

CAPÍTULO TERCERO

EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LAS DIRECTIVAS EUROPEAS: ÁMBITO SALARIAL

I. LA DIRECTIVA EUROPEA

De acuerdo a lo establecido en el artículo 308 (antiguo artículo 235 del Tratado de Roma), las instituciones comunitarias han emitido un importante número de actos de derecho derivado que han supuesto el desarrollo de la política comunitaria en lo social. La directiva comunitaria es uno de los instrumentos que ha favorecido la armonización de legislaciones sociales de los Estados comunitarios. Se le ha considerado la herramienta comunitaria con mayor eficacia que el Consejo ha utilizado para fomentar el desarrollo de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, seguidas de las recomendaciones de la Comisión Europea.

La emisión de numerosas directivas en este ámbito atiende al limitado contenido del artículo 119 del Tratado de Roma,²⁶⁰ configurando así un marco jurídico adicional o complementario²⁶¹ para garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres.²⁶²

Durante la década de los años setenta, el principio de igualdad salarial traspasa otros ámbitos de la dimensión sociolaboral, implementándose el carácter instrumental de las directivas,

²⁶⁰ Vogel-Polsky, Eliane, *op. cit.*, p. 75.

²⁶¹ Garzón Clariana, Gregorio, *op. cit.*, pp. 62-64.

²⁶² Martín Arribas, Juan José, *op. cit.*, p. 49.

dispuesto en el artículo 235 del Tratado CE (hoy artículo 308) o bien, en el artículo 100 del Tratado de Roma.²⁶³

El actual artículo 308 señala que cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.

El aspecto instrumental de las directivas radica en delimitar aquellos terrenos del ámbito laboral en los cuales los Estados miembros puedan actuar y decidir en cuanto a los medios precisos, teniendo en común los objetivos a alcanzar. De igual modo, supone una ampliación del limitado alcance del artículo 119 del Tratado CE, que se refiriere sólo a la igualdad de retribución entre ambos sexos. Por tanto, regulan ámbitos de la vida laboral que no contempla el derecho originario, de ahí que éstas hayan sido determinantes en la interpretación y aplicación del principio de igualdad.

En esencia, se han adoptado en el ámbito laboral normativo relativo a igualdad de retribución, igualdad de trato en los regímenes legales y en los regímenes profesionales de seguridad social, en lo concerniente a la maternidad, respecto a la carga de la prueba, al trabajo a tiempo parcial, entre otros.

Atendiendo al origen del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres en el Tratado de Roma, ha sido a partir de 1975 cuando se adopta la primera Directiva en la materia, bajo el Programa de Acción Social de la Comunidad Europea de 21 de enero de 1974.²⁶⁴ Tuvieron que transcurrir casi veinte años para

²⁶³ Senden, Linda, "La igualdad salarial en la Legislación Comunitaria", en Cruz Villalón, Jesús (ed.), *La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 138.

²⁶⁴ Peredo, Juan Antonio, "La política social comunitaria", *IV Jornadas nacionales de estudio del Comité Español para el Bienestar Social. Política social de las Comunidades Europeas*, Madrid, ACEBO, 1986, pp. 35-44.

que tal temática experimentara una evolución y desarrollo más próspero, principalmente por la actividad jurisprudencial emitida por el órgano jurisdiccional comunitario.

Por su parte, el Programa de Acción Social tenía como objetivo la igualdad en el progreso de las condiciones de vida y de trabajo y un desarrollo económico y social equilibrado de la Comunidad; para lograrlo se instaba a los Estados miembros a emprender acciones a fin de asegurar la igualdad de los hombres y de las mujeres en las condiciones de trabajo, incluidas las remuneraciones.²⁶⁵

La Directiva representa un instrumento de armonización de la legislación comunitaria en los diversos Estados miembros de la Unión Europea, dado que ha sido en el derecho derivado donde el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo ha tenido un mayor auge.

1. El carácter instrumental de las directivas europeas

En el conjunto de normas jurídicas que conforman el ordenamiento comunitario, el punto de referencia son los diversos ordenamientos jurídicos estatales. De ahí que la directiva constituya uno de los mecanismos a través del cual el marco comunitario desarrolle la transposición de la legislación comunitaria a los ordenamientos jurídicos nacionales, al fin y al cabo, instrumento del mercado común. Así lo expresa el Tratado CE en su artículo 3o., inciso h, al señalar que

para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2o., la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado, la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común.

²⁶⁵ “La política social de la Comunidad Europea”, *Documentación Social*, núm. 91, abril-junio de 1993, pp. 157-170.

Doctrinalmente se distingue el término coordinación (para el caso de las políticas de los Estados miembros) y armonización en sí (aplicada a las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros).²⁶⁶

El principio de igualdad entre mujeres y hombres ha sido considerado como principio fundamental de la Unión Europea, desde sus orígenes hasta hoy en nuestros días, integrándose como parte del acervo comunitario de la Europa unida. De ahí que la igualdad retributiva entre ambos sexos sea una de las piedras angulares que represente un marco normativo integral.

En este sentido, podemos advertir que la Comunidad utiliza como instrumentos para la armonización de legislaciones,²⁶⁷ los actos comunitarios típicos contenidos en el artículo 189 del Tratado CE (hoy artículo 249), que son reglamento, directiva, decisión, dictamen, recomendación; así como los que no se encuentran citados en el artículo, como programas, resoluciones, memorándum, etcétera.

Uno de los rasgos principales de las directivas europeas es que implican un complemento de los derechos reconocidos en el tratado constitutivo, estableciendo los objetivos a alcanzar y dejando la libertad a las autoridades nacionales para establecer los medios precisos.²⁶⁸ En la doctrina se le considera un instrumento más flexible para actuar en el ámbito de la integración parcial.²⁶⁹ Sin embargo, tiene ventajas y desventajas, dado que mientras que es un acto obligatorio en cuanto a su fin u objetivo —al darle a los Estados miembros libertad en cuanto a su aplicación, a su for-

²⁶⁶ Millán Moro, Lucía, *La armonización de legislaciones en la CEE*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 34-50.

²⁶⁷ Ojeda Avilés, Antonio, *op. cit.*, p. 11.

²⁶⁸ Montoya Melgar, Alfredo, “La armonización legislativa de la Unión Europea”, *Jornadas sobre la armonización legislativa de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 167-176.

²⁶⁹ Millán Moro, Lucía, “La Directiva como acto de una comunidad de estados con integración parcial”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 7, núm. 1, enero-abril de 1980, pp. 81-97.

ma y medios— mantiene derechos nacionales. Es un acto cuya aplicación es indirecta, y su incumplimiento o retraso de implementación por parte de los Estados miembros es lo más frecuente, ello debido a cuestiones de orden interno.²⁷⁰

2. *Su eficacia jurídica*

Las directivas europeas no tienen el carácter de aplicabilidad directa²⁷¹ en los Estados miembros en virtud del artículo 189 del TCE, situación que implica la mayoría de las veces el incumplimiento por parte de éstos. Sin embargo, el artículo 249 TCE, en su párrafo 3o., dispone que la directiva obliga al Estado miembro destinatario, por lo que se refiere al resultado que deba conseguirse, respetando sin embargo, la competencia de las autoridades nacionales en cuanto a la forma y a los medios. Dicha cuestión ha sido planteada por el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia *Levy*, declarando lo siguiente:

Si bien es cierto que la igualdad de trato entre hombres y mujeres constituye un derecho fundamental reconocido por el ordenamiento jurídico comunitario, su aplicación, incluso en el ámbito comunitario, ha sido progresiva, requiriendo la intervención del Consejo a través de directivas, y que éstas admiten, con carácter temporal algunas excepciones al principio de igualdad de trato.²⁷²

Por su parte, el Tribunal de Justicia, en el asunto *Marshall*,²⁷³ declaró la inexistencia del efecto directo horizontal de la Directiva, al señalar que su eficacia directa consiste en el derecho de los particulares a invocarla ante los órganos judiciales, pero sólo

²⁷⁰ Millán Moro, Lucía, *op. cit.*, pp. 267-333.

²⁷¹ TJCE, sentencia del 6 de mayo de 1980, *Comisión vs. Bélgica*, 102/79.

²⁷² TJCE, sentencia del 2 de agosto de 1993, *Levy*, 158/91, apartado 16.

²⁷³ TJCE, sentencia del 25 de febrero de 1986, *Marshall*, C-152/84.

frente a los Estados miembros, quienes son los obligados, no así particulares a quienes la Directiva no puede obligar.

3. *Normativa internacional y su influencia en el ordenamiento comunitario*

Son innumerables los instrumentos internacionales que contienen este principio de igualdad salarial. El más representativo es el Convenio núm. 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración de 1951, cuyo artículo 2o., apartado 1, dispone que:

Todo miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover, y en la medida que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.²⁷⁴

Tal disposición expresa la igualdad formal en los puestos de trabajo,²⁷⁵ así como una igualdad efectiva y sustancial en los puestos de trabajos iguales y a los que se asigne el mismo valor. Este documento internacional originaría el establecimiento de este principio de igualdad en los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados.

No obstante, este Convenio internacional no trasciende más allá de una mera enunciación del principio de remuneración,²⁷⁶

²⁷⁴ Budiner, M., *Le droit de la femme à l'égalité de salaire et la convention n° 100 de l'OIT*, París, 1975.

²⁷⁵ Trang, Perret y Nguyễn, Hong, "La mujer en la normativa de la OIT", *Igualdad y protección de la mujer en el trabajo. Convenios y recomendaciones de la OIT*, Madrid, Instituto de la Mujer del Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, serie documentos, núm. 9, pp. 5-23.

