

LA TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA DE LA DIRECTIVA 76/207/CEE¹

José Fernando Lousada Arochena

*Magistrado especialista del Orden Social
Tribunal Superior de Justicia de Galicia*

Recepción: 30 de junio de 2014

Aprobado por el Consejo de redacción: 30 de junio de 2014

RESUMEN: La Directiva 76/207/CE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, supuso la extensión del principio de igualdad entre los sexos, que en el derecho comunitario se había aplicado hasta entonces solo en materia retributiva, a todas las condiciones de empleo y de trabajo. Se trata, en consecuencia, de una directiva básica dentro de la normativa comunitaria sobre igualdad de sexos. Ha sido modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, y sus normas han sido refundidas en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006. Nuestro estudio analiza la trasposición de sus normas en el derecho español y, a pesar del tiempo transcurrido desde su aprobación y de la centralidad de sus preceptos dentro de la normativa comunitaria, nos encontramos con cuestiones donde, hasta no hace mucho, existían normas internas contrarias y, aún hoy día, su trasposición podría ser mejorada para una mejor aplicación del principio de igualdad de los sexos.

PALABRAS CLAVE: Derecho comunitario; igualdad de los sexos; acceso al empleo, a la formación, y a la promoción profesionales, y condiciones de trabajo.

1 El presente texto se corresponde con la conferencia "La transposition de la directive du 9 février 1976 en droit espagnol (Loi organique du 22 mars 2007)", pronunciada por el autor en la Journée d'études "L'égalité d'emploi hommes/femmes et la fabrique du droit", Comité d'histoire des administrations chargées du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (CHATEFP) – Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social de la France, Paris, 10 de julio de 2013.

ABSTRACT: The Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the application of the principle of equal treatment between men and women as regards access to employment, vocational training, and promotion, and working conditions, led to the extension of the principle of equality between the sexes, that Community law had been applied so far only on remuneration to all conditions of employment and work. It is therefore a basic policy within the Community legislation on gender equality. It was amended by Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002, and the rules have been consolidated in Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July, 2006. Our study analyzes the transposition of its provisions in Spanish law and, despite the time elapsed since its adoption and the centrality of its provisions in Community legislation, we find issues where, until recently, there were conflicting domestic provisions and, even today, its transposition could be improved to better application of the principle of equality of the sexes.

KEYWORDS: Community law; gender equality; access to employment, vocational training, and promotion, and working conditions.

1

Con anterioridad a la admisión de España en las Comunidades Europeas –el 1.1.1986–, el ordenamiento jurídico español ya proclamaba el principio de igualdad de mujeres y hombres. La Constitución Española de 1978, establece, en su artículo 14, que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón ... sexo” –aspecto esencial que se correspondería con la igualdad de trato de mujeres y hombres–, y, en su artículo 9.2, que “los poderes públicos (promoverán) las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” –aspecto promocional que se correspondería con la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres–.

El Estatuto de los Trabajadores de 1980, reconoció –dentro de un planteamiento de igualdad formal– el derecho a la no discriminación por razón de sexo en general –artículos 4.2.d) y 17– y en lo relativo a la remuneración –artículo 28, que, digámoslo desde ahora, queda fuera de nuestro análisis al no entrar en el ámbito de la Directiva 76/207/CEE–, si bien ni se definían conceptos –que se fueron desarrollando en la aplicación judicial–, ni se habilitaban medidas de acción positiva, ni se establecían remedios jurídicos efectivos –ni tampoco en la legislación procesal laboral–, y presentaba defectos tan importantes como la titularidad femenina única de un llamado permiso de lactancia que no se vincula a la lactancia natural.

Tras el ingreso de España en las Comunidades Europeas, y a pesar de que –como se acaba de comprobar– la legislación laboral española de la época adolecía de tal generalidad –se limitaba a declarar el principio de igualdad y la prohibición de discriminación– que, si entonces se hubiera realizado un análisis mínimamente serio, su transposición específica resultaría algo obligado, no se apreció la necesidad de realizar una transposición específica de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Se hicieron las deficiencias aún más evidentes cuando la Directiva 76/207/CEE fue modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, debido a la mayor densidad normativa que se apreciaba en la nueva redacción. No bastaba, en consecuencia, con enunciados generales –aunque estuvieran contenidos en la norma constitucional– de los cuales después se pudieran deducir, por la aplicación judicial, las distintas consecuencias derivadas del principio de igualdad de los sexos. Resultaba necesario, a los efectos de garantizar la correcta transposición –y, en última instancia, la efectividad de la igualdad– que esas consecuencias tuvieran plasmación legal explícita.

