

# CONTRIBUCIÓN DEL DERECHO EUROPEO A LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA: SU ESPECIAL INCIDENCIA EN EL CASO ESPAÑOL

*Olimpia Molina Hermosilla*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Jaén,  
España

---

## **Abstract**

The average wages received by women are lower than those received by men for doing the same work or work of equal value in all European countries, to the extent that we are facing one of the most obvious and persistent signs of workplace discrimination suffered by women with regard to men, although it is not the only one; difficulties in access and working conditions, sectoral and occupational segregation, or the negative impact on female employment rates caused by the absence of co-responsibility policies in tasks of childcare and care of dependent persons, are clear signs of the continued disadvantage that, even today, still affects all women in the European Union compared to men; a disadvantage that is felt with greater or lesser intensity depending on the Member State under consideration. This situation is noted particularly severely in those Member States that are still suffering today in their labour market the negative consequences of the economic and financial crisis that has been affecting Europe in recent years, as in the particular case of Spain.

The persistence and magnitude of this manifestation of labour discrimination suffered by women has led to the appearance of the term “gender pay gap”, to denote the indicator that measures the relative difference between average gross hourly earnings for work obtained by women and men, considering the economy as a whole.

The purpose of this study is to highlight the contributions of European Law and of the doctrine established by the Court of Justice of the European Union, that are being made to reduce this wage gap, as well as the impact that one and the other has internally in the Member States, with particular reference to the study of this question in the case of Spain, due to the worrying reverse being suffered by the right to effective equality between women and men in terms of access and participation in the labour market in this country in recent years.

---

**Keywords:** Law, sex discrimination, labour market, case law, equal pay for equal work, gender wage gap

---

### **Resumen**

Los salarios medios que perciben las mujeres son inferiores a los que perciben los hombres por la realización de igual trabajo o trabajo de igual valor en todos los países de la Unión Europea, hasta el punto de tratarse de una de las más evidentes y persistentes manifestaciones de discriminación laboral que padecen las mujeres con respecto a los hombres, aunque no es la única: las dificultades en el acceso al empleo, la segregación sectorial y ocupacional, o la negativa incidencia en las tasas de empleo femeninas de la ausencia de políticas de corresponsabilidad, en la asunción de las tareas de cuidado de menores y personas dependientes, constituyen evidentes manifestaciones de la persistente desventaja que aún en nuestros días, sigue afectando a todas las mujeres de la Unión Europea en comparación con los hombres, desventaja que se dejará sentir con mayor o menor intensidad, dependiendo del Estado miembro que tomemos en consideración. Esta realidad se registra además con especial crudeza en aquellos Estados miembros que aún a día de hoy, siguen arrastrando sobre su mercado de trabajo las consecuencias negativas de la crisis económica y financiera que ha venido afectando en los últimos años a Europa, como es el caso particular de España.

La persistencia y magnitud de esta manifestación de discriminación laboral ha propiciado que se acuñe el término de “brecha salarial de género”, para designar al indicador que mide la diferencia relativa entre la ganancia media bruta por hora de trabajo que obtienen las mujeres y la que obtienen los hombres, considerando la economía en su conjunto.

El objeto de este estudio es tratar de poner de manifiesto las aportaciones que desde el Derecho Europeo, así como desde la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se vienen realizando para reducir esta brecha salarial, así como las repercusiones que unas y otras tienen en el ámbito interno de los Estados miembros, con especial referencia al estudio de esta cuestión en el caso de España, debido al preocupante retroceso que el derecho a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, está experimentando en este país, en los últimos años.

---

**Palabras Clave:** Derecho, discriminación por sexo, doctrina jurisprudencial, mercado de trabajo, igual salario por trabajo de igual valor, brecha salarial por género

## **Introducción**

El día 22 de febrero se ha elegido en Europa como fecha emblemática para llamar la atención sobre una vergonzante realidad: las discriminaciones salariales que padecen las mujeres por el simple hecho de serlo. Y es que los salarios medios de éstas son inferiores a los que perciben los hombres por la realización de igual trabajo o trabajo de igual valor en todos los países de la Unión Europea, tanto en el empleo público, como en el privado, en todas las ocupaciones, en todos los sectores, en todos los tramos de edad, en todos los niveles de cualificación. En definitiva, en todos los casos. De esta forma, la discriminación salarial se ha convertido en nuestros días en una de las principales manifestaciones de la desigualdad laboral entre mujeres y hombres, aunque no es la única.

Se trata además de una materia compleja, puesto que las fronteras que delimitan la simple desigualdad retributiva basada en factores objetivos, de aquellas otras situaciones constitutivas de discriminación por razón de sexo, no siempre resultan fáciles de delimitar en la práctica.

En nuestros días contamos con una larga tradición de normas a nivel europeo, de clara inspiración antidiscriminatoria, a lo que hay que sumar la destacada labor que en este ámbito, viene realizando la jurisprudencia comunitaria. Pese a ello, no ha sido posible hasta el momento, terminar con las diferentes condiciones que amparadas en el factor sexo, encuentran las mujeres y los hombres a la hora de desarrollar su actividad laboral en Europa y que llegan a afectar a distintos aspectos de las relaciones laborales y de manera fundamental al ámbito retributivo, por las importantes implicaciones posteriores que de ello se harán derivar, y que se dejarán sentir incluso más allá de la propia vigencia de la relación laboral en que se originan.

## **Alcance Del Concepto De Retribución A Efectos De Valorar Una Posible Discriminación**

Una de las primeras delimitaciones que debemos realizar en el estudio de la discriminación salarial, hace referencia a la necesidad de determinar qué partidas o conceptos entrarán dentro del término jurídico de retribución.