²⁷⁶ Rodríguez-Piñero, Miguel, "La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma", *Relaciones laborales*, vol. I, 1986, p. 1134.

dado que no contempla las garantías jurisdiccionales correspondientes, otorgadas a los particulares para hacerlas valer en la esfera procesal.²⁷⁷

De igual modo, resulta obligada la referencia²⁷⁸ a los Convenios de la OIT, al Tratado de Roma,²⁷⁹ a las directivas comunitarias respecto a la igualdad entre hombres y mujeres, y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,²⁸⁰ interpretando abiertamente el artículo 119 y contribuyendo a una transformación de los conceptos jurídicos cada vez más latente.²⁸¹

Recordemos que el artículo 2o., del Convenio núm. 100 de la OIT, establece el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor. En efecto, este convenio internacional ejerció una acentuada influencia en el ordenamiento jurídico comunitario. Siguiendo los lineamientos trazados por esta normativa internacional, el derecho comunitario estableció el principio de igualdad retributiva

²⁷⁷ Quintanilla Navarro, Beatriz, *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 54-59.

²⁷⁸ Alonso Ligeró, Ma. de los Santos, "Igualdad de remuneración por razón de sexo", en Borrajo Dacruz, Efrén (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, 1994, vol. 1, t. I, pp. 243 y 244.

²⁷⁹ García Vidal, Montserrat, "La igualdad de retribución entre hombre y mujer en la Comunidad Económica Europea: un estudio relacional entre el Reino Unido y España", *Quaderns de Treball*, núm. 14, Barcelona, Institut Universitari d'Estudis Europeus, Universitari Autònoma de Barcelona, 1993.

²⁸⁰ Martínez Lage, Santiago y González Muñoz, Felicio Francisco, "La aplicación del derecho comunitario en los Estados miembros: la no discriminación por razón de sexo en la remuneración del trabajo a tiempo parcial. Evolución normativa y jurisprudencial del TJCE", *Gaceta Judicial de la CEEE*, núm. 97, B-66, septiembre de 1991, pp. 2-9.

²⁸¹ López Garrido, Diego, "La igualdad de tratamiento laboral entre hombre y mujer en derecho comunitario", *Actualidad Laboral*, núm. 27, julio de 1986, pp. 1416-1421.

entre ambos sexos,²⁸² previa instancia francesa²⁸³ y con motivos esencialmente económicos.²⁸⁴

A raíz de la puesta en marcha del primer Programa de Acción Social, el principio de igualdad salarial gozaría de un mayor significado, adoptándose dos directivas europeas: la Directiva 75/117, 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, y la Directiva 76/207, 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, así como a las condiciones de trabajo.

El artículo 1o., apartado 1, de la Directiva 75/117, expresa que el principio de igualdad de retribución implica, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación de cualquier discriminación por razón de sexo en los elementos y condiciones de retribución. Esta disposición supuso encauzar su interpretación bajo dos perspectivas. Primero, al ampliar su alcance ya no sólo a un mismo trabajo, sino al equipararlo al concepto recogido en el Convenio núm. 100 de la OIT, respecto al término de un trabajo al que se le atribuye un mismo valor. Segundo, ya no sólo se refiere de manera limitada a la igualdad salarial, sino también a toda eliminación de discriminación por razón de sexo, es decir, tanto discriminaciones directas como indirectas.

Lo dispuesto por el artículo 119 del Tratado de Roma (ahora artículo 141 del Tratado de Ámsterdam) supuso el punto de par-

²⁸² Darmon, Marco y Huglo, Jean-Guy, "L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes: un univers en expansion", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 28-1, enero-marzo de 1992, pp. 1-25.

²⁸³ Cruz Villalón, Jesús, "La dimensión de la Unión Europea: surgimiento y evolución", en Cruz Villalón, Jesús y Pérez del Río, Teresa (coords.), *Una aproximación al derecho social comunitario*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 13-31.

²⁸⁴ Kravaritou, Yota, *The Sex of Labour Law in Europe*, La Haya, Instituto Universitario Europeo de Florencia-Klumer Law International, 1996, pp. 38-56.

tida de la política de igualdad en el derecho comunitario europeo, originándose con posterioridad todo el conjunto de actos, resoluciones y actuaciones que desarrollaría la Unión Europea en la materia.²⁸⁵

Sin duda, el eje conductor del proceso de integración europea²⁸⁶ ha sido el aspecto económico²⁸⁷, especialmente en el caso del principio de igualdad, cuando se refiere a la cuestión retributiva.²⁸⁸ Atendiendo a ello, hay quienes consideran el derecho social comunitario, como un derecho económico.²⁸⁹

Uno de los temas estrella del derecho social europeo que ha tenido un desarrollo significativo a través del derecho derivado es el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, dado que el sentido, por demás limitado del contenido expresado en el artículo 119 del Tratado de Roma, daría paso a la adopción de un importante número de directivas comunitarias, que junto con la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, otorgarían una progresiva aplicación de este principio de igualdad en la normativa comunitaria europea.

En este sentido, surge así la necesidad que en el derecho comunitario se configure un marco jurídico adicional o complementario para asegurar la igualdad de trato entre hombres y mujeres. De ahí que las directivas hayan representado un carácter

²⁸⁵ Gardiner, Francis, “La Unión Europea: ¿hada madrina para las mujeres?”, en Uriarte, Eurne y Elizondo, Arantxa (coords.), *Mujeres en política*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 246-270, particularmente p. 248.

²⁸⁶ Manzini, Federico G., “Derecho del trabajo y derecho comunitario”, *Relaciones laborales*, vol. I, 1986, pp. 1179- 1191.

²⁸⁷ Torrente Gari, Susana, “Hay un derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo? La Directiva 2002/73 de 23 de septiembre”, *Revista del Ministerio y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003, pp. 185-209.

²⁸⁸ Sánchez López, Ma. Belén, *La política comunitaria contra la discriminación de la mujer en el trabajo*, Navarra, Aranzadi, 2003, p. 22.

²⁸⁹ García Blasco, Juan, “Algunas cuestiones sobre la incidencia de la normativa comunitaria europea en la regulación de la relación de trabajo”, en Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho español y derecho comunitario europeo*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, s.f., pp. 217-226.

complementario de los derechos estipulados en los tratados comunitarios, en la actualidad integrados en el Tratado de Lisboa, pendiente de ratificar.

Atendiendo a su naturaleza jurídica, las directivas europeas ejercen un papel de dependencia o subordinación con respecto a los tratados constitutivos, dado que no pueden limitar el alcance y trascendencia del conjunto de derechos expresados en el derecho originario. Aunado a ello, al observar los ámbitos de competencia delimitados en las mismas, corresponden a facultades o competencias en las cuales, los Estados miembros se encuentran excluidos del sistema de competencias comunitarias, y por consiguiente, en algunos casos no se lleva a cabo la aplicación de este principio de igualdad.

Pues bien, el Tribunal de Justicia ha contribuido a la integración social europea, al tomar como referencia, primero lo expresado por el artículo 119 del Tratado de Roma, y posteriormente, lo establecido en las directivas comunitarias específicas en materia de igualdad entre los sexos; esto ha sido la base jurídica para que el Tribunal desarrolle su jurisprudencia integradora y uniformizadora.

Así, en el derecho comunitario se han adoptado diversas directivas relativas al principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral: igualdad de retribución, igualdad de trato en el acceso al empleo y formación profesional, igualdad de trato en los regímenes legales y en los regímenes profesionales de seguridad social; también se han adoptado directivas que establecen medidas protectoras de la mujer trabajadora relativas a la maternidad, respecto a la carga de la prueba o las relativas al trabajo a tiempo parcial.

Al respecto, bajo el Programa de Acción Social de la Comunidad Europea de 21 de enero de 1974, se insta a los Estados a emprender acciones a fin de asegurar la igualdad de los hombres y de las mujeres, concerniente a las condiciones de trabajo, incluidas las remuneraciones.

Este programa comunitario determinó el inicio de diversas acciones a favor de la mujer en el ámbito del acceso al empleo, y en general, a las condiciones de trabajo, incluidas entre ellas la materia retributiva, y con posterioridad, la adopción de directivas como instrumentos de armonización legislativa de los países miembros de la Europa comunitaria. A raíz de este programa, se adoptan importantes directivas en materia de igualdad de trato.

Por ejemplo, la Directiva 75/117, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros al principio de igualdad de remuneración entre los trabajadores masculinos y femeninos.

La novedad principal que introduce esta normativa comunitaria es la relativa al principio de unidad de criterios de clasificación profesional entre trabajadores masculinos y femeninos, en la aplicación del principio de igual salario para hombres y mujeres, estableciendo categorías profesionales en las que se fijen criterios comunes para ambos trabajadores.

De igual modo, la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y promoción profesional y a las condiciones de trabajo.

En esta normativa se dispone la igualdad de trato en diversos aspectos laborales; sin embargo, incluye importantes excepciones a la aplicación de este principio, como lo es por ejemplo, cuando el sexo resulte una condición determinante para el ejercicio de una determinada actividad laboral. Verbigracia, la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de los regímenes legales de seguridad social.

Esta norma europea dispone la prohibición de discriminaciones directas e indirectas por razón de sexo en materia de seguridad social, excluyendo las prestaciones de familia y de supervivencia.

a) Es a partir de los programas comunitarios de promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que

se adoptan las siguientes directivas: a) La Directiva 86/378, de 24 de julio de 1968, sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social.