Durante 2003 hubo un primer intento de transposición. Se trataba de una transposición conjunta de la 2002/73/CE con la 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000 del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y con la 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

–sobre la discriminación por religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual–. Pero en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, solo se traspuso la 2000/43/CE y la 2000/78/CE, dejando fuera la 2002/73/CE.

Y es que, durante la tramitación, se desgajó la igualdad de los sexos para redactar una ley especial, decisión acertada tanto porque la igualdad de los sexos, dada su importancia teórica y dada su trascendencia práctica, merita una ley especial, como porque la transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE a través de una Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social fue especialmente desafortunada. Las leyes de tal clase contenían reformas de materias variopintas, usualmente coyunturales, y en teoría complementarias a la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado, aunque en la realidad eran un cajón de sastre. Mal sitio para transponer normas comunitarias con vocación de permanencia.

A finales de 2004 comenzaron los trabajos prelegislativos definitivos para la aprobación de una ley especial en la cual se traspusiese tanto la Directiva 76/207/CEE, modificada por la 2002/73/CE, como la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. También se pretendía mejorar la transposición interna de las demás directivas sobre igualdad de los sexos y, en particular, de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, en cuanto que esta solo estaba traspuesta en la Ley de Procedimiento Laboral.

La aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres –en adelante, la LOIEMH–, fue la culminación de esos trabajos. En su Exposición de Motivos, se afirma que "esta Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE... y la Directiva 2004/113/CE". Siguiendo las recomendaciones de la buena técnica legislativa, la disposición final 4ª, oportunamente rubricada "transposición de directivas", además de aludir a las dos directivas recién citadas, añade que se incorporan al proceso civil y al proceso contencioso administrativo las previsiones de la Directiva 97/80/CE.

Desde la perspectiva de la Directiva 2002/73/CE, modificativa de la 76/207/CEE, se superó el plazo de transposición –que remataba el 5 de octubre de 2005–. Algo inevitable, no solo a la vista del retraso –derivado del fallido intento inicial y del inicio de una nueva legislatura– en el comienzo de los trabajos prelegislativos definitivos –a finales de 2004–, como a la vista de la complejidad de combinar la finalidad de transposición de directivas con la concepción de la LOIEMH –que asimismo se reconoce en su Exposición de Motivos– de ser "la ley-código en materia de la igualdad entre mujeres y hombres", acometiendo, en concordancia, reformas varias en múltiples ámbitos del ordenamiento jurídico español.

No es ocioso destacar que, tanto en su propio articulado –que se refiere a una gran amplitud de materias, como la educación, salud, sociedad de la información, deportes, desarrollo rural, medios de comunicación, contratación civil y mercantil y, por supuesto, empleo público y privado–, como en sus disposiciones adicionales –que tienen más amplitud que su propio articulado y en las cuales se reforman hasta 26 leyes, algunas de ellas sin

duda entre las más importantes del ordenamiento jurídico español-, la LOIEMH demuestra esa concepción de ley-código de la igualdad que pretende abarcar todos los aspectos –salvando los penales abordados en otras leyes específicas- del tratamiento jurídico de la igualdad de los sexos.

Hechas estas consideraciones generales sobre la transposición de la Directiva 2002/73/CE, modificativa de la 76/207/CEE, a través de la LOIEMH, analizaremos a continuación la transposición artículo a artículo, siguiendo, para mayor claridad expositiva, la propia numeración del articulado de la Directiva, y cómo cada uno de esos artículos se ha traspuesto en la LOIEMH. Como las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE se han refundido, junto con las disposiciones de otras directivas sobre igualdad de los sexos, en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, haremos en cada momento la oportuna cita al articulado de la referida directiva refundidora.

II

El artículo 1 de la Directiva 76/207/CEE –uno de los pocos no afectados por la reforma de la Directiva 2002/73/CEE y que se corresponde con el actual artículo 1 de la Directiva 2006/54/CE- establece –en consonancia con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad inspiradores del derecho comunitario- el ámbito de aplicación de la Directiva. La LOIEMH no tiene un ámbito limitado de aplicación en cuanto su artículo 2 establece su aplicación a "todas las personas". Aunque con esa declaración de aplicación universal, la trasposición del artículo 1 de la Directiva quedaría satisfecha, la LOIEMH ratifica, en su artículo 5, su aplicación en los ámbitos a los cuales se refiere el artículo 1 de la Directiva.

III

El apartado 1 bis del artículo 1 de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 29 de la Directiva 2006/54/CE, que se rubrica "transversalidad de la perspectiva de género"- establece que "los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1". Se trata del doctrinalmente denominado principio de "mainstreaming" de la dimensión de la igualdad o –si se quiere usar un lenguaje más técnico- de la perspectiva de género, lo que al tan dúctil idioma español se ha traducido como principio de "transversalidad".

