



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

**Máster en Estudios Jurídicos Avanzados: especialidad en Regulación del
Mercado y Derecho de la Empresa**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL DE LA MUJER. UN PROBLEMA DE ACTUALIDAD.

Autor: César Gago Miguel

Tutora: Prof. Dra. Noemí Serrano Argüello

Junio, 2014






Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas.

Usted es libre de:

- copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra,

bajo las condiciones siguientes:

-  **reconocimiento:** debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor, pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra;
 -  **no comercial:** no puede utilizar esta obra para fines comerciales;
 -  **sin obras derivadas:** no puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Si reutiliza o distribuye esta obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Esta licencia no menoscaba ni restringe los derechos morales del autor.*

Universidad de Valladolid

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO SEGUNDO. LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO E IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN.....	11
1. La discriminación retributiva y su perdurabilidad en el tiempo.....	11
2. Ámbito Internacional: la Organización Internacional de Trabajo (OIT), Convenios y Recomendaciones.....	14
2.1 <i>Convenio nº 100 sobre igualdad de remuneración, de 1951</i>	<i>17</i>
2.2. <i>Convenio nº 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958.....</i>	<i>18</i>
2.3. <i>Convenio nº 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981.....</i>	<i>19</i>
2.4. <i>Recomendación nº 90 sobre igualdad de remuneración, de 1951</i>	<i>19</i>
2.5. <i>Recomendación nº 111 sobre discriminación (empleo y ocupación), de 1958.....</i>	<i>20</i>
3. Ámbito comunitario: Derecho originario, Directivas y la importancia de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia	22
3.1. El derecho originario: del artículo 119 TCEE al actual artículo 157 TFUE	22
3.2. La importancia del derecho derivado: las Directivas Comunitarias sobre la igualdad retributiva	27
3.2.1. <i>Directiva 75/117/CEE del Consejo de 10 de febrero de 1975</i>	<i>27</i>
3.2.2. <i>Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976.....</i>	<i>30</i>
3.2.3. <i>Directivas en materia de Seguridad Social sobre igualdad</i>	<i>33</i>
3.2.4. <i>Directiva 97/80/CE de 15 de diciembre de 1980, en materia de carga de la prueba</i>	<i>34</i>
3.3. Definiciones de interés en la Directiva	38
3.4. Otras cuestiones de interés: la prueba estadística, la proporcionalidad y el término de comparación	41
CAPÍTULO TERCERO. EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL Y LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL	43
1. Antecedentes históricos normativos	43
1.1. Normativa protectora de la situación de la mujer	43
1.2. Normativa igualadora de las relaciones laborales de hombres y mujeres	46
1.3. Configuración constitucional del principio de igualdad y prohibición de discriminación, y su relación con el aspecto retributivo en la relación laboral	48
2. El principio de “igualdad retributiva” en la normativa laboral.....	51
2.1. Igualdad y no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores	52
2.2. El artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores: principio de igualdad de remuneración por razón de sexo	53

2.2.1. Justificación del precepto.....	53
2.2.2. Evolución del precepto: su adaptación al concepto comunitario.....	54
2.2.3. La configuración actual dada por la Ley 33/2002 de 5 de julio.....	60
2.2.4. Discriminación salarial en la actualidad: presencia en los Tribunales.....	63
i. Discriminación por plus voluntario. Sentencia de 14 de mayo 2014, del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social (Rec. 2328/2013)	64
ii. Discriminación. Reducción de jornada y plus por puesto de trabajo. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social (Rec. 1649/2013).....	66
iii. Inexistencia de discriminación. Falta de término de comparación. Sentencia de 26 de febrero de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social (Rec. 118/2014).....	68
iv. Discriminación. Embarazo de trabajadora. Sentencia de 27 de marzo de 2014, Juzgado de lo Social N° 26 de Madrid (Rec. 1266/2014).....	71
CAPÍTULO CUARTO. LÍNEAS ACTUALES DE ACTUACIÓN EN BÚSQUEDA DE LA IGUALDAD	75
1. Planes de Igualdad en la empresa.....	75
1.1. ¿Obligatoriedad o voluntariedad de los Planes de Igualdad en la empresa?	76
1.2. Fases del Plan de Igualdad de una empresa.....	79
1.3. El contenido del Plan de Igualdad.....	80
1.4. La cuestión retributiva en los Planes de Igualdad en las empresas.....	81
1.4.1. Aspectos generales.....	82
1.4.2. Prácticas específicas en materia retributiva.....	83
2. El principio de “ Gender Mainstreaming” o transversalidad de la igualdad de género.....	85
2.1. ¿Cuál es el grado de afección de dicho principio?.....	88
2.2. Especial consideración de la materia retributiva	89
3. La “transparencia salarial”	92
3.1. Consideraciones generales sobre el “principio de transparencia”	93
3.2. Cuestión particular: el “principio de transparencia” en los salarios	96
CAPÍTULO QUINTO. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	100
BIBLIOGRAFÍA	106

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de un fenómeno de gran trascendencia en la actualidad, la discriminación salarial a la que se enfrentan numerosas mujeres en sus relaciones laborales y que se constituye como uno de los mayores problemas a resolver por parte de los poderes públicos para lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Se trata de ofrecer una perspectiva a nivel internacional e interno sobre el tratamiento de la discriminación salarial por razón de sexo, resaltando la importancia del principio de igualdad retributiva, hoy reconocido en prácticamente todos los Estados. Finalmente, tras el estudio realizado, se ofrecen una serie de conclusiones y propuestas encaminadas a erradicar dichas discriminaciones.

Abstract

This paper aims to study a phenomenon of great importance nowadays, wage discrimination that many women face in their labor relations and which is constituted as one of the biggest problem to be solved by the authorities to achieve effective equality between men and women. It seeks to provide an international and domestic perspective on the treatment of wage discrimination based on sex, highlighting the importance of the principle of equal pay, which is recognized in almost every state at present. Finally, after analysis carried out, a number of conclusions and proposals to eliminate such discrimination are provided.

Palabras Clave: discriminación salarial, principio de igualdad retributiva, retribución, trabajo de igual valor, transparencia salarial

Key Words: wage discrimination, principle of equal pay, remuneration, work of equal value, wage transparency

CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN

La discriminación por razón de sexo a la que se ven sometidas numerosas mujeres en el desarrollo de su actividad profesional (en el acceso al empleo, retribución, condiciones de trabajo...) se configura como uno de los principales problemas que ayudan a preservar la desigualdad entre hombres y mujeres, no solo en España sino también en el ámbito comunitario e internacional. Se trata de un fenómeno, que pese a la importancia adquirida en los últimos 50 años, en los que se ha desarrollado una numerosa normativa, pronunciamientos jurisprudenciales y una importante actuación llevada a cabo por los poderes públicos en búsqueda de una solución, aún persiste en la actualidad y que por lo tanto, es merecedora de nuestra atención. Las “buenas intenciones” que han estado presentes en todas estas actuaciones, no han conseguido erradicar por completo este fenómeno discriminatorio. Esta afirmación se hace aún más patente en cuanto al aspecto retributivo en las relaciones laborales se refiere, donde han existido y aún existen, situaciones de discriminación salarial de las mujeres. Es precisamente este tipo de discriminación retributiva la que va a ser objeto de análisis y comentario en el presente trabajo, tratando de señalar cuál ha sido su evolución en el tiempo y buscar algún mecanismo que pudiera contribuir en mayor medida y con mayor eficacia en esa lucha para su erradicación.

El “escepticismo” inicial en relación a todo lo llevado a cabo hasta el momento no significa el rechazar los efectos beneficiosos que se han producido desde sus primeros tratamientos, sino que sólo trata de advertir que se trata de un fenómeno aún latente que requiere un esfuerzo de “todos” para su erradicación, en particular de aquellos quienes tienen en sus manos un mayor poder para conseguirlo.

En apoyo de lo anterior y centrándonos en nuestro país, es conveniente acudir a las estadísticas más recientes con el objetivo de resaltar la situación actual en la que se pone de manifiesto la perdurabilidad del fenómeno discriminatorio por razón de sexo en materia retributiva. Para ello podemos señalar los datos presentes en el “Informe

sobre el día de la igualdad salarial” de 22 de febrero de 2014 llevado a cabo por UGT¹ en el que se contienen importantes datos² que permiten apreciar dicha realidad. Cabe resaltar entre otros aspectos el hecho de que las mujeres se encuentran ocupadas en menor medida que los hombres, siendo la diferencia en la ocupación en torno al 16,3%. Además, la brecha salarial existente de las personas ocupadas se sitúa alrededor del 23%; es decir, el salario medio de la mujer es inferior al de los hombres en esa proporción. Significativo resulta la apreciación que se realiza en dicho informe según el cual, las mujeres para obtener el mismo salario que los hombres deberían trabajar al año un número de 84 días a mayores que los hombres. No hay que pensar que esa diferencia se da en uno o pocos sectores de actividad, sino que es una constante manifiesta en prácticamente todos los sectores productivos. Y la diferencia no solo es patente en ocupación o salario, sino también en otros ámbitos como el tipo de contrato, siendo las mujeres aquellas que ocupan en mayor medida los trabajos a tiempo parcial existiendo una proporción de 1 a 3 en relación con los hombres.

Todos estos datos y estadísticas no vienen más que a poner de manifiesto la perdurabilidad de este problema y la necesidad de continuar luchando frente al mismo, más aún en un periodo de crisis del que venimos saliendo en el que conseguir una mayor igualdad entre hombres y mujeres resulta capital, para el progreso y crecimiento.

Además hay que recordar que el problema se acrecienta al desarrollarse con mayor frecuencia en la actualidad lo que se conoce como una “discriminación múltiple”³, pues son muchas las ocasiones en que la discriminación de la mujer no solo tiene lugar por motivos de género, sino que concurre con otros motivos discriminatorios que agravan su situación, tales como la raza, la religión, la apariencia

¹ Informe sobre el día de la igualdad salarial” de 22 de febrero de 2014, (el empleo no impide el empobrecimiento de las mujeres), UGT, Secretaria de Igualdad, Departamento de Mujer.

² Datos extraídos del INE. Señalar que la última Encuesta Anual de Estructura Salarial, publicada por el INE el 25 de junio de 2014, recoge los datos anuales del año 2012, donde se refleja un aumento de la brecha salarial en un punto porcentual, situándose en torno al 24%.

³ López Ahumada J.E., *Principios jurídicos y promoción de la igualdad de género como garantía del trabajo decente: problemas y experiencias en el seno de la OIT*, Relaciones Laborales, Nº 15, Sección Monografías, Agosto 2012, Año 28, pág. 195, tomo II, Ed. LA LEY.

física o la edad, por lo que es necesario nuevas respuestas jurídicas que traten de corregir tales situaciones, como por ejemplo, el tratamiento conjunto de ambos criterios discriminatorios y no sólo uno de ellos, no abordando en su integridad el problema real que se plantea en tales casos.