Esta normativa comunitaria ha sido modificada por la Directiva 96/97, de 20 de diciembre de 1996, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Comunitario en el asunto Barber.²⁹⁰ Es la Directiva de los regímenes profesionales de seguridad social establecidos voluntariamente por las empresas para sus trabajadores, considerando como prácticas discriminatorias, las diferencias establecidas por razón de sexo para la admisión en los regímenes con carácter obligatorio o facultativo, el reembolso de las cotizaciones, la concesión de prestaciones, la edad de jubilación y otros.

b) La Directiva 86/613, de 11 de diciembre de 1986, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre los hombres y las mujeres que ejercen una actividad independiente, incluyendo la actividad agrícola, así como mecanismos de tutela al trabajo autónomo, y la protección de la maternidad.

En el caso de los regímenes de seguridad social para trabajadores autónomos, esta norma señala que el cónyuge puede adherirse de manera voluntaria y contributiva, de no estar protegido por un régimen de seguridad social.

Y durante la puesta en marcha del Tercer Programa Comunitario de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres 1991-1995, se adopta la Directiva 92/85 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia.

Esta normativa incluye una serie de medidas concretas respecto a los diversos agentes químicos, físicos y biológicos que pudiesen afectar el estado psicofisiológico de la mujer trabajadora en periodos de mayor sensibilidad, como en el caso del embarazo.

²⁹⁰ TJCE, sentencia del 17 de mayo de 1990, *Barber*, 262/88.

Ya el 3 de junio de 1996 se aprueba la Directiva 96/34 respecto al acuerdo marco sobre excedencias parentales, concluido en la UNICE (Unión de Confederaciones de Patrones e Industrias de Europa), la CEEP (Centro Europeo de Empresas con Participación Pública y de Empresas de Interés Económico General) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos).

Más adelante, se adoptarían dos normativas: la Directiva 97/80/CEE sobre modificación de la carga de la prueba en los procesos de tutela antidiscriminatoria, y la Directiva 97/81/CEE sobre trabajo a tiempo parcial, cuyo objetivo es garantizar un tratamiento no discriminatorio en esta modalidad de trabajo, puestos de trabajo esencialmente ocupados por mujeres.

Del mismo modo, durante la aplicación del V Programa Comunitario denominado “Estrategia marco sobre igualdad entre hombres y mujeres 2000-2005” —que aunque inicialmente se previó hasta el año 2005, su aplicación se ha prolongado hasta el año 2006—, el 13 de diciembre de 2004, se adopta la normativa europea por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el acceso a los bienes y servicios, así como a su suministro, enfocado en especial a los seguros.

Por último, se adopta la normativa en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006. Uno de los aspectos a destacar es su finalidad integradora, refundiendo la regulación de este principio en diversas directivas europeas.

II. LA IGUALDAD RETRIBUTIVA Y LA DIRECTIVA 75/117/CEE

La adopción de esta norma europea supuso la aplicación progresiva del principio de igualdad salarial en el derecho comunitario, mediante la aproximación de las disposiciones nacionales de los Estados miembros, que suponían la ampliación de la aplica-

ción del principio de igualdad, al incluir las nociones de “trabajo igual y trabajo de igual valor”.

Una de las principales novedades de esta Directiva es lo concerniente a los sistemas de clasificación profesional,²⁹¹ condicionados, al fijar las retribuciones, a aplicar debidamente criterios comunes a las y los trabajadores. Para ello, dispone como instrumento de la armonización de las disposiciones nacionales en la materia, que establecen medidas específicas con el objetivo de garantizar su aplicación, así como también fijan la responsabilidad de los Estados miembros para asegurar la existencia de medios eficaces.²⁹²

De esta manera, en su numeral 3, expresa la obligación de los Estados miembros de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, las discriminaciones que sean contrarias al principio de igualdad de retribución. Es decir, el objetivo es eliminar sólo aquellas discriminaciones contrarias al principio de igualdad salarial.

En este mismo sentido, su artículo 4o., estipula que los Estados miembros tienen la obligación de declarar nulas o bien, de modificar aquellas discriminaciones contrarias al principio de igualdad de retribución contenidas, ya sea en contratos colectivos, acuerdos salariales o en contratos individuales de trabajo, todo ello dirigido a la aplicación efectiva del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres.

Por su parte, el artículo 5o., dispone medidas de protección del trabajador respecto del empresario, en el supuesto de que alguno de ellos sea objeto de represalias por haber formulado una queja, haciendo valer sus derechos relativos al principio de igualdad retributiva. Un ejemplo típico es el despido como posible represalia al trabajador.

Asimismo, expresa la obligación de los Estados miembros, relativa a la difusión por todos los medios, de las disposiciones o

²⁹¹ De la Fuente Vázquez, Dolores, “El ejercicio del derecho a una retribución igual por trabajo de igual valor”, *Actas jornadas normativas: el derecho a trabajar en igualdad*, Málaga-Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 1999, p. 154.

²⁹² Rodríguez-Piñero, Miguel, *op.cit.*, p. 1156.

medidas respecto de la aplicación de este principio de igualdad retributiva, dando a conocer a las y los trabajadores la normativa existente en esta materia.

1. *Ámbito de aplicación*

El punto de partida atiende a los dos objetivos principales de esta Directiva europea: ampliar el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato, estipulado en el numeral 119 del Tratado de Roma; así como también armonizar las disposiciones nacionales relativas a la materia.²⁹³

De acuerdo con su exposición de motivos, queda claramente sentado el carácter instrumental del principio de igualdad salarial en el funcionamiento del mercado común, limitando su aplicación a lo dispuesto por el artículo 119 del Tratado de Roma,²⁹⁴ pero, a la vez, complementándolo, al superar una formulación restrictiva alusiva a los trabajos equivalentes y a través de las referencias, los elementos y condiciones de retribución, igualmente sujetos a tal aplicación.

2. *Memorándum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor*

Al constituir la esfera salarial —primera de las materias en la que se aplicaría el principio de igualdad—, resulta fácil deducir que ésta ha sido objeto de numerosos estudios y análisis por parte de las instituciones comunitarias. Al incluir la noción “tra-

²⁹³ Comisión Europea, “Directiva 75/117 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 los trabajadores femeninos”, *Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Textos comunitarios*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1999, pp. 53 y 54.

²⁹⁴ Ordóñez Solís, David, *op. cit.*, p. 73.

bajo de igual valor”, se han debido adoptar diversos instrumentos comunitarios dirigidos a asegurar esta igualdad económica.

Transcurridas casi dos décadas, la Comisión Europea ha adoptado dentro del desarrollo del Tercer Programa de Acción Comunitario para la igualdad de oportunidades de las mujeres 1991-1995, un Memorándum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor,²⁹⁵ documento que sin carácter vinculante, pretendía orientar a los empresarios y a los interlocutores sociales respecto a la aplicación efectiva del principio de igualdad en todos los elementos que integran el concepto retributivo.

A este Memorándum se anexa un Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor en el ámbito laboral,²⁹⁶ instrumento que integra consejos y recomendaciones dirigidos a los empresarios del ámbito público y privado, así como a los interlocutores sociales de la negociación colectiva en su papel de principales actores en la efectiva aplicación del principio de igualdad.

Estos dos documentos comunitarios tienen como objetivo primordial brindar información respecto a la igualdad en las retribuciones, y orientar respecto a la evaluación de puestos de trabajo y de los sistemas de clasificación profesional bajo una perspectiva de igualdad de género.

El Código práctico constituye una guía de recomendaciones y directrices enfocadas y estructuradas de acuerdo con la organización de los entornos laborales, tanto en el sector público como privado, todas ellas dirigidas fundamentalmente a los empresarios considerados como operadores económicos, con la finalidad de garantizar salarios iguales para trabajos de igual valor, sin distinción de sexo. Entre las cuestiones más significativas que

²⁹⁵ *Memorándum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor*, COM (94) 6 final, 23 de junio de 1994.

²⁹⁶ “Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor”, COM (96) 336 final, *Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Textos comunitarios*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1999, pp. 147-157.

incorpora, encontramos un método de análisis del sistema retributivo aplicado por el empresario en tres etapas o fases: acopio de la información, análisis y finalmente, estudio y análisis de los parámetros de sexo, retribución y aquellos elementos considerados discriminatorios, identificando así los indicadores que representen factores de discriminación salarial para las trabajadoras, como son, por ejemplo, las prestaciones contractuales.²⁹⁷

Este documento da cuenta del incremento de empleos bajo la modalidad de tiempo parcial como razón justificativa de las diferencias salariales entre mujeres y hombres, al ser determinantes la segregación vertical y horizontal, sistema de convenios colectivos que marcan diferencias salariales entre mujeres y hombres, así como la existencia de aquellas actividades en su gran mayoría desempeñadas por trabajadores del sexo masculino y de las que se derivan retribuciones complementarias.

Siguiendo la misma línea, con posterioridad a estas iniciativas comunitarias se emitiría, entre otros actos, la Resolución del Consejo relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, de 29 de junio de 2000. En este instrumento comunitario se pone de manifiesto la importancia de compaginar la vida familiar y laboral de las mujeres en condiciones de igualdad respecto de los hombres, destacando principalmente el permiso de maternidad y de paternidad como un derecho individual en aras de conseguir la igualdad entre ambos sexos.