La LOIEMH explica, en su Exposición de Motivos, que el "principio fundamental del presente texto" es "la consideración de la dimensión transversal de la igualdad". Y su artículo 15, rubricado "transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres", establece que "el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos", añadiendo además que "las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y

ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades".

Tal transposición se complementa con unos "criterios generales de actuación de los Poderes Públicos" –artículo 14-, que concretan la transversalidad en su aspecto funcional y en su aspecto orgánico. De entre los criterios funcionales –pues orientan la actividad-, hay dos generales sobre efectividad del derecho a la igualdad, e igualdad económica, social, cultural y artística, y varios específicos sobre participación equilibrada, violencia de género, discriminación múltiple, maternidad, conciliación, igualdad entre particulares, lenguaje no sexista, y cooperación española al desarrollo. Los criterios orgánicos –pues orientan la organización- se refieren a colaboración administrativa y partenariado con la sociedad civil.

Además de estos criterios generales de actuación, se establecen –siguiendo de cerca la Plataforma para la Acción aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing- unas estrategias –entendidas como el conjunto de reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento- relativas a nombramientos equilibrados –artículo 16-, elaboración de planes de igualdad –artículo 17-, informe periódico de seguimiento –artículo 18-, informe de impacto de género de las disposiciones normativas y de los planes de especial relevancia –artículo 19-, desagregación y adecuado tratamiento de los datos estadísticos –artículo 20-, y colaboración entre las varias Administraciones –artículo 21-.

Con estos criterios generales de actuación y con el establecimiento de estrategias de transversalidad, la LOIEMH pretende garantizar la efectividad del principio de transversalidad más allá de su mera declaración, aunque los análisis realizados acerca de su aplicación manifiestan las dificultades de implantación efectiva de nuevas maneras de actuación en las Administraciones Públicas. Por ejemplo, los informes de impacto de género de las disposiciones normativas se suelen saldar con una declaración no fundamentada de inexistencia de impacto de género. La consulta de los repertorios de jurisprudencia constata casos judicializados donde, por dicha circunstancia, se declara nula la disposición normativa.

IV

El artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE-, después de expresar, en su apartado 1, que "el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar", contiene, en su apartado 2, las definiciones de discriminación directa e indirecta, y acoso sexual y acoso, declarando el carácter discriminatorio sexista, en su apartado 3, de acoso sexual y del acoso, y, en su apartado 4, de las órdenes de discriminar. Y el apartado 7 del artículo 2 de la 76/207/CEE –actual artículo 2.2.c) de la 2006/75/CE- se refiere a la discriminación por embarazo y maternidad.

No es difícil comprobar la transposición casi literal de todas estas normas en los artículos correspondientes de la LOIEMH: la comprensión del principio de igualdad de trato como ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo en su artículo 3; las definiciones de discriminación directa e indirecta, así como la consideración

de discriminación sexista de las órdenes de discriminar, en su artículo 6; las definiciones de acoso sexual y del denominado acoso por razón de sexo, y su carácter discriminatorio, en el artículo 7; y la consideración como discriminación directa por razón de sexo de todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad en su artículo 8.

Hay, sin embargo, una diferencia bastante significativa en la definición de acoso sexual –y, en términos semejantes, en la definición de acoso– pues, mientras en la Directiva se exige que sea "no deseado", en la LOIEMH se elimina esa exigencia en el convencimiento de que, si el acoso sexual se define como un comportamiento de naturaleza sexual "que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo", exigir que sea, además, "no deseado", es tanto como presumir que a las mujeres les gusta ser sexualmente ofendidas y, por ello, solo después de su negativa un comportamiento ofensivo se tornaría en ilícito.

Además de estas consideraciones de política legislativa, la eliminación del "no deseado" se compadece con la tipificación del acoso sexual en el Código Penal español –artículo 184– donde se alude a "una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante", pero no a la ausencia de consentimiento de la víctima, sin perjuicio, naturalmente, de que si el consentimiento existe, el comportamiento quede legitimado. También la jurisprudencia constitucional española ha insistido en que, para que haya acoso sexual, no es necesario que la víctima manifieste un no rotundo, bastando al efecto el manifestar incomodidad ante la aproximación sexual de quien la hace –STC 224/1999, de 13 de diciembre–.

