

El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género

The Community principle of non wage discrimination because of gender

MARÍA DEL MAR CRESPI

Graduada en Derecho por la Universidad de las Islas Baleares

Recibido: 18/7/2016

Aceptado: 24/10/2016

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3545>

Resumen. El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género es el instrumento por el que se ha tratado de erradicar en el seno de la Unión Europea la discriminación salarial que sufren las mujeres. Dicha discriminación se refleja claramente en la brecha salarial y es sólo una manifestación más de la desigualdad de género existente en el ámbito laboral. El principio ha sufrido una interesante evolución desde su nacimiento con la creación de la Comunidad Europea que refleja la creciente preocupación de ésta por los derechos humanos y la justicia social.

El propósito de éste estudio es ofrecer una visión sintética pero completa del estado de la cuestión desde una perspectiva eminentemente jurídica. Por ello, se explica el funcionamiento del principio y los conceptos que lo componen, prestando especial atención a los problemas que plantea su aplicación en la práctica jurídica y las últimas novedades incorporadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. También se expone brevemente el sistema de garantías frente a la discriminación que la normativa europea impone a los Estados miembros. Teniendo en cuenta los datos, es evidente que pese a los esfuerzos de las Instituciones Europeas el problema persiste, ello obliga a un análisis de las deficiencias técnicas de la regulación actual, sus posibles reformas, así como nuevas vías de acción que pudiesen coadyuvar a la solución definitiva.

Palabras clave: Derecho de la Unión Europea, brecha salarial, discriminación retributiva, principio de igualdad entre mujeres y hombres, igualdad salarial.

Abstract. The Community principle of non-wage discrimination because of gender is the tool through which the European Union has tried to eradicate the pay discrimination suffered by women. This discrimination is clearly reflected by the gender pay gap and is only one more example of the gender inequality existing in the work sphere. The principle has suffered an interesting evolution since its birth with the foundation of the European Union, and it shows its increasing interest towards human rights and social justice.

The purpose of this study is to show a summary but complete vision of the state of play from an eminently legal perspective. Therefore, it explains how the principle works, and the main concepts that compose it, paying special attention to the issues arisen in its practical application and to the last developments incorporated by the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. The system of guarantees imposed by the European Union to

*mdmcrespi@hotmail.com

the member states is also briefly exposed. Considering the statistics, it is clear that despite of the European Institution's efforts the problem remains, so it is obviously necessary to analyse the deficiencies of the current regulation and the possible changes, as well as new ways that could help reaching the final solution.

Keywords: European Union Law, gender pay gap, wage discrimination, principle of equal pay between women and men, pay equality.

1. Introducción: La discriminación en el ámbito salarial

La brecha salarial es la diferencia entre los salarios brutos por hora percibidos por hombres y por mujeres. En la Unión Europea, las mujeres cobran de media un 16% menos que los hombres. Existen importantes diferencias entre los Estados miembros. Al contrario de lo que podría parecer, la brecha salarial no va ligada al nivel de desarrollo económico. Podemos observar como Austria (23'4%), Alemania (22%), o Reino Unido (19%) se encuentran en los primeros puestos en materia de desigualdad, mientras que en Malta o Polonia (6% ambos) el problema es menor. España está levemente por encima de la media con un 17'8%. Algunas graves consecuencias de la brecha salarial son la brecha en materia de pensiones que se sitúa en un alarmante 40%, y el sufrimiento de un mayor riesgo de pobreza por parte de las mujeres.

La Comisión Europea ha tratado de identificar las causas de esta desigualdad:

- Las **cargas familiares y domésticas**. Éstas recaen mayoritariamente sobre las mujeres y las condicionan a trabajar a tiempo parcial o permanecer en puestos de menor responsabilidad. También hace menos probable que cobren horas extras. Además, son las primeras que abandonan sus estudios o su trabajo para dedicarse a las tareas del hogar y al cuidado de los hijos o familiares dependientes.
- La **experiencia laboral**. Las mujeres trabajan de manera más intermitente que los hombres, debido sobre todo a las bajas por maternidad. Esto afecta a sus posibilidades de promoción y formación.
- La escasa presencia de mujeres en **puestos de liderazgo** y alto nivel. En 2013, sólo un 17'8% de los directivos de las empresas que cotizaban en bolsa en la UE eran mujeres y fueron también, sólo un 2'8% de los consejeros delegados. Esto pese a que el 60% de los graduados universitarios de la Unión Europea son mujeres.
- La alta concentración de mujeres en **puestos de trabajo peor remunerados**. Se debe, en parte, a los estereotipos sociales sobre los trabajos que son "adecuados" para las mujeres. Por ejemplo, de todos los ingenieros europeos, una profesión asociada por el imaginario colectivo al género masculino, sólo un 30% son mujeres.¹

Todas estas causas coinciden en dar una explicación racional a la brecha salarial. Sin embargo, aun teniéndolas en cuenta, queda una parte inexplicada o injustificada. Es la

¹ Fuente de todos los datos estadísticos hasta este punto: COMISIÓN EUROPEA, *Cómo combatir la brecha salarial* (2014).

que se corresponde con la discriminación retributiva por razón de género, que es el trato desfavorable en materia salarial hacia las mujeres por el mero hecho de serlo, vulnerando su derecho a la igualdad de trato. En otras palabras, es aquella parte de la brecha salarial que no se justifica por la realización de un trabajo de menor valor por parte de la mujer, sino que sólo puede explicarse en función de su sexo. Por ello, en el ámbito internacional se la denomina comúnmente *unexplained gap*.

Según el último informe de la Comisión Europea², este tipo de discriminación representaba en 2015 el 10'9% de la desigualdad salarial por razón de sexo en la Unión Europea. Además de ser importante desde el punto de vista cuantitativo, es gravísima desde un punto de vista cualitativo: es una violación de los derechos humanos, y atenta directamente contra la dignidad de la mujer. Asimismo, se basa en el sexo, que es considerado una de las causas más odiosas de discriminación ya que es una cualidad innata e invariable de las personas, que no depende de su comportamiento.

2. El reconocimiento del principio de no discriminación retributiva en el Derecho de la Unión Europea

El principio de no discriminación retributiva es el instrumento por el que se ha tratado de erradicar la discriminación salarial en el ámbito de la Unión Europea. A su vez, ha sido la piedra angular sobre la que las instituciones europeas han desarrollado todo el acervo comunitario en materia de igualdad entre hombres y mujeres del que disfrutamos hoy en día y que podría considerarse según CARMONA CUENCA (2012, p.81) uno de los más avanzados y completos del mundo. Su evolución es interesantísima, en el sentido de que permite entender cómo ha ido avanzado el proceso de la construcción europea, desde sus inicios vinculados a finalidades económicas, hasta el compromiso actual con los derechos humanos, la justicia social y la igualdad de oportunidades. La igualdad entre hombres y mujeres pasó de ser un instrumento al servicio del mercado único a ser uno de los valores fundamentales de la Unión, presente de manera transversal en todas sus políticas.

2.1. El reconocimiento del principio de no discriminación en los tratados y su evolución

El nacimiento del principio de no discriminación está ligado al propio origen de la Comunidad Europea. Ya en el art. 119³ del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea firmado en Roma en 1957, se impone a los Estados la obligación de prohibir la discriminación salarial por razón de sexo. La finalidad de dicho precepto era, en su momento, puramente económica: se pretendía evitar el *dumping* social, la práctica empresarial consistente en trasladarse a otro país para conseguir mano de obra (en este caso

² *Report on equality, 2006*, p.45.