Asimismo, se emite la Decisión 2001/51/CE del Consejo de 20 de diciembre de 2000 por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres 2000-2005, iniciativa comunitaria que, junto con su programa de acción, constituye el marco de acciones dirigidas a la eliminación de las desigualdades

²⁹⁷ Barrère Unzueta, María Ángeles, “Discriminación salarial por razón de sexo”, *Aequalitas, Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 2, octubre de 1998, p. 33.

existentes entre hombres y mujeres en los diferentes ámbitos de la vida económica, social y política de Europa.

Ahora bien, dentro de la temática de ampliación de la Unión e igualdad de género, observamos situaciones particulares de algunos Estados europeos. Citemos, por ejemplo, el caso de Eslovaquia, país que a partir de mayo de 2005 se integró formalmente a la Unión Europea, sin contemplar disposición alguna relativa a igualdad entre mujeres y hombres. En la República Checa persisten condiciones similares, sin aún llevarse a cabo acción alguna en la materia. Por el contrario, en Hungría el gobierno prepara un programa de igualdad de oportunidades entre ambos sexos, con directrices especiales enfocadas a la reinserción laboral de la mujer después de la maternidad. Por su parte, Rumania, tratando de cumplir con los requisitos comunitarios en materia de igualdad, ha aprobado en 2001 una ley contra el acoso sexual en el trabajo.

A. *El artículo 141 del Tratado de Ámsterdam*

El Tratado de Ámsterdam merece una especial referencia cuando se habla del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo, pues ha desarrollado todo un marco de igualdad entre hombres y mujeres.²⁹⁸

La nueva redacción del artículo 141 del Tratado de Ámsterdam ha gozado de significativo avance al realizar modificaciones de gran trascendencia al artículo 119 del Tratado de Roma e introducir toda una amplia dimensión de actuación en las políticas sociales de la Comunidad Europea en materia de igualdad entre hombres y mujeres.²⁹⁹

²⁹⁸ Rodríguez- Piñero, Miguel y Bravo-Ferrer, María Fernanda, "Igualdad y políticas sociales tras el Tratado de Ámsterdam", *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Ámsterdam*, cit.

²⁹⁹ López Garrido, Diego, "La igualdad de tratamiento laboral entre el hombre y la mujer en el derecho comunitario," *Actualidad laboral*, núm. 27, junio de 1986.

La primera novedad que supuso el numeral 141 fue contemplar el principio de igualdad de retribuciones de forma amplia, esto es, incluye el término “trabajo de igual valor” en la aplicación efectiva del principio de igualdad de retribuciones. De igual manera, incorpora dos nuevos párrafos,³⁰⁰ relativos al fundamento jurídico de las acciones positivas,³⁰¹ mediante el procedimiento de codecisión y previa consulta al Comité Económico Social, destinados a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Así se sentarían las bases del esquema de igualdad entre hombres y mujeres, esfera que será complementada con el derecho derivado y la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Luxemburgo.

B. Concepto de retribución

El concepto comunitario de retribución refleja una marcada influencia de la normativa internacional de la OIT, en particular lo dispuesto en el Convenio núm. 100 del año 1951. De esta manera, el artículo 119 del Tratado de Roma dispone que el salario expresa ya no sólo la retribución o pago que el empresario hace al empleado por el trabajo realizado, sino además cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, en razón de la relación de trabajo. En el mismo sentido se expresa en el artículo 6o., párrafo 2, del Acuerdo sobre política social insertado en el Tratado de Maastricht.

Ahora bien, en el ámbito jurisprudencial, el Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado en diversas sentencias respecto al concepto comunitario de retribución. Por ejemplo, en la primera sen-

³⁰⁰ Silva de la Puerta, R., “Las innovaciones del Tratado de Ámsterdam en materia de igualdad hombre-mujer”, *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Ámsterdam*, cit., pp. 41-45.

³⁰¹ Pérez del Río, Teresa, *op. cit.*, pp. 281-319.

tencia Defrenne³⁰² la cuestión era determinar si las pensiones de jubilación de un sistema de seguridad social establecido directamente por la ley, formaba parte o no de la retribución. El órgano jurisdiccional comunitario declaró que no constituían parte del concepto de retribución, afirmando que no pueden incluirse en la noción de remuneración, por lo que las situaciones discriminatorias que resulten de la aplicación de tal sistema escapan a las exigencias del artículo 119 del Tratado.³⁰³

Es a partir de esta sentencia que surgen las primeras cuestiones relativas al principio de igualdad de retribución que van a constituir más tarde las líneas bajo las cuales el Tribunal de Justicia desarrollaría sus criterios jurisprudenciales, siendo el encargado de interpretar ampliamente el concepto de retribución, incluyendo todo tipo de contraprestaciones económicas a cargo del empleador, considerando las contribuciones empresariales a fondos de pensiones (premios, primas, derecho a préstamos, indemnizaciones por despidos). Por tanto, en el concepto de salario se incluyen todas aquellas prestaciones que recibe el trabajador del empresario, con motivo de la relación laboral, aun cuando no sea estrictamente salario, como lo declaró en la sentencia Worringham.

Otra de las sentencias representativas en materia de igualdad retributiva es el asunto Worringham.³⁰⁴ El Tribunal de Luxemburgo establece que la cotización para la jubilación brindada por

³⁰² TJCE, sentencia del 25 de mayo de 1971, *Defrenne*, 80/70, cuestión planteada por Gabrielle Defrenne contra Reino de Bélgica por haber sido cesada en su trabajo como azafata al haber cumplido la edad de 40 años, edad obligatoria para jubilarse de acuerdo con el artículo 5o., del Convenio de empleo del personal de navegación a bordo de la compañía.

³⁰³ TJCE, sentencia del 25 de mayo de 1971, *Defrenne*, 80/70, apartado 7, recopilación 1971.

³⁰⁴ TJCE, sentencia del 11 de marzo de 1981, *Worringham*, 69/80, recopilación 1981; la cuestión se plantea por una práctica empresarial que concedía sólo a los trabajadores (masculinos) un 5% de suplemento salarial que era ingresado a un fondo de pensiones, declarándola discriminatoria y afirmando que el salario puede ser inmediato o futuro, y que los complementos ingresados a los fondos de pensiones, aun cuando sea a futuro, constituyen del mismo modo remuneración.

los empresarios a un fondo de pensiones, forma parte de la retribución bruta del trabajador y, por consiguiente, afecta la determinación de la cuantía del salario. De esta manera, declara que el numeral 119 del Tratado de Roma puede ser invocado ante las jurisdicciones nacionales; particularmente en caso de que las cotizaciones de referencia sean pagadas por el empresario en nombre de los trabajadores y deducidas del salario bruto.

Por su parte, en el caso Barber,³⁰⁵ el Tribunal comunitario expresaba que toda clase de indemnización pagada a los trabajadores por causa de despido, se considera un elemento de retribución. Más importante aún es la interpretación respecto a los regímenes profesionales, pues afirma que las prestaciones realizadas en virtud de un régimen profesional de seguridad social financiado exclusivamente a través de contribuciones de los empleadores, o bien con la participación de los trabajadores, evidentemente sin participación estatal, deben considerarse como retribución en función de la relación laboral existente.

A todo lo expuesto destaca la trascendencia que supuso el fallo jurisdiccional en la sentencia Barber, donde el Tribunal incluía como elemento de retribución, aquellas pensiones cubiertas por un plan de pensiones de empresa, aun cuando estuviesen excluidas de los regímenes generales de seguridad social de forma convencional, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 119 del TCE.

En este mismo sentido, en la sentencia Ten Oever,³⁰⁶ relativa a aquellas pensiones de viudedad otorgadas al cónyuge supérstite derivadas de un plan de pensiones diferente al establecido por la ley, el Tribunal de Justicia Comunitario expresa que este tipo de prestaciones también forman parte de la retribución laboral del trabajador, al disponer los efectos temporales en la interpretación del artículo 119 del Tratado de Roma; así lo expresa:

En virtud de la sentencia Barber de 17 de mayo de 1990, el efecto directo del artículo 119 del Tratado CEE no puede ser alegado

³⁰⁵ TJCE, sentencia del 17 de mayo de 1990, *Barber*, 262/88.

³⁰⁶ TJCE, sentencia del 6 de octubre de 1993, *Ten Oever*, 109/91.

para exigir la igualdad de trato en materia de planes de pensiones de empresa más que respecto de las prestaciones devengadas, en virtud de periodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990, sin perjuicio de la excepción prevista a favor de los trabajadores o de sus causahabientes que, antes de dicha fecha, hayan iniciado una acción judicial o hayan formulado una reclamación equivalente, según del derecho nacional aplicable.

El caso Ten Oever se refiere a la concesión de una pensión de viudedad por parte del señor Ten Oever, al fallecer su esposa el 13 de octubre de 1988 y quien estaba dada de alta en un plan de pensiones de empresa, cofinanciado por los empresarios y los trabajadores. El señor Ten Oever alegaba que el Reglamento del Plan le discriminaba, pues establecía una pensión de supervivencia sólo a favor de las viudas, siendo extensiva esta prerrogativa a los viudos a partir del 1.º de enero de 1989. La pensión le fue negada por no estar establecida en dicho Plan hasta esa fecha, posterior al fallecimiento de su esposa, y declaraba que los efectos de la sentencia Barber no se le aplicarían, pues ésta se había emitido con posterioridad al fallecimiento de su cónyuge.