¿Supone esta decisión un defecto de transposición? La Comisión Europea ya ha tenido tiempo suficiente para examinar la legislación española y no ha iniciado –que yo sepa– ningún recurso por incumplimiento contra España. Y es que bastaría con que la exigencia de "no deseado" contenida en la Directiva se interpretase –como razonablemente se debe hacer– en el sentido de que no se exige un "no" rotundo, sino de que el "no deseado" se presume si el comportamiento es ofensivo, para que la norma española esté diciendo lo mismo que la norma comunitaria. En cualquier caso, la eliminación, en el artículo 7 de la LOIEMH, del "no deseado" sería una mejora que respeta, como norma mínima, el concepto de la Directiva.

V

El artículo 2, apartado 5, de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 26 de la Directiva 2006/54/CE– obliga a alentar a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a establecer medidas preventivas de la discriminación y del acoso sexual y del acoso. La LOIEMH asume –como afirma en su Exposición de Motivos– que "la mayor novedad de esta Ley radica ... en la prevención de (las) conductas discriminatorias". De ahí varias medidas adoptadas en el ámbito de la igualdad de oportunidades en el empleo, como los programas para mejora de la empleabilidad de las mujeres –artículo 42–, el distintivo empresarial en materia de igualdad –artículo 50–, o la responsabilidad social corporativa –artículos 73 a 75–.

Aunque sin duda la medida más importante en orden a integrar la igualdad de mujeres y hombres en el empleo son los planes de igualdad –artículos 45 a 47 y 64 de la LOIEMH y

artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores-, que son obligatorios (1) para las empresas de más de 250 trabajadores, (2) cuando así se establezca en convenio colectivo, (3) cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración de un plan de igualdad, y (4) en el ámbito del empleo público estatal. En los demás casos, los planes de igualdad son voluntarios, si bien se obliga al Gobierno a fomentarlos en especial en las pequeñas y medianas empresas –artículo 49-.

Respecto a las medidas de prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, la LOIEMH mejora lo establecido en la Directiva en cuanto que obliga a las empresas a promover medidas de prevención y a negociarlas con la representación de los trabajadores –artículo 48-. Y, en el ámbito del empleo público, se obliga a establecer –también de manera negociada- un protocolo de actuación –artículo 62-, que ya se ha aprobado. De este modo, la LOIEMH acoge las orientaciones de la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, y de su Anexo, que regula un Código de Conducta para combatir el acoso sexual.

VI

El artículo 2, apartado 6, de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 14.1 de la Directiva 2006/54/CE- contempla la llamada "cláusula de buena fe ocupacional", que justifica desigualdades por las características del trabajo. La LOIEMH transpone esa cláusula en su artículo 5. Tal cláusula, ya antes de la LOIEMH, se entendía estrictamente en el derecho español, excluyendo su aplicación en casos en que el TJUE admitía su aplicación. Basta recordar la consideración como discriminatoria de la inadmisión de una mujer como piloto del Ejército del Aire –STC 216/1991, de 14 de noviembre-, y la consiguiente reforma para eliminar todas las diferencias basadas en el sexo para el acceso a las Fuerzas Armadas. O la reforma dirigida a derogar la prohibición a las mujeres de trabajos con exposición a radiaciones ionizantes, limitando la protección al embarazo y a la lactancia.

Profundiza la LOIEMH en esa línea de entendimiento estricto de la cláusula de buena fe ocupacional (1) cuando considera discriminatorias las ofertas de empleo dirigidas a uno solo de los sexos con base en el esfuerzo físico –disposición adicional 17ª-, o (2) cuando, en relación con el personal de establecimientos penitenciarios –donde la jurisprudencia comunitaria admite la utilización de la cláusula de buena fe ocupacional-, unifica al efecto los dos cuerpos –masculino y femenino- de ayudantes de prisiones que hasta entonces existían –disposición adicional 30ª de la LOIEMH-.

VII

El artículo 2, apartado 7, de la Directiva 76/207/CEE salvaguarda "las disposiciones relativas a la protección de la mujer", que la jurisprudencia comunitaria ha interpretado en el sentido de considerar que esas disposiciones especiales son exclusivamente las relativas al embarazo y a la maternidad, con la consiguiente inadecuación a la normativa comunitaria

de la prohibición del trabajo nocturno a las mujeres. Incluso antes que la comunitaria, la jurisprudencia española había entendido discriminatoria una diferencia retributiva basada en la diferente concepción del trabajo nocturno –STC 81/1982, de 21 de diciembre–, o la prohibición del trabajo en el interior de las minas –STC 229/1992, de 14 de diciembre–.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español había justificado como medida de acción positiva la titularidad femenina del permiso de lactancia –STC 109/1993, de 25 de marzo–, lo cual, unido a la circunstancia de que se reformó para, manteniendo la titularidad femenina, permitir el ejercicio paterno si la madre se lo transfería, condujo a que, a pesar de que se advirtió de la existencia de discriminación sexista al Gobierno y al Parlamento durante el proceso de elaboración de la LOIEMH, la norma se mantuviese. Finalmente, la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09, ha declarado la existencia de discriminación porque se trata de un permiso parental cuya titularidad no admite discriminaciones por el sexo.