³ "Cada Estado miembro garantizará (...) la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo."

femenina) más barata. Éste fue introducido a instancias de Francia, que disponía de una avanzada legislación antidiscriminatoria. Al igual que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, el principio de no discriminación por razón de sexo, surge para garantizar la libre de circulación de personas⁴ el verdadero objetivo inicial de la Comunidad Europea. No existía, por tanto, en ese momento, un principio general de igualdad en el ámbito comunitario de la manera que lo podemos encontrar en el art. 14 de la Constitución Española. Dicho principio se circunscribía únicamente al aspecto retributivo.

Desde bien pronto, en el caso *Defrenne II*⁵, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), reconoció la eficacia directa del principio y su carácter vinculante, no sólo para las autoridades públicas, sino que también era aplicable a los convenios colectivos y los contratos celebrados entre particulares. Por lo tanto, el art. 119 constituía derecho imperativo de eficacia inmediata desde sus inicios, sin depender de ningún desarrollo normativo posterior. Sin embargo, el TJUE interpretó en un primer momento, que tal efecto sólo abarcaba las formas de discriminación directa y no las de discriminación indirecta (se explicarán detalladamente en el apartado 3).

Más adelante, en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, también se avanza en la materia, ampliando en el Preámbulo el principio de igualdad a otras causas como la raza o las creencias y señalando en su art. 16 la necesidad de adoptar medidas para asegurar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Su importancia fue relativa porque carecía de efectos vinculantes.

No será hasta el Tratado de Ámsterdam, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en 1997, cuando se producirán cambios relevantes. El principio de igualdad entre mujeres y hombres se introdujo como valor fundamental en el art. 2 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). En el art. 3 TCE se estableció como uno de los objetivos de la Comunidad.

La característica fundamental de dichos preceptos es que convierte la igualdad entre mujeres y hombres en una política horizontal de la Comunidad Europea. El principio de igualdad se desprende de toda referencia al ámbito económico o laboral. A partir de ese momento, dejará de ser un elemento al servicio del mercado único para convertirse en un derecho fundamental aplicable a cualquier ámbito de la vida. Esta transversalidad dará lugar al llamado *gender mainstreaming*⁶, que es la incorporación de la perspectiva de la igualdad a todos los programas y políticas de la Comunidad, es decir, tener en cuenta qué efectos puede tener cada acción sobre la igualdad de género.

También se introducen cambios muy relevantes en el ámbito estrictamente laboral. En primer lugar, la obligación de pagar una misma retribución, que antes sólo se garantizaba cuando dos personas realizaban un mismo trabajo, se amplía también ante “trabajos

⁴ Cf. Ballester Pastor, Amparo, Lección V: El principio de igualdad de trato y no discriminación. En *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, 2012, Valencia: Tirant lo Blanch (p. 125).

⁵ *Gabrielle Defrenne* (STJUE de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75), aps. 24 y 40.

⁶ Este concepto se trasladó después de manera expresa al art. 29 de la Directiva 2006/54.

de igual valor⁷ (art. 119 TCE). Este concepto ya había sido introducido por la Directiva 75/117/CEE⁸, pero con resultados insatisfactorios, ya que el TJUE hizo una interpretación muy restrictiva basándose en el derecho originario: sólo se reconocía efecto directo a la prohibición de discriminación entre trabajos iguales, pero no de igual valor. La introducción de este inciso implica dar un gran salto cualitativo ya que amplía enormemente los efectos del principio de no discriminación. Abrirá la puerta, por ejemplo, a analizar las discriminaciones en el ámbito de los sistemas de clasificación profesional, de los que hablaré más adelante.

En segundo lugar, en el mismo artículo, se legitima la adopción de medidas de acción positiva para paliar la desigualdad, otorgando ventajas específicas a las personas del sexo menos representado en determinadas profesiones. Con ello, desaparecieron las dudas que se habían planteado a este respecto y que el TJUE ya había resuelto en sentido positivo en los casos *Kalanke*⁹ o *Marshall*.¹⁰ En materia estrictamente retributiva no se han adoptado medidas de acción positiva, pero sí en el ámbito de la promoción laboral, que está directamente relacionada con la retribución.

En tercer lugar, en el art. 13 TUE (actual art. 19 TFUE), se confería competencia a la Unión Europea en materia de igualdad laboral. En un primer momento, no se previeron en los tratados poderes específicos de actuación en el ámbito de la igualdad retributiva, como reconoce la Exposición de Motivos (Cdo. 5) de la Directiva 76/207/CEE¹¹. Las numerosas Directivas que se aprobaron antes de la adopción del Tratado de Amsterdam recurrían a fundamentaciones genéricas para justificar la competencia que las habilitaba y se englobaban dentro de las acciones necesarias para garantizar el funcionamiento del mercado común.

El último hito importante en la configuración del actual principio de no discriminación fue el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea firmado en Lisboa el 2007. En el TUE se mantiene el principio de igualdad de género y no discriminación como uno de los objetivos y valores fundamentales de la Unión (arts. 2 y 3) y, además, el art. 21 establece expresamente que se deberá tener en cuenta en la acción exterior de la Unión, junto con el resto de los derechos humanos. Los cambios más relevantes se producen en el TFUE. En primer lugar, los arts. 8 y 10 son un reflejo de la transversalidad que ha alcanzado el principio, fijándolo como objetivo que deben perseguir las instituciones en todas sus acciones. En segundo lugar, el art. 19 prevé un procedimiento especial para que el Consejo pueda adoptar medidas en contra de las discriminaciones de cualquier clase.

⁷ La expresión está tomada del Derecho de las Naciones Unidas en materia de discriminación retributiva. Apareció en primer lugar en el Convenio nº 100 de la OIT relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor, de 26 de junio de 1951. También aparece en el art. 7.a) i del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

⁸ Del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, DOUE –L 45 de 19/02/1975.

⁹ *Eckhard Kalanke* (STJUE de 17 de octubre de 1995, asunto C-450/939).

¹⁰ *M. H. Marshall* (STJUE de 2 de agosto de 1993, asunto C-271/91).

¹¹ 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. DOUE N°-L 39/40 de 14/2/76.

2.2. La regulación prevista en el Derecho Derivado

En el marco del TFUE (art. 4.2.b), la política social se configura como una competencia compartida, en los aspectos definidos por el tratado. Uno de dichos aspectos es la igualdad en materia de empleo y retribución (art. 157). Mediante esta categoría de competencias se pretende eliminar las diferencias entre legislaciones nacionales, pero permitiendo que mantengan sus rasgos propios, o una protección más amplia compatible con la normativa europea (MIRANDA, 2012, p. 69). En consecuencia, el instrumento utilizado para regularla son las Directivas, cuyos destinatarios son los Estados miembros, que están obligados a trasponerlas en el plazo y en los términos marcados.

A partir de los años 70, se empieza a generar un *corpus* de Derecho Derivado a través de la aprobación de diversas Directivas, que ha sido fundamental para el desarrollo e interpretación del principio. La primera fue la citada Directiva 75/117/CEE, vinculada íntegramente a la política de empleo. Básicamente definió la discriminación salarial por razón de género e impuso su eliminación de cualquier norma o pactos entre particulares en los que se detectara.