No hay que olvidar que la discriminación en el ámbito salarial no solo viene dada por la percepción de distintas cuantías por el mero hecho de ser mujer, sino que puede derivarse de otros tratos discriminatorios que tengan repercusión en dicha materia. Por ejemplo, la dificultad de acceso de la mujer a puestos de responsabilidad mayor, contribuye a que la percepción económica que reciben las mujeres sea inferior a la de los hombres. También existirá discriminación salarial en los supuestos en los que la mujer se acoge a determinados permisos para conciliar la vida personal, laboral y familiar, y como consecuencia de ello obtiene una reducción de sus salarios que en otro caso no tendría. O finalmente, en materia de pensiones, puesto que los conceptos que han ido percibiendo durante su vida laboral, no han sido igualitarios prorrogándose la desigualdad en esta otra fase y colaborando al empobrecimiento de las mujeres.

En la base del problema conviene advertir que no sólo es culpa de los empleadores que son quienes finalmente llevan a cabo la contratación, sino que es un problema de “todos”⁴ que debido a los prejuicios históricos, estereotipos y el pensamiento tradicional de la mujer como “ama de casa” encargada de las labores del hogar y sin participar en la actividad profesional, hemos contribuido al mantenimiento de este diferente tratamiento.

En nuestro análisis sobre la discriminación retributiva, tras un breve comentario en relación a distintos fenómenos discriminatorios en la actualidad, vamos a partir inicialmente de cuál ha sido la evolución de su tratamiento en el ámbito internacional, donde va a tener una gran importancia la actividad llevada a cabo por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya desde los años 50 del siglo pasado, a través de una serie de Convenios y Recomendaciones en las que ha ido tratando de lograr una mayor

⁴ Duréndez Sáez, I. *La discriminación de la mujer en materia salarial*, Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1993, pág. 449, tomo 2, Ed. LA LEY.

igualdad en el tratamiento de mujeres y hombres en la actividad laboral y que aun tiene efectividad práctica en la actualidad por la ratificación de los mismos por una buena parte de los países. Y como España se encuentra dentro de la Unión Europea, no sería posible analizar la situación nacional sin hacer una referencia y analizar cómo ha evolucionado la cuestión en el seno comunitario, donde se contenía ya desde la creación de las Comunidades en el antiguo artículo 119 TCEE (actual artículo 157 TFUE) una previsión sobre la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres y que posteriormente ha sido desarrollada dicha protección en mayor medida y extendiéndose a mayores ámbitos a través fundamentalmente de Directivas. Todo ello sin olvidar la importancia que ha tenido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades a la hora de perfilar el contenido y alcance de dichas directivas, en particular de conceptos tales como “retribución” o “igual valor”, capitales a la hora de otorgar dicha protección.

Una vez visto el tratamiento dado a nivel internacional y comunitario, nos centraremos en el análisis particular en nuestro país, en buena parte determinado por los anteriores. Comenzaremos haciendo un breve recorrido histórico viendo como se ha ido evolucionando en la normativa, pasando de un sistema fundamentalmente constituido por ordenanzas en las que estaban presentes dicha discriminación a otros sistema en la que tanto en la normativa estatal, como en la negociación colectiva, se trata de evitar la existencia de dicha discriminación. En este análisis resulta de particular importancia el actual artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores que hace referencia al principio de igualdad de retribución, teniendo que resaltar cual ha sido la evolución de dicho precepto hasta su redacción actual. Tampoco se puede dejar de hacer una referencia a la negociación colectiva, la cual adoptando la posición de ciertos autores⁵, puede configurarse simultáneamente como fuente de discriminación y como un mecanismo eficaz en la erradicación de la misma. Y de importancia capital son también los denominados “planes de igualdad” de las empresas, que tras la entrada en vigor de la LO 3/3007, de 22 de marzo, resultan de obligado desarrollo para

⁵ Quintanilla Navarro, B. *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 224 y Serrano Argüello, N. ¿Es la negociación colectiva herramienta garante del empleo y la igualdad?, *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, Nº 11, 2010, pág. 307.

ciertas empresas en la búsqueda de fomentar una mayor igualdad entre los sexos y dentro de los cuales se va a hacer referencia también al aspecto retributivo. Por último, tampoco se puede desconocer cuál ha sido el papel de la jurisprudencia en la configuración de este principio de igualdad retributiva y el tratamiento que ha venido dando en cuestiones que se le han planteado al respecto.

Finalmente, se tratará de hacer una serie de conclusiones derivadas del trabajo en su conjunto e intentar llevar a cabo alguna aportación útil en la búsqueda de esa mayor efectividad del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres para lograr en la práctica la reducción de esa discriminación, que muestra la realidad y que pese a esos esfuerzos llevados a cabo, persiste en la actualidad.

CAPÍTULO SEGUNDO. LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO E IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN

1. La discriminación retributiva y su perdurabilidad en el tiempo.

Ante el fenómeno discriminatorio en materia retributiva se ha producido una importante actuación de prácticamente todos los Estados al constituir una materia de relevancia en la relación laboral, sin perjuicio de la distinta evolución que hayan experimentado en su tratamiento cada uno de ellos. Previo al estudio de la lucha contra la discriminación en el ámbito internacional y comunitario, entiendo necesario resaltar dos fenómenos con nombre propio, el denominado “*techo de cristal*”⁶ por un lado, y el conocido y cada vez más frecuente “*suelo pegajoso*”, que aún perduran en la actualidad y que están presentes en la opinión pública, encontrándonos distintas noticias al respecto en los medios de comunicación.⁷ Ambos conceptos se encuentran ya reconocidos tanto en el ámbito internacional como nacional, configurándose como un problema de naturaleza universal⁸.

El primero de ellos se refiere a la dificultad a la que se ven sometidas las mujeres a la hora de acceder a los puestos más altos en su actividad profesional; es decir,

⁶ Concepto que es acuñado por primera vez en un informe sobre mujeres ejecutivas en el año 1986: “*The Glass Ceiling- Special Report on the Corporate Woman*”, (Hymowitz, C., & Schellhardt, T. D.), refiriéndose a los obstáculos que tienen las mujeres que aspiran a ejercer, o ya lo hacen, altos cargos en corporaciones y todo tipo de organizaciones gubernamentales, educativos y sin fines de lucro, manteniendo una igualdad de condiciones y de salarios. Sin embargo, una primera definición del concepto será la ofrecida por Ann M. Morrison en 1987 en su obra “*Rompiendo el techo de cristal: ¿Pueden las mujeres alcanzar la cima de las más grandes corporaciones?*”, entendiéndose por tal, como una barrera “tan sutil que se toma transparente, pero que resulta un fuerte impedimento para que las mujeres puedan moverse dentro de las jerarquías normativas”.

⁷ Ver <http://www.elmundo.es/yodona/2014/04/26/535a4453268e3e2a688b4576.html>, en la que se mencionan a 16 mujeres que han superado ese “techo de cristal” llegando a altos cargos en las empresas en que desarrollan su actividad.

⁸ En este sentido la OIT recoge ambos conceptos en, “*ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*” (2008). Previamente al mismo, hay que señalar que la preocupación por la OIT ya vine de principios del s. XXI, con la publicación de la obra de Linda Wirth, (2001) “*Romper el techo de cristal: las mujeres en puestos de dirección*” que será posteriormente actualizada en 2004, incluyendo estadísticas que reafirman dicho problema.

ocupar esos puestos de dirección, como si se existiera un “techo de cristal” que hiciera que las mujeres pudieran observar dichos puestos pero que sin embargo no pudieran alcanzar por la existencia de ese cristal que les impediría el acceso. Se trataría de una cuestión de naturaleza “externa”, al no depender tanto de la propia mujer sino de factores “externos a ésta”, fundamentalmente los prejuicios existentes en la mentalidad general sobre el acceso a estos altos cargos. La dificultad en el acceso, ocasiona unos salarios inferiores para las mujeres que para los hombres, salarios a los que las mujeres tienen graves inconvenientes para su obtención.

El segundo fenómeno, se refiere a la dificultad que encuentra la mujer a la hora de avanzar en su carrera profesional no tanto ya por la existencia de este “techo” que le impidiera ascender, sino por la existencia de esas labores familiares, del cuidado de los hijos... que hacen muy difícil el compaginar puestos de mayores responsabilidades con la conciliación familiar, y todo ello debido en buena medida a los estereotipos aún presentes en la sociedad que convierten esas cuestiones en una especie de “lastres” que acompañan a la mujer y que las impide el “despegar” en su carrera profesional. En este caso, no influye tanto el exterior, sino más bien las cargas familiares y del hogar que son asumidas por la mujer como un estereotipo del que la mujer aún no se ha despegado. Este fenómeno contribuye al empobrecimiento del género femenino al permanecer durante la mayor parte de su actividad laboral en puestos con salarios inferiores a los que podrían acceder si se eliminaran esos estereotipos y creencias que sitúan a la mujer en tal situación perjudicial respecto de los hombres.

Ambas realidades no resultan desconocidas para los poderes públicos ni para el legislador y por ello se ha tratado de adoptar medidas que ayuden a la eliminación de las mismas. En este sentido se han venido adoptando una serie de acciones positivas tratando de favorecer la superación de dichos fenómenos, como por ejemplo, el establecer cuotas en los Consejos de administración para que existan un determinado número de mujeres en los mismos, que serán válidas y conforme a nuestra Constitución siempre que se cumplan una serie de requisitos, y en particular: tratarse de medidas encaminadas a erradicar los actos y conductas discriminatorios sistemáticos y colectivos; ser adecuadas y eficaces para alcanzar la igualdad de oportunidades real; respetar los principios de mérito y capacidad en el acceso a esos

cargos y funciones; tener una finalidad puramente promocional, no discriminatoria en relación a los hombres; con una naturaleza temporal; y superar el juicio de proporcionalidad y razonabilidad no resultando contrarias a los derechos fundamentales⁹. Hay que recordar en este sentido que las acciones positivas, están dirigidas a corregir las desigualdades ocasionadas por los factores del artículo 14 de la Constitución Española (CE), produciendo una ruptura de la igualdad formal en la búsqueda de una igualdad sustancial o real; es decir, una búsqueda de la igualdad de oportunidades frente al concepto de igualdad de derechos, definido negativamente como prohibición de discriminación y además, encontrando una especial vinculación con el artículo 9.2 CE que promulga la remoción de obstáculos para lograr esa igualdad y libertad real y efectiva, pudiendo ver un cierto mandato de parificación¹⁰.

