrid, febrero 1995). Aunque el descenso de la natalidad, puede incidir en favor de la mujer, en la medida en que exigirá el aprovechamiento de los recursos humanos disponibles y en consecuencia, de la mano de obra femenina.

(31) Podemos mencionar la Resolución del Consejo de 12 de Julio de 1982 que aconseja la adopción de «medidas positivas» en favor de la mujer, sobre todo en etapas de crisis económica; las Resoluciones del Consejo de 23 de Junio, 11 de Julio de 1983 y 2 de Enero de 1984 sobre políticas de formación profesional y promoción de empleo; la Resolución del Consejo de 7 de Junio de 1984 que contempla el paro de las mujeres; la Resolución de 3 de Junio de 1985 para la educación y promoción de la mujer; la Resolución del Consejo de 24 de Julio de 1986 en apoyo del programa a medio plazo de la Comisión Europea sobre la igualdad de oportunidades de la mujer, 1986-1990; las Conclusiones del Consejo de 26 de Mayo de 1987 aconsejan la revisión de las legislaciones protectoras de las mujeres que inciden de forma negativa en su promoción; las Resoluciones de 29 de Mayo de 1987, de 21 de Mayo y de 27 de Noviembre de 1991 aconsejan el desarrollo de medidas de acción positiva; la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 18 de Octubre de 1989 resalta la conveniencia de desarrollar estas acciones y en el mismo sentido, la Resolución de 22 de Junio de 1994 sobre la apli-

cación de los Fondos Estructurales Europeos. (Vid. COLINA ROBLEDOM. et altri «Derecho Social comunitario». Ed. Tirant lo Blanch 1994, p. 370 y ss. QUESADA SEGURA, R. op. cit. p. 20 y ss.).

(32) DOCE nºL 331/34 de 19.12.84.

(33) Vid. BALLESTREROM. V., op. cit. «Parità e oltre...», p. 101.

(34) Consejo de CCEE. Comisión de las CCEE. Oficina de Publicaciones de Comunidades Europeas. Bruselas, Luxemburgo 1992, p. 196 y ss.

(35) Comunicación de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo y al comité Económico y Social y el comité de las Regiones (COM (95) 134). Comisión Europea. Dirección general de Empleo, Relaciones Laborales y Asuntos Sociales oficina de Publicaciones oficiales de las CCEE. Luxemburgo, 1995, p. 23 y SS.

(36) La encuesta de Población Activa de 1995 muestra que, de los seis millones de personas que realizan trabajo no remunerado en España, el 96% es realizado por mujeres; y en relación al trabajo doméstico no remunerado el 99,5% del mismo es asumido por mujeres. De ahí que haya de resaltarse la enorme contribución al bienestar social general realizada por la mujer, precisamente por su participación en el sector económico no estructurado y en las actividades al margen del mercado. Vid. CES. «Panorama sociolaboral de la mujer en España». Boletín elaborado por el gabinete de Estudios, nº 3, Enero 1996.

(37) Vid. VOGEL-POLSKY, op. cit., p. 232.

(38) REY MARTINEZ distingue entre acciones positivas y discriminación inversa. Las primeras son «aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho». A la segunda la considera como «una variedad específica de las ac-

como hemos dicho, que estas medidas de acción positiva no son sino una excepción al principio de igualdad de trato que establece esta Directiva y como tal excepción, su uso no puede ser generalizado sino determinado a los casos concretos que lo requieran. Autores como GHERA afirman que «la asignación de ventajas a los sujetos discriminados no puede ser automática y tampoco permanente o generalizada; al contrario, debe estar unida a preciosos presupuestos y a una finalidad específica, tales como delimitar los efectos en el tiempo y en el espacio en función de la remoción de una determinada situación de perjuicio o de desventaja en concreto obstativa del logro de un resultado paritario para los sujetos pertenecientes al grupo determinado»<sup>(53)</sup>.

Como señala RODRÍGUEZ -PIÑERO<sup>(54)</sup>, «las medidas de acción positiva deben ser examinadas en función de sus finalidades y efectos a la luz de los cuales debe valorarse la racionalidad y proporcionalidad de sus medidas que habrán de implicar un tratamiento desigual».