En este sentido, el Tratado de la Unión Europea, ya en su versión originaria, aportaba en su art. 119, una definición de retribución que se mantiene en la versión actual del art. 157 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, donde puede leerse:

*1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.*

2. *Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.*

*La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:*

- a. *que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;*
- b. *que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.*

3. *El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.*

4. *Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.*

No obstante, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha sido decisiva para la aclaración de partidas que en principio, podían suponer ciertas dudas, respecto a su inclusión o no en este concepto. Según esta doctrina, hemos de entender que resulta contrario a Derecho Europeo, toda discriminación retributiva (Asunto C- 262/88 Barber), incluyéndose dentro del concepto de retribución, todas las gratificaciones actuales o futuras satisfechas por un empresario a un trabajador, en razón de la relación de trabajo, ya sean pagadas en virtud de un contrato de trabajo, de disposiciones legales o de carácter voluntario (Asunto C- 333/97 Lewen). Este mismo criterio se mantiene en pronunciamientos posteriores (Asunto C- 351/00 Pirko Niemi, de 12 de agosto de 2002; C-17/05 Cadman, 3 de octubre de 2006; Asunto C 300/05 Voss, Sentencia de 6 de diciembre de 2007 y C- 46/2007, Comisión c. Italia, Sentencia de 13 de noviembre de 2008.)

Por tanto, la interpretación del Tribunal europeo en este caso podemos afirmar que ha venido marcada por un claro carácter extensivo<sup>1</sup>, quedando incluidas dentro del concepto de

---

<sup>1</sup> Jaime Cabeza Pereiro “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”; *Lan Arremanak. Revista de Relaciones Laborales*; núm. 25; 2012; pp. 79-98.

retribución, las prestaciones pagadas por el empresario a los trabajadores, en concepto de complemento a las pensiones reconocidas por el sistema legal de Seguridad Social (Sentencia de 25 de mayo de 1971, asunto 80/70, *Defrenne (I)*; Asunto *Bilka-Kaufhaus*); las indemnizaciones por despidos (Asunto *Barber C-268/88*, sentencia de 17 de mayo de 1990); así como la obligación de la empresa de continuar el pago del salario del trabajador durante su enfermedad (Sentencia de 13 de julio de 1989, asunto 171/88, *Rinner-Kühn* y Sentencia de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03, *McKenna*). Igualmente, entrarán dentro del concepto de retribución, las gratificaciones que el empresario abona, en virtud de disposiciones legislativas o en razón de un contrato de trabajo, a una trabajadora durante su permiso de maternidad (Sentencia de 13 de febrero de 1996, asunto C-342/93, *Gillispie*, sentencia de 27 de octubre de 1998, asunto C-411/96, *Boyle* y Sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto *Abdoulaye*,) y la denominada “gratificación por Navidad”, la cual, deberá seguir abonándose durante el permiso de maternidad (Sentencia de 21 de octubre de 1999, asunto C-333/97, *Lewen*).

### **Discriminación Salarial O Simple Desigualdad**

Una vez delimitado el concepto de retribución, la siguiente precisión que conviene realizar consiste en delimitar el concepto mismo de discriminación, a los efectos de distinguir estas situaciones que merecen la tacha de ilegalidad, de aquellas otras que pese a conllevar una diferencia en la retribución que perciben hombres y mujeres, la misma pueda encontrar justificación en razones objetivas, situándose con ello fuera de los contornos de la discriminación.

En efecto, no toda desigualdad retributiva entre mujeres y hombres será susceptible de ser considerada discriminación. Así, es posible atender a la concurrencia de una serie de razones objetivas que pueden justificar diferencias salariales entre unas y otros, como pueden ser las diferentes clases de ocupación que suelen realizar, el perfil profesional, el tipo de jornada, la modalidad contractual, entre otras.

Pero junto a ellas, también encontramos la concurrencia de circunstancias que carecen de justificación y cuya persistencia en nuestros días, obedece únicamente a la vigencia de prejuicios sociales, de los que se hace derivar una devaluación social y económica de los trabajos que desempeñan mayoritariamente las mujeres, y por ende, un tratamiento injusto para éstas, sin que el mismo encuentre fundamento en razones objetivas.

Sobre este particular ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente el TJUE, cuyas aportaciones al ámbito de la lucha contra la discriminación laboral en general y de modo particular, contra la discriminación salarial, resultan más que significativas. En concreto, en

este caso, puede traerse a colación la Sentencia emitida en el asunto *Bilka* (1986), según la cual, será el juez nacional el competente para determinar si los motivos alegados por la empresa pueden ser considerados razones económicas objetivamente justificadas de la existencia de diferencias salariales. Llegado tal caso, y si la empresa logra demostrar que responden a una efectiva necesidad de política empresarial, la circunstancia de que tales medidas afecten a un número muy superior de trabajadoras que de trabajadores, no será suficiente a juicio de este Tribunal, para llegar a considerarlas como infracción del artículo 119, y por tanto, prácticas constitutivas de discriminación. A este pronunciamiento le han seguido otros en la misma línea (asunto *Danfoss*, 1989).

Más tarde, en el asunto *Enderby* (1993) el Tribunal admite que la situación del mercado de trabajo puede constituir un argumento suficiente para justificar una diferencia salarial: “*la situación del mercado de trabajo, que puede llevar a un empleador a incrementar la retribución de un trabajo concreto..., puede ser una de las razones económicas objetivamente justificadas... La determinación del alcance exacto de un factor de este tipo en las circunstancias de cada caso requiere una apreciación de los hechos y, por consiguiente, es competencia del órgano jurisdiccional nacional*”. Se trata sin duda de un argumento peliagudo, que no ha vuelto a ser analizado posteriormente por este Tribunal, pero que conlleva un alto riesgo en la lucha contra las discriminaciones laborales, puesto que admitir sin más razones de mercado, puede conllevar a la postre, la tolerancia de muchas de las discriminaciones que en el mercado de trabajo europeo padecen las mujeres.

Lo cierto es que más allá de las situaciones de desigualdad salarial que puedan quedar objetivamente justificadas, la discriminación retributiva que sufren las mujeres, ha llegado a ser un fenómeno tan evidente y persistente en Europa, que incluso se ha acuñado el término “brecha salarial por género” para designar al indicador que mide la diferencia relativa entre la ganancia media bruta por hora de trabajo que obtienen las mujeres y la que obtienen los hombres, considerando la economía en su conjunto. Ello arroja como resultado que como media, una mujer en Europa realizando un trabajo de igual valor que un hombre, tenga que trabajar 418 días (hasta el 22 de febrero, del siguiente año), para igualar la misma retribución que el hombre percibe durante un año.