Por lo que respecta al asunto Garland, el Tribunal extiende el concepto de retribución laboral en el ordenamiento comunitario, considerando otro tipo de prestaciones que derivadas de la relación de trabajo, igualmente integran la retribución del trabajador, refiriéndose a aquellas ventajas en materia de transporte ferroviario, cualesquiera que sea su naturaleza, siempre que dichas ventajas sean concedidas en relación con el empleo. Por tanto, expresa que cuando un empleador, sin estar obligado por contrato, acuerda ventajas especiales en materia de transporte a sus antiguos empleados de sexo masculino que se han jubilado, estas circunstancias constituyen en el sentido del artículo 119, una discriminación respecto a los antiguos empleados de sexo femenino, al no concederles las mismas ventajas.³⁰⁷

³⁰⁷ TJCE, sentencia del 9 de febrero de 1992, *Garland*, 12/81, apartado 11, recopilación 1982.

Este asunto lo planteó la señora Garland, quien ya jubilada reclamaba ciertas ventajas de reducción de tarifas de tren a sus familiares, dado que la empresa para la cual había laborado otorgaba este derecho sólo a los familiares de los empleados jubilados del sexo masculino. El Tribunal declara que le asistía ese derecho, toda vez que esta prestación formaba parte del principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 119 del TCEE.

Un asunto similar se plantea en la sentencia *Grant*,³⁰⁸ aunque sin contar con la misma posición jurisprudencial por parte del Tribunal de Luxemburgo, quien se pronunció declarando que este caso atendía no a cuestiones de discriminación por razón de sexo, sino a aspectos discriminatorios por motivos de orientación sexual, materia que contemplaría el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, una vez que entrase en vigor.

La señora *Grant* solicitaba beneficios de billetes a reducido costo a favor de su compañera sentimental, prestación que la empresa otorgaba a los cónyuges de los empleados, o bien, a sus compañeros del otro sexo con quienes mantuviesen una “relación significativa”. El Tribunal de Luxemburgo emitió su posición jurisprudencial con base en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que contemplaba como matrimonio la unión tradicional entre mujer y hombre, dejando de lado cualquier otro tipo de relación o unión de hecho sentimental.

En este mismo sentido, en la sentencia *Liefting*, el Tribunal de Justicia expresa que también se consideraría retribución a, todas aquellas cantidades comprendidas en el cálculo del salario bruto del empleado, mismas que determinan las prestaciones relativas al salario, como son las indemnizaciones por cese de la actividad laboral, las prestaciones por desempleo, los subsidios familiares y las facilidades de crédito. Por tanto, el órgano jurisdiccional declara que:

aquellas sumas que las autoridades públicas están obligadas a abonar a título de cotizaciones debidas de seguridad social por

³⁰⁸ TJCE, sentencia del 17 de febrero de 1998, *Grant*, 249/96.

las personas que trabajan en la administración y que estén englobadas en el cálculo del salario bruto de los funcionarios, deben considerarse remuneración en el sentido del artículo 119, en tanto que ellas determinan directamente el cálculo de otras ventajas vinculadas al salario.³⁰⁹

Ahora bien, la jurisprudencia ha supuesto la ampliación del concepto de retribución, integrándose en él, el salario base propiamente dicho y los complementos salariales, esto es, las prestaciones de seguridad social, por ejemplo las cotizaciones,³¹⁰ los regímenes profesionales, las ventajas dadas después de la extinción del contrato de trabajo, y el mantenimiento del salario durante un periodo en caso de enfermedad; en resumen, todas aquellas ventajas actuales o futuras, pagadas directa e indirectamente por el empleador al trabajador.

C. Concepto comunitario de trabajo de igual valor

La normativa que incluye el concepto “trabajo a igual valor” es la Directiva 75/117, que toma como punto de referencia lo expresado en el Convenio núm. 100 de la OIT firmado en 1951, donde se comprometen así los Estados signatarios a adoptar el reconocimiento del principio “a trabajo igual salario igual”.³¹¹ En el mismo sentido, el Memorándum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor expresa que si una mujer desempeña un trabajo que exige el mismo esfuerzo que el de un hombre, aunque el trabajo sea diferente, deberá recibir el mismo salario y las mismas prestaciones, a no ser que la diferencia se explique por motivos no discriminatorios.³¹² De esto último destaca que la igualdad

³⁰⁹ TJCE, sentencia del 18 de septiembre de 1984, *Liefing*, 23/83.

³¹⁰ TJCE sentencia del 11 de marzo de 1981, *Worringham*, 69/80.

³¹¹ De la Fuente Vázquez, Dolores, *op. cit.*, p. 151.

³¹² *Guía de buenas prácticas en la valoración del trabajo. Proyecto Prisma*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Instituto de la Mujer-Fondo Social Europeo, 2000, p. 60.

no resulta ser absoluta, toda vez que es aplicable la excepción mediante la cual la diferencia salarial se justifique por motivos diversos al sexo.

Esta Directiva utiliza la expresión “trabajo de valor igual”, esto es, la tarifa salarial debe ser igual para los hombres y para las mujeres; sin embargo, la cuestión se plantea en los sistemas de clasificación profesional, aplicándose con gran frecuencia criterios subvalorativos de los trabajos desempeñados por mujeres. Tal situación conlleva discriminación, ya sea en forma directa o indirecta, ya no sólo relacionada con el aspecto salarial, sino que trastoca otros ámbitos, como la igualdad en el empleo y la igualdad de oportunidades.

Al respecto, la Directiva europea expresa en su artículo 1o., apartado 2, la solución para el supuesto de conductas discriminatorias: fijar criterios uniformes en los sistemas de clasificación profesional, disponiendo que en particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, éste deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, estableciéndose de forma que excluya las discriminaciones motivadas por sexo.

Sin embargo, la segregación existente en los empleos contribuye a mantener los diferentes niveles salariales entre hombres y mujeres, lo que ocasiona que se mantengan valoraciones distintas para puestos de trabajo mayoritariamente ocupados por unos y otras, resultando muy difícil en la práctica definir de una manera real el trabajo de igual valor.

No obstante, es a partir de la nueva versión consolidada del Tratado de Ámsterdam, en cuyo artículo 141 se desbordan los límites,³¹³ que se configura el principio de igualdad entre hombres y mujeres expresado en el artículo 119 del Tratado de Roma. Se introduce una innovación: el principio de no discriminación salarial entre los trabajadores y las trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

³¹³ Pérez del Río, Teresa, *Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 1999, t. I, pp. 15 y 16.

Aun cuando pueda parecer contradictorio, el principio de igualdad salarial no implica un tratamiento paritario o igual para ambos sexos, sino que permite el trato diferenciado entre trabajadores de distintos sexos, cuando tal diferenciación está objetivamente justificada. Por tanto, es posible fijar una escala progresiva de remuneración que tenga como base valores que desfavorezcan al grupo o colectivo de trabajadores femeninos, si tal diferencia de tratamiento está objetivamente justificada por la naturaleza del empleo. Aspecto que notamos básicamente en dos casos supuestos: 1) cuando se requiera para asegurar la remuneración apropiada a los esfuerzos exigidos para el cumplimiento del trabajo, y 2) que responda a la necesidad verdadera de la empresa.

En estos supuestos, la jurisdicción nacional determinará en qué medida los motivos expuestos por el empleador —para explicar la adopción de una práctica salarial que se aplica independientemente del sexo del trabajador, pero que de hecho afecta más a las mujeres que a los hombres— pueden ser considerados como razones objetivamente justificadas. Con el principio de igualdad salarial se pretende suprimir desigualdades desprovistas de una justificación objetiva y razonable, es decir, se limita a la razonabilidad de la diferencia.

La mayoría de los supuestos de discriminaciones indirectas han tenido como elemento esencial los sistemas de clasificación profesional, colocando tradicionalmente a las mujeres en un rango inferior en cuanto a la retribución.³¹⁴ De acuerdo con tales sistemas, existe una relación manifiesta entre los salarios inferiores y las categorías prácticamente reservadas para las mujeres, aplicándose una especie de subsistema de categorías profesionales.³¹⁵

Así lo ha declarado en la sentencia Rummler, causa interpuesta por la demandante, solicitando que se le ascendiera en su categoría salarial, dado que desempeñaba un trabajo que im-

³¹⁴ Eyraud, François, "Igualdad de remuneración y valor del trabajo en los países industrializados", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 112, núm. 2, 1993, pp. 235-252, en particular, pp. 236-240.

³¹⁵ Quintanilla Navarro, Beatriz, *op. cit.*, pp. 98-100.

plicaba esfuerzo físico y muscular, planteándose de esta manera una posible discriminación indirecta basada en un sistema de clasificación profesional. El Tribunal de Luxemburgo resolvería expresando que el principio de igualdad de retribución exige esencialmente que se tenga en cuenta, de manera objetiva, la naturaleza del trabajo que debe realizarse.

Por tanto, un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuya un mismo valor, debe ser retribuido de la misma manera, ya sea realizado por un hombre o por una mujer. Cuando para la determinación de la retribución se aplique un sistema de clasificación profesional, será necesario que éste no esté organizado en su conjunto, de tal manera que conduzca de hecho a una discriminación general de los trabajadores de un sexo con relación a los de otro. Un sistema no es necesariamente discriminatorio sólo porque algunos de sus criterios se refieren a cualidades que poseen más fácilmente los hombres.

Para no ser discriminatorio en su conjunto, un sistema de clasificación profesional deberá estar constituido de tal manera que implique empleos a los que se atribuya un mismo valor y respecto de los que se tengan en cuenta otros criterios en los que las trabajadoras puedan presentar aptitudes especiales.