La Sentencia Roca Álvarez ha motivado la reforma del artículo 37 del ET en el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, aunque sigue habiendo un problema desde la óptica del derecho comunitario porque, si bien la titularidad del permiso de lactancia se extiende a los trabajadores, sean hombres o mujeres, se establece que "solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen", lo que tropieza con las exigencias de individualización de los permisos parentales contenida en el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre la Business Europe, la UEAPME, la CEEP y la CES, Anexo de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010.

VIII

El artículo 2, apartado 8, de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 3 de la Directiva 2006/64/CE– se contempla una habilitación general de acciones positivas por referencia a lo establecido en el –entonces vigente– artículo 141, apartado 4, del Tratado de Ámsterdam –actual 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea–. Tal habilitación en el derecho español se entendía sustentada en el artículo 9.2 de la CE. Con la LOIEMH, la habilitación se ha concretado, siguiendo de cerca tanto la normativa comunitaria de referencia como el artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (Nueva York, 1979), en su artículo 11, donde se establece, en su apartado 1, que "con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres – tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso", añadiendo, en su apartado 2, que "las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley".

Por ello, la LOIEMH reforma el ET –artículo 17– habilitando a la negociación colectiva (1) para "establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a

todas las profesiones", (2) para "establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate", y (3) para "establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia (a dichos efectos) las personas del sexo menos representado".

Sin embargo, y aunque los Poderes Públicos deberían adoptar una conducta ejemplar que pudiera servir de modelo al sector privado, la LOIEMH no prevé el establecimiento de cuotas de desempate en el ámbito del empleo público. Algunas Comunidades Autónomas si las han establecido en relación con su personal –es el caso de Galicia-. Con tal situación no es extraño que, a pesar de lo establecido en el artículo 17 del ET, los negociadores colectivos no se hayan animado a establecerlas. Efectivamente, un análisis de la negociación colectiva defrauda las expectativas no siendo usual encontrar cuotas de desempate, ni en los convenios colectivos, ni siquiera en los planes de igualdad de las empresas.

IX

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE- concreta en detalle las materias a las cuales se aplica la prohibición de discriminación. Dada la aplicación universal de la LOIEMH en todas las materias –en coherencia con su carácter de "ley-código en materia de la igualdad entre mujeres y hombres"-, no se aprecian defectos de transposición. Aunque sí es verdad que, en determinadas materias, se ha echado en falta una mayor profundidad. Ninguna norma existe, por ejemplo, para fomentar la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones que se concedan.

X

El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 76/207/CEE obliga a los Estados miembros a adoptar "las medidas necesarias para garantizar que: (a) se derogue cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa contraria al principio de igualdad de trato; (b) se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato que figure en contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de empresas o en los estatutos de profesiones independientes y de organizaciones sindicales y empresariales". Tal norma se encuentra en el artículo 23 de la Directiva 2006/54/CE, que enfatiza "todas las medidas".

La legislación procesal laboral española presentaba, al respecto, ciertas limitaciones en orden a la impugnación de los convenios colectivos que comprometían las exigencias del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 76/207/CEE, pues la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo por motivo de ilegalidad era privativa de los representantes legales o sindicales de los trabajadores, las asociaciones empresariales y, en los convenios de ámbito

empresarial o inferior, los empresarios. Ciertamente, se admitía una impugnación de oficio por la Autoridad Laboral, y cualquier ciudadano se podía dirigir a ella para solicitar su actuación. Pero ello no garantizaba las exigencias de la norma comunitaria.

A pesar de que se advirtió de ello al Gobierno y al Parlamento durante el proceso de elaboración de la LOIEMH, se mantuvo la norma. Posteriormente, se modificó de manera muy profunda la legislación procesal laboral española a través de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social. Y en esta reforma sí se hizo caso de las advertencias. De este modo, se legitima al Instituto de la Mujer y organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas a los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo –artículo 165.1.a) de la LJS-. Si bien se pudo ser más generoso atribuyendo legitimación activa a asociaciones privadas.