Como se ha podido apreciar de lo señalado hasta el momento, el fenómeno discriminatorio por razón de sexo en materia retributiva, no sólo se configura como un fenómeno social, sino que debido a su importancia en la realidad, también es necesario la intervención jurídica para luchar frente a ella respetando en todo caso nuestra Constitución, tratando de hacer valer un principio fundamental en nuestro ordenamiento y también en la mayoría de ordenamientos del mundo como es el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

La existencia y perdurabilidad de tales fenómenos así como de otras formas de discriminación, directa o indirecta, en materia retributiva son las que hacen en la actualidad que el legislador tenga un gran interés en adoptar nuevas medidas que solucionen eficazmente la discriminación retributiva, tratando de garantizar una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en dicha materia retributiva. Se trata de un interés que no está solo presente en el legislador, sino también en los poderes

⁹ Fabregat Monfort, G., *¿Es constitucional imponer cuotas en los consejos de administración? (Obligatoriedad o voluntariedad en las medidas de acción positiva)*, en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2011, pág. 26.

¹⁰ Quintanilla Navarro, B. Opus Cit. pág. 35.

públicos que ven en la discriminación retributiva, una “lacra” que aún pervive en la actualidad frente a la que hay que actuar para tratar de eliminar¹¹.

2. Ámbito Internacional: la Organización Internacional de Trabajo (OIT), Convenios y Recomendaciones.

Como ya se ha advertido en la introducción, el fenómeno discriminatorio por razón de sexo se extiende más allá de un simple estado, convirtiéndose en una cuestión con importancia a nivel de todos los países. Es por eso, que en el ámbito internacional se ha desarrollado una importante normativa de protección de la igualdad y de lucha contra la discriminación, teniendo una especial importancia la actividad llevada a cabo por la OIT a través de la elaboración de Convenios y Recomendaciones, que tienen incidencia en nuestro país debido a la vinculación con dicha organización internacional a través de los artículos 10.2¹² y 96.1¹³ de nuestra Constitución que los considera bien como un instrumento válido de interpretación de nuestra normativa o bien, los incluye dentro de nuestro ordenamiento interno en el caso de los Convenios, al ser tratados internacionales, cuando hayan sido publicados oficialmente en nuestro país.

No obstante, antes de pasar a analizar la labor llevada a cabo por la OIT, hay que resaltar la importancia que han tenido los países nórdicos en esta materia y que en

¹¹ En este sentido, la lucha contra la discriminación retributiva y la existencia de una brecha salarial, está presente en la acción de los distintos partidos políticos de nuestro país, reflejándose en sus programas electorales como una de los problemas que es necesario resolver.

¹² “10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

¹³ “96.1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”

buena medida se pueden considerar los pioneros y el antecedente más inmediato del principio de igualdad de retribución tal y como viene configurado en la OIT¹⁴.

En tales países, a primeros del s. XX y más en particular, tras la II Guerra Mundial, se trata de dar una solución adecuada al trabajo femenino, que aunque ya venía teniendo presencia en la época de la industrialización, había adquirido una importante dimensión tras el citado conflicto bélico.

En estos primeros momentos, se consideraban a las mujeres trabajadoras como de inferior categoría, dificultando su participación en los sindicatos y otorgándolas un trato diferenciado, provocando todo ello el surgimiento de un importante movimiento reivindicador que se manifiesta de un modo especial en la materia retributiva, al configurarse dicho aspecto como uno de los primeros en los que se presta atención por parte de las trabajadoras. Así, en Escandinavia, el debate sobre la igualdad de retribución ante un trabajo de igual valor, tiene lugar en el Parlamento Sueco en 1946 por las representantes de las trabajadoras del sector público. De este modo, en 1948, antes de la ratificación de dicho Convenio, Suecia se constituye como el primer país en adoptar acuerdos en dicho sentido, constituyéndose un comité entre miembros de la Confederación de Sindicatos Suecos (Swedisch LO) y la Confederación de Empresarios Suecos (SAF), que se encargaron del estudio de la situación de las mujeres en el mercado laboral, dando como resultado en 1960, ante la presencia del fenómeno discriminatorio, la eliminación de las distintas cláusulas discriminatorias por razón de sexo en los salarios de los convenios colectivos.

No obstante, hay que señalar que en estos países nórdicos la preocupación por la discriminación de la mujer era una cuestión no solo reducida al ámbito salarial. De este modo, cuando tiene lugar el Convenio de Berna de 1906 que regulaba el trabajo nocturno femenino limitando el acceso a las mujeres, fue visto como generador de una situación discriminatoria basada en el sexo por alguno de estos países, fruto ello de la preocupación existente ya por la situación de las mujeres en el ámbito laboral. De este

¹⁴ Rodríguez Rodríguez, E., *La regulación de la igualdad entre hombres y mujeres en la normativa laboral de los países nórdicos*, Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, Nº 23, 2008, págs. 8-9.

modo, la ratificación de dicho Convenio fue rechazada la primera vez que se planteó en el Parlamento de Suecia, mientras que Dinamarca nunca llegó a ratificar dicho Convenio por la importante oposición del movimiento femenino¹⁵.

Una vez visto esos primeros antecedentes o intentos por conseguir una igualdad en materia retributiva, y antes de pasar a analizar en mayor detalle los Convenios y Recomendaciones de la OIT en esa materia concreta, conviene mencionar otra serie de normas internacionales, con una gran importancia y trascendencia en la lucha contra la discriminación retributiva. En particular, la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos, de 1948, en cuyo artículo 23, sección 2, se estableció el principio de “igual salario por igual trabajo”; el *“Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales”* de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977 donde en su artículo 7 ya se prevé como condiciones de trabajo equitativas la existencia de un salario digno e igual por trabajo; el *“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos”* de la misma fecha y ratificado en España en el mismo año que el anterior, donde en su artículo 20 se contiene una prohibición genérica de discriminación, y la *“Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”*, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 que como su propio nombre indica, trata de evitar cualquier forma de discriminación frente a la mujer.

Centrándonos ya en la propia OIT, resultan de particular interés los Convenios número 100, 101 y 156 y las Recomendaciones número 90 y 111 que pasaremos a analizar brevemente a continuación, y que van a tener especial importancia a la hora de definir conceptos como “retribución” e “igual valor”, configuradores del principio de “igualdad retributiva”.

¹⁵ CIT89, Informe III (Parte 1B), Capítulo 2 (Junio 2001)

2.1. Convenio nº 100 sobre igualdad de remuneración, de 1951

El citado Convenio¹⁶ viene a desarrollar el principio contenido en la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos de 1948 sobre igualdad en la remuneración, matizándolo, extendiendo el ámbito de actuación no solo a los trabajos iguales, sino también a los que tuvieran un igual valor; aspecto que ha planteado importantes problemas resueltos por los Tribunales en los distintos supuestos que han tenido que hacer frente sobre discriminación retributiva y que se configura en la actualidad como un elemento capital del principio de igualdad retributiva. Además el concepto de “remuneración”, es definido en términos amplios, incluyendo todo el conjunto de emolumentos que recibe el trabajador, bien en dinero o en especie, ya sea directa o indirectamente por concepto de su trabajo; concepto que posteriormente irá siendo asumido tanto por el legislador comunitario como por nuestro legislador nacional. También trata de identificar la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina con la existencia de tasas de remuneración establecidas sin discriminación por razón de sexo.

Para lograr su efectividad, hace un llamamiento a los Estados para que promuevan y hagan efectivo dicho principio, haciendo uso de todos los medios válidos que dispongan, y en particular, refiriéndose a la legislación nacional, y a los contratos colectivos. Es decir, no solo lo configura un deber del Estado, sino también de la negociación colectiva que ha de tratar de garantizar dicha igualdad retributiva.

Otro elemento de gran interés que se prevé en su articulado, es la necesidad de llevar a cabo una evaluación objetiva del empleo. Este deber se materializará más tarde en la necesidad de utilizar criterios “neutros” a la hora de valorar los distintos trabajos en busca de esa igualdad en cuanto a su valor.

Vemos como en dicho Convenio se mencionan tres cuestiones de gran importancia en la concreción del principio: qué se entiende por remuneración, han de

¹⁶ C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 -núm. 100- Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (Entrada en vigor: 23 mayo 1953) Adopción: Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951). A fecha de 2014 ha sido ratificado por 71 países.

ser trabajado de “igual valor” y es necesario una “evaluación objetiva” del empleo. Todos ellos serán elementos en los que la jurisprudencia comunitaria ha tenido que pronunciarse y concretar cuando asume dicho principio en su ordenamiento.

2.2. Convenio nº 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958

Este Convenio¹⁷, al igual que el precedente, resulta de gran importancia las definiciones que lleva a cabo de una serie de conceptos, en particular, los conceptos de discriminación, empleo y ocupación.

Al establecer el concepto de discriminación, establece una lista de factores discriminatorios, que podrá ser ampliada por los Estados Miembros cuando a través de los mismos tenga lugar ese efecto de exclusión, distinción o preferencia que altere o anule el principio de igualdad de oportunidades o de trato. Además, no se refiere en particular al salario, sino al empleo en general y la ocupación; incluyendo dentro de dichos conceptos, el acceso a los medios de formación profesional, y la inclusión en las diversas ocupaciones y condiciones de trabajo.

Se reconoce la posibilidad de llevar a cabo diferencias en el tratamiento, siempre que se basen en las calificaciones exigidas para desempeñar ese empleo, es decir, si se encuentra justificado dicho trato diferenciado.

Los Estados Miembros también tendrán la obligación de adoptar los mecanismos necesarios para hacer efectiva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, logrando así eliminar cualquier situación discriminatoria. Y en esa lucha, señala una serie de obligaciones de los Estados que han de cumplir con los métodos que estimen por conveniente, tales como la promoción de programas educativos en esa línea antidiscriminatoria o la efectividad de dicho principio en las actividades sometidas a control directo de una autoridad nacional.

¹⁷ C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 -núm. 111- Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Entrada en vigor: 15 junio 1960) Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958). A fecha de 2014 ha sido ratificado por 172 países.

Por último, conviene mencionar la posibilidad de los Estados Miembros para adoptar cualquier medida que se encuentre encaminada a satisfacer las necesidades particulares de personas que por ciertas razones como el sexo, sean objeto de una protección especial; es decir, se está reconociendo la facultad de los Estados para adoptar medidas de acción positiva para combatir la situación de ciertos grupos, sin que las mismas se puedan considerar como actuaciones discriminatorias.

2.3. Convenio nº 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981

Es un Convenio¹⁸ cuya importancia fundamental reside en que a través del mismo se extiende el principio de igualdad de oportunidades y de trato de hombres y mujeres en el trabajo, a aquellos trabajadores que ostenten responsabilidades familiares, definiendo quienes se pueden considerar como tales, en particular, los que tienen hijos a su cargo u otros familiares directos. Se prohíbe la discriminación respecto a los mismos tal y como viene entendida en el Convenio nº 111 de la OIT, en el empleo y ocupación.

2.4. Recomendación nº 90 sobre igualdad de remuneración, de 1951

A través de dicha Recomendación¹⁹, se viene a reiterar la necesidad de actuación por parte de los Estados Miembros para garantizar ese principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres, en especial garantizando esa efectividad en el empleo público. En la adopción de las medidas necesarias para su logro, establece el deber de consulta previo a las organizaciones interesadas de trabajadores y

¹⁸ C156 - Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 -núm. 156- Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares (Entrada en vigor: 11 agosto 1983) Adopción: Ginebra, 67ª reunión CIT (23 junio 1981). A fecha de 2014 ha sido ratificado por 43 países.