Ante esta situación, se sintió la necesidad por parte de las instituciones comunitarias de llamar la atención de la sociedad europea sobre esta persistente discriminación laboral hacia las mujeres. Para ello, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución de 18 de noviembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la aplicación del principio de la

igualdad de retribución entre hombres y mujeres (2008/2012 /INI), designándose precisamente el día 22 de febrero, como Día Europeo por la Igualdad Salarial.

### **Contribución De La Unión Europea A La Lucha Contra La Discriminación Salarial**

A nivel internacional Organismos como ONU-Mujeres<sup>2</sup>, OCDE<sup>3</sup>, Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la propia Unión Europea, vienen empeñando esfuerzos y políticas para erradicar este tipo de discriminación laboral, al tiempo que tratan de llamar la atención a los Estados miembros para que apliquen medidas tendentes a su superación.

En efecto, el elenco de esfuerzos normativos empeñados en esta materia a nivel internacional resulta muy destacado. Así, en el ámbito de Naciones Unidas el instrumento básico en esta materia es el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), cuyo artículo art. 11.d) impone el deber a los Estados partes de adoptar todas las medidas necesarias para evitar la discriminación entre mujeres y hombres y asegurar a todas las mujeres “*el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo*”.

La OIT por su parte, a través de su Convenio núm. 100, de 1951, sobre igualdad de remuneración, establece en su art. 2º: “*1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en 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. 2. Este principio se deberá aplicar por medio de: a) la legislación nacional; b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o d) la acción conjunta de estos diversos medios*”.

Ya en el ámbito del Consejo de Europa, Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, establece en su artículo 4.3, bajo el título “*derecho a una remuneración equitativa*”, el

---

<sup>2</sup> Se recomienda la consulta de dos recientes publicaciones de ONU-Mujeres, en las que se aborda la mayor capacidad de las economías para superar las crisis económicas y financieras cuando se pone el énfasis en políticas de igualdad de género: Jayati Ghosh. *Economic crises and women's work. Exploring progressive strategies in a rapidly changing global environment*. United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women. 2013; <http://www.unwomen.org/wp-content/uploads/2013/01/Economic-crises-and-womens-work.pdf>; Naila Kabeer *Paid work, women's empowerment and inclusive growth: Transforming the structures of constraint*. United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women; 2013; <http://www.unwomen.org/wp-content/uploads/2013/01/Paid-work-women's-empowerment-and-inclusive-growth.pdf>

<sup>3</sup> *Closing the gender gap: act now*. OCDE; 2013. Puede consultarse en: [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/occd/social-issues-migration-health/close-the-gender-gap-now\\_9789264179370-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/occd/social-issues-migration-health/close-the-gender-gap-now_9789264179370-en)

compromiso de los contratantes de *“reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor”*.

Por lo que respecta a la normativa de la Unión Europea, tal y como hemos visto, ya desde el propio Tratado Fundacional de Roma de 25 marzo 1957, se contiene una alusión a la no discriminación salarial, en concreto en su art. 119. Como sabemos, en su origen, estos objetivos eran predominantemente de carácter económico y se encontraban supeditados a la finalidad de evitar posibles distorsiones a la competencia entre los Estados miembros, que pudieran venir provocadas por legislaciones nacionales más permisivas<sup>4</sup>.

Posteriormente, el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor, quedó incorporado al Derecho derivado de la Unión Europea, a través de la Directiva 75/117/CEE, art. 1º: *“el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará “principio de igualdad de retribución”, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse en criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”*.

Con el Tratado de Ámsterdam el principio de igualdad retributiva aparece ya dotado de un claro carácter social, y el derecho a la igualdad se libera de las anteriores connotaciones económicas. Como expresa ahora el art. 10 del TFUE, *“en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo”*. Por su parte, el art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea establece que *“la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”*.

Por lo que respecta a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, este principio se recoge en su art. 23, apartado primero *“igualdad entre mujeres y hombres”*, según el cual *“la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”*.

La 2002/73/CE introdujo algunas aportaciones al ámbito de la discriminación retributiva, entre ellas, como veremos más adelante, una definición de discriminación

---

<sup>4</sup> Magdalena Nogueira Guastavino “La progresiva política social de la Unión Europea”; *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*; Tirant lo Blanch; Valencia; 2012; pp. 27-58.

indirecta (art. 2.1.b). También aporta un concepto de retribución, en su art. 2.1.e): “*el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo*”. Y, sin duda, es de singular importancia todo el Título. III el cual, aborda el problema fundamental de la efectividad de los derechos reconocidos en la Directiva<sup>5</sup>.

En el año 2010 se aprueba la Carta de la Mujer (COM (2010)78.) en la que se establecen cinco áreas prioritarias de actuación, que posteriormente son recogidas en la Estrategia Europea para la Igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 (COM (2010) 491 final). Una de estas áreas prioritarias hace referencia precisamente a la Igualdad salarial por trabajo igual o trabajo de igual valor.

El informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea correspondiente al año 2011 (2011/2244(INI) reconoce que pese a los esfuerzos realizados en los últimos años, el diferencial retributivo entre hombres y mujeres sigue siendo muy importante en todos los Estados miembros, por lo que les solicita que multipliquen sus esfuerzos en la aplicación de la normativa europea, con el fin de lograr reducir este diferencial; se aboga igualmente por la inclusión como objetivo europeo, de lograr la reducción en un 10 % del diferencial retributivo que presenta cada Estado miembro.

### **La Labor Del Tribunal De Justicia De La Unión Europea**

Todo este marco normativo surgido en la Unión Europea ha propiciado una ingente labor interpretativa desarrollada por TJUE.

Más de dos décadas antes de que el derecho a la no discriminación retributiva quedase liberado de las anteriores connotaciones económicas, la doctrina sentada por el TJUE había ya dotado a este derecho de una perspectiva social, al incluirlo entre los propios fundamentos de la entonces Comunidad Económica Europea (Sentencia *Defrenne II*, 8 abril 1976, asunto 43/75).