Quizá sean éstos los límites de la acción positiva: la proporcionalidad y la racionalidad; proporcionalidad, que supondría una comparación entre la realidad y la situación ideal y que se mostraría a través de datos estadísticos; razonabilidad, en cuanto que atendiendo a argumentos lógicos, de sentido común y de necesidad, definiría la adecuación de la medida.

Conviene resaltar, por tanto, tres notas fundamentales a tener en cuenta. Primero, se trata de una excepción y en consecuencia, sólo cabe una interpretación restrictiva de la norma; y así lo ha mantenido el Tribunal al encontrarse con las mismas<sup>(55)</sup>.

Segundo, en relación a la proporcionalidad, destacar su carácter esencial en esta materia, como principio general del Derecho que ha de estar presente en la aplicación de la norma y así se reflejó en la sentencia de 15 de Mayo de 1986 (Asunto 222/84)<sup>(56)</sup>.

El mismo Tribunal nacional, al elevar la cuestión al órgano comunitario, aporta cifras sobre la escasa representación de las mujeres en los cuerpos superiores de los distintos servicios administrativos de la ciudad de Bremen. Lo que pudiera servir de justificación a la medida, alegando que es proporcionada a la situación real en que se encuentra la mujer en ese sector y de esta forma, ser admitida por el Tribunal Europeo. Dicho Tribunal ya manifestó en el asunto «Enderby contra Frenchay Helath Antority (FHA) y otros»<sup>(57)</sup> que siendo válidos los datos estadísticos... «corresponde al juez nacional apreciar si puede tomar en consideración estos datos estadísticos, es decir, si los mismos se refieren a un número suficiente de individuos, si no son la expresión de fenómenos fortuitos o coyunturales y si, de forma general, se consideran significativos». Y en tal sentido los consideró el Tribunal nacional cuando los eleva al Tribunal Comunitario.

Tercero, racionalidad. Está fuera de toda lógica imponer una preferencia absoluta. Ya tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal en esta materia en la sentencia de 25 de Octubre de 1988 (Asunto 312/86) que se manifestaba en el mismo sentido que la sentencia que comentamos, al afirmar que «estas disposiciones, al contemplar solamente excepciones específicas al principio de igualdad de trato, no pueden justificar una legislación nacional que autoriza de manera general el mantenimiento de los derechos especiales reconocidos a las mujeres en los convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor de la Directiva»<sup>(58)</sup>. Sin embargo, es ahora cuando el Tribunal debería de haber profundizado más y señalado cuál es la preferencia admisible, dado que la incondicionada, automática, no cabe por considerar que «entraña una discriminación por razón de sexo».

Más parece que el Tribunal ha tenido en consideración otros datos que inciden en los hechos contemplados por la sentencia y alcanzan especial relevancia a la hora de decidir sobre la aptitud de estos trabajadores; tal resulta de la cualificación del Sr. Kalanke anterior a la de la

Sra. Glissman, que alcanzó su titulación de ingeniería diez años después (1973-1983, respectivamente); también de la mayor antigüedad de aquél en el Servicio de Parques y Jardines, ejerciendo el trabajo de técnico de planificación de jardines; y por otro lado, el primero ya venía ejerciendo el puesto que era necesario cubrir y para el que se abrió el procedimiento de selección.

Así pues, el principio de no discriminación, en cuanto principio general de Derecho Internacional y principio de carácter constitucional en los Derechos internos, plantea problemas de aplicación por la necesidad de concordancia entre las Leyes de los países miembros y la legislación comunitaria, como se ha reflejado a la hora de interpretar dichas legislaciones y aplicarlas al caso concreto que contemplamos; de ahí que algún autor<sup>(39)</sup> apunte la necesidad de un reconocimiento expreso de principios y derechos fundamentales sociales a nivel de Comunidad. ¿Es, pues, precisa una Constitución Comunitaria europea?

Se han pronunciado, también, a favor de la elaboración de un texto constitucional europeo autores como Roger BLANPAIN, Bob HEPPLE, Silvana SCIARRA, Manfred WEISS, considerando como fuentes para su elaboración, el «*jus commune*» europeo en esta materia, los Convenios y Recomendaciones de la OIT, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales<sup>(40)</sup>. Para alcanzar este fin proponen una reforma del Tratado de la Unión Europea que incluya derechos sociales fundamentales.