¹⁹ R090 - Recomendación sobre igualdad de remuneración, 1951 -núm. 90- Recomendación sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor Adopción: Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951).

empleadores. Señala la necesidad de llevar a cabo un sistema de evaluación objetivo del empleo a la hora de determinar las distintas tasas de remuneración, que ha de respetar en todo caso lo señalado en el Convenio nº 100.

Por último, advierte que en la búsqueda de la efectividad del principio de igualdad de remuneración, se han de adoptar medidas que tengan como objetivo lograr un incremento en el rendimiento de los trabajadores, tales como el establecimiento de servicios sociales que los afecten exclusivamente; medidas de formación profesional...

2.5. Recomendación nº 111 sobre discriminación (empleo y ocupación), de 1958

Al igual que el Convenio nº 111, la Recomendación²⁰ establece las definiciones sobre discriminación, empleo y ocupación; reiterando los mismos términos empleados en éste. Señala el deber de los Estados Miembros de adoptar una política nacional encaminada a erradicar cualquier forma de discriminación en el empleo y la ocupación, pudiéndose llevar a cabo, tal y como se advierte ya en el Convenio, a través de la legislación, o bien a través de la negociación colectiva.

Es necesario resaltar, que en dicha Recomendación, se hace una mención expresa a la cuestión retributiva, puesto que se señala la necesidad de respetar el principio de igualdad de oportunidad y trato en cuanto a la remuneración por un trabajo de igual valor. Es decir, vendría a recoger el principio de igualdad de remuneración ya establecido en el Convenio nº 100 de 1951.

Finalmente, advierte la necesidad de creación de unos organismos apropiados para promover la aplicación de la política no discriminatoria y hacer efectiva ese principio de igualdad de oportunidades y de trato en empleo y ocupación, haciendo especial interés en la necesidad de coordinación en todos los campos en esa lucha frente a la discriminación.

²⁰ R111 - Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 -núm. 111- Recomendación sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958).

Del análisis anterior podemos apreciar como todos estos Convenios y Recomendaciones tratan de hacer efectivo un principio constitutivo de la OIT, reflejado ya en la Declaración de Filadelfia de 1944, que se integrará como anexo a la Constitución de la OIT, relativo a la no discriminación e igualdad de oportunidades²¹. Además, y en término más actuales, dicho principio constituiría una de los modos más eficaces de lograr lo que en los últimos años se ha denominado “trabajo decente”²², concepto que surge en 1999, constituyendo una prioridad en la actuación de la OIT y cuyo fundamento último reside en la dignidad humana. Se considera por algunos autores como un concepto ético-jurídico, un marco integrador (engloba los pilares básicos del mandato constitucional de la OIT, en particular, los derechos en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social, junto con la igualdad de género y la no discriminación) y una respuesta a la globalización y a la crisis financiera y económica (no es posible el desarrollo si se ignoran los derechos de los trabajadores); existiendo un umbral pero no un techo del mismo, y siendo necesario en la actualidad continuar trabajando para llegar a alcanzar una mayor justicia social a través del mismo²³. En este sentido no hay que olvidar que la existencia de diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, se configuran como un importante obstáculo para lograr dicho objetivo, al depender el mismo de la existencia de relaciones laborales “neutras”.

²¹ Principio que viene expresado en los términos siguientes: *"Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades"*.

²² Memoria del Director General de lo OIT: Trabajo decente, de 1999, donde señala que *"Actualmente, la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Tal es la finalidad principal de la Organización hoy en día. El trabajo decente es el punto de convergencia de sus cuatro objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social y el diálogo social. Esto debe orientar las decisiones de la Organización y definir su cometido internacional en los próximos años"*.

²³ Gil y Gil, J.L., *Concepto de trabajo decente*, Relaciones Laborales, Nº 15, Sección Monografías, Agosto 2012, Año 28, pág. 77, tomo II, Ed. LA LEY.

3. Ámbito comunitario: Derecho originario, Directivas y la importancia de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Una vez que hemos hecho referencia a la evolución en el ámbito internacional del fenómeno discriminatorio en materia retributiva, con el importante papel jugado por la OIT y con relevancia en la actualidad, conviene centrar el estudio en el ámbito comunitario. En el presente apartado se trata de analizar la evolución del principio sobre igualdad retributiva en dicho ámbito, tanto desde la perspectiva normativa (derecho originario y directivas), como desde la perspectiva jurisprudencial, la cual ha tenido una gran trascendencia en la configuración del mismo.

3.1. El derecho originario: del artículo 119 TCEE al actual artículo 157 TFUE

La configuración del principio de “igualdad retributiva” ha sufrido una notable evolución desde su primera redacción en el antiguo artículo 119 TCEE (actual artículo 157 TFUE), en buena medida gracias a la labor jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal de Luxemburgo, que ha ido configurando y aclarando el contenido y alcance del mismo, fundamentalmente a través de cuestiones prejudiciales que se le han ido planteando. De este modo se ha ido aproximando al contenido en la OIT y perfeccionando hasta la redacción actual.

El antiguo artículo 119 se constituyó como uno de los pocos preceptos de los Tratados Constitutivos que se encargaban de regular una cuestión de carácter “social”. En él se venía a formular, en términos más restrictivos que en la OIT, una previsión relativa a la discriminación salarial llamando a los Estados Miembros a garantizar la igualdad retributiva entre hombres y mujeres en trabajos iguales. En particular, el citado artículo venía redactado en los términos siguientes:

“Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

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”.

Como se aprecia de su redacción, no se adoptaba inicialmente la formulación dada por la OIT en cuanto a los “trabajos de igual valor”, sino que se configuraba de manera más restrictiva²⁴ de forma que optó por garantizar ese principio de igualdad retributiva en aquellos casos en los que los trabajos realizados fueran iguales. Se adoptaba pues un criterio de igualdad formal de las tareas, de modo que únicamente se aplicaría el principio cuando los individuos llevaran a cabo las mismas tareas y funciones, el mismo trabajo. Esta redacción supone una importante limitación del ámbito de aplicación, puesto que como posteriormente dirá la jurisprudencia comunitaria, lo importante no es la igualdad formal sino la igualdad real en cuanto al valor del trabajo realizado. Y en este sentido será necesario llevar a cabo una valoración de los trabajos realizados; los criterios de clasificación o calificación profesional empleados...

Por otra parte, el precepto ya no hablaba de igualdad de remuneración, sino que cambiaba el término utilizado por la OIT, adoptando el concepto de “retribución”. No obstante, se venía identificando con el concepto de remuneración definido por la OIT, incluyendo cualquier tipo de gratificación (no habla de emolumentos) que percibiera el trabajador en razón de su relación laboral, es decir, se ampliaba así el concepto. .

Lo más característico del precepto sea quizás el hecho de que no enunciaba el principio de igualdad de retribución como tal²⁵, sino que venía a definir en qué

²⁴ Quintanilla Navarro, B. Opus. Cit. págs. 64 y 65

²⁵ Opus. Cit.

consistía el mismo, diferenciando si se trataba de un trabajo determinado en base a unidad de obra o en base a unidad de tiempo. En los supuestos de trabajos remunerados por unidad de obra, el principio de igualdad retributiva implicaría que se haga la determinación de esa retribución en base a una misma unidad de medida; mientras que en los supuestos en los que el trabajo viene remunerado por unidad de tiempo, el citado principio exigía la igualdad retributiva para un mismo puesto de trabajo.

Conviene señalar que pese a incorporarse el precepto dentro del apartado relativo a “política social”, la mayor parte de la doctrina ha puesto de manifiesto que la regulación de tal principio respondía también a una finalidad económica, tratando de evitar el surgimiento de distorsiones en el mercado ocasionadas por la existencia de mano de obra a distintos precios (dumping social). Esto puede ser bien entendido si tenemos en cuenta que la Comunidad Económica Europea (CEE) en sus inicios se configuraba como un área de libre comercio. Esta doble finalidad (social y económica) viene recogida ya por el TJCE en su sentencia Defrenne II²⁶, (asunto C- 43/75) en la que se señala que dicho principio se configura como un principio básico del ordenamiento comunitario formando parte de los fundamentos mismos de la Comunidad. Además, esta sentencia es de gran importancia al apreciar el efecto directo del antiguo artículo 119 TCEE lo que suponía la aplicación del mismo frente a los poderes públicos, convenios colectivos y contratos individuales de trabajo, con la posibilidad de su invocación ante los tribunales nacionales de los distintos Estados Miembros, aunque limitado en sus inicios a los supuestos de discriminación directa y extendiéndose posteriormente por labor jurisprudencial a la discriminación indirecta a través del denominado “efecto útil” de las directivas. Dicho efecto implica que los jueces o tribunales han de interpretar la norma interna de sus Estados conforme a los postulados de la norma comunitaria, tal y como viene expresado en la STJCE de 10 de

²⁶ Trae causa de un litigio entre una trabajadora que desempeña su trabajo como azafata de vuelo y su empresa, en relación a una indemnización que entiende le corresponde debido a que entre un periodo de tiempo de casi tres años, se considera víctima de una discriminación en materia de retribución respecto a sus compañeros de sexo masculino, que desarrollando el mismo trabajo como auxiliares de vuelo, obtenían una retribución mayor.

abril de 1984, conocida como caso “Von Colson y Kamann” (asunto C-14/83)²⁷ en la última de las cuestiones que se plantean en la misma (*“corresponde al órgano jurisdiccional nacional, agotando el margen de apreciación que su Derecho nacional le concede, dar a la Ley adoptada para ejecutar la Directiva una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho comunitario”*).

El antiguo artículo 119 TCEE, pese a una redacción aún imperfecta del principio de igualdad retributiva, se configurará como clave en el ordenamiento comunitario sirviendo de inspiración en toda la legislación antidiscriminatoria en la materia que se ha desarrollado desde entonces.

El tiempo ha hecho que dicho artículo 119 TCEE haya sido sustituido en la actualidad por el artículo 157 TFUE²⁸, recogido también dentro del Título relativo a la

²⁷ Supuesto en que dos trabajadoras como asistentes sociales diplomadas, ven rechazada su solicitud de acceso para trabajar en un centro penitenciario exclusivo de presos varones, entendiéndose la existencia de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, al justificar la negativa a la contratación por parte de los gestores del centro en los problemas y riesgos que podría conllevar la contratación de trabajadoras femeninas para una institución de dicha clase.

²⁸ “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”.

“política social” y perfilado en su contenido por la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la UE, precepto que viene a recoger el contenido dado al artículo 141 TCE (actual artículo 157 TFUE) que en el Tratado de Ámsterdam, ya sustituyó al primitivo artículo 119 TCEE (actual artículo 157 TFUE).