Al mismo tiempo, el TJUE intentó clarificar las diferencias entre discriminación directa y abierta que “*cabe advertir meramente sobre la base de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución*” y aquellas otras discriminaciones indirectas y encubiertas “*que solamente pueden identificarse en función de disposiciones de desarrollo más explícitas, de carácter comunitario o nacional*”. En esta doctrina del Tribunal Europeo se encuentran claras

---

<sup>5</sup> Un estudio en profundidad de esta temática puede consultarse en M<sup>a</sup> Amparo Ballester Pastor “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”; *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*; núm 92; 2011; pp 207-256.

influencias de la doctrina sentada años antes por el Tribunal Supremo Federal de USA respecto a “*disparate impact*”, si bien ésta última encontró desarrollo en el ámbito de la discriminación racial<sup>6</sup>.

En el asunto *Hlozek*, C-19/02, sentencia de 9 de diciembre de 2004, el Tribunal considera que “*el principio de igualdad de retribución, al igual que el principio general de no discriminación..., lleva implícito que los trabajadores y las trabajadoras a los que se aplica deben encontrarse en una situación idéntica o comparable*. En este sentido, las primeras sentencias del TJUE en realidad, no planteaban grandes problemas en la aplicación del entonces art. 119 del Tratado de Roma, porque era evidente que los hombres y las mujeres se encontraban en situación comparable, por lo que resultaba clara la discriminación cometida sobre éstas últimas<sup>7</sup>.

Será el órgano judicial interno el que deba decidir sobre la procedencia de la técnica de comparación, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso. En este sentido, será posible observar la comisión de discriminación pese a que los trabajos objeto de comparación, no sean estrictamente del mismo valor. Así lo ha entendido el Tribunal de Luxemburgo, por ejemplo, cuando el sujeto con el que se ejerce la comparación es un trabajador varón, cuyo trabajo es de inferior valor, pero pese a ello, percibe más salario que la mujer demandante (Asunto 157/86 *Murphy*, sentencia de 4 de febrero de 1988).

Tampoco resulta necesario que la fuente reguladora del salario de las dos personas o grupos puestos en comparación sea la misma, ya que en un caso, el salario puede venir fijado en sede convencional y en el otro tener su origen en una ley (Asunto C-127/92, *Enderby*, sentencia de 27 de octubre de 1993).

A través del análisis de la doctrina sentada por el TJUE es posible llegar a identificar ciertos criterios que generan una presunción de existencia de discriminación por razón de sexo. Uno de estos, que además actualmente ha cobrado especial interés, por las connotaciones que se harán derivar para el Derecho Español, ya lo anticipó en su día el TJUE, en el asunto *Jenkins* (1981), y es el que hace referencia al tratamiento peyorativo que reciben los trabajadores a tiempo parcial, por la significativa feminización que este colectivo presenta como denominador común en todos los Estados miembros.

---

<sup>6</sup> Pamela L. Perry. “Two faces of disparate impact discrimination”. *Fordham Law Review*; vol.59; 1991, pp. 523-593. <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol59/iss4/3>

<sup>7</sup> Así, a título de ejemplo, en el analizado asunto *Defrenne II*, se trataba de la diferente retribución percibida entre azafatas y auxiliares de vuelo, que desarrollaban el mismo trabajo.

Como decimos, este criterio cobra especial actualidad en el caso de España, si bien no directamente en el ámbito retributivo, sino en el ámbito de los derechos derivados del Sistema interno de Seguridad Social, por el reciente pronunciamiento emitido el TJUE en su Sentencia de 22 de noviembre de 2012, (Asunto C-385/11, Elbal Moreno), al entender que la legislación española aplicable en materia de protección social a los trabajadores a tiempo parcial, no es acorde al artículo 4 de la Directiva 79/7/CE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en lo que respecta a la fórmula de cálculo de los períodos de carencia que dan derecho a una pensión contributiva.

El litigio que da origen a esta sentencia, se refiere en concreto a la solicitud de pensión de jubilación planteada por una trabajadora a tiempo parcial, con una jornada muy reducida, cuatro horas de trabajo a la semana, que había trabajado 18 años. En este caso, el TJUE se detiene a analizar la potencial existencia en la legislación española de una discriminación indirecta. Según el TJUE, la normativa controvertida, a causa del método empleado para calcular el período de cotización, priva en la práctica a los trabajadores a tiempo parcial, y más aún en el caso de aquellos que durante muchos años están vinculados por jornadas muy reducidas, como es el caso enjuiciado, de toda posibilidad de obtener tal pensión. Durante el proceso queda estadísticamente acreditado que al menos el 80% de los trabajadores que desarrollan su actividad a tiempo parcial en España, son mujeres. De esta forma, el Tribunal de Luxemburgo declara que *“el artículo 4 de la Directiva 79/7CE debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”*. No habiéndose acreditado por el Estado español, que esta normativa encuentre su base en criterios objetivos, ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, ni tampoco que responda a una finalidad legítima de política social, queda declarada contraria a Derecho. Se trata ésta de una sentencia que provocará en el ámbito interno que nuevamente se reabra el debate legislativo respecto a la nueva regulación con que, en materia de protección social habrá que dotar al contrato a tiempo parcial, con el fin de lograr su adaptación al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, superando con ellos las carencias que en la actualidad presenta esta legislación.

También ha sido analizada por la Corte de Luxemburgo la desproporcionada toma en consideración de la antigüedad, como causa objetiva de diferencias salariales entre mujeres y hombres, al estar esta cualidad más presente en las relaciones laborales de estos últimos. Así, en sentencia de 17 de octubre de 1989, asunto 109/88, *Danfoss*, el TJUE afirma que puesto que *“la antigüedad es paralela a la experiencia y ésta, en general, coloca al trabajador en la situación de cumplir mejor sus tareas, el empresario puede retribuirla sin tener que demostrar la importancia que reviste para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador”*.

Años más tarde, en el asunto *Cadman*, C-17/05, sentencia de 3 de octubre de 2006, el TJUE reitera su doctrina respecto a la no necesidad de justificación concreta de que se pague la antigüedad, pese a su carácter posiblemente lesivo para las trabajadoras. Pero ahora reconoce el TJUE que pueden existir situaciones, que deberán ser evaluadas por el órgano jurisdiccional interno, en las que el empresario sí tenga que justificar de forma concreta la utilización del criterio de antigüedad, lo cual sucederá si la parte demandante aporta datos que generen dudas fundadas respecto a su idoneidad para el desempeño concreto de las tareas encomendadas. Si así sucede, *“incumbe entonces al empresario acreditar que aquello que es cierto por regla general, a saber, que la antigüedad va de la mano con la experiencia y que ésta coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, lo es también en lo que atañe al puesto de trabajo de que se trata”*.