XI

El artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 17 de la Directiva 2006/54/CE– regula las doctrinalmente denominadas "cláusulas de protección jurisdiccional efectiva del principio de igualdad de los sexos". Aparentemente el ordenamiento jurídico español satisface esas exigencias comunitarias si consideramos que, de conformidad con el artículo 53.2 de la CE, el principio de igualdad, como los demás derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE, se protegen a través de un proceso de carácter sumario y preferente ante la Jurisdicción Ordinaria –al que se usualmente se denomina amparo ordinario– y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el mismo Tribunal Constitucional.

Pero las afirmaciones generalistas no siempre suponen la adecuada transposición de la normativa comunitaria –y ya lo hemos comprobado cuando nos referimos a la insuficiencia, a los efectos transpositivos, de las declaraciones generales sobre igualdad de los sexos–. Así las cosas, las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva establecidas en el artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE superaban en muchos aspectos concretos las especificaciones contenidas en la legislación procesal laboral española en relación con el proceso de amparo ordinario. La LOIEMH ha venido a resolver la práctica totalidad de esas deficiencias, aunque la resolución de alguna de esas deficiencias haya esperado a la más reciente Ley de la Jurisdicción Social.

(1) Un grupo de problemas surge con la legitimación activa. El artículo 6 de la Directiva 76/207/CE legitima a "toda persona que se considere perjudicada", aunque la regulación de la intervención de las asociaciones, organismos u otras personas jurídicas con interés legítimo en la defensa de la igualdad, es timorata, pues se limita a establecer que deben actuar en nombre o en apoyo de la parte demandante, y con su autorización. Con todo, la total ausencia de normas en la legislación procesal española era un defecto de transposición, sin perjuicio de reconocer que la aplicación judicial –con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE– había resuelto satisfactoriamente algunos problemas.

La LOIEMH atribuye, en su artículo 12, capacidad y legitimación para intervenir en procesos civiles, sociales y contencioso administrativos sobre la defensa de la igualdad a las

personas físicas y jurídicas con interés legítimo según las leyes reguladoras de esos procesos, modificando las leyes reguladoras de los procesos civil y contencioso administrativo para legitimar (1) a sindicatos y asociaciones de defensa de la igualdad respecto de sus afiliados y asociados, y siempre con su autorización, y (2) a organismos públicos con competencia en la materia, sindicatos más representativos y asociaciones de ámbito estatal de defensa de la igualdad cuando está afectado un colectivo indeterminado o de difícil determinación.

Sin embargo, la LOIEMH no modificó la ley reguladora del proceso laboral, acaso porque suponía que no era necesario porque en ella ya se permitía en defensa de la igualdad la legitimación de sindicatos, como la jurisprudencia social venía admitiendo al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. Pero respecto a las asociaciones privadas no había pronunciamiento jurisprudencial, de donde existían dudas doctrinales en orden a si las asociaciones privadas estaban o no legitimadas cuando se trataba de intereses colectivos, indirectos o difusos, lo que, aunque la norma procesal no lo decía, parecía lo más congruente en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE.

Ha regulado la LJS específicamente la cuestión, aunque probablemente ha dejado aún algún cabo suelto. De un lado, el artículo 17.4 establece que "los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate ... en especial ... a través del proceso de conflicto colectivo, en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación; y, en particular ... del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social".

Y, de otro lado, el artículo 177.2 establece que "en aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que este pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado" –artículo 177.2-. Obsérvese que no se atribuye una legitimación propia, sino una intervención adhesiva como coadyuvantes.

¿Queda el sistema suficientemente cerrado? Aquí es donde pueden surgir las dudas si comparamos la tan restringida intervención adhesiva de las asociaciones de defensa de la igualdad con la algo más amplia intervención que se les concede en las normas del proceso civil y del contencioso administrativo, y, sobre todo, si tomamos en consideración la posibilidad de que, atendiendo a lo establecido en el artículo 24 de la CE, se pueda concluir que, en un determinado conflicto, se les pueda considerar –a esas asociaciones o a organismos públicos de igualdad- como legítimas interesadas, con lo cual su legitimación arrancarían de la propia norma constitucional sin poder resultar restringida por la legislación ordinaria.

(2) Cuando se trata de acoso sexual o de acoso, el artículo 12.3 de la LOIEMH limita la legitimación a la "persona acosada", y así se reitera en las normas procesales civiles, sociales

y contencioso administrativas. Tal limitación de la legitimación activa a la persona acosada se justifica en aquellos supuestos en los cuales prima el derecho a la intimidad –por ejemplo, un chantaje sexual explícito–, pues en otro caso –por ejemplo, un chantaje sexual implícito o un acoso ambiental– se debería admitir la intervención de personas jurídicas en la defensa de la igualdad. Así interpretada, esta limitación no genera dificultad en cuanto a la adecuación al artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE –y actual 17 de la 2006/54/CE–.