Se establece ahora la identidad entre trabajo igual o de igual valor – igual remuneración. Ésta es la gran novedad que se introduce como consecuencia de esa labor jurisprudencial que ya se vino apuntando en el ámbito comunitario desde la promulgación de la primera Directiva en esta materia, la Directiva 75/117/CEE. Por lo demás, el concepto de retribución continua siendo contemplado en términos amplios, incluyendo toda gratificación satisfecha, directa o indirectamente, derivada de la relación laboral, y manteniendo la referencia en cuanto al trabajo determinado por unidad de obra o de tiempo en relación a la remuneración de los mismos.

La principal novedad respecto del antiguo artículo 141 TCE radica en que se añade la posibilidad de que el Parlamento Europeo al igual que el Consejo, pueda, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta del Comité Económico y Social, adoptar las medidas que entienda necesaria para garantizar la aplicación tanto del principio de igualdad de oportunidades y de trato, como el principio de igualdad de retribución tal y como se configura en el mismo precepto.

Por último, se va a recoger la posibilidad de adoptar medidas de “acción positiva” por parte de los Estados Miembros que tengan por objeto llegar a una plena igualdad de hombres y mujeres en la vida laboral, bien ofreciendo ventajas al sexo menos representado en las actividades profesionales, bien evitando o compensando las desventajas existentes en las mismas. En cualquier caso, conviene diferenciar las “acciones positivas” de las denominadas “discriminaciones positivas”²⁹ (o inversa) dónde se establece una reserva rígida de un determinado número de plazas escasas y disputadas, para aquellos que se pretende favorecer, generando un trato jurídico

²⁹ Para un mayor estudio de las diferencias entre ambas, ver Rey Martínez, F., *El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, tomo 1, Ed. LA LEY y Ruíz Miguel, A. “Discriminaciones inversas e igualdad”, en *El Concepto de igualdad*, Madrid, 1994, Ed. Pablo Iglesias, pág. 81.

diferente y peor a una persona o grupo, ocasionando a su vez un tipo de discriminación directa que habría que analizar su licitud.

3.2. La importancia del derecho derivado: las Directivas Comunitarias y la igualdad retributiva.

Es precisamente en desarrollo de dicho precepto y el principio contenido en él, lo que va a provocar la aparición de distintas Directivas Comunitarias que van a perfilarlo y precisarlo en sus diferentes aspectos.

3.2.1. Directiva 75/117/CEE del Consejo de 10 de febrero de 1975

En esta primera Directiva³⁰, se incluyen dos referencias que suponen una importante ampliación del ámbito de aplicación del principio de igualdad retributiva:

- *“para un trabajo al que se atribuye un mismo valor”* (incluido por un Dictamen del Comité Económico y Social)
- *“la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo”*: referido a la utilización de criterios de clasificación comunes para ambos trabajadores a la hora de considerar los trabajos que se comparan excluyendo cualquier tipo de discriminación por razón de sexo.

Surge así en sentido propio, el denominado “principio de igualdad de retribución” (tal y como lo define la Directiva) y se procede en el ámbito comunitario a una aproximación formal al principio ya consolidado en el ámbito internación en el Convenio nº 100 de la OIT, considerando ya no sólo la igualdad formal de los trabajos, sino la igualdad en cuanto a valor de los mismos, y el establecimiento de criterios que

³⁰ Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (*Diario Oficial* nº L 045, de 19/02/1975. P. 0019 – 0020).

resulten “neutros”; es decir, aplicables por igual a ambos sexos, a la hora de valorar los trabajos.

En la búsqueda de efectividad de dicho principio, se va hacer referencia en la propia Directiva a la posibilidad que se concede a los particulares para la utilización de mecanismos prejudiciales de solución de conflictos (por el Consejo Económico y Social) previos a la vía judicial, debido al miedo existente en los trabajadores a la hora de acudir a dichos órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de que esa posibilidad debe estar garantizada por los Estados Miembros en todo caso.

Además, se van a establecer una serie de obligaciones a los Estados Miembros que han de respetar en todo caso, en particular:

- Han de llevar a cabo la supresión de todas aquellas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que resulten contrarias al principio de igualdad de retribución, con lo que se está buscando por parte del legislador comunitario una aproximación de legislaciones. En cuanto a las contenidas en convenios colectivos o contratos individuales de trabajo, se han de tomar aquellas medidas necesarias para que dichas disposiciones fueran “nulas, puedan ser declaradas nulas o pueda ser modificadas”, aunque no se especifican tales medidas sino que se deja al arbitrio de los Estados Miembros su concreción posterior.
- Se ha de proteger al trabajador por el Estado en los supuestos de represalia al trabajador en caso de denunciar una situación discriminatoria, en particular frente al despido.
- Deben adoptar todas las medidas necesarias que permitan la aplicación del citado principio y adoptar los “medios eficaces” para ello, velando por su efectivo respeto.
- Han de garantizar que los trabajadores sean informados sobre las medidas adoptadas garantistas de dicho principio, por ejemplo, mediante la información en los centros de trabajo.

Todas estas obligaciones contenidas en la Directiva habrían de traducirse en la normativa nacional en el plazo de un año desde la notificación a los Estados Miembros que tuvo lugar el 12 de febrero de 1976. Sin embargo, la aplicación de los mismos fue bastante escasa lo que ocasionó que la Comisión Europea denunciara ante el TJCEE a diversos Estados infractores de la transposición, posibilidad habilitada por el antiguo artículo 169 TCEE, en particular, Luxemburgo, Reino Unido y Dinamarca y dando lugar a distintas sentencias del TJCEE (Caso 58/81, Comisión/Luxemburgo, de 9 de junio de 1982; Caso 61/81, Comisión/Reino Unido, de 6 de julio de 1982; y Caso 143/83, Comisión/Dinamarca, de 30 de enero de 1985) en las que el Tribunal viene a resaltar que dichas obligaciones contenidas en la Directiva no son obligaciones de carácter meramente formal, sino que se trata de obligaciones reales que los Estados han de cumplir.

Además el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha venido considerando la citada Directiva como la única que desarrolla propiamente el derecho originario, en particular el artículo 119 TCEE (actual artículo 157 TFUE) y por ello, la ha concedido un tratamiento privilegiado de forma que en supuestos de conflicto entre la aplicación de la misma y otras Directivas a una determinada materia, lo ha solucionado habitualmente a favor de la misma³¹. En apoyo de lo anterior, se pueden señalar entre otras, la Sentencia de 8 de septiembre de 2005, McKenna³² (asunto C- 191/03) o la Sentencia de 17 de febrero de 1998, Grant/South-West Trains³³ (asunto C- 249/96).

³¹ Martínez Rocamora, L.G. *La Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo*, Actualidad Laboral, Sección Doctrina, 2000, pág. 677, tomo 3, Ed. LA LEY.

³² Se debate sobre si un régimen de baja por enfermedad con tratamiento idéntico a las trabajadoras que padecen una enfermedad ligada al embarazo y a aquellas otras que padecen una enfermedad ajena a éste, tiene cabida en el ámbito de aplicación de la Directiva 75/117/CEE o solamente en la Directiva 76/207/CEE, resolviéndose a favor de la primera.

³³ En ella se determina que una reducción concedida por un empresario en el precio de los transportes, sobre la base de un contrato de trabajo, si es realizada en favor de un cónyuge o de una persona, del otro sexo, con quien el trabajador mantiene una relación sin vínculo matrimonial estable, no entra dentro del ámbito de la Directiva 76/207/CEE, sino dentro del antiguo artículo 119 TJCEE (actual artículo 157 TFUE) y por tanto de la Directiva 75/117/CEE.

3.2.2. Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976

Con la citada Directiva³⁴, se trata de completar la Directiva 75/117/CEE en la medida de que la efectividad del principio de igualdad retributiva que pretende, no se puede alcanzar de ningún modo si se encuentra desvinculado de una serie de cuestiones tales como la garantía de acceso a la mujer a cualquier tipo de empleo, el derecho a la promoción en el trabajo y, especialmente, de un sistema de valoración y clasificación profesional determinado por criterios comunes que sean aplicables por igual para uno y otro sexo³⁵.

La Directiva otorga su protección a los trabajadores por cuenta ajena y a los funcionarios públicos en esos tres ámbitos señalados en su título.

Es importante destacar, que las condiciones de trabajo son entendidas en un sentido amplio, incluyendo el “despido” en cualquiera de sus formas, considerándolo como cualquier forma de extinguir el contrato (incluido el mutuo acuerdo). Sin embargo, se excluye el aspecto retributivo como tal, puesto que dicha cuestión ya venía regulada en la Directiva 75/117/CEE.

Hay que resaltar que el principio de igualdad de oportunidades viene definido de forma negativa, en el sentido de que se prohíben una serie de conductas discriminatorias, de forma absoluta y radical, con independencia de su carácter favorable o desfavorable. Viene a prohibir el fenómeno discriminatorio por razón de sexo en cualquiera de sus formas; es decir, directa o indirecta, aunque no define como tal que ha de entenderse por cada una de ellas. En este sentido vendrán definidas en la Directiva 97/80/CE relativa a la prueba en los supuestos de discriminación, en la que el legislador comunitario, respecto a la discriminación indirecta, viene a recoger la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que venía exigiendo para apreciar la misma una

³⁴ Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (*Diario Oficial n° L 039, de 14/02/1976. P. 0040 – 0042*).

³⁵ Quesada Segura, R. *Discriminación salarial por razón de sexo: Directivas comunitarias y Constitución* *Notas a la sentencia TC 145/1991 de 1 de julio*, Relaciones Laborales, Sección Comentarios de jurisprudencia, 1992, pág. 485, tomo 2, Ed. LA LEY.

serie de elementos: delimitar la disposición, el criterio o la práctica que plantea la duda; examinar si dicho criterio afectaba en mayor medida a las mujeres, y en caso de ser así, comprobar que no existieran razones objetivamente justificadas para ello por parte del empleador y se hubiera respetado el principio de proporcionalidad en la elección de la misma³⁶.

No obstante, va a permitir que los Estados Miembros puedan excluir del ámbito de aplicación de la Directiva aquellas actividades profesionales en las que el sexo sea determinante para la naturaleza y ejercicio de la misma; es decir, prevé una excepción de forma que en tales supuestos, la consideración del factor sexo no va a ser determinante para constituir un fenómeno discriminatorio (artículo 2.2), aunque en todo caso, los Estados han de llevar un seguimiento para comprobar si dicha determinación se mantiene justificada, de tal forma que no se permiten exclusiones abstractas o generales que pudieran dificultar ese control por parte de la Comisión o el Tribunal de Justicia por falta de transparencia. Y como la discriminación contra la mujer viene apoyada no tanto en su condición femenina, sino en una serie de circunstancias tales como el embarazo o la maternidad, la Directiva viene a respetar aquellas disposiciones que se refieran a la protección de la mujer en estas cuestiones, de forma que serán las mismas las que hayan de aplicarse en tales casos.