Esta doctrina judicial reviste también un especial interés en el concreto caso español, debido a la larga tradición convencional que como analizaremos en las páginas siguientes, existe en la toma en consideración de este complemento salarial, y por tanto, en la intensidad de las consecuencias negativas que para las mujeres se derivan de esta práctica convencional.

Como normal general, podemos afirmar que es posible apreciar un tratamiento despreciativo hacia ocupaciones o colectivos feminizados, aunque no siempre resulte fácil determinar la causa de este tratamiento y por tanto tampoco, la prueba del mismo.

En este sentido, cobra especial interés una cuestión que también ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina del TJUE, como es la relativa al valor de la prueba estadística, a efectos de constatar que se está produciendo efectivamente un perjuicio sobre un colectivo feminizado. Se trata de un medio probatorio que ha tenido una gran importancia, a la hora de acreditar discriminaciones indirectas, pero que no obstante, ha visto con el tiempo disminuida su relevancia, debido a la propia evolución experimentada por el concepto de discriminación indirecta, que recoge la Directiva 2006/54/CE, que viene a superar la anterior definición contenida en la Directiva 97/80/CE (art. 2.2) según la cual, existía discriminación indirecta,

cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro, afectase a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición no resultase adecuada y necesaria y pudiera justificarse con criterios objetivos, que no guardasen relación con el sexo. En la actual redacción que recoge la Directiva 2006/54/CE no se hace referencia ya a criterios de proporción en la afectación, sino que se entiende por discriminación indirecta aquellas disposiciones, criterios o prácticas que siendo aparentemente neutras, “*sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*”. En otras palabras, ya no se trata tanto de afectar a colectivos de personas, sino que se valorará si se causan desventajas particulares a personas de un sexo determinado, tratándose por tanto, de un importante cambio normativo que habrá de tener su lógico reflejo en sede judicial.

### **Estado De La Cuestión En España**

El mercado de trabajo español se encuentra fuertemente estratificado, con presencia de determinados sectores de actividad claramente feminizados, que llevan aparejado un menor reconocimiento social y por ende salarial, como son el sector del trabajo doméstico, la transformación de productos agrarios y el sector servicios, principalmente, en el ámbito del comercio y la hostelería. En estos sectores, la mayoría de las ocasiones las mujeres desarrollan actividades de reducida cualificación y escasa responsabilidad que, consecuentemente, conllevan una menor retribución.

En cuanto a las modalidades contractuales que en su mayoría vinculan a las mujeres, éstas representan como hemos indicado, las mayores tasas de empleo a tiempo parcial y de temporalidad en España, lo que de nuevo repercute negativamente en sus condiciones salariales.

También influye el tamaño de las empresas en la aplicación y sobre todo, en la vigilancia del cumplimiento de las normas antidiscriminatorias, puesto que a medida que se reduce el tamaño de éstas, resulta mucho más difícil las labores de control sindical y de vigilancia y control atribuida a la Inspección de Trabajo, y en este sentido, las empresas de cincuenta o menos trabajadores constituyen el 99,23% de las empresas españolas.<sup>8</sup>

El resultado de todo ello es la existencia en España de una división del trabajo que resulta perjudicial para la consecución del objetivo de lograr la igualdad salarial por trabajos

---

<sup>8</sup> Fuente: Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística. <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t37/p201/&file=inebase>

de igual valor y que resulta difícilmente penetrable por las normas antidiscriminatorias, que han venido apareciendo tanto a nivel de la Unión Europea, como a nivel de derecho interno<sup>9</sup>.

En este sentido, ya la propia Constitución Española de 1978 (C.E) en el art. 14 consagra el principio de no prevalencia de desigualdad alguna entre los españoles, entre otros motivos, aquellas que pudieran estar basadas en el factor sexo. Posteriormente, el art. 35C.E concreta esta prohibición, al consagrar el derecho y deber de los españoles al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia.

A pesar de los años transcurridos desde la aprobación de la C.E, lo cierto es que siguen persistiendo en España, al igual que hemos visto en el resto de los Estados miembros, las discriminaciones basadas en el sexo, y con ello, la relegación de las mujeres a una posición de desventaja respecto a los hombres, en muchos ámbitos de nuestra organización social, y en concreto por lo que aquí interesa, en el ámbito del mercado de trabajo, una de cuyas manifestaciones más evidentes es la discriminación salarial.

El Estatuto de los Trabajadores (E.T.) por su parte, consagra en su artículo 28, bajo el título “Igualdad de remuneración por razón de sexo”, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor, con independencia del sexo, prescribiendo la obligación empresarial de abonar, por la prestación de un trabajo de igual valor, la misma retribución, cualquiera que sea su naturaleza, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna. En cambio, si serán legales, de acuerdo con este precepto, aquellas diferencias salariales que estén basadas en circunstancias objetivas, tales como la antigüedad, la consideración del mérito, la productividad o los incentivos, siempre que excluyan la consideración del sexo como factor de diferenciación.

Pese a las declaraciones que contiene este precepto legal, son muchas las diferencias retributivas entre hombres y mujeres que aún hoy se mantienen vigentes en este país, sin que estén sustentadas sobre una base objetiva. Muy al contrario, en la mayoría de las ocasiones, su persistencia obedece a prejuicios sociales que, como hemos visto, se mantienen vigentes en la sociedad europea, de lo cual, la española no es ninguna excepción y de los que se hacen derivar una infravaloración hacia el trabajo realizado por las mujeres.

---

<sup>9</sup> Para un análisis detallado de las causas que motivan la existencia de la brecha salarial de género en España, puede consultarse Juan de Lucio; Marta del Valle, Manuel Valero. *Determinantes de la brecha salarial de género en España. Un análisis de la retribución en función de las características personales, empresariales y de la competitividad de las empresas*. Ministerio de Política Social, Servicios Sociales e Igualdad; Consejo Superior de Cámaras de Comercio. Madrid. 2012.