Pronto fue sustituida por la Directiva 76/207/CE porque la interpretación que había hecho el TJUE había sido demasiado restrictiva, y por tanto, insatisfactoria (CARMONA, 2012, p. 82) (recordemos que se restringía el efecto directo a la discriminación indirecta). Con ella, se amplía el ámbito material del principio de igualdad no sólo a la retribución sino a todas las condiciones laborales como el acceso al empleo, la formación y la promoción, y ordena a los Estados prever procedimientos judiciales o administrativos para hacerla efectiva y reparar los perjuicios causados.

En los años siguientes, se aprobaron diversas Directivas relacionadas con la discriminación retributiva, destinadas a asegurar la igualdad en los regímenes de la Seguridad Social, en la actividad autónoma, para proteger a las trabajadoras embarazadas y sobre la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación. Este conjunto de normas, junto con la aludida Directiva 76/207/CE, fueron refundidas en la Directiva 2006/54/CE¹², vigente en la actualidad y que se ha convertido en la norma de referencia en materia de igualdad en el ámbito laboral.

3. Contenido del Principio

3.1. El significado del “igual trabajo” o el “trabajo de igual valor”

3.1.1. Concepto

El art. 4 de la Directiva 2006/54/CE establece que se eliminará la discriminación entre personas que realicen “un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuya un mismo

¹² Del Parlamento y el Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación. DOUE L 204/23 de 26/7/2006.

valor”. Estos conceptos se configuran como una premisa. Debemos estar ante dos puestos de trabajo que cumplan una de estas dos condiciones para poder compararlos y entrar a analizar si se produce o no una discriminación hacia alguna de las personas que los ocupan. El concepto ha sido precisado conjuntamente por la Comisión¹³ y por la jurisprudencia del TJUE.

El concepto de un “**mismo trabajo**” plantea pocas dificultades. Se da cuando dos personas realizan las mismas funciones o desarrollan tareas de la misma naturaleza. No se atiende tanto a la descripción global del puesto. Por ejemplo, en el Caso *Jenkins*¹⁴, se nos dice que estamos ante el mismo trabajo cuando hay “identidad de trabajo” entre varias personas, independientemente de que lo realicen a tiempo completo o a tiempo parcial. Como se estableció en el caso *Brunnhofner*¹⁵, deben comprobarse las funciones que se llevan a cabo en la realidad, el hecho de que dos trabajadores estén clasificados en el convenio colectivo dentro de una misma categoría profesional no prueba que realicen un mismo trabajo, es sólo un indicio.

La noción de “**trabajo de igual valor**” se puede plantear en dos casos: cuando estamos ante trabajos homogéneos o cuando los trabajos son diferentes. Comparar trabajos homogéneos para saber si tienen el mismo valor es más sencillo. Por ejemplo, es fácil entender que el trabajo de un enfermero es más valioso que el de un auxiliar de enfermería porque el primero tiene mayores responsabilidades y formación. En cambio, comparar trabajos diferentes, es mucho más complejo, porque parece que las diferentes características de los puestos justifican una retribución distinta. ¿Cómo saber si un peón y una trabajadora de la limpieza realizan trabajos de igual valor? Para conocerlo deberemos analizar la naturaleza del trabajo y las exigencias necesarias para desarrollarlo (SALDAÑA, 2004, P.63), esto incluye la equivalencia de funciones y el esfuerzo o las habilidades requeridas.

Algunos ejemplos de exigencias que deberemos tener en cuenta son la destreza, la concentración, el esfuerzo, la responsabilidad o la formación profesional. En cambio, no podremos tener en cuenta criterios que beneficien a uno de los dos sexos, como por ejemplo, la fuerza física, excepto que esté justificado objetivamente y sea razonable y proporcionado.

3.1.2. El término de la comparación: su concepción flexible

Quien considera que sufre una discriminación, siempre compara su trabajo con el de otra persona o grupo que está en una situación similar. Pero no es admisible compararse con cualquier otro trabajo de otro tiempo o lugar. Por ello, es necesario establecer una serie de parámetros para saber con qué otro trabajo puede uno compararse. El TJUE ha hecho una interpretación bastante extensiva en base a los criterios que se exponen a continuación.

¹³ Destaca el Memorandum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor, aprobado por la Comisión en 1994. DO C 65 de 4/3/1996.

¹⁴ *J. P. Jenkins* (STJUE de 31 de Marzo de 1981, asunto C-96/80) núm. 2 del Fallo.

¹⁵ *Susana Brunnhofer* (STJUE de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99) ap. 44.

En primer lugar, si estamos analizando la discriminación por razón de **género**, será necesario que comparemos el trabajo de un hombre y una mujer, o de dos grupos que estén formados predominantemente por hombres y por mujeres. Por ejemplo, en el caso *Specialarbejderforbundet i Danmark*¹⁶ se rechaza la comparación entre dos grupos, uno formado íntegramente por mujeres y el otro formado por mujeres y un solo hombre.

En este punto, es importante señalar que tanto los tratados como la Directiva dejan a mujeres y hombres en un plano de plena igualdad. Nunca se habla de discriminación de la mujer sino de discriminación por razón de sexo. En efecto, ha habido casos en los que han sido hombres los que han alegado a su favor el principio de no discriminación, por ejemplo, el caso *Barber*¹⁷. Por lo tanto, desde el punto de vista de la igualdad formal, nada obsta a que se utilice como término comparativo el trabajo femenino.

Sin embargo, parte de la doctrina¹⁸ opina que la concepción de igualdad material actual, destinada a proteger colectivos tradicionalmente marginados en determinados ámbitos de las relaciones sociales, como es el caso de las mujeres en el ámbito laboral, provocará que el principio de no discriminación opere principalmente de manera unilateral a favor de las mujeres, que serán hacia las que se orientarán preferentemente las medidas de igualdad. Esta tesis vendría apoyada por el hecho de que la mayoría de los instrumentos complementarios en la materia adoptados por las Instituciones Europeas van destinados a la protección del género femenino¹⁹.

En lo que respecta al ámbito **espacial**, deberemos distinguir dos supuestos:

- a) Por un lado, si hablamos de imputación de responsabilidad por la discriminación al empresario, es posible comparar trabajos que se llevan a cabo dentro de un mismo centro de trabajo, en una misma empresa, o en diferentes empresas siempre que su titular sea una misma persona. Por ejemplo, en el caso *Enderby*²⁰ se resolvió que el hecho de que las distintas retribuciones se hubieran pactado en procesos distintos de negociación colectiva, no era razón suficiente para justificar objetivamente la diferencia salarial.
- b) Por otro lado, el principio de no discriminación también puede tener efectos más amplios, por ejemplo, cuando las medidas discriminatorias estén previstas en disposiciones legislativas o convenios colectivos. En éste último caso, se deberá acabar con la discriminación declarando la nulidad de la medida, pero no se podrán exigir responsabilidades al empresario.

¹⁶ *Specialarbejderforbundet i Danmark*, (STJUE 31 de mayo de 1995, asunto C-400/93).

¹⁷ *Douglas Harvey Barber* (STJUE de 17 de mayo de 1990, asunto C-262/88).