Además, en estas excepciones del principio, podemos señalar la posibilidad que permite la Directiva a los Estados Miembros para adoptar las medidas de “acción positiva”³⁷ necesarias en la búsqueda de esa igualdad de oportunidades para corregir las desigualdades de hecho que afecten fundamentalmente a las mujeres y lograr una igualdad sustancial. Este último supuesto podría justificarse por la tradición histórica de desigualdad de la mujer que hace necesario un “impulso” con medidas tendentes a

³⁶ En este sentido se pueden ver entre otras las SSTJCE de 31 de marzo de 1981, Jenkins, (asunto C-96/80); de 24 de febrero de 1994, Roks y otros (asunto C-343/92); y de 14 de diciembre de 1995, Megner y Scheffel, (asunto C-444/93).

³⁷ Sobre el concepto de “acción positiva” ver Quintanilla Navarro, B. *La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso «Kalanke versus Glissmann», Actualidad Laboral, Sección Doctrina, 1996, pág. 145, tomo 1, Ed. LA LEY; y Álvarez del Cuvillo, A. Elementos para una valoración técnico-jurídica de las medidas de acción positiva, Relaciones Laborales, Nº 11, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 Jun. 2010, Año XXVI, pág. 659, tomo 1, Ed. LA LEY.*

la supresión de la misma. En cualquier caso, la posibilidad de adoptar tales medidas de “acción positiva” ha de ser interpretada restrictivamente, por el riesgo de generar nuevas desigualdades y discriminaciones en relación al otro sexo. En este sentido, cabe resaltar la STJCE conocida como caso “Kalanke” (asunto C- 450/1993), en la que se entiende discriminatorio el otorgar un puesto de trabajo a una mujer que concurre al mismo con otro candidato masculino, al no tener cabida en la excepción del art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE la existencia de una norma interna de un Estado que garantizase una preferencia absoluta e incondicional de las mujeres. Ese carácter incondicional y absoluto, es contrario a la naturaleza de la acción positiva que requiere la existencia de una idéntica capacitación de las partes que concurren al puesto de trabajo, y ha de existir una clara infrarrepresentación del género femenino de forma objetiva en dichos puestos³⁸. Por ello, no se van a admitir aquellas medidas que impliquen una preferencia absoluta e incondicionada a favor de la mujer sustituyendo de este modo la igualdad de oportunidades por la igualdad de resultados, ni tampoco aquellas otras que dificulten llevar a cabo una apreciación objetiva de la situación particular de cada candidato³⁹

Al igual que con la Directiva anterior, se hace un llamamiento a los Estados Miembros para que adopten todas las medidas necesarias que posibiliten la efectividad del citado principio de igualdad de oportunidades, suprimiendo las disposiciones legales, administrativas o reglamentarias que resulten contrarias al mismo; permitiendo la anulación o modificación de aquellas previstas en convenios colectivos o contratos individuales de trabajo, revisando las existentes y tomando otras nuevas. Además, se posibilita el acceso a la función jurisdiccional en caso de violación del principio cuando ya se haya recurrido a otras autoridades competentes, y se otorga una especial protección en los supuestos de despidos como represalia por quejas formuladas por los trabajadores en esta materia.

³⁸ Eceizabarrena Sáenz, J., *Mujer y Derecho en Europa: el Derecho Comunitario antidiscriminatorio tras las reformas introducidas por el Tratado de Ámsterdam*, Actualidad Administrativa, Sección Doctrina, 2000, pág. 883, tomo 2, Ed. LA LEY

³⁹ Martínez Rocamora, L.G. Opus Cit.

3.2.3. Directivas en materia de Seguridad Social sobre igualdad

Finalmente, conviene señalar que se va a excluir la aplicación de ese principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, que será incluido unos años después en la *Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978*⁴⁰, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Dicha Directiva se aplicará a los regímenes legales protectores frente a determinados riesgos que sufren los particulares como son la invalidez, la enfermedad, la vejez, el desempleo, los accidentes laborales y la enfermedad profesional. También se aplicará a las disposiciones relativas a la ayuda social en la medida en que se encamine a completar o suplir los regímenes legales que aseguren los riesgos anteriores. Sin embargo, quedará fuera del ámbito de aplicación las prestaciones a favor de supervivientes y las familiares, salvo que estas últimas sean concedidas en atención a los riesgos señalados anteriormente.

El principio de igualdad de trato en esta materia de seguridad social se materializa en la ausencia de toda discriminación en su vertiente activa o pasiva en relación a una serie de cuestiones: el ámbito de aplicación de los regímenes y condiciones de acceso; contribuciones y prestaciones (cálculo, duración...). En cualquier caso, no se puede oponer dicho principio a aquellas otras disposiciones en materia de protección de la maternidad de la mujer.

Se prevé que en cuestión de regímenes profesionales, sea el Consejo quién adopte a posteriori las disposiciones que estime conveniente para la realización de tal principio en los mismos. Así, en 1986 surge la *Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986*⁴¹, en la que se recogió prácticamente lo señalado en la Directiva del año 1979, aunque con aplicación a los regímenes profesionales. Se comienza

⁴⁰ Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (*Diario Oficial n° L 006, de 10/01/1979. P. 0024 – 0025*).

⁴¹ Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (*Diario Oficial n° L 225, de 12/08/1986. P. 0040 – 0042*).

definiendo cuales son dichos regímenes profesionales, pero curiosamente lo hace en sentido negativo, es decir, aquellos que no son regulados por la Directiva 79/7/CEE y que tienen la finalidad de completar o sustituir los regímenes legales, ya fuera su adscripción voluntaria u obligatoria. Y también resulta de interés su artículo 6, que recoge una enumeración de supuestos en los que se identifican como contrarias al principio de igualdad de trato, aquellas disposiciones que se funden en el sexo, bien de manera directa o indirecta, cuando se refieran al estado matrimonial o familiar en relación a la edad de entrada en el régimen, el reembolso de cotizaciones; la concesión de prestaciones, edad de jubilación...

3.2.4. Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1980, en materia de la carga de la prueba

Se trata de una Directiva⁴² de gran trascendencia en la aplicación práctica de este principio de igualdad de trato, entendido como la ausencia de toda discriminación. Su importancia radica en que supone “aligerar” la carga de la prueba, de tal modo que en aquellos casos en los que una persona entienda vulnerado dicho principio de igualdad de trato y por lo tanto se ve perjudicada por la no aplicación del mismo, no será ella la que tenga que probar con exactitud la existencia de dicha vulneración, sino que le será suficiente aportar indicios fundados de discriminación, siendo la parte demandada la que tenga que probar que no se ha producido la vulneración de dicho principio sino que su actuación responde a una justificación objetiva y razonable. En este sentido no se puede considerar una auténtica “inversión” de la carga de la prueba, puesto que es necesario aportar esos indicios, no basta con la mera alegación.⁴³

Con esta medida se trata de facilitar la posibilidad de los particulares para hacer valer ese principio que quedaría muy limitado si se exigiera a la parte afectada probar de forma fehaciente y absoluta la existencia de dicha discriminación, más aún, en los

⁴² 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 (*Diario Oficial n° L 014, de 20/01/1998. P. 0006 – 0008*).

⁴³ Gorelli Hernández, J. *La carga de la prueba y la tutela del trabajador*, Relaciones Laborales, Nº 20, Sección Doctrina, Quincena del 23 Oct. al 8 Nov. 2009, Año XXV, págs. 599, tomo 2, Ed. LA LEY

supuestos de discriminación indirecta donde la prueba en tales casos resultaría de especial dificultad. Y como señala en sus considerandos, la especial dificultad de prueba en tales supuestos de discriminación indirecta, hace necesario que el legislador comunitario adopte una definición de la misma, que ya había venido perfilándose en la práctica jurisprudencial. De este modo, se entenderá por discriminación indirecta como aquella situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra, afecta de forma sustancial a un mayor número de miembros de un sexo determinado salvo que dicha práctica, disposición o criterio no resultare adecuado y necesario y se pudiera justificar mediante criterios objetivos sin vinculación al sexo del individuo.

No obstante, la Directiva permite el establecimiento por parte de los Estados Miembros de regímenes probatorios que resultaran aún más favorables para la parte demandante en tales supuestos, por lo que esa inversión de carga se configura como un mínimo a respetar.

Finalmente, en cuestión probatoria conviene hacer referencia a la Sentencia del TJCE, de 13 de mayo de 1986, conocida como caso “Bilka-Kaufhaus” (asunto C-170/84)⁴⁴. El TJCE viene a establecer que una vez presentados esos indicios discriminatorios es la empresa quien debe probar que su práctica salarial está basada en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, o dicho en otras palabras, probar que los medios elegidos por el empresario para alcanzar el objetivo pretendido con la medida que puede considerarse discriminatorio responden a una exigencia efectiva de la empresa, resultan idóneos para conseguir el objetivo deseado y son necesarios a tal fin.

Fruto del desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha ido perfilando el contenido de las Directivas mencionadas

⁴⁴ Se trata de una trabajadora que al ser trabajadora a tiempo parcial en la empresa se ve privada de la percepción de una “pensión de empresa” que se concede a los trabajadores por tiempo completo en un periodo superior a 15 años. La trabajadora alegaba que dicho sistema perjudicaba a las mujeres quienes eran las que ocupaban fundamentalmente los trabajos a tiempo parcial, mientras que la empresa justificaba su decisión en motivos económicos objetivamente justificados.

anteriormente, el legislador comunitario ve necesario una actualización de las mismas en sus contenidos y una mejor ordenación de los asuntos que abordan, por lo que decide lleva a cabo una refundición de todas las Directivas señaladas anteriormente (a excepción de la Directiva 79/7/CEE) en la *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006*⁴⁵, siendo la vigente en la actualidad, derogando las anteriores con fecha de 15 de agosto de 2009. Así mismo, establece un plazo para la correcta transposición a los Estados Miembros, el 15 de agosto de 2008, concediéndose un plazo adicional de un año en caso de dificultades específicas para ello, limitándose la transposición a los aspectos novedosos de la misma.

La Directiva se configura como un mínimo que los Estados han de respetar en esta materia, de forma que éstos podrán adoptar aquellas otras medidas y disposiciones que resulten más favorables en búsqueda de la efectividad de dicho principio de igualdad de oportunidades y de trato.

Conviene diferenciar dos tipos de disposiciones en la Directiva: aquellas disposiciones sustantivas o de fondo, que tratan de delimitar los conceptos de igualdad y discriminación y establecer las correspondientes prohibiciones u obligaciones; y aquellas otras disposiciones formales o instrumentales cuyo objetivo es proporcionar unos medios suficientes en la búsqueda de la efectividad de las anteriores, siendo precisamente en este tipo de disposiciones donde se produce un mayor avance respecto a los primeros textos comunitarios en la materia⁴⁶.