Para tratar de contribuir a la superación de estas discriminaciones basadas en el factor sexo, hizo su aparición en el Ordenamiento jurídico español, por trasposición de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOI). En ella se consagra la garantía del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, tanto en el ámbito del empleo privado, como del sector público, en todas las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas (art. 5).

Posteriormente, y a través de la Ley 35/2010 de 17 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, se produce la modificación de algunos preceptos del Estatuto de los Trabajadores (E.T.), que tienen por objeto poner límites a estas diferencias retributivas, tratando de atajar el origen de las mismas. Así, en el art 17 E.T se añade un nuevo párrafo primero, en el que se contiene una declaración general de nulidad de cualquier norma, pacto o decisión unilateral del empresario, que dé lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta, entre otros motivos, por razón de sexo.

Con este mismo objetivo, y con el fin de incidir en el origen mismo de gran parte de las diferencias retributivas que persisten en nuestros días entre hombres y mujeres, en el art. 22 E.T se añadió por ley 35/2010, un nuevo párrafo 4º, destinado a garantizar que la definición de las categorías y grupos profesionales se realice conforme a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres.

Igualmente, también los derechos de promoción y formación profesional en el trabajo fueron objeto de atención específica, por parte de la reforma operada en el año 2010, con el objetivo de poner coto a las prácticas discriminatorias que se producen en este ámbito, con claro perjuicio para las trabajadoras. Para ello, el apartado 2º del art. 23 E.T establece que los términos del ejercicio de estos derechos, serán objeto de pacto en la negociación colectiva, debiendo acomodarse a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores, tanto mujeres como hombres.

Del caso particular de los ascensos se ocupa el art. 24 E.T, en cuyo apartado segundo, trata de garantizarse que estos ascensos y el régimen de promoción profesional en la empresa, se ajusten a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, estableciendo la legitimidad de aquellas medidas de acción positiva que vayan dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación, que se han venido cometiendo tradicionalmente sobre las trabajadoras.

El salario específicamente es objeto de atención en el art. 26 E.T en cuyo apartado primero, la ley 35/2010 vino a incluir un importante límite, al reconocimiento de pago en especie de los salarios, salvaguardando el pago en metálico del salario mínimo interprofesional. En concreto, según el art. 26.1 E.T tendrá la consideración de salario en el ordenamiento jurídico español, la totalidad de las cantidades económicas percibidas por los trabajadores, ya sea en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración o los períodos de descanso computables como de trabajo. En ningún caso, a partir de la reforma operada en este precepto, el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales a que tenga derecho el trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en metálico del salario mínimo interprofesional, fijado para este año 2013 en 21,51 euros/día o 645,30 euros/mes. Esta garantía legal se extiende incluso a las relaciones laborales de carácter especial, que aparecen recogidas en el artículo 2 del E.T, con lo que sus efectos se dejarán sentir precisamente allí donde son más necesarios, debido a la situación de especial vulnerabilidad que afecta a las trabajadoras vinculadas por algunas de estas relaciones de carácter especial, como es el caso particular de las trabajadoras del servicio doméstico.

La última, por el momento, reforma laboral operada sobre el mercado de trabajo español por Ley 3/2012 de 6 de julio, no ha tenido precisamente entre sus objetivos el contribuir a lograr avances en materia de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, sino que pone su acento en la regulación de los mecanismos de flexibilidad interna, con el fin de incrementar las potestades organizativas del empresario.

Vemos por tanto, como pese a la intervención legislativa llevada a cabo en este ámbito en España, la realidad nos muestra una situación desconcertante, en la que pese a los esfuerzos legislativos y a la práctica judicial que ha venido siguiéndose en este tema, no ha sido posible poner fin a estas discriminaciones retributivas basadas en el factor sexo. Nos encontramos por tanto, con un diferencial social que convive pacíficamente con una legislación extremadamente tuitiva, frente a los tratamientos discriminatorios.

Pese a todo, no cabe desconocer el importante efecto conseguido con la legislación antidiscriminatoria que se ha venido aprobando en España, en el sentido que si bien no ha sido posible conseguir la total eliminación de las discriminaciones salariales que afectan a las mujeres, como sería deseable, si al menos que las conductas que las originan no sean explícitas como lo eran antes, lo que ha conllevado al mismo tiempo, una mayor sofisticación

de las prácticas discriminatorias, pasando de la evidencia anterior, a conductas mucho más rebuscadas en su diseño y por tanto, también mucho más complicadas en su detección.

### **La Labor Del Tribunal Constitucional Español**

El Tribunal Constitucional (TC) no aporta originalidad en esta materia a la importante contribución desarrollada por el TJUE. Quizás lo más interesante sea aquí poner de manifiesto el escaso número de pronunciamientos que tanto en el ámbito de la doctrina judicial ordinaria como constitucional, se han venido dictando en España en el ámbito de la discriminación salarial y analizar las posibles motivaciones que pueden estar en la base de esta circunstancia.

En este sentido, el TC así como también los Tribunales a nivel de jurisdicción social, han venido analizando distintos elementos de valoración del trabajo, para determinar si se ha recurrido a factores discriminatorios, dependientes del factor sexo, o a comprobar si se ha dado una mayor valoración a unas actividades que a otras, en función del sexo de las personas que las realizan.

En esta labor, podemos destacar algunos pronunciamientos emitidos por Alto Tribunal Español en las que ha reaccionado contra maniobra empresariales poco sofisticadas, que consistían en la simple adscripción de las mujeres a secciones diferentes a las que se adscribían los hombres, entendiendo en estos casos el TC, que ello no es motivación suficiente para justificar que el trabajo realizado por estas trabajadoras, tenga diferente valor, en comparación al que realizan otras secciones de la empresa que se encuentran masculinizadas, y por tanto, no sería por si sólo causa legítima para una diferencia de retribución entre ambas secciones (STC 145/1997 y 250/2000). Por tanto, y según esta doctrina del TC, la integración de trabajadoras en grupos, niveles o categorías diversos no puede actuar como causa objetiva que pudiera en su caso, servir como fundamento suficiente para justificar una diferencia retributiva. Por el contrario, las diferencias retributivas por el desempeño de un trabajo, sólo serán conforme a Derecho, si tras una adecuada ponderación de todas las condiciones concurrentes en cada caso, puede objetivamente calificarse como de distinto e inferior valor. O en palabras del propio Interprete constitucional: *“para calibrar la legitimidad de la diferencia de trato en materia salarial, no puede tomarse en consideración otro elemento que no sea el trabajo efectivamente prestado, y la concurrencia en él de circunstancias objetivamente acreditadas que no se vinculen directa o indirectamente al sexo de la persona (...). Sólo la efectiva diferencia entre los trabajos prestados, valorados de forma no discriminatoria, permitirá diferenciar a efectos retributivos, como se desprende de*