¹⁸ QUINTANILLA, 1996, p. 104. En el mismo sentido se pronuncia ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Diversidad de Género*, p. 122. En cambio, SALDAÑA VALDERAS (Discriminación retributiva, p.121), opina que el hecho de que en la normativa comunitaria se hable siempre de género y no de mujeres, lleva a afirmar el carácter bilateral de la figura.

¹⁹ Por ejemplo, la "Carta de la Mujer, Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea y también en el resto del mundo." Aprobado por la Comisión el 5 de marzo de 2010. (Comunicación no publicada en el DOUE).

²⁰ Dr. Pamela Mary Enderby (STJUE de 27 de octubre de 1993, asunto C-127/92).

En el resto de casos en que las diferencias no sean imputables a una única fuente, no será aplicable el principio de no discriminación²¹, porque falta una entidad que sea responsable de la desigualdad y que pudiera restablecer la igualdad de trato.

En lo referente al ámbito temporal, en principio se deben comparar trabajos que se lleven a cabo simultáneamente, pero también se acepta la comparación con trabajos prestados en un pasado inmediato. En el Caso *Macarthys*²² se explica que no puede restringirse el concepto de mismo trabajo “con la introducción de una exigencia de simultaneidad”, por eso se admite la comparación entre dos trabajadores que ocuparon sucesivamente un mismo puesto. En cambio, no podremos comparar trabajos que se hayan prestado en periodos relativamente separados en el tiempo, ya que las diferencias retributivas podrían deberse a la intervención de factores diferentes a la discriminación, como por ejemplo, la revalorización de una determinada profesión.

Por último, es necesario señalar que el TJUE ha aceptado la comparación de trabajos de **diferente valor**, a pesar de la literalidad del artículo. En este sentido, fue pionera la Sentencia del caso *Murphy*²³ en la que se declaró que el principio de igualdad también implica que las trabajadoras que realizan un trabajo de valor superior, tienen derecho a percibir una retribución superior. Es decir, la retribución debe ser proporcional al valor del trabajo. Por tanto, habilita a la trabajadora para compararse con un compañero que realiza un trabajo de valor inferior, porque si no se “privaría al principio de toda utilidad y sustancia”.

3.2. El concepto de retribución

La Directiva 2006/54/CE define la retribución como el “salario base y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, por el empresario al trabajador por razón de la relación de trabajo, en dinero o en especie”, tomando prestado el concepto que ya había acuñado el TJUE con anterioridad. La principal característica del concepto de retribución es que se paga en virtud de una relación de trabajo, independientemente de su naturaleza o la razón por la que se entregue. Además del precio pagado como salario, incluye cualquier otro beneficio o ventaja, abarca todo tipo de conceptos económicos percibidos por la prestación de servicios (PÉREZ, 2004, p.76).

En el caso *Lewen*²⁴, el TJUE hace una síntesis de su jurisprudencia y establece que la retribución engloba las prestaciones pagadas en función del contrato de trabajo, del convenio colectivo de cualquier nivel, de la ley o incluso las concedidas de manera voluntaria, unilateral y/o excepcional, por ejemplo, una cesta de navidad. Es irrelevante que se conceda como incentivo a la fidelidad a la empresa, que se pague durante la prestación del trabajo o una vez terminado el contrato. También lo es que se otorgue por motivo del trabajo ya realizado o por el trabajo futuro.

²¹ *Debra Allonby*, (STJUE de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01) aps. 45 y 46.

²² *Macarthys Ltd* (STJUE de 27 de marzo de 1980c-129/79) ap. 11.

²³ *Mary Murphy* (STJUE de 4 de febrero de 1988, asunto C-157/86) aps. 9, 10 y 12.

²⁴ *Susanne Lewen* (STJUE de 21 de octubre de 1999, asunto C-333/97).

A modo ejemplificativo, algunas otras prestaciones que el TJUE ha considerado como retribuciones son: las indemnizaciones por despido, los planes de pensiones privados, siempre que no participe en su financiación ningún tipo de poder público (caso *Barber*), una pensión privada de supervivencia aunque no se pague al trabajador, sino a su cónyuge (caso *Pensionskasse*)²⁵, las prestaciones legales percibidas por una trabajadora durante su permiso de maternidad (caso *Gillespie y otros*)²⁶ e incluso las facilidades para el transporte concedidas por una empresa a sus trabajadores ya jubilados, porque dicha facilidad se debe a la prestación de trabajo que estos realizaron (caso *Garland*)²⁷.

En la STJUE sobre el citado caso *Barber* se hace una precisión importante sobre el concepto de retribución: cuando lo valoremos, deberemos analizar cada uno de los elementos que lo integran por separado, por ejemplo, el salario base o un complemento determinado. Por razones de eficacia y de transparencia no pueden valorarse conjuntamente retribuciones de carácter distinto. Por lo tanto, a la hora de analizar un supuesto, lo importante no será que los trabajadores de distinto género perciban una cantidad igual en términos globales, sino comprobar que cada componente en sí mismo considerado no suponga una discriminación.

3.3. La discriminación directa

La Directiva 2006/54 define la discriminación directa (art. 2.1.a) como una situación en la que una persona es tratada, por razón de su sexo, de manera menos favorable que otra en una situación comparable. Es aquella que se genera con la intención de excluir u otorgar un trato peyorativo a los integrantes de un colectivo, en este caso, de un sexo. No se diferencia de la discriminación indirecta en que esté menos encubierta, sino en que está directamente presente el género como causa prohibida de discriminación. Las diferencias salariales se basarán expresamente en el diferente sexo. Al ser más fácil de conceptualizar y detectar no existe tanta riqueza jurisprudencial como en el caso de la discriminación indirecta, pero es igual de importante.

Por ejemplo, encontramos un supuesto de discriminación directa en el citado Caso *Pensionkasse* en el que se concedía a los cónyuges de los trabajadores que fallecían una pensión de viudedad de empresa. Para que los viudos (hombres) pudieran cobrar la pensión, debían probar que era su mujer fallecida quien costaba la mayor parte de los gastos de la familia, en cambio, tal condición se presuponía en el caso de los trabajadores hombres que morían.

Los aspectos que generan más problemas relacionados con la discriminación directa son el embarazo y el permiso de maternidad, ya que están biológicamente vinculados a las mujeres, por lo tanto, se consideran una referencia expresa al género. Tanto es así que el art. 2.c) de la Directiva menciona expresamente como causas de discriminación aquellos

²⁵ *Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse* (STJUE de 9 de octubre de 2001, asunto C-379/99) ap. 19.

²⁶ *Joan Gillespie y otros* (STJUE de 13 de febrero de 1996, asunto C-342/93) ap. 14.

²⁷ *Eileen Garland* (STJUE de 9 de febrero de 1982, asunto C-12/81) ap. 11.

casos en que estas situaciones generen un trato menos favorable. Así se estimó en el citado caso *Gillesepie*, en el que se declaró que una trabajadora tenía derecho al mismo aumento salarial que se había concedido a sus compañeros durante su permiso de maternidad. Lo contrario “constituiría una discriminación puesto que, si no hubiese estado embarazada, hubiera percibido el salario incrementado” (aps. 28 y 29).