(3) Otro grupo de problemas –acaso no tan tortuosos como los de la legitimación activa, pero con una gran trascendencia práctica– se producía en orden a las indemnizaciones en la medida en que, según la interpretación judicial imperante, la resolución indemnizada del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento grave del empresario no podía superar la indemnización tasada establecida legalmente para el despido improcedente, ni siquiera –y esto era lo que podía chocar con las especificaciones contenidas en la Directiva 76/207/CEE– cuando el incumplimiento grave del empresario constituyera una discriminación o, más ampliamente, lesión de derechos fundamentales o libertades públicas. La LOIEMH modificó al efecto diversos artículos de la norma procesal laboral para permitir acumular la indemnización tasada por resolución contractual y la indemnización no tasada por discriminación o por vulneración de derechos fundamentales. Aunque durante la tramitación de la LOIEMH, la jurisprudencia se adelantó cambiando su interpretación.

La LJS ha vuelto sobre esta cuestión para introducir una regulación mucho más detallada de la indemnización por discriminación o por vulneración de derechos fundamentales que supone una transposición sin duda alguna mucho más precisa de lo establecido en el artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE –y actual 17 de la 2006/54/CE–. En particular, el artículo 183 de la LJS establece, entre otras cosas, que “el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”. Con este último inciso se está reconociendo –algo bastante novedoso en el derecho laboral español– la finalidad disuasoria de la indemnización que conecta sin duda con lo establecido expresamente en la norma comunitaria de referencia en orden a la indemnización de carácter disuasorio y proporcional al perjuicio sufrido.

(4) A diferencia de la cuestión de las indemnizaciones, la regulación de los demás pronunciamientos de las sentencias estimatorias del proceso social de amparo ordinario no presentaba especiales dificultades de adecuación con la normativa comunitaria. De ahí que la LOIEMH no acometiese ningún cambio. Sí los acomete la LJS que –en su artículo 182– realiza una revisión de la regulación de esos pronunciamientos que ha mejorado la situación anterior al aclarar determinados extremos, como la posibilidad de condena a “realizar una conducta omitida”, que antes no se contemplaba de manera explícita, alejando así las dudas en cuanto a admitir la contratación forzosa de quien fue discriminado en el acceso al empleo.

(5) Un último aspecto acerca de las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva se deriva de la especificación, contenida en el artículo 6 de la Directiva –y actual 17 de

la 2006/54/CE-, de que la tutela judicial del principio de igualdad abarca "incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación". No debiera haber ninguna duda –a la vista de la amplitud con la cual se concibe el derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 24 de la CE- de que ello era también así en el ordenamiento jurídico español. Pero era conveniente desde la óptica de la seguridad jurídica explicitarlo legalmente, y eso es lo que hace –en el inciso final de su apartado 1- el artículo 12 de la LOIEMH.

XII

El artículo 7 de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE, rubricado "victimización"- establece que "los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o las prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato". Se protege al reclamante, sus defensores y sus testigos –véase al efecto el Considerando (17) Directiva 2002/73/CE-.

El Tribunal Constitucional ha realizado una importante labor jurisprudencial para conceptuar como lesiones de derechos fundamentales las represalias derivadas del ejercicio de derechos, bien por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si se trata de la parte, bien por vulneración de la libertad de expresión si se trata de un testigo. Pero los supuestos conocidos en la jurisprudencia constitucional no abarcan la totalidad de los contemplados en la norma comunitaria –por ejemplo, la represalia contra el defensor de un reclamante en un procedimiento extrajudicial-. Además, una transposición correcta obligaba a una regulación clara en una ley, más accesible que una doctrina jurisprudencial.

Por ello, la LOIEMH establece, en su artículo 9, que "también se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres". La norma aparece también en el nuevo artículo 17 del ET, en donde no se ve limitada la protección a la parte, permitiendo, de ese modo, la protección de los testigos o de cualesquiera otras personas intervinientes en la queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo.

XIII

El artículo 8 bis de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 20 de la Directiva 2006/54/CEE- se refiere a la designación de un organismo de igualdad y a las competencias atribuidas a

ese organismo de igualdad. La LOIEMH ha traspuesto la norma, de un lado, designando como organismo de igualdad al Instituto de la Mujer, y, de otro lado, ha ampliado sus competencias para incluir las especificadas en la norma comunitaria sobre asistencia a las víctimas, realización de estudios sobre la discriminación, publicación de informes y formulación de recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la discriminación, competencias todas ellas a ejercitar con independencia –véanse disposiciones adicionales 27ª y 28ª–.