En el asunto *Rummler*,³¹⁶ se plantea una posible discriminación indirecta de una trabajadora, fundada en que la clasificación de puestos de trabajo existentes en la empresa se basaba en criterios de esfuerzo y fatiga, cuya aplicación beneficiaba a los trabajadores de sexo masculino dotados con más aptitud. El órgano jurisdiccional comunitario declararía que la Directiva 75/117 no se opone a la adopción del criterio valorativo del esfuerzo físico, fatiga muscular o penosidad física del trabajo, sin embargo, resulta discriminatorio y opuesto a la directiva, valorar el esfuerzo o fatiga del trabajo atendiendo a los valores correspondientes a trabajadores de un solo sexo.

³¹⁶ TJCE, sentencia del 1o. de julio de 1986, *Rummler*, 237/85, apartado 7, recopilación 1986.

En este mismo sentido, el principio de igualdad de remuneraciones exige esencialmente la toma de consideración objetiva de la naturaleza del trabajo a realizar. Por tanto, un sistema de clasificación profesional no resulta discriminatorio por el hecho de que, aun atendiendo a la naturaleza objetiva del tipo de trabajo, se exijan determinadas aptitudes propias del sexo masculino, tales como esfuerzo físico y carga muscular, y en donde además, tomando otro tipo de criterios, se adopte la neutralidad de los mismos con respecto al sexo.

La sentencia Royal Copenhague³¹⁷ versa sobre el sistema salarial tomando como base el rendimiento. En este caso, el Tribunal expresó que el principio de igualdad de retribución es aplicable tanto en un sistema de salario a tiempo como en uno que se base en el rendimiento, considerado individualmente de un trabajador o trabajadora. Asimismo, declara que en el supuesto que exista diferencia de remuneración media entre un grupo significativo de hombres frente a otro integrado por mujeres, y aun realizando ambos grupos trabajos de igual valor, no se considera discriminación, condicionada a que exista un criterio que justifique tal diferencia. En tal caso, corresponderá al empleador la carga de la prueba que demuestre que la valoración del trabajo no se basa en discriminación motivada por sexo.

Ahora bien, si al fijar una escala progresiva de remuneraciones fundadas en el grado de esfuerzo y de fatiga musculares, no se consideran valores de riesgos medios de trabajadores femeninos, ello puede desfavorecer a éstos, dado que no estarían en posibilidad de acceder a empleos que requieran fuerza física.³¹⁸ No obstante, el Tribunal comunitario declara que esta diferencia de tratamiento puede estar objetivamente justificada por la naturaleza del empleo, cuando aquélla es necesaria para asegurar la remuneración apropiada a los esfuerzos exigidos para el cumpli-

³¹⁷ TJCE, sentencia del 31 de mayo de 1995, *Royal Copenhague*, 400/93.

³¹⁸ Ruano Rodríguez, Lucía, "Fortaleza física y discriminación por sexo (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 198/1996, de 3 de diciembre)", *Relaciones Laborales*, 1998-II, pp. 680-691.

miento del trabajo y responder así a la necesidad verdadera de la empresa, como lo ha señalado en la sentencia *Bilka*.³¹⁹

En este mismo sentido, el principio de igualdad retributiva no supone que hombres y mujeres efectúen de forma simultánea un trabajo igual para un mismo empresario. Así lo interpreta el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia *Macarhtys*, al expresar que tal principio de igualdad retributiva no se limita a situaciones en las que hombres y mujeres realicen simultáneamente un trabajo igual para un mismo empleador. Por tanto, tal principio se aplica cuando un trabajador femenino, teniendo en cuenta la naturaleza de sus prestaciones, ha percibido una remuneración menor respecto a la percibida por un trabajador masculino, empleado anteriormente al periodo de contratación del agente femenino, y quien realizaba el mismo trabajo.³²⁰ En este sentido, se considera de manera objetiva la naturaleza del trabajo a realizar, aplicando la fórmula genérica de trabajo de valor igual como criterio de referencia expresado en el Convenio número 100 de la OIT, posteriormente reformulado en la Directiva 75/11.

A lo dicho habrá que añadir que el Tribunal de Justicia, en la sentencia *Rummler*,³²¹ señala que:

La Directiva 75/117 no se opone a que un sistema de clasificación utilice, para determinar el nivel de remuneración, el criterio del esfuerzo o de la fatiga muscular o del grado de penosidad física del trabajo si, habida cuenta de la naturaleza de las tareas, el trabajo a cumplir exige efectivamente un cierto desarrollo de fuerza física a condición de que, por la toma en consideración de otros criterios, llegue a excluir en su conjunto toda discriminación fundada en el sexo.

A todo ello, corresponderá a la jurisdicción nacional determinar si el sistema de clasificación profesional en su conjunto per-

³¹⁹ TJCE, sentencia del 13 de mayo de 1986, *Bilka*, 170/84.

³²⁰ TJCE, sentencia del 11 de marzo de 1981, *Macarhtys* 129/79, apartado 13-15, recopilación 1980.

³²¹ TJCE, sentencia del 10. de julio de 1986, *Rummler*, 237/85.

mite una justa toma en consideración de criterios necesarios para diferenciar la remuneración en función de las condiciones requeridas para el cumplimiento de las tareas de la empresa.

De todo ello y en el contexto normativo y jurisprudencial comunitario, el principio de igualdad de remuneración demuestra la complejidad de identificar y suprimir las diferencias salariales,³²² principalmente en lo que se refiere a las discriminaciones indirectas.

Uno de los rasgos más importantes de la Directiva 75/117 es la trascendencia que supuso considerar el principio de igualdad salarial como un derecho subjetivo atribuible a todo particular —trabajador femenino o trabajador masculino que estimase su derecho lesionado— de acudir a la instancia jurisdiccional correspondiente para hacer valer su cumplimiento, implicando así un significativo alcance respecto a lo expresado en el artículo 119 del Tratado de Roma.

D. Efecto directo y horizontal del artículo 119 del Tratado de Roma

Invariablemente son de obligada referencia las sentencias Defrenne I y Defrenne II.³²³ En el criterio jurisprudencial emitido en el segundo asunto, el Tribunal de Justicia reconoce el efecto directo vertical y horizontal del artículo 119 TCEE, al afirmar que la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres es aplicable no sólo respecto de los poderes públicos, sino que también se aplica a los empresarios privados con respecto a los convenios colectivos y a los contratos individuales de trabajo desde

³²² Saldaña Valderas, Eva, “Discriminación retributiva en función del género y comparación del trabajo realizado para empresarios diferentes: algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-320/00 A. G. Lawrence y otros C. Regent Office Care Ltd., Comercial Catering Group y Mitie Secure Services Ltd.)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 22, abril-junio de 2003, pp. 117-130.

³²³ TJCE, sentencia del 8 de abril de 1975, *Defrenne II*, 43/75.

la fecha de la sentencia en adelante. Esto es, que los particulares pueden invocar ante los Tribunales nacionales —quienes tienen la obligación de garantizar la protección de los derechos— la aplicación del artículo 119, ya no sólo contra los Estados miembros, sino contra empresarios u otros particulares.

No obstante, el Tribunal limitó los efectos retroactivos de la sentencia a aquellos que ya habían iniciado acciones judiciales en defensa de sus derechos, así lo expresó el mismo órgano jurisdiccional de Luxemburgo, al afirmar que el efecto directo del 119 no puede ser invocado respecto a reclamaciones anteriores a esta resolución judicial, excepto en los casos en que los trabajadores ya hayan invocado un procedimiento con tal finalidad.

El caso *Macarthys*³²⁴ expone la aplicación directa del artículo 119,³²⁵ al señalar el órgano comunitario que no habrá necesidad de medidas de aplicación más detallada de la Comunidad o de los Estados miembros, en los casos de discriminaciones directas y claras, susceptibles de ser apreciadas por los solos criterios de identidad de trabajo y de igualdad de remuneración contenidos en el artículo citado.³²⁶

Resulta evidente que en el empleo femenino, la materia retributiva se encuentra estrechamente ligada a cuestiones que por *Natura* sólo son atribuibles a las mujeres, como por ejemplo, embarazo y maternidad.

En este sentido, en la sentencia *Pedersen y otros*³²⁷ la cuestión es planteada por un número de empleadas embarazadas a las que la empresa danesa les reduciría su retribución, dado que no cumplían con el periodo límite de tres meses fijado por la legislación nacional, en los supuestos en que tuviesen alguna complicación con su

³²⁴ TJCE, sentencia del 27 de marzo de 1980, *Macarthys*, 129/79.

³²⁵ Vogel-Polsky, Eliane, “L'article 119 du Traité de Rome, peut-il être considéré comme *self executing* ?”, *Journal des Tribunaux*, núm. 4570, 15 de abril de 1967, pp. 233-237.

³²⁶ TJCE, sentencia del 27 de marzo de 1981, *Macarthys*, 129/79, apartado 13 y 16, recopilación, 1980.

³²⁷ TJCE, sentencia del 19 de noviembre de 1998, *Pedersen y otros contra Foellessforeningen for Danmarks Brugsforeninger y otros*, C-66/99.

embarazo antes de ese periodo, estando imposibilitadas para trabajar. El trato discriminatorio consistía en que a los trabajadores del sexo masculino que tuvieran alguna enfermedad, en un tiempo previo a esos tres meses que les impidiera trabajar, sí se les retribuía completa e íntegramente. El Tribunal de Luxemburgo se pronuncia a favor de la parte demandante, declarando que constituye un acto discriminatorio el hecho de reducir la retribución a aquellas empleadas embarazadas que tuviesen alguna complicación, previa al periodo de tres meses de la fecha de parto, tiempo que la legislación danesa expresaba como límite para gozar de una retribución íntegra.