El caso *Abdoulaye*²⁸, en cambio, se trataba de una empresa que concedía una ayuda económica a sus trabajadoras cuando iniciaban su permiso de maternidad. Los demandantes hombres alegaban que no se les debía excluir de tal ayuda porque el nacimiento de un hijo afecta a toda la familia, aunque esté fisiológicamente vinculado a la mujer. El Tribunal resolvió que no existía ninguna discriminación porque la ayuda iba destinada a paliar una serie de desventajas que sufrían únicamente las mujeres, por el periodo en el que no podrían adquirir experiencia profesional ni formación, obtener un ascenso, o los complementos por productividad individual.

3.4. La discriminación indirecta

La Directiva 2006/54 define (art. 2.1.b) la discriminación indirecta como la “situación en que una disposición o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja con respecto a personas del otro sexo, salvo que ésta pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

En este caso, la formulación de la medida discriminatoria es neutra, no va dirigida particularmente contra ningún colectivo al que se quiera dar un trato peyorativo. Pero la realidad es que genera efectos desfavorables para uno de los dos géneros, en la gran mayoría de los casos, las mujeres. Podemos decir que se trata de una discriminación no formal, sino material o de hecho. El trato diferenciado entre ambos sexos no está en el supuesto de hecho, sino en la consecuencia, en el resultado de la medida. El elemento esencial del concepto es el resultado objetivamente lesivo para el sujeto pasivo, que en el ámbito que estudiamos será una retribución menor para un mismo trabajo o trabajo de igual valor.

3.4.1. La prueba de la discriminación indirecta

Para entender el funcionamiento del principio de no discriminación en el caso de la discriminación indirecta, es muy importante hacer referencia a la carga de la prueba. Ésta está regulada en el art. 19 de la Directiva 2006/54 que establece que bastará que la persona que se considere discriminada presente hechos que permitan presumir la discriminación, y deberá ser el demandado quien pruebe que no existe tal vulneración del principio

²⁸ *Oumar Dabo Abdoulaye* y otros (STJUE de 16 de septiembre de 1999 asunto C-218/98) Aps. 7 y 19.

de igualdad. Para QUINTANILLA NAVARRO (1996, p.113) no podemos hablar de inversión de la carga de la prueba, sino sólo de una modificación, ya que, para crear la presunción, el demandante tiene que aportar una serie de indicios que produzcan una apariencia de discriminación. Sin embargo, los Estados miembros tienen libertad para establecer una verdadera inversión de la carga de la prueba ya que el art. 19.2 les habilita para adoptar un régimen más favorable al demandante.

La modificación de la carga de la prueba nació al mismo tiempo que el TJUE iba definiendo el concepto de discriminación indirecta, ya que ésta se caracteriza especialmente por su dificultad probatoria y de otro modo sería inviable su aplicación en la práctica. En definitiva, se facilita la tarea probatoria al trabajador frente al sujeto activo de la discriminación. Una de las primeras sentencias en las que el Tribunal la configura es el caso *Bilka-Kaufhaus*²⁹ en la que se sostiene que cuando una medida perjudica a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, se puede entender que estamos ante una discriminación basada en el sexo, a no ser que la empresa pruebe que puede justificarse la diferenciación por razones objetivas.

a) La apariencia de discriminación

Para que el demandante pueda crear una apariencia de discriminación se utiliza en la práctica jurídica la “prueba estadística”, que consiste en aportar datos cuantitativos sobre la retribución media de dos grupos de trabajadores y su composición por sexos, para ver cómo afecta una determinada medida al sexo que se considera discriminado. Los datos estadísticos deben ser válidos, referidos a un número suficiente de individuos, que no sean expresión de fenómenos fortuitos o coyunturales.

Tampoco los grupos de trabajadores pueden formarse arbitrariamente, sino que deben ser personas que realicen un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

Existen varias formas de comparar datos estadísticos, pero para el TJUE, la mejor es la siguiente: debemos tomar la totalidad de trabajadores (de los dos grupos que comparamos) de cada género y dentro de éste, calcular el porcentaje de hombres que son perjudicados y favorecidos por la medida y el porcentaje de mujeres que están perjudicadas y favorecidas por la medida. Si se demuestra que el porcentaje de mujeres perjudicadas es “considerablemente mayor” que el de hombres perjudicados, entonces tenemos una

Ejemplo: Caso Regina

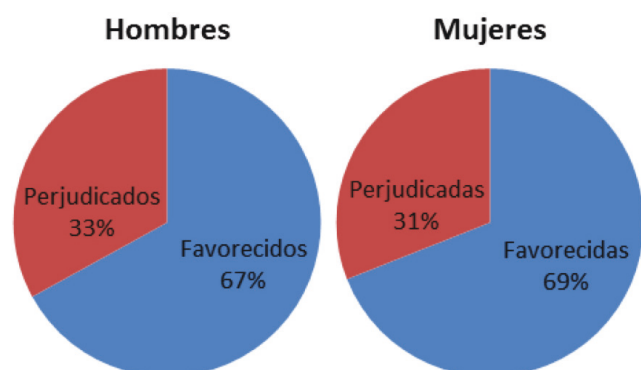


Figura 1.

Fuente: (STJUE de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97)

²⁹ *Bilka-Kaufhaus GmbH* (STJUE de 13 de mayo de 1986, asunto C-170/84) aps. 29, 30 y 31.

apariciencia de discriminación, que se convierte en una presunción que el demandado debe destruir (Figura 1).

También se admite como indicio de discriminación que la diferencia entre los porcentajes sea “menos importante” pero debe afectar a un grupo de manera persistente y constante durante un largo periodo de tiempo (Caso Regina)³⁰.

Las expresiones “considerablemente mayor” o “menos importante” son conceptos jurídicos indeterminados que sólo pueden valorarse en cada caso concreto. Por ejemplo, en el Caso *Regina* el Tribunal consideró que un porcentaje de 33% de hombres perjudicados frente a un 31% de mujeres perjudicadas, no parecía suficiente para crear una presunción de discriminación. Sin embargo, el TJUE ha reiterado en dichas sentencias que es el Juez nacional quien debe valorar si la diferencia de trato afecta a muchas más mujeres que a hombres. Por ello, y porque lo conveniente es analizar la situación concreta de cada conflicto, el Tribunal no ha establecido cifras restrictivas que distorsionaran la aplicación del principio de igualdad.

Tampoco se ha restringido la forma de presentar los datos: en ocasiones se han utilizado otro tipo de estadísticas, como tomar en consideración el número total de personas perjudicadas y ver su composición interna por géneros. También en estos casos, el Juez debe comprobar que la medida afecta a un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres. Por ejemplo, en el Caso *Ursula VoB*³¹, en que un 88% del colectivo perjudicado eran mujeres frente a un 22% de hombres, el Tribunal estima que *a priori* es un número suficiente para considerar que existe una apariencia de discriminación. También se utiliza este método estadístico en el Caso *Deutsche Telekom*³², en el que un 95% de las personas perjudicadas eran mujeres (Figura 2).

Ejemplo: Caso UrsulaVoB



Figura2.

b) La justificación objetiva por una finalidad legítima

Una vez que el demandante ha conseguido introducir la apariencia de discriminación, se crea una presunción *iuris tantum* a su favor. Para poder destruirla, el demandado debe demostrar que la medida responde a una finalidad legítima, y además, que los medios utilizados son objetivamente adecuados y necesarios para conseguirla. Debe de probar que el fin no se puede alcanzar con otras medidas que no produzcan una desventaja para uno de los géneros. No se trata tanto de justificar en qué se basa la retribución de

³⁰ *Regina* (STJUE de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97) ap. 61.