*la esencial vinculación entre el salario y el trabajo del que aquél resulta ser la contraprestación”. Por consiguiente, “el principio constitucional de no discriminación en materia salarial abarca así también a todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación, en cuya desigual valoración sea elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo; excluye que la valoración de forma diferente del trabajo realizado tenga lugar por criterios vinculados al sexo de los trabajadores, y en particular a la condición de mujer, por reflejar infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino” (STC 145/1991, de 1 de julio).*

Del mismo modo, factores que venían tradicionalmente justificando unas diferencias retributivas entre hombres y mujeres, como son la mayor penosidad o el mayor esfuerzo físico requerido para la realización de una concreta actividad, se ha considerado que carecen de base objetiva para justificar estas diferencias desfavorables para las trabajadoras (Sentencias del TC 145/1991, de 1 de julio, 58/1994 de 28 de febrero, 147/1995, 1 de julio, 250/2000 de 30 de octubre).

Pese a ello, como decimos, no han sido muchas las ocasiones en que el Tribunal Constitucional y la propia jurisdicción social, han tenido ocasión de pronunciarse ante demandas motivadas por posibles discriminaciones salariales, lo cual, evidencia que los mecanismos para hacer efectivo el derecho a la no discriminación por razón de sexo, introducidos con la Directiva 2002/73/CE —y en el ámbito interno, por la LO 3/2007— no están funcionando en España, como sería deseable. En otras palabras, los organismos e instituciones competentes en España para velar por la defensa y promoción de los derechos de las mujeres, no están actuando de oficio como debieran, poniendo en conocimiento de las autoridades judiciales la comisión de discriminaciones laborales contra las mujeres, ni siquiera en aquellos casos en que éstas aparecen recogidas en convenios colectivos, que han debido ser controlados en su legalidad por autoridades laborales, como fase previa a su publicación oficial.

Tampoco las trabajadoras víctimas de estas discriminaciones se encuentran en condiciones de denunciar la situación que les afecta, en la inmensa mayoría de ocasiones, porque ni siquiera tienen acceso a los documentos internos de las empresas, que pudieran sustentar una reclamación judicial en tal sentido.

Esta situación además se está viendo incrementada en la actualidad por la grave situación económica que arrastra España desde el año 2008, la cual está provocando, entre

otras muchas consecuencia, que el derecho a la igualdad efectiva y real entre mujeres y hombres y las políticas tendentes a hacerlo efectivo, se encuentren inmersas en un preocupante proceso de deslegitimación social, provocando incluso que las reclamaciones en defensa del reconocimiento y promoción de este derecho social, sean consideradas como una cuestión superflua.

### **Tratamiento Convencional Del Principio De Igualdad Retributiva En España**

Pese a la mayor atención que las materias relativas a la igualdad por razón de género, han venido mereciendo a los negociadores en España, sobre todo a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, debido al destacado papel que esta ley reserva a la negociación colectiva<sup>10</sup>, lo cierto es que no son pocas las debilidades que la negociación colectiva desarrollada en España sigue presentando en este ámbito<sup>11</sup>.

En el concreto ámbito de las discriminaciones retributivas recogidas en sede convencional, queda en España mucho camino por recorrer, al hallar éstas su más destacado aliado en los sistemas de clasificación profesional. En este sentido, se trata en muchos casos, de sistemas sólo formalmente correctos, pero que en el fondo, mantienen discriminaciones retributivas que siguen sustentadas en el factor sexo. La maniobra consiste en crear grupos o categorías profesionales específicos, situándolos en los escalones más bajos de la clasificación profesional que, si bien desempeñan las mismas funciones que otros que se encuentran situados en una posición superior de la clasificación, son intencionadamente objeto de una valoración convencional distinta y en términos más negativos, con el consiguiente impacto adverso sobre el colectivo que desempeña estas funciones, y que en su mayoría son mujeres.

Cabe señalar también la persistencia en sede convencional de algunas situaciones en las que todas las categorías profesionales del personal tienen su retribución compuesta de salario base más complementos personales, excepto la única categoría feminizada que aparece regulada en el convenio (como “limpiadora”) a la cual, solo se le reconoce salario base.

Como ha quedado mencionado anteriormente, en España el artículo 28 del ET proyecta el principio de no discriminación por razón de sexo, no sólo sobre el salario base, sino

---

<sup>10</sup> M<sup>a</sup> Teresa Pérez del Río “La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la ley orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007”. *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*; núm. 2; 2007; pp. 271-278.

<sup>11</sup> Un estudio en profundidad del tratamiento que la materia de igualdad por razón de sexo recibe en la negociación colectiva desarrollada en España y las consecuencias que la crisis económica está desplegando en este ámbito, puede consultarse en Olimpia Molina Hermosilla. “Tratamiento convencional de la Igualdad de género en un contexto de crisis económica”. *Lan Harremanak; Revista de Relaciones Laborales*; núm. 25; 2012; pp. 99-121.

también sobre los complementos salariales. En este sentido, la gran mayoría de los convenios colectivos que se vienen negociando en España contemplan el complemento de antigüedad, el cual, a tenor del análisis realizado de la doctrina sentada por el TJUC en el “Asunto Cadman”, (C-17/05, 2006), no merecen en principio, la calificación de discriminatorios, atendiendo a la legítima finalidad de recompensar la experiencia adquirida que presumiblemente justificará su reconocimiento y ello a pesar del probable impacto negativo que provocará sobre las trabajadoras.