Ahora bien, el artículo 119 goza de aplicabilidad directa en lo que respecta a las discriminaciones directas, es decir, aquellas que son susceptibles de ser apreciadas por los solos criterios de identidad de trabajo y de igualdad de remuneración contenidos en el artículo citado, no aplicándose en los supuestos de discriminaciones indirectas o encubiertas, susceptibles de identificarse sólo por disposiciones de aplicación más explícitas de carácter comunitario o nacional.

Ciertamente en lo esencial, la aplicabilidad directa (*self-executing*) del artículo 119, implica que no se requiere la actuación de los Estados o de la propia Comunidad. Por tanto, puede ser invocado frente a los Estados miembros, quienes están obligados a garantizar su aplicación, aclarando que no sólo las autoridades públicas pueden ser fuente de conductas discriminatorias, sino también los convenios colectivos y los contratos privados.

Conviene además tener en cuenta que en el caso *Macarthy*,³²⁸ el Tribunal insiste en señalar que el artículo 119 es de aplicación directa,³²⁹ únicamente en los supuestos en que la pretendida discriminación pueda constatarse a través de comparaciones concretas, que se refieran a prestaciones de trabajo efectivamente realizadas en el mismo establecimiento por trabajadores de sexo

³²⁸ TJCE, sentencia del 27 de marzo de 1980, *Macarthy*, 129/79.

³²⁹ TJCE, sentencia del 9 de febrero de 2000, *Seymour y Pérez*, C-152/1984.

diferente, de forma que una desigualdad específica permita concluir la existencia de discriminación salarial. Por el contrario, en las discriminaciones indirectas, exigen para su constatación la determinación previa de criterios de evaluación por los órganos comunitarios o nacionales.³³⁰

E. La importancia de las sentencias Defrenne

De la innumerable jurisprudencia que el Tribunal de Justicia ha emitido, la que merece mayor atención son las sentencias Defrenne I, Defrenne II y Defrenne III, pronunciándose el Tribunal de Justicia de manera negativa en la primera de ellas.³³¹ En el asunto Defrenne II, se establece la efectividad del principio de igualdad consagrado en el artículo 119 del Tratado de Roma, al señalar que dicho principio es susceptible de ser invocado ante las jurisdicciones nacionales y afirma que forma parte de los fundamentos de la Comunidad. De igual modo, expresa que es susceptible de ser invocado ante las jurisdicciones, especialmente en el caso de discriminaciones que tengan su origen en disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajadores, así como en los casos de remuneración desigual entre trabajadores femeninos y masculinos por un mismo trabajo, cuando éste es desarrollado en un mismo establecimiento o servicio privado o público.³³²

En una interpretación similar, el Tribunal se pronuncia en el asunto Coloroll Pension Trastees, al expresar que:

El artículo 119 genera derechos para los particulares que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar, dado que la prohibición de discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos se impone no únicamente a la actividad de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a los contratos en-

³³⁰ TJCE, sentencia del 20 de febrero de 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/200.

³³¹ TJCE, sentencia del 25 de mayo de 1971, *Defrenne*, 80/70.

³³² TJCE, sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, 43/75, recopilación, 1986.

tre particulares, así como a todos los convenios que se formalizan para regular de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena.³³³

En el asunto Defrenne II,³³⁴ el Tribunal establece la importancia de lo social frente a lo económico del principio de igualdad, subrayando su doble finalidad.³³⁵ Una de carácter económico,³³⁶ al evitar, en la competencia intercomunitaria, el colocar en una situación desventajosa a las empresas que no discriminan.³³⁷ Y otra de tipo social, que consiste en asegurar el progreso y la mejora de las condiciones de vida de acuerdo a lo que establece el artículo 117 del Tratado de Roma.³³⁸ En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia expresa en el asunto Defrenne III,³³⁹ que el artículo 119 se basa en la conexión que existe entre la naturaleza de los servicios prestados y la remuneración, es decir, cierra toda posibilidad de aplicar tal principio a otras condiciones de trabajo.

El principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres es un concepto relacional de igualdad,³⁴⁰ y el trabajo desempeñado el punto comparable.³⁴¹ Conviene advertir una segunda puntualización importante respecto a las sentencias Defrenne. En el

³³³ TJCE, sentencia del 28 de septiembre de 1994, *Coloroll Pension Trustees*, C-200/91, apartado 26, recopilación 1994.

³³⁴ TJCE, sentencia del 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, 43/75.

³³⁵ TJCE, sentencia del 8 de abril de 1974, *Defrenne II*, 43/75, apartado 10, recopilación 1976.

³³⁶ Rodríguez-Piñero, Miguel, *op. cit.*, p. 1151.

³³⁷ Brown, Pheips, "Las desigualdades de salarios", *Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 41, 1990, colección Economía y Sociología del Trabajo, particularmente pp. 221-242.

³³⁸ Heide, Ingeborg, "Medidas supranacionales contra la discriminación sexual. Igualdad salarial y de trato en la Unión Europea", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, núm. 4, 1999, pp. 425-460.

³³⁹ TJCE, sentencia del 15 de junio de 1978, *Defrenne III*, 149/77.

³⁴⁰ Ortiz Lallana, M. C., "El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas por razón de sexo en el ordenamiento comunitario y en España. A propósito de la STJCEE del 10. de julio de 1986", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 29, 1987, p. 259.

³⁴¹ Rodríguez-Piñero, Miguel, *op. cit.*, p. 1153.

asunto Defrenne II, el Tribunal de Luxemburgo establece por primera vez la terminología de discriminaciones directas y discriminaciones indirectas en el tratamiento laboral de los trabajadores de distinto sexo.

F. Discriminaciones indirectas en materia retributiva

La discriminación indirecta es aquella que implica tratamientos que si bien, desde un punto de vista formal, no implican un trato discriminatorio, al llevar a la práctica este trato se traduce en consecuencias discriminatorias y perjudiciales para los trabajadores femeninos y masculinos. Por tanto, el trato discriminatorio de forma indirecta estriba en el impacto de sus consecuencias, originando de esta manera resultados desfavorables para cualquier trabajador, ya sea mujer o del sexo masculino.

Dada la complejidad que supone este tipo de discriminaciones, la Directiva 75/117, en su artículo 1o., párrafo 2, expresa que cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y deberá establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo. Así pues, dispone el criterio objetivo para la determinación de los salarios de las mujeres y hombres en el mercado de trabajo, evitando que las categorías profesionales puedan ser catalogadas en la feminización, determinándoles una retribución menor.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal comunitario ha emitido diversas sentencias respecto a la discriminación indirecta entre hombres y mujeres. Un ejemplo es el caso Krüger,³⁴² que se plantea por la negativa del pago de una prima de navidad, prestación otorgada a todos los trabajadores, a excepción de aquel grupo de trabajadores que se encontraban dentro de la modalidad laboral de tiempo parcial, grupo conformado

³⁴² TJCE, sentencia del 9 de septiembre de 1999, *Krüger*, C-281/97.

mayoritariamente por mujeres. En este asunto se reitera el criterio jurisprudencial que considera retribución, todo tipo de gratificación, ya sea en dinero o en especie, derivada de la relación de trabajo. El Tribunal resuelve expresando que dicha negativa, previamente acordada contractual o voluntariamente, constituye discriminación indirecta por razón de sexo en materia salarial, al afectar en su gran mayoría a mujeres.

Un buen número de asuntos que constituyen discriminación indirecta en materia retributiva corresponde a supuestos en los que los trabajadores que resultan perjudicados son quienes desempeñan trabajos a tiempo parcial, correspondiendo a un importante número de mujeres. De ahí que por vía jurisprudencial, el Tribunal de Luxemburgo haya establecido la relación directa entre las discriminaciones indirectas y los tratamientos discriminatorios en la modalidad laboral de tiempo parcial.

En el mismo sentido, en la sentencia *Jenkins*,³⁴³ cuestión planteada por una empleada a tiempo parcial y quien percibía por concepto de remuneración un porcentaje inferior, concretamente un 10% menos con respecto a otro trabajador varón, quien laboraba a tiempo completo, desempeñando ambos un trabajo idéntico. Aquí el Tribunal expresó que la remuneración inferior que percibían las empleadas a tiempo parcial, en principio no constituía discriminación; sin embargo, dicho tratamiento pudiera considerarse como tal en el supuesto de utilizarlo como un medio indirecto para una retribución inferior a los trabajadores a tiempo parcial, evidentemente mujeres.

Otro ejemplo es el asunto *Bilka*,³⁴⁴ en el que el Tribunal resolvió que las prestaciones de un plan de pensiones igualmente forman parte de la retribución pagada al trabajador. Este asunto lo plantea la señora *Bilka*, quien habiendo laborado inicialmente más de diez años a tiempo completo en un gran almacén, y posteriormente a tiempo parcial, pretendía acceder al plan de pen-

³⁴³ TJCE, sentencia del 9 de febrero de 1981, *Jenkins*, 96/80.