³¹ *Ursula VoB* (STJUE de 6 de diciembre de 2007, asunto C-300/06) ap. 39.

³² *Deutsche Telekom AG* (STJUE de 10 de febrero de 2000, asunto C-50/96).

cada grupo, sino en justificar la diferencia de retribución en sí misma³³. Debemos tener en cuenta, que estamos hablando de la garantía de un derecho fundamental, así que se deberá hacer siempre una interpretación restrictiva de los supuestos en los que se exceptiona la regla general de la igualdad.

La finalidad legítima también es un concepto jurídico indeterminado que debe analizar el Juez nacional en cada caso, pero citaré algunos ejemplos para comprender cómo lo entiende el TJUE. En referencia a los poderes públicos, se declaró en el caso *Roks y otros*³⁴ que la “situación de las finanzas públicas” no puede considerarse una finalidad legítima que justifique una medida discriminatoria. Tampoco es una justificación suficiente “el interés por mantener unas buenas relaciones laborales” alegado en el ya citado caso *Kenny*. Mucho menos se puede aceptar la explicación que se dio en el *Brunnhofer*³⁵, en que el empresario asignó retribuciones diferentes a trabajadores de distinto sexo desde su contratación, y después quiso explicar la diferencia en base a la mejor calidad del trabajo prestado por el hombre.

En cambio, se considera una finalidad legítima el querer recompensar la experiencia adquirida, que coloca al trabajador en una mejor posición para poder hacer su trabajo. El criterio de antigüedad es adecuado para conseguir dicha finalidad, así que por regla general, se admite. Cuando se sospeche que la utilización de dicho criterio es arbitraria y encubre una discriminación, se deberá probar que la experiencia es objetivamente relevante para desempeñar mejor el concreto puesto de trabajo³⁶. Observamos como en el caso de la antigüedad, el Tribunal no aplica la modificación de la carga de la prueba: en un primer momento el criterio se considera legítimo y es el trabajador quien tiene que demostrar que es discriminatorio. Esta excepción a la modificación de la carga de la prueba ha sido criticada por la doctrina (GARCÍA LOMBARDÍA, 2015, p.8) debido a la reciente incorporación de las mujeres al mercado laboral y la elevada temporalidad que afecta a sus empleos.

3.4.2. Análisis de los principales factores de discriminación indirecta

a) El trabajo a tiempo parcial

En la Unión Europea, un 34'9% de mujeres que trabajan, lo hacen a tiempo parcial, frente a un 8% de hombres³⁷. No es de extrañar entonces que este tipo de trabajo se convierta en la excusa perfecta para encubrir peores retribuciones, dando lugar a discriminaciones indirectas. Por ello, encontramos un gran número de sentencias sobre la materia. En estos casos, la discriminación se produce cuando la retribución por hora pagada a los

³³ *Margaret Kenny* (STJUE de 28 de febrero de 2013, asunto C-427/11) ap. 38.

³⁴ *M. A. Roks, señora de Weerd y otros* (STJUE de 24 de febrero de 1994, asunto C-343/92) aps. 36 y 37.

³⁵ *Susanna Brunnhofer* (STJUE de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99) ap. 7.

³⁶ Criterio establecido en el llamado comúnmente Caso *Danfoss; Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* (STJUE de 17 de octubre de 1989, asunto C-109/88) y mantenida más recientemente en el caso *B.F. Cadman* (STJUE de 3 de octubre de 2006, asunto C-17/05) aps. 34-38.

³⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Cómo combatir brecha salarial*, p. 2.

trabajadores a tiempo completo, es superior a la pagada a los trabajadores de tiempo parcial. Es decir, siempre se debe de guardar la adecuada proporcionalidad entre horas de trabajo y retribución. Y no sólo la retribución en sí misma, sino también cualquier requisito para acceder a ella u otras condiciones laborales más ventajosas.

Por ejemplo, el TJUE declaró, en el Caso *Edeltraud*,³⁸ el carácter discriminatorio de una norma que exigía a los profesores que para poder cobrar las horas extra, hubieran realizado como mínimo 3 en el último mes. La norma se aplicaba por igual a trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, sin embargo, el requisito era más gravoso para los trabajadores a tiempo parcial, ya que para ellos las tres horas representaban un 5% de su jornada y para los trabajadores a tiempo completo un 3%. Lo mismo sucedió en el ya citado caso *Deutsche Telekom*, en el que se excluía de un plan de pensiones de empresa complementario a los trabajadores a tiempo parcial, de los cuales un 95% eran mujeres.

b) La clasificación profesional

Otro fenómeno laboral ampliamente extendido por toda la Unión Europea es la segregación ocupacional³⁹, que consiste en una compartimentación profesional por sexos de sectores económicos y puestos de trabajo. Es decir, los puestos y sectores están sexualizados, se cubren mayoritariamente por hombres o por mujeres. Esta segregación perjudica principalmente a las mujeres, cuyos trabajos se minusvaloran por regla general. En el ámbito jurídico, esto se traduce en que la clasificación profesional, como instrumento de fijación de los salarios, se convierte en el resquicio más importante bajo el cual se esconde la discriminación indirecta. En la práctica, vemos como en los convenios colectivos se separan puestos de trabajo de igual valor en categorías profesionales distintas, asignando una retribución superior a aquella ocupada principalmente por hombres.

Los convenios colectivos determinan la estructura profesional de un ámbito concreto: sector económico, empresa o centro de trabajo. Para hacerlo se valoran económicamente los puestos de trabajo, y en función de los resultados, se establece el marco retributivo. Es en la valoración cuando se producen los errores que dan lugar a la discriminación, ya sea porque se valoran cualidades tradicionalmente masculinas, que en realidad son irrelevantes, o se invisibilizan cualidades que, según los estereotipos sociales, se atribuyen a las mujeres (SALDAÑA, 2004, p.163), como por ejemplo, la habilidad para trabajar con niños. Para evitarlo, el art. 4 de la Directiva 2006/54 prescribe que cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para determinar las retribuciones, éste se deberá basar en “criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos”.

La expresión criterios comunes ha sido interpretada por parte del TJUE, no en el sentido de que no pueden utilizarse criterios de valoración asociados predominantemente a uno de los dos sexos, sino que su utilización debe ser equitativa. Por tanto, al contrario

³⁸ *Edeltraud Elsner-Lakeberg* (STJUE de 27 de mayo de 2004, asunto C-285/02).

³⁹ Los sectores de sanidad, servicios sociales e igualdad son ejemplos de sectores feminizados. En 2010, un 29% de las mujeres activas trabajaba en ellos, frente a un 8% de hombres. Fuente: European Institute of Gender Equality: Índice de Igualdad de Género: <http://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/MH0213275ESC.pdf>.

de lo que se deriva de la literalidad del precepto, se pueden utilizar criterios “no neutros” en determinadas ocasiones.

Desde un punto de vista específico, se exige que cuando se utiliza un criterio sexualizado, por ejemplo, la fuerza física, debe de estar justificado objetivamente. Tiene que ser realmente necesario para desarrollar el trabajo del que se trate. Desde una perspectiva general, si bien es justo valorar cualidades que se presuponen mayoritariamente superiores en los hombres, para que el conjunto del sistema no sea discriminatorio, se deben valorar también otros criterios respecto de los que las trabajadoras puedan presentar capacidades especiales⁴⁰. Un buen ejemplo lo encontramos en el citado caso *Specialarbejderforbundet i Danmark*, en el que se valora la fuerza física de los trabajadores (hombres) necesaria para manejar máquinas pesadas, pero también se valora la habilidad manual y la meticulosidad de las trabajadoras, necesaria para pintar decoraciones.