Disipadas ya las dudas relativas al complemento salarial de antigüedad, resulta conveniente también analizar otros complementos que igualmente vienen siendo frecuentes en los convenios colectivos negociados en España, y que suponen un especial impacto adverso sobre las trabajadoras, puesto que aparecen destinados a compensar características propias de puestos masculinizados, como son la peligrosidad, la toxicidad, la penosidad, la insalubridad, el esfuerzo físico, mientras que en otros casos, tratan de compensar la disponibilidad o la responsabilidad exigida en el desempeño del puesto de trabajo, atribuyéndose estas características también a puestos ocupados mayoritariamente por trabajadores masculinos.

En esta línea encontramos el denominado complemento “de dedicación plena” o figuras similares, como pueden ser “gratificaciones para incentivar el celo en el trabajo”, que aparecen en algunos convenios colectivos españoles y con las que se trata de retribuir la realización de jornadas superiores a las fijadas en los mismos, con alcance general. Evidentemente se trata de complementos que pueden introducir un factor de desigualdad en el tratamiento dispensado a trabajadores y trabajadoras con clara incidencia en el aspecto retributivo. Además, en ocasiones estos complementos o gratificaciones no quedan sujetos a ningún criterio de determinación previamente fijado en el propio convenio colectivo que lo establece, por lo que su reconocimiento resulta en la práctica totalmente discrecional para la empresa.

Otro posible elemento de discriminación retributiva se aprecia en la regulación que determinados convenios colectivos hacen del “plus de asistencia” o del “complemento de absentismo” cuyo reconocimiento se condiciona a que el trabajador no haya incurrido en ninguna falta de asistencia al trabajo “por cualquier causa”. El problema en este caso, deriva del hecho de que no aparecen excluidas de este cómputo aquellas faltas de asistencia que se encuentren justificadas en el ejercicio de derechos derivados del ámbito de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, o los que derivan de situaciones de maternidad, puesto que en la práctica, el ejercicio de estos derechos, recae sobre las trabajadoras

mayoritariamente, a pesar de la formulación neutra que los mismos encuentran en el ordenamiento jurídico español. El resultado final que se obtiene es que son las trabajadoras las que resultan penalizadas salarialmente, a causa del ejercicio de estos derechos.

Opuestos frontalmente a estos planteamientos, encontramos algunas expresiones de negociación colectiva en la que tratan de compensar la pérdida de salario sufrida por los trabajadores y trabajadoras que ejerciten derechos derivados del ámbito de la conciliación familiar y laboral, mediante el reconocimiento en estos casos, de un complemento salarial personal. Se trata de una práctica que no está muy extendida en la negociación española, pero que sin duda, merece una valoración muy positiva y que a nuestro entender, merece el calificativo de buenas prácticas, que como tal, resultaría extrapolable a otros ámbitos de negociación.

### **Conclusión**

Las discriminaciones retributivas que sufren las mujeres en Europa en contra de lo que cabría esperar, no constituyen en la actualidad hechos aislados, sino que se trata de actuaciones muy arraigadas socialmente y que provocan, que aún realizando los mismos trabajos o trabajos de igual valor, los hombres obtengan mayores retribuciones y que las mujeres ganen menos.

Desde distintas instancias europeas se vienen empeñando esfuerzos en poner fin a estas situaciones, pero su superación definitiva exige dejar atrás estereotipos y roles sociales que siguen asignando a mujeres y hombres un distinto papel en nuestra sociedad provocando como resultado final, un perjuicio para las mujeres.

España no es ninguna excepción a esta regla general. Presenta un mercado de trabajo claramente estratificado en base al factor sexo, donde ni siquiera las posibles discriminaciones salariales cometidas contra las mujeres, llevan en la mayoría de los casos, a dilucidarse ante los Tribunales, puesto que los propios poderes públicos y organismos responsables de velar por el cumplimiento de la legalidad vigente en este ámbito, vienen priorizando otras cuestiones, abandonando con ello a su suerte a las mujeres que las padecen.

### **Referencias:**

M<sup>a</sup> Amparo Ballester Pastor “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”; *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*; núm 92; 2011; pp 207-256.

Jaime Cabeza Pereiro “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”; *Lan Arremanak. Revista de Relaciones Laborales*; núm. 25; 2012; pp. 79-98.

Jayati Ghosh. *Economic crises and women’s work. Exploring progressive strategies in a rapidly changing global environment*. United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women. 2013; <http://www.unwomen.org/wp-content/uploads/2013/01/Economic-crises-and-womens-work.pdf>

Naila Kabeer *Paid work, women’s empowerment and inclusive growth: Transforming the structures of constraint*. United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women; 2013; <http://www.unwomen.org/wp-content/uploads/2013/01/Paid-work-women’s-empowerment-and-inclusive-growth.pdf>

Juan de Lucio; Marta del Valle, Manuel Valero. *Determinantes de la brecha salarial de género en España. Un análisis de la retribución en función de las características personales, empresariales y de la competitividad de las empresas*. Ministerio de Política Social, Servicios Sociales e Igualdad; Consejo Superior de Cámaras de Comercio. Madrid. 2012.

Olimpia Molina Hermosilla. “Tratamiento convencional de la Igualdad de género en un contexto de crisis económica”. *Lan Harremanak; Revista de Relaciones Laborales*; núm. 25; 2012; pp. 99-121.

Magdalena Nogueira Guastavino “La progresiva política social de la Unión Europea”; *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*; Tirant lo Blanch; Valencia; 2012; Pp. 27-58.

M<sup>a</sup> Teresa Pérez del Río “La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la ley orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007”. *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*; núm. 2; 2007; pp. 271-278.

Pamela L. Perry. “Two faces of disparate impact discrimination”. *Fordham Law Review*; Vol.59; 1991, pp. 523-593.

Rosa Quesada *Gender Equality in the European Union. Comparative study of Spain and Italy*; Aranzadi. Thomson-Reuters. 2012.

Eva Saldaña Valderas *Discriminación retributiva en función del género. Un análisis técnico y jurídico*; Mergablum; Sevilla; 2004.

OCDE *Closing the gender gap: act now*. OCDE. 2013. [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocd/social-issues-migration-health/close-the-gender-gap-now\\_9789264179370-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocd/social-issues-migration-health/close-the-gender-gap-now_9789264179370-en)