Es en materia de la igualdad de trato en el acceso al empleo, formación profesional, promoción y condiciones de trabajo donde se viene a establecer una importante salvedad a los Estados Miembros que podrán disponer que *“una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales*

⁴⁵ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (*Diario Oficial nº L 204, de 26/07/2006. P. 23–36*).

⁴⁶ García Murcia, J. La refundición de la legislación comunitaria sobre igualdad entre *hombres y mujeres en materia de empleo: la Directiva 2006/54/CE*, Derecho de los Negocios, Nº 193, Sección Relaciones laborales, Octubre 2006, Pág. 61, Ed. LA LEY

concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado". Se trata de una excepción a la prohibición que no venía prevista con anterioridad en la Directiva 76/207/CEE que regulaba esta cuestión y que surge de la práctica jurisdiccional.

Se van a contener en la Directiva una serie de previsiones vinculadas a la prevención y represión de las conductas discriminatorias, teniendo los Estados el deber de alentar a los empresarios el deber de adoptar medidas eficaces que busquen la prevención de las mismas, y la necesidad de adoptar un sistema de sanciones que resulten "efectivas, proporcionadas y disuasorias" para los supuestos de incumplimiento y violación del principio. En esa protección, se concede legitimación activa colectiva a las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que conforme a los criterios de los derechos nacionales, ostenten interés legítimo sobre la protección de lo dispuesto en la citada Directiva.

Por último, como otro aspecto a señalar de la Directiva, es necesario mencionar la especial protección que ha de darse a los trabajadores y sus representantes por parte de los Estados Miembros en los supuestos de despido u otro tratamiento desfavorable del empresario como consecuencia de una reclamación efectuada por esos en la empresa o ante la autoridad judicial en la que se solicitara el cumplimiento del citado principio de igualdad de trato. Se trata pues de una manifestación de la llamada "garantía de indemnidad"⁴⁷ en dichos supuestos que en la presente Directiva se denomina "victimización"⁴⁸.

⁴⁷ Para una profundización mayor sobre el concepto ver Fernández López, M. F. "La garantía de indemnidad" en *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, edición nº 1, Ed. LA LEY, Madrid, Julio 2008.

⁴⁸ Concepto al que se refiere la citada Directiva en su artículo 24 que lleva por rúbrica "victimización".

3.3. Definiciones de interés en la Directiva

Se recogen en la configuración dada por la jurisprudencia comunitaria, algunos ya tratado con anterioridad y otros que surgen como consecuencia de la nueva realidad que se plantea en las relaciones laborales.

Entre los conceptos clásicos, se viene a entender por *discriminación directa*⁴⁹, como la “*situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*”, mientras que por *discriminación indirecta*⁵⁰, se entiende aquella “*situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros 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*”. Los elementos que configuran el concepto de “discriminación indirecta” podríamos resumirles en tres: el carácter colectivo (el criterio que se utiliza resulta perjudicial no solo a un individuo, sino al grupo al que pertenece el mismo); el efecto desfavorablemente desproporcionado de dicho criterio, y la ausencia de una justificación objetiva del mismo⁵¹.

El concepto de *retribución* continúa entendiéndose en sentido amplio de forma que abarca “*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*” no suponiendo en este aspecto una novedad respecto a la redacción dada en el antiguo artículo 119 TCEE (actual art. 157 TFUE), mientras que la definición de los regímenes profesionales de la

⁴⁹ Entre los supuestos típicos de discriminación directa, se puede señalar el despido de una trabajadora por el hecho de quedarse embarazada (SSTJCE Hertz (asunto C- 179/88), Habermann-Beltermann (asunto C- 421/92) o Karin Mahlburg (asunto C- 207/98); o la negativa a contratar por razón exclusiva del embarazo de una trabajadora (Dekker (asunto C-177/88)).

⁵⁰ Entre otras constituyen supuestos de este tipo de discriminación las SSTJCE Bilka (asunto C- 170/84), Kowalska (asunto C- 33/89), Nimz (asunto C-184/89), Enderby (asunto C- 127/92), Danfoss (asunto C- 109/88), Gerster (asunto C- 1/95) y Kording (asunto C- 100/95).

⁵¹ Quesada Segura, R. Opus Cit.

seguridad social es la misma que la dada en la Directiva del año 1986. En la configuración de este concepto conviene señalar la sentencia del TJCE, de 17 de mayo de 1990, conocida como caso “Barber” (asunto C- 262/88)⁵² que más allá de incluir como retribución a efectos del artículo 119 TCEE y de las Directivas las indemnizaciones por jubilación anticipada concedidas al trabajador con ocasión de su despido por causas económicas (se excluyen en el resto de supuestos como señala el Tribunal en la sentencia conocida como caso “Burton” (asunto C- 19/81)⁵³ ya sean pagadas éstas en virtud de un contrato de trabajo, de disposiciones legales o con carácter voluntario y las pensiones pagadas por los Planes convencionalmente excluidos del régimen general en las empresas; viene a establecer una afirmación de gran importancia, al afirmar que en la búsqueda de una mayor transparencia en la aplicación del principio de igualdad de retribución, éste principio deberá garantizarse *“en cada elemento de la retribución y no sólo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores”*. Habrá que analizar pues cada elemento de la retribución de manera individual, de tal manera que existirá discriminación si en uno de ellos tiene lugar la misma, pese a que la retribución que perciban ambos sexos en su conjunto sea la misma⁵⁴.

Dos conceptos nuevos que aparecen en la nueva Directiva son los de *acoso ordinario*⁵⁵ o simple, entendido como *“la situación en que se produce un*

⁵² Supuesto en que un trabajador, el Sr. Barber, es despedido por causas económicas, y por no cumplir una determinada edad, se ve privado de la percepción de una pensión privada inmediata que si recibiría una mujer en su situación sino una determinada prestación económica en función de los años trabajados en la empresa y una pensión diferida en el tiempo cuando cumpliera la edad normal de jubilación.

⁵³ Supuesto en que un trabajador entiende que es objeto de un trato discriminatorio al imposibilitarle por parte de la empresa el ejercicio de una renuncia voluntaria contemplada en el acuerdo de reorganización de la empresa y obtener así una pensión voluntaria, debido a no cumplir la edad de 60 años establecida por la empresa para el caso de los hombres, cuando una mujer podría acceder a dicha posibilidad a los 58 años.

⁵⁴ Quintanilla Navarro, B. *Discriminación retributiva...* Opus Cit. págs. 85 y ss.

⁵⁵ En este sentido, ver la STJUE de 25 de abril de 2013, (asunto C- 81/12), en la que un Directivo de un Club de fútbol lleva a cabo una serie de declaraciones en una revista que pueden considerarse como discriminatorias en forma de “acoso”, en relación a un jugador con orientación sexual de homosexual, que finalmente no es contratado por el Club.

comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo” y el acoso sexual⁵⁶ definido como “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

Ambos tendrán una gran trascendencia pues recogen fenómenos que no pocas veces se van a plantear en la actualidad reciente y que dan origen a numerosas situaciones de conflicto que los tribunales han de resolver. Se trata de supuestos que responden a un grado más intenso o de mayor dimensión que la simple discriminación, y que por lo tanto también requieren de una especial protección.

Resulta también interesante señalar que, posiblemente con un ánimo aclaratorio y aunque resulte reiterativo, el legislador comunitario señala que conductas se consideran discriminatorias a efectos de la directiva, en particular, *“el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo; la orden de discriminar a personas por razón de su sexo; y el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE”*. Con esta cláusula, el legislador comunitario está tratando de abarcar todo tipo de conductas que en su naturaleza interna puedan ser consideradas como discriminatorias, aunque no encaje exactamente en cada uno de los conceptos definidos por la Directiva.

⁵⁶ Sobre esta materia, el TJCE ya se había pronunciado en una ocasión en su sentencia de 23 de abril de 2002, (asunto C- 62/01 P) en relación a una situación de acoso sexual de una funcionario de la Comisión de las Comunidades Europeas, en la que el Tribunal entiende no existente dicho acoso al no estar suficientemente probados los hechos.

3.4. Otras cuestiones de interés: la prueba estadística, la proporcionalidad y el término de comparación.

Finalmente, en el análisis de la cuestión que venimos haciendo desde la perspectiva comunitaria conviene hacer una serie de menciones en cuanto a unas determinadas cuestiones que resultan de interés en la materia.

En primer lugar, es necesario hacer una breve referencia a la denominada “prueba estadística” asumida por el TJCE en el denominado caso “Danfoss” (asunto C-109/88)⁵⁷ como un mecanismo válido para los trabajadores para aportar indicios suficientes de discriminación por razón de sexo, obligando al empresario a justificar su actuación. Consiste en la aportación de suficientes datos cuantitativos relativos a las retribuciones medias de trabajadores y trabajadoras y al número de trabajadores que componen determinados colectivos en las que se observen unas diferencias notables y por tanto son susceptibles de constituir un trato discriminatorio. No obstante, la aceptación de dicha prueba estadística no estaría exenta de dificultades en su aplicación, como por ejemplo, determinar el ámbito de consideración (intra-grupo, inter-grupo...) o el límite a partir del cual se considera discriminatorio, puesto que todo índice de diferenciación puede considerarse como índice de discriminación por muy escaso que sea.

En segundo lugar, conviene mencionar la cuestión sobre la “proporcionalidad” que ha de existir entre el trabajo y el salario asociado al mismo. En este sentido hay que mencionar la sentencia de 4 de febrero de 1988, conocida como caso “Murphy” (asunto C- 157/86)⁵⁸. En la misma, el Tribunal entiende que si el principio de igualdad de retribución prohíbe que trabajos de igual valor impliquen retribuciones diferentes por pertenecer a un sexo determinado, dicho principio prohibiría “*a fortiori*” similar

⁵⁷ Supuesto en que en una empresa determinada, Danfoss, el salario medio de los hombres era superior al de las mujeres, en dos categorías profesionales, y en relación a una muestra de 157 trabajadores, aceptando el Tribunal dicha prueba como suficiente para motivar a la empresa a justificar su política salarial demostrando que no es discriminatoria.

⁵⁸ Supuesto en que un conjunto de trabajadores de sexo femenino que pertenecen a una determinada categoría profesional, solicitan la equiparación de su retribución en relación a la que perciben los trabajadores de otra categoría que llevan a cabo trabajos de un valor inferior al suyo y con los que se establece el término de comparación.

diferencia retributiva cuando la categoría de trabajadores con peor retribución realizaran tareas de valor superior. En caso de no aceptar esta postura, se estaría privando al principio de sustantividad y de “efecto útil”. Será necesario por tanto una proporcionalidad entre trabajo y retribución para evitar que el empresario pudiera eludir el principio de igualdad retributiva añadiendo tareas más gravosas o adicionales a los trabajadores de un sexo determinado pagándoles una retribución inferior. Todo ello supone que se va a poder aplicar la igualdad retributiva cuando haya trabajos de valor diferente.