Otro de los factores de valoración que puede perjudicar a las mujeres es la **formación**, porque tradicionalmente estaban, en general, menos formadas que los hombres. Cuando mujeres y hombres realizan el mismo trabajo pero ostentando cualificaciones profesionales diferentes puede plantearse si la utilización de este criterio es discriminatoria. Para saberlo, debemos analizar una serie de factores como las tareas que pueden encomendarse a cada uno de los grupos o las condiciones laborales en las que ejercen sus funciones. El TJUE declaró en el caso *Wiener*⁴¹ que, en principio, la formación profesional es un factor que puede justificar objetivamente una retribución diferente, ya que aunque las funciones sean similares, los trabajadores aplican conocimientos y capacidades distintas adquiridas en su formación.

Un ejemplo muy ilustrativo de criterio claramente sexista es la **disponibilidad** horaria o variabilidad del lugar de trabajo. El TJUE reconoce que las trabajadoras carecen de ella ya que a menudo asumen la responsabilidad de las tareas domésticas y las cargas familiares⁴², y por tanto, su uso arbitrario es discriminatorio. Sólo está justificado valorar la disponibilidad si el empresario puede demostrar que es objetivamente necesaria para desarrollar el trabajo concreto.

Por último, no basta con que los convenios colectivos sean estrictamente igualitarios desde un punto de vista teórico, también debe ser equitativa y transparente su aplicación en la práctica. En el Caso *Danfoss*, se preveía un complemento salarial mal llamado de “flexibilidad” que se aplicaba en función de la calidad del trabajo, el entusiasmo del trabajador, o su iniciativa. Estos criterios en principio serían legítimos, pero su aplicación no puede ser sistemáticamente perjudicial para las mujeres ya que es inconcebible que su trabajo sea siempre peor. Los resultados constantes desfavorables para las mujeres sólo pueden provenir de una actuación arbitraria y discriminatoria.

⁴⁰ Caso *Rummler* aps. 13-15.

⁴¹ *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse* (Sentencia de 11 de mayo de 1999, asunto C-309/1997).

⁴² Dicha afirmación se realizó en la sentencia del caso *Danfoss*, hace 27 años, por lo que podría parecer obsoleta, pero sigue vigente en la actualidad. Basta recordar que, según datos del INE del 2010, en España las mujeres dedicaban el doble de tiempo a las tareas del hogar que los hombres: http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&c id=1259925472448&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m3=1259924822888

4. El sistema comunitario de garantías frente a la discriminación

La primera garantía frente a la discriminación por razón de sexo y que la distingue del resto de causas de discriminación como la etnia, raza, religión, convicciones u orientación sexual, situándola en un escalón jerárquico superior, es el **efecto directo** del art. 157 TFUE. El efecto directo de las normas comunitarias permite a los particulares invocar directamente los derechos subjetivos otorgados por una norma europea ante una jurisdicción nacional o comunitaria. En un principio, esta posibilidad sólo se reconocía respecto a la discriminación directa, pero esta restricción desapareció con la ampliación del principio por el Tratado de Ámsterdam a “trabajos de igual valor” (art. 119).

La obligación más inmediata que se deriva del art. 157 para los Estados es la de tener un comportamiento activo en la eliminación de normas legales o reglamentarias que puedan considerarse discriminatorias. Si dicho deber se incumple y un Juez nacional se encuentra con una de dichas normas que permanezca vigente, debe inaplicarla de oficio por el principio de primacía del Derecho de la Unión. Esto sin necesidad de que previamente se anulara la norma por el órgano competente. El incumplimiento de esta obligación también puede suponer la responsabilidad del Estado miembro por la violación del Derecho de la Unión Europea.

El resto del sistema de garantías se regula en la Directiva 2006/54 en forma de imposición de obligaciones de resultado a los Estados miembros. Hay que tener en cuenta que las exigencias de la Directiva son mínimas, los Estados tienen libertad para proporcionar un grado mayor de protección frente a la discriminación. Además, la transposición de la Directiva no puede servir de excusa para reducir el nivel de protección que dispensaran los Estados en el momento de su entrada en vigor (art. 27).

Los Estados deben regular procedimientos judiciales y/o administrativos para tutelar los derechos las víctimas de discriminación (art. 17). Además, se debe conceder legitimidad para intervenir en ellos a las asociaciones con interés en la igualdad de género, ya sea como demandantes o en apoyo a la víctima. Dichos procedimientos deben de poder entablarse incluso después de terminado el contrato o convenio que ocasionó la discriminación, con el límite de las normas sobre prescripción de la acción judicial que rijan en cada país. Sin embargo, debe hacerse una interpretación flexible de la prescripción en tanto que afecta a un derecho fundamental: el TJUE declaró en el Caso *Levez*⁴³ que no se puede entender prescrita la acción para solicitar una indemnización por discriminación cuando el retraso en la presentación de la demanda lo causa el empresario, al proporcionar datos falsos sobre la retribución de los trabajadores que deben servir como término de comparación.

Los procesos pueden tener un objeto diverso, tanto alternativa como acumulativamente: declarar la **nulidad** de la disposición o práctica discriminatoria (art. 23), proporcionar a la víctima una **reparación** real y efectiva del perjuicio sufrido con una indemnización que no puede estar limitada *a priori* (art. 18) y aplicar el régimen de **sanciones**

⁴³ B. S. *Levez* (STJUE de 1 de diciembre de 1998C-326/96) aps. 27 y 28.

efectivas, proporcionales y disuasorias, que los Estados deben establecer (art. 25). Igualmente, se debe garantizar la protección de las víctimas y los representantes de los trabajadores que ejerzan dichas acciones, frente a posibles represalias (art. 24). Esta protección incluye el despido y cualquier otra práctica desfavorable para el trabajador.

Cuando se declara la nulidad de una disposición, se aplica el “principio de nivelación al alza”, que consiste en retribuir, a partir de ese momento, al sujeto o grupo discriminado igual que a quienes se tomaban como término de comparación. Tal como se resolvió en el caso *Nimz*⁴⁴, “se deberá aplicar a los miembros del grupo discriminado el mismo régimen del que disfruten los otros trabajadores”.

Como medida para luchar contra la discriminación encubierta bajo la **clasificación profesional**, los Estados están obligados a fomentar el principio de igualdad entre los interlocutores sociales, especialmente, la introducción de normas en los convenios colectivos en materia de igualdad. También deben tomar medidas para alentar a los empresarios a fomentar la igualdad entre hombres y mujeres (art. 21).

Por último, los Estados deben divulgar información sobre el principio de igualdad para que llegue a todos los posibles interesados (art. 30), así como crear organismos para la promoción de la igualdad de trato, que proporcionen asistencia a las víctimas para entablar reclamaciones y realicen estudios independientes, informes y recomendaciones (art. 20).