³⁴⁴ TJCE, sentencia del 13 de mayo de 1986, *Bilka*, 170/84.

siones que otorgaba la empresa, quien ofrecía dicha prestación únicamente a aquellos trabajadores que hubiesen laborado quince años a tiempo completo. Tal condición fue considerada discriminación indirecta por el órgano jurisdiccional europeo, toda vez que quienes resultaban perjudicadas eran mujeres que desempeñaban trabajo a tiempo parcial, medida que aparentemente se consideraba neutral, sólo que de manera indirecta la práctica resultaba perjudicial para las empleadas a tiempo parcial. Así lo declaraba el órgano jurisdiccional comunitario:

Quando una empresa de grandes almacenes excluye a los trabajadores a tiempo parcial de su plan de jubilaciones, cuando dicha exclusión afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, infringe el artículo 119 del Tratado CEE, a menos que la empresa demuestre que dicha exclusión se base en factores objetivamente justificados y sin ninguna discriminación por razón de sexo.

El mismo sentido se expresa en la sentencia *Nimz*³⁴⁵ contra *Freie und Hansestadt Hamburg*, en el que se plantea un acuerdo en contrato colectivo mediante el cual a trabajadores a tiempo parcial (mujeres) se les requería un periodo mucho más largo para poder ser considerados dentro de una categoría superior, y por tanto, percibían una mejor remuneración. El Tribunal comunitario expresó que no era aplicable la autonomía de los interlocutores sociales, destacando la claridad con la que el artículo 119 disponía la igualdad de retribución entre mujeres y hombres que realizaban un mismo trabajo o de igual valor. De esta manera declaraba que el grupo desfavorecido debía estar considerado al nivel del grupo favorecido, reconociendo el principio de igualdad de trato referido a una igualación al alza, es decir, los miembros de la categoría perjudicada por tal discriminación, debían gozar de un trato igual al de los demás trabajadores.³⁴⁶

³⁴⁵ TJCE, sentencia del 7 de febrero de 1991, *Nimz*, C-184/89.

³⁴⁶ Traversa, E., "Jurisprudence communautaire en matière de politique sociale", *Revue trimestrielle de Droit européen*, núm. 1, 1993.

Un criterio similar se sostiene en la sentencia Enderby,³⁴⁷ relativa al sistema retributivo del servicio público de sanidad del Reino Unido, a través del cual a los farmacéuticos, todos ellos varones, se les pagaba un porcentaje superior respecto a los trabajadores logopedas, todas ellas mujeres, acuerdo establecido por convenio colectivo. En este sentido, el órgano jurisdiccional comunitario resuelve que aun cuando se haya establecido por convenio colectivo, una normativa mediante la cual se estableciese diferente remuneración entre trabajadores de distinto sexo, el empleador debe basarse en el principio de igualdad de retribución, independientemente del número de sindicatos representantes de los trabajadores.

Un supuesto similar se analiza en la sentencia Hill y Stapleton,³⁴⁸ esta vez en el caso de trabajo compartido y relativo al cálculo de antigüedad laboral. En este asunto, las dos demandantes se desempeñaban en un plan de puesto de trabajo compartido, en el que dos años eran considerados, por una normativa nacional, como un año completo. Esta cuestión resultaba perjudicial a un 98% de empleos compartidos, desempeñados por mujeres, lo que también suponía una mayor lentitud en el nivel salarial. El Tribunal Comunitario resuelve que tal norma resultaba contraria al principio de igualdad de retribución, excepto si se justificase únicamente a través de factores objetivos.

En esta sentencia, el órgano jurisdiccional expresa claramente el aspecto feminizado de la compaginación de la vida familiar y laboral, dado que las mujeres que desempeñaban este tipo de trabajo compartido, lo habían elegido precisamente por ello.

G. La carga de la prueba en materia salarial

Ahora bien, por lo que se refiere al ámbito jurídico, la carga de la prueba constituye una norma procedimental, mediante la

³⁴⁷ TJCE, sentencia del 27 de septiembre de 1993, *Enderby*, C-127/92.

³⁴⁸ TJCE, sentencia del 17 de junio de 1998, *Hill y Stapleton*, C- 243/95.

cual si una persona alega una cuestión ante alguna instancia judicial, le corresponde probar los hechos en los que fundamenta su reclamo.

Aunado a ello, el Tribunal de Justicia ha interpretado la carga de la prueba en un significativo número de sentencias relacionadas a la igualdad retributiva. En esta materia específica, resulta aplicable la Directiva 97/80, relativa a la carga de la prueba en los supuestos de discriminación por razón de sexo, cuyo ámbito de aplicación se extiende a lo establecido en el artículo 119, así como también a las directivas comunitarias en materia de igualdad de retribución, en el acceso al empleo y condiciones de trabajo, la concerniente al Acuerdo sobre el permiso parental, así como también la relativa a las medidas de seguridad y salud de la mujer embarazada.

Al referirnos a la discriminación indirecta y la carga de la prueba en materia salarial, corresponde a la parte demandada ofrecer elementos que determinen de manera efectiva, que de la aplicación de determinados criterios aparentemente neutrales, los resultados no supongan un trato discriminatorio. En esta misma línea, nos da la pauta el artículo 4o., párrafo 1, de la Directiva comunitaria 97/80 de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo,³⁴⁹ que a la letra dice:

Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, presente ante un órgano jurisdiccional u otro órgano, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, y corres-

³⁴⁹ “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”, *Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Textos comunitarios*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, pp. 15-17.

ponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.³⁵⁰

El principio de igualdad de retribución en materia de carga de la prueba no es considerado por el Tribunal de Luxemburgo de manera absoluta, dado que en la sentencia Jenkins,³⁵¹ se declara que el artículo 119 se cumple aun en el supuesto en que la diferencia de remuneración entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial se justifique mediante factores objetivos y razonados, con total independencia del sexo del trabajador.

No obstante ello, establece que tomando en cuenta la difícil compaginación de la vida familiar y laboral, si se comprueba que un porcentaje considerable de mujeres cubre el número de horas mínimo por semana para ser consideradas en el pago de una retribución igual a la percibida por aquellos trabajadores que desempeñan un horario laboral de tiempo completo, ello corresponderá a una práctica salarial discriminatoria por parte del empresario, que no podrá ser justificada de manera objetiva, constituyendo a todas luces una discriminación por razón de sexo.

En términos similares, en el asunto Bilka, el Tribunal de Justicia declaró que la inversión de la carga de la prueba corresponde al empresario, quien deberá justificar con motivos objetivos y razonados, la política empresarial que haya supuesto un tratamiento discriminatorio, y ya no sólo deberá argumentar las necesidades específicas de la empresa, sino también el haber utilizado los medios idóneos para finalidades determinadas.³⁵²

En este mismo sentido, merece especial referencia la sentencia Handels,³⁵³ asunto que plantea a quién corresponde la carga de

³⁵⁰ “Directiva 98/52/CE del Consejo de 13 de julio de 1998 relativa a la ampliación de la Directiva 97/80/CE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”, *Diario Oficial*, núm. L 205 de 22/07/1998.

³⁵¹ TJCE, sentencia del 9 de febrero de 1981, *Jenkins*, 96/80.

³⁵² Sánchez López, Ma. Belén, *op. cit.*, p. 34.

³⁵³ TJCE, sentencia del 17 de octubre de 1989, *Handels*, 109/88.

la prueba en el supuesto que entre dos trabajadores de diferente sexo, exista una diferencia retributiva, desempeñando ambos un mismo trabajo o bien, un trabajo de igual valor. El Tribunal declara que si se desprende que un sistema de retribución no cuenta con la transparencia debida, de la que se derive el hecho de que las mujeres perciban un porcentaje inferior con respecto a los varones, y en cuya demanda se aporten pruebas que se consideren indicios suficientemente razonados, corresponde al empleador demostrar que el sistema de retribuciones es ajeno a toda estimación basada en el sexo.

Por tanto, resuelve que cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, la carga de la prueba recae sobre el empresario, obligado a comprobar que su política de salarios no resulta discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos. En esta sentencia, resulta interesante saber que la parte demandante aportó, como medio probatorio de su alegación, las estadísticas a través de las cuales se demostraba que las mujeres percibían un porcentaje menor respecto a sus compañeros varones.

Los requisitos de elementos de justificación objetiva y razonada —necesidad de la empresa y proporcionalidad de los medios empleados que justificasen las diferencias retributivas— se ampliaron a lo que la legislación nacional dispusiera al respecto.

A todo ello resulta interesante la sentencia *Rinner*,³⁵⁴ asunto en donde la señora *Rinner-Kühn* impugna la legalidad de la normativa alemana, mediante la cual se obligaba a los empleadores a cubrir una retribución salarial por concepto de licencia por enfermedad, máximo por seis semanas. Sin embargo, la legislación nacional excluía a aquellos trabajadores que laboraban a tiempo parcial (mujeres), cubriendo un horario laboral menor de diez horas por semana, o bien cuarenta y cinco horas mensuales. La

³⁵⁴ TJCE, sentencia del 13 de julio de 1989, *Rinner*, 171/88.

señora Rinner-Kühn laboraba diez horas por semana, y reclamaba el pago de ocho horas, tiempo durante el cual no podía trabajar. El Tribunal confirmó la disposición nacional al desestimar la alegación particular y expresar que tal medida no era contraria al derecho comunitario, justificando tanto su necesidad como su finalidad. De esta manera declaró que:

El artículo 119 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido que prohíbe toda ley nacional que permita a los empleadores no seguir pagando el salario en caso de enfermedad a los trabajadores, cuyo horario normal de trabajo no exceda de diez horas semanales o cuarenta y cinco horas mensuales, si dicha medida afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, a menos que el Estado miembro demuestre que la legislación en cuestión está justificada por factores objetivos que no tengan nada que ver con la discriminación por razón de sexo.