Quizá sea ésta la solución y ello porque la «Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales», elaborada por los Estados miembros el 18 de octubre de 1989, no alcanza la efectividad propia de un texto constitucional, ya porque las Directivas que la desarrollan sólo suelen cubrir «mínimos», ya porque no cabe invocación directa por parte de los ciudadanos ante los Tribunales.

ciones positivas, que adopta la forma de cuotas y de tratos preferentes». (Op. cit., p. 85 y ss.).

(39) Vid. BALLESTER PASTOR M<sup>a</sup> A., «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», en Relaciones Laborales n<sup>o</sup> 3-4, Fb. 1993, p. 45 y ss.

(40) La «Civil Rights Act» de 1991 reforzó esta protección que se había suavizado durante la década republicana a favor del empresario, sobre todo en materia de prueba con la sentencia recaída en el asunto «Wards Cove Packing V. Antonio». Vid. BALLESTER PASTOR M<sup>a</sup> A., «Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el ámbito laboral», Tirant monografías, Valencia, 1994, p. 92 y ss. También, SAEZ LARA C., op. cit., pág. 49.

(41) Así, en la Ley italiana 125/1991, de 20 de Marzo o la Ley francesa 83/635, de 13 de Julio de 1983. Vid. BALLESTRERO M<sup>a</sup> V., op. cit., «La Ley italiana sobre acciones positivas...», p. 65 y ss. FALCUCCI G., «La parità delle donne nel lavoro. Commento alla L. 10 aprile 1991, n<sup>o</sup> 125 sulle azioni positive», Buffetti Editore, Roma, 1991. NOGUEROL D., op. cit., «Discriminations...» p. 67 y ss.

(42) Vid. Ley 22/92, de 30 de Julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, que concede una subvención de 500.000 pts. a fin de fomentar la contratación indefinida de mujeres en los sectores en que se encuentre subrepresentada o se trate de mujeres que deseen reintegrarse al mundo laboral después de una interrupción de cinco años (art. 2.1.e).

(43) Citamos aquí, dada su relevancia la STC 216/91, de 14 de Noviembre, que consideró discriminatoria la inadmisión de una mujer a las pruebas de acceso en la Academia General del Aire. También, la STCT de 10 de Abril 1986 que enjuicia un supuesto en el que, ejerciendo la misma actividad, se aplicaba a la mujer reglamentación dis-

tinta, sin justificación alguna y en perjuicio de la misma.

(44) Es de interés mencionar la reciente Sentencia del Juzgado de lo social nº 1 de Pontevedra, de 5 de Abril de 1995, que considera parcialmente inconstitucional el art. 2.2 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario al apreciar una discriminación indirecta de la mujer, que queda excluida del mismo. En efecto, dicho precepto establece una presunción «*iuris tantum*» de no fundamentabilidad de los ingresos derivados de las labores agrarias cuando el trabajador, cónyuge o parientes que con él convivan sean titulares de un establecimiento mercantil o industrial. Dado que para acceder al R.E.A. se exige tal carácter de medio de vida fundamental y teniendo en cuenta que la participación de la mujer en la economía familiar es, normalmente, inferior a la del hombre, nos encontramos con una norma que, siendo «neutra en sus motivos», determina, en su aplicación práctica, la expulsión de más mujeres que hombres del campo de aplicación del R.E.A. de la S. Social».

(45) Al contrario, la STSJ de Murcia de 8 de Mayo de 1995 (A.L. nº22/Nov.-95) excluye la existencia de discriminación en materia salarial, pues, si bien los trabajos a realizar por el colectivo femenino y masculino son muy similares desde el punto de vista de la tarea a realizar, al ser puramente manual, no lo es atendiendo al criterio del esfuerzo físico, más intenso en el del hombre, al ser funciones de carga y descarga, que el de la mujer de encajado y marcado, a pesar de la común actitud de bipedestación.

(46) Sentencia que atribuye al varón la prestación por muerte del familiar reconocida por la LGSS (redacción de 1974) sólo a hijas y hermanas, al considerar que tal pensión es «una manifestación de la garantía institucional de la S. Social que permite asegurar una cierta protección ante una situación de objetiva necesidad».

(47) Sentencia que motivó, además, el voto particular del magistrado

Gimeno Sendra y otros, considerando que tal interpretación «es un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas».