5. Los puntos débiles del sistema

Como se ha expuesto, el principio de no discriminación nació a nivel europeo en el año 1957 con la firma del Tratado de Roma y su mayor desarrollo jurídico se produjo en los años 70 y 80 a raíz de la aprobación de las diversas Directivas. Sin embargo, más de un lustro después, los datos demuestran que el problema persiste y que lejos de atenuarse se ha visto incrementado durante los últimos años de crisis económica. Esto ha llevado a la Comisión⁴⁵ a reflexionar sobre las posibles deficiencias del sistema que permiten la permanencia de la discriminación:

- El concepto de “**trabajo de igual valor**”. No existe un concepto claro ni a nivel europeo ni en la mayoría de estados miembros, sólo se conceptúa en base a las pautas que ha marcado el TJUE. Una medida útil en favor de la seguridad jurídica sería definir los criterios para evaluar el trabajo en las legislaciones nacionales: cualificaciones, esfuerzo, responsabilidad, condiciones laborales...
- La **falta de transparencia** en el ámbito de la empresa: En muchos estados miembros está prohibido revelar información sobre los salarios. Esto provoca que los trabajadores ignoren que están siendo discriminados y cuando son conscientes,

⁴⁴ *Helga Nimz* (STJUE de 7 de febrero de 1991, asunto C-184/89) ap. 21.

⁴⁵ Informe de 2013 sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE.

difícilmente pueden recabar los datos suficientes para probarlo. Por ello, la mejor solución sería imponer una obligación de información sobre los datos salariales de la empresa incluyendo variables de género, lo que permitiría controlar el cumplimiento del principio de igualdad y, en su caso, poder aportar la prueba estadística en un proceso judicial, respetando la legislación sobre la protección de datos (GARCÍA LOMBARDÍA, 2015, p.15).

- Los **obstáculos procedimentales**. Algunos ejemplos son los elevados costes de los procesos judiciales así como su lentitud. En éste sentido sería necesario incentivar el papel de los sindicatos y organismos de promoción de la igualdad para mitigar los costes y estimular las reclamaciones colectivas frente a las individuales.

En estos momentos, la mayor preocupación de la Comisión es el bajísimo índice de **litigiosidad** en casi todos los Estados miembros, lo que parece evidenciar dificultades en el acceso a la tutela judicial por parte de las víctimas de discriminación. Por ello, parece que el siguiente paso de la Comisión será presentar una iniciativa legislativa en materia de transparencia salarial para facilitar la prueba de la discriminación.

6. Conclusiones

Los esfuerzos de las Instituciones Europeas para conseguir la igualdad salarial son encomiables. El nivel de desarrollo técnico-jurídico del derecho a la igualdad salarial es impresionante, pese a las deficiencias que se han apuntado, teniendo en cuenta que era una institución jurídica totalmente desconocida hace poco más de medio siglo. La finalidad principal de dichos esfuerzos era hacer justicia y acabar con la discriminación y se utilizó el Derecho, sin duda un poderoso instrumento de cambio social, como medio para conseguirlo. Sin embargo, para mí, es evidente que el Derecho no lo puede todo. No puede arreglar problemas cuyas causas están a una profundidad a la que no puede llegar. Para conseguir hacer realidad la igualdad salarial el Derecho es necesario, pero no es suficiente. Puede prohibir la discriminación pero no puede aderezar por sí solo la segregación ocupacional (que incluso ha aumentado en la última década⁴⁶), los estereotipos sociales o los roles de género en la vida familiar.

Parece que tanto los Estados como la Comisión se han dado cuenta de ello y están empezando a trabajar desde otros enfoques, con medidas puntuales pero realmente poderosas: se han empezado a combatir los estereotipos sociales en las escuelas, crear y alargar permisos de paternidad intransferibles y bien remunerados, llevar a cabo originales actividades de concienciación social y proporcionar asesoramiento e instrumentos a empresas y sindicatos en la materia. En mi opinión, sólo siguiendo en esta línea las mejoras técnicas que puedan hacerse en la regulación serán eficaces.

⁴⁶ *Report on equality* (2015) p. 52.

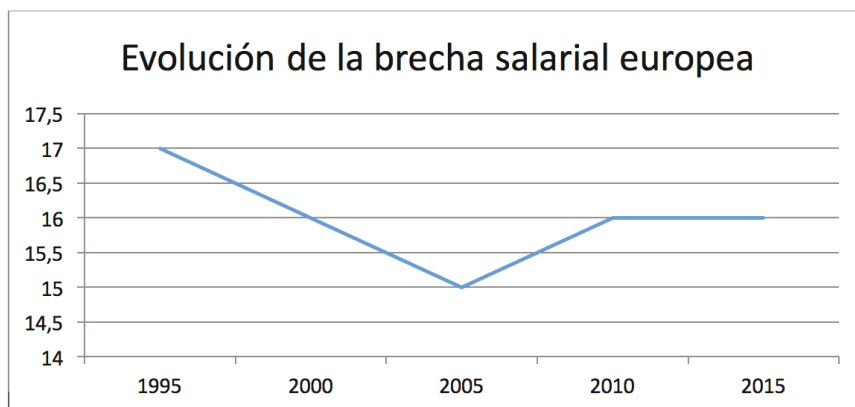


Figura3.

Por último, quiero destacar la enorme fragilidad de los pequeños avances que se habían conseguido, que han sido arruinados por la crisis económica. No debemos olvidar que la discriminación salarial es una forma de conseguir mano de obra más barata, por eso repuntó cuando se manifestaron los primeros signos de recesión. Sin embargo, es obvio que para salir de la crisis es necesario aprovechar el enorme potencial del capital humano femenino, y no volver a dejarlo de lado. Además, no puede permitirse que el respeto a un derecho fundamental dependa de la coyuntura económica (Figura 3).

7. Bibliografía y Documentación consultada

- BALLESTER PASTOR, AMPARO (2012). *Lección V: El principio de igualdad de trato y no discriminación*. En *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea* (125-160). Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARMONA CUENCA, ENCARNA (2012). *Lección 5 y Lección 6*. En *Diversidad de género e Igualdad de Derechos: Manual para una asignatura interdisciplinar* (67, 87). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, RICARDO (2012). *Lección 9: Las políticas de igualdad de género en el ámbito laboral*. En *Diversidad de género e Igualdad de Derechos: Manual para una asignatura interdisciplinar* (114, 130). Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA LOMBARDÍA, SANDRA (2015). *Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo, un análisis a la luz del principio de transparencia*. 02.02.2016, de Vlex. Sitio web: www.vlex.com.
- QUINTANILLA NAVARRO, BEATRIZ (1996). *Discriminación Retributiva: Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons.
- MIRANDA BOTO, JOSÉ MARÍA (2012). *Lección II: El Ordenamiento Jurídico Social de la Unión Europea*. En *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*. (59,81) Valencia: Tirant lo Blanch.

- PÉREZ CAMPOS, ANA (2009). *Igualdad de trato no discriminación y acoso en el Derecho Comunitario*. En *Discriminación por razón de sexo y acoso desde una perspectiva laboral comparada*, Madrid, Dykinson.
- SALDAÑA VALDERAS, EVA (2004). *Discriminación Retributiva en Función del Género*. Sevilla; Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- COMISIÓN EUROPEA (2014). *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*. Luxemburgo; Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- COMISIÓN EUROPEA (2015). *Report on equality between women and men 2015*, Belgium; European Union.
- COMISIÓN EUROPEA (2013). *Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*. Bruselas.