Con posterioridad a la LOIEMH, la LJS ha ido algo más allá en la prestación de asistencia independiente a las víctimas de la discriminación. Antes de la LJS, el Ministerio Fiscal actuaba en los procesos de amparo ordinario en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Tras la LJS, el Ministerio Fiscal, además, "(velará) especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas". También velará por la integridad de la reparación de las víctimas al actuar como parte en el proceso de ejecución –artículo 240.4 de la LJS–. Se trata de una interesante vía de asistencia independiente a las víctimas de la discriminación que se entiende, naturalmente, sin perjuicio de la asignada al Instituto de la Mujer.

XIV

El artículo 8 ter de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 21 de la Directiva 2006/54/CE– se refiere al fomento del dialogo social en materia de igualdad entre mujeres y hombres. Con base en esta norma, la LOIEMH ha modificado el artículo 62 del ET para atribuir a los órganos de representación del personal las siguientes competencias: 1ª. "(El) derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo". 2ª. "Vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres". 3ª. "(La colaboración) con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación".

XV

El artículo 8 quater de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 22 de la Directiva 2006/54/CE– se refiere al diálogo con organizaciones no gubernamentales. Con base en esta norma, la LOIEMH crea, en su artículo 78, un Consejo de Participación de la Mujer "como órgano colegiado de consulta y asesoramiento, con el fin esencial de servir de cauce para la participación de las mujeres en la consecución efectiva del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, y la lucha contra la discriminación por razón de sexo". Reglamentariamente, se ha desarrollado la norma a través del Real Decreto 1791/2009, de 16 de diciembre, modificado por el Real Decreto 1526/2010, de 15 de noviembre.

XVI

El artículo 8 quinto de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 25 de la Directiva 2006/54/CE– se refiere al régimen de sanciones aplicable. Con base en esta norma, la LOIEMH regula, en su artículo 10, las "consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias", estableciendo que "los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidades a través de un sistema de reparaciones e indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias".

Si centramos nuestra atención en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo –que es el ámbito de la Directiva 76/207/CEE–, la LOIEMH ha introducido ciertas mejoras en relación con las infracciones y sanciones administrativas en materia social. La más interesante es el establecimiento de unas sanciones accesorias vinculadas a las infracciones relativas a la igualdad de los sexos que se pueden conmutar por la elaboración de un plan de igualdad, que sería obligatorio en los términos dentro de los cuales la autoridad laboral hubiera acordado la conmutación. Otras modificaciones en esta materia se refieren a una mejora de las tipificaciones para evitar lagunas en el cuadro de infracciones y sanciones.

XVII

El artículo 8 sexto de la Directiva 76/207/CEE –actual artículo 27 de la Directiva 2006/54/CE– recoge las habituales cláusulas de declaración del carácter mínimo de la normativa comunitaria, permitiendo a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones más favorables, y "stand-still" o de mantenimiento del nivel de protección de los trabajadores, sin que la normativa comunitaria habilite a la reducción de ese nivel de protección. Como son cláusulas de carácter técnico, no necesitan ser traspuestas de manera específica. De todos modos, es oportuno constatar que, a la vista de la LOIEMH, esta ha adoptado, en muchas ocasiones, disposiciones más favorables y, además, no ha supuesto la reducción del nivel de protección.

XVIII

La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres de 2007, que acometió la transposición en España de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la 2002/73/CE, ha realizado –como se ha comprobado en el anterior análisis artículo a artículo– una transposición en líneas generales muy adecuada de las exigencias de la norma comunitaria, no limitándose a una transcripción literal de los artículos, sino realizando los desarrollos oportunos para garantizar su efectividad, lo cual se dice sin perjuicio de alguna inhibición legislativa que ha motivado la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –en el Caso Roca Álvarez–, y sin perjuicio de alguna deficiencia en las cláusulas de protección

jurisdiccional efectiva en el ámbito del proceso laboral que se pueden considerar subsanadas en gran medida gracias a la posterior Ley de la Jurisdicción Social de 2011.

En conclusión, la transposición acometida en la LOIEMH y la LJS de la Directiva 76/207/CEE es, en líneas generales, satisfactoria tanto desde la óptica de la técnica jurídica como desde la óptica del nivel de protección, lo cual no quiere decir que la labor legislativa en el ámbito del empleo y de la ocupación –que es el ámbito de la Directiva 76/207/CEE– deba considerarse rematada pues –como dice el artículo 8 sexto de la propia Directiva– no se impide que, en lo futuro, se adopten, en el derecho interno, disposiciones más favorables para acabar con la lacra de la discriminación.