(48) La STSJ de Cantabria de 27 de Diciembre de 1993 (A.L. nº230/JI.-94) en relación con la STS de 27 de Febrero de 1993, denegó al hijo de un mutualista de la Previsión por haber superado el límite de edad, la pensión de orfandad reconocida a las mujeres indefinidamente hasta que contrajeran matrimonio o tomaran estado religioso. Razona la sentencia de que se trata de una pensión complementaria y no general y obligatoria, por lo tanto asumida de forma voluntaria y como tal se regía por las condiciones libremente asumidas por los mutualistas.

(49) Por el contrario, la STCT de 29 de Junio de 1988 (A.L. 88-2) extiende la compensación económica por guardería, tan sólo reconocida a mujer y viudos con hijos menores de 6 años, a todos los trabajadores varones del Hospital Clínico Universitario de Zaragoza al remitirse su Convenio a la legislación de la Seguridad Social.

(50) STS de 4 de Octubre de 1995 en relación con la STC 38/91, de 23 de Noviembre. En el mismo sentido, STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de Mayo de 1994 (A.L. nº40/Oct.1994).

(51) En efecto, representaría un avance que nuestra legislación que en esta materia se siguieran las pautas que han presidido la inserción de minusválidos en el mundo del trabajo. Baste recordar el R.D. 1451/83, de 11 de Mayo por el que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/82, de 7 de Abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos; de esta forma se prevé una serie de medidas como la fijación de un cupo de reserva de plantilla del 2% en empresas de más de 50 trabajadores fijos (art.4); la fijación por la negociación colectiva de la reserva de cierto número de puestos de trabajo a minusválidos (art.6); subvención por la contratación de tales trabajadores (art.7); concertación de contratos de formación con minusválidos sin límite de edad (art.13); mantenimiento en el puesto de trabajo durante tres años (art.10); subvención del INEM para la adaptación de puestos de trabajo (art.12). La constitucionalidad de dicha cuota aparece reconocida por el Tribunal correspondiente en la sentencia 269/94, de 3 de Octubre. Se examina en la misma el Recurso de Amparo interpuesto por un trabajador que fue privado de la plaza obtenida en virtud del respeto a dicha cuota del 2% en beneficio de un minusválido que obtuvo menos puntuación en las pruebas de acceso a la Función Pública. Precisamente por considerar que la minusvalía puede constituir un factor de discriminación ineludible en el art. 14 CE, «el legislador y la normativa internacional (Conv. 159 OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de tales personas... medidas que tienden a procurar la

igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en situaciones desfavorables de partida...», línea que se encuadra en el mandato del art. 9.2 CE, en concreto en el art. 49 y en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE). Considerando por tanto, la adopción de estas medidas no discriminatoria y como sigue señalando, esta medida «no sólo no es contraria a la igualdad sino que la hace posible y efectiva».

(52) BALLESTER PASTOR M. A. exige medidas más reales y obligatorias, enumerando algunas. Vid. «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo». R.L. nº3-4. 1993, p. 197 y ss.

(53) GHERA E., op. cit., p. 10.

(54) Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO M., «Discriminación, igualdad de trato y acción positiva», en Relaciones Laborales nº 22, Nov. 1995, 11.

(55) Así en la Sentencia de 15 de Mayo de 1986 (A. 222/84), al referirse a la exclusión de la mujer de determinadas actividades -art. 2. apdo. 2 de la Directiva- afirma que por constituir una excepción a un derecho individual consagrado en la misma, debe ser interpretada restrictivamente.

(56) La sentencia se refiere a este principio al declarar que: «Hay que recordar que al determinar el alcance de una excepción a un derecho individual cual el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, consagrado por la Directiva, hay que respetar el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho, base del ordenamiento jurídico comunitario. Este principio exige que no se traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo propuesto».

(57) Sentencia de 27 de Octubre de 1993 (Pleno). Asunto C-127/92.

(58) En dicha sentencia se condena al Gobierno francés por exceder en la aplicación de las excepciones reconocidas en los apdos. 3º y 4º del art. 2 de la Directiva sobre medidas de protección en los supuestos de embarazo y maternidad e incluso la letra b) del apdo. 2 del art. 3 de la Directiva 76/207 al no anular dichas disposiciones excesivas contenidas en los convenios.

(59) RODRIGUEZ-PIÑERO M., op. cit. p. 12.

(60) Vid. de estos autores, «Derechos sociales fundamentales: propuestas para la Unión Europea», en R.E.D.T., nº 74, Nov.-Dic. 1995, pág. 873 y ss.