Por último, hacer una breve referencia en relación al aspecto temporal a la hora de llevar a cabo la comparación para apreciar o no la existencia de discriminación por razón de sexo. Para ello es necesario mencionar la sentencia de 27 de marzo de 1980, conocida como caso “Macarthys” (asunto C- 129/79)⁵⁹. El Tribunal viene a señalar que pese que pueda existir una diferencia de retribución entre dos trabajadores que en distinto ámbito temporal ocuparen un mismo puesto de trabajo por la intervención de factores ajenos a toda discriminación por razón de sexo, ello se reduce a una cuestión de hecho que ha de apreciar el juez que resuelva y que por tanto, el análisis a la hora de apreciar la existencia de discriminación no se ha de limitar a situaciones en las que hombres y mujeres llevan a cabo simultáneamente un mismo trabajo para el mismo empleador, sino que también hay que considerar a los trabajadores que desarrollen el mismo puesto en un periodo de tiempo distinto.

⁵⁹ Supuesto de una trabajadora que trabajaba para la empresa “Macarthys” como jefe de almacén y que considera la existencia de discriminación por razón de sexo y por tanto, vulneración del principio de igualdad de retribución, al cobrar 50 UKL semanales mientras que su predecesor en el puesto, cobraba 60 UKL semanales.

CAPÍTULO TERCERO. EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL Y LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL

1. Antecedentes históricos normativos

Antes de pasar a analizar la normativa actual en nuestro ordenamiento jurídico en relación a la “igualdad retributiva”, conviene no perder de vista los antecedentes históricos normativos, para ver cuál ha sido el tratamiento dado por el derecho y entender esa evolución sufrida hasta llegar a su configuración actual.

1.1. Normativa protectora de la situación de la mujer

La situación de desconsideración de la mujer, ostenta unas profundas raíces históricas y culturales que tienen su manifestación en múltiples ámbitos, entre ellos, el aspecto retributivo en las relaciones laborales. Así, la discriminación salarial por razón de sexo se ha venido configurando como una de las manifestaciones más agudas y persistentes dentro de la discriminación laboral de la mujer.

Tras la II Guerra Mundial, el problema discriminatorio en materia retributiva empieza a recibir una respuesta jurídica sólida por parte de los distintos ordenamientos, también el español. Hasta entonces, las normas jurídicas ostentaban una clara finalidad protectora del trabajo femenino, que aun estando en ocasiones justificada (descanso por maternidad), obedecía fundamentalmente a prejuicios culturales fuertemente arraigados en la sociedad.

Estas primeras normas protectoras contribuyen a formar actitudes ideológicas que sitúan a la mujer en una situación social y laboral de clara inferioridad respecto al hombre, impidiendo la plena aplicación y efectividad del principio de igualdad salarial y más ampliamente, la igualdad laboral.

En un primer momento, el Derecho del Trabajo trata de proteger las denominadas “fuerzas medias”, surgiendo así en 1873 la famosa Ley “Benot”, (Ley de

24 de julio de 1873, sobre condiciones de trabajo en las fábricas, talleres y minas) respondiendo a ese carácter tuitivo que lo caracteriza desde su nacimiento. Proteger la salud material y moral del trabajador, será un claro objetivo compartido también por las normas protectoras del trabajo femenino.

Estas primeras normas laborales, van a buscar la protección de la salud y de la específica condición femenina, pero descuidan cualquier referencia al principio de igualdad de trato en la esfera laboral, quedando también fuera la cuestión retributiva. Podemos encontrar un reflejo de lo anterior en las diferentes normas que se van a ir adoptando en esos primeros años del s. XX, entre las que podemos señalar: Ley de 13 de marzo de 1900, sobre condiciones de trabajo de las mujeres y los niños; Real Decreto de 26 de junio de 1902 sobre jornada de trabajo de las mujeres y los niños; Ley de 8 de enero de 1907 por la que se reforma el artículo 9 de Ley de 13 de marzo de 1900 relativo al descanso por maternidad y lactancia; Real Decreto de 25 de enero de 1908 sobre industrias y trabajos que se prohíben total o parcialmente a los niños y a las mujeres menores de edad; Ley de 27 de febrero de 1912 reguladora de la obligación de tener dispuesto un asiento para las mujeres empleadas (Ley “Silla”); Ley de 11 de julio de 1912 sobre prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en talleres y fábricas; Real Decreto-Ley de 15 de agosto de 1927 sobre descanso nocturno de la mujer obrera...

Las diferencias entre el trabajo asalariado de los hombres y mujeres, habría que buscarla en esta fase, no en lo que las normas dicen, sino en lo que dejan de decir.

La realidad del momento reflejaba el hecho de que pese a ese importante elenco normativo, existían aún importantes diferencias en materia retributiva entre trabajadores y trabajadoras, tal y como se venía señalando por los estudios llevados a cabo por el Cuerpo Técnico de Inspección de Trabajo, que reflejaba un salario de los hombres casi tres veces superior al de las mujeres trabajadores en esos primeros años del s. XX.

En buena medida esta situación discriminatoria fue fruto de la consideración de la mujer como una “amenaza” en el mercado de trabajo, viendo su incorporación al mismo como una invasión y como una posible ruptura del régimen social establecido,

claramente patriarcal⁶⁰. En este sentido podemos señalar el Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926 por el que se aprueba el Código de Trabajo, en el que se restringía por un lado la capacidad laboral de la mujer casada, exigiéndose una autorización marital para poder celebrar válidamente un contrato de trabajo (artículo 4.d)), y por otro, se supeditaba la validez del pago de la retribución salarial a la mujer casa, a la inexistencia de una oposición expresa por parte de su marido (artículo 14).

Esa incompatibilidad de la mujer en el mundo laboral, especialmente de la mujer casada, se podía observar también en determinadas normas sectoriales, especialmente las ordenanzas laborales, en las que se obligaba a la mujer en muchas de ellas, durante la pendencia de su relación laboral, que cuando contrajeran matrimonia debían pasar a una situación de excedencia forzosa percibiendo como indemnización lo que se conocía como “dote matrimonial”.

La Real Orden de 1 de junio de 1925 sobre maternidad y cuidado de hijos será la primera norma que se va a referir por primera vez al salario de las mujeres trabajadoras, aunque en relación a la materia específica que regula. Habrá que esperar unos años, hasta 1933, cuando se adopte la Orden de 11 de diciembre de 1933 sobre “igualdad de labores y de retribución para hombres y mujeres”⁶¹ que ya propiamente se refiere a la materia retributiva y la igualdad en la misma. Pese a la adopción de dicha norma, la situación de desigualdad en la práctica, llegó incluso a incrementarse. Por ello, con el Fuero del Trabajo en 1938 se va a regular un salario mínimo para las mujeres, inferior al de los hombres, pero que garantizaba al menos una cierta

⁶⁰ En este sentido, ver Martínez Abascal, V.A., *La discriminación salarial por razón de sexo*, Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1989, Pág. 230, tomo 2, Ed. LA LEY; quien considera como principal motivo en esa postergación normativa en materia de igualdad de trato laboral y retributiva, al pensamiento conservador sobre el trabajo de la mujer, considerándolo como únicamente sustitutoria, hasta el extremo de que el hombre era quien se encargaba de mantener la mujer y el hogar. Permitir el trabajo de la mujer, supondría su independencia económica, pudiendo hacer quebrar el orden jerárquico patriarcal del momento, por lo que solo se iba a aceptar el trabajo extradoméstico de la mujer, con carácter transitorio y sustitutivo del hombre.

⁶¹ Dicha Orden, expresaba tal principio en los términos siguientes: *“El principio general es el de igualdad de labores y de retribución para hombres y mujeres, salvo el aspecto protector ya destacado, menos en aquellos casos en que se adopten condiciones distintas en las Bases de Trabajo que correspondan”*; aunque ante la ausencia en el ordenamiento de una expresa formulación del principio de igualdad salarial, venía sucumbiendo el mismo en las Bases de Trabajo.

percepción evitando los abusos. Dicha norma aún ostenta en aquel momento una naturaleza protectora o tuitiva de la mujer, quedando el principio de igualdad en un segundo término⁶².

A partir de este momento, surgirán una serie de normas tendentes a la equiparación del salario, como por ejemplo, la Orden de 28 de diciembre de 1940 para los casos de establecimientos mercantiles; caracterizándose por intentar esa equiparación en trabajos donde se produjera una identidad de tareas.

En este avance de la normativa en búsqueda de la mayor igualdad, sin perjuicio de que aun persistiera la naturaleza protectora de la normativa, la Ley de Contratos de Trabajo de 26 de enero de 1944 supone un retroceso respecto a lo logrado. Se van a volver a establecer limitaciones a la capacidad de las mujeres para contratar por ellas mismas la prestación de sus servicios y para percibir el salario. Además, no se alude a la igualdad de retribución en términos generales, sino solo en relación a determinado tipo de relaciones laborales, como era el trabajo a domicilio. No hay alusión a la igualdad de retribución en general, solo particularmente.

Las distintas Reglamentaciones de trabajo de las diversas actividades y sectores, que encontraban su base en la Ley de 16 de octubre de 1942 van a resultar de una gran trascendencia. En las mismas, se venía a determinar el salario específico, regulándose trabajos específicamente femeninos y trabajos mixtos, en cuyo último caso, el salario de las mujeres era de menor cuantía al de los hombres. Esta posibilidad de trabajos exclusivamente femeninos y masculinos, no hacen más que contribuir a una proliferación de diferencias salariales entre hombres y mujeres, produciendo una institucionalización de las mismas en el mercado de trabajo español.

1.2. Normativa igualadora de las relaciones laborales de hombres y mujeres

Será en los años 50 cuando se empiece a producir un cambio en la orientación de la normativa, pasando de esa finalidad puramente protectora, a una finalidad tendente

⁶² Martínez Abascal, V.A. Opus Cit.

a lograr una mayor igualdad en las relaciones laborales, especialmente entre hombres y mujeres. En este cambio, va a resultar de especial importancia, la apertura de España al exterior, rompiendo ese aislacionismo español que venía existiendo desde la Guerra Civil con el régimen franquista, con la entrada en la ONU en 1955 y con la ratificación de numerosos convenios de la OIT. También conviene mencionar la Ley de 24 de abril de 1958, en la que se introduce de manera desvirtuada los Convenios Colectivos, abriendo así una mayor posibilidad de mejoras respecto a las Reglamentaciones de Trabajo que venían funcionando en los años previos y que no hacía otra cosa más que agudizar y preservar las diferencias en materia retributiva entre hombres y mujeres.

En cualquier caso, no hay que olvidar que las fases históricas no se llevan a cabo sin cortes o fisuras, por lo que en esta nueva etapa, van a convivir los elementos nuevos, con instituciones, conceptos, normas y elementos culturales e ideológicos propios de la fase protectora anterior⁶³.

Hasta la aparición de nuestro texto constitucional del año 1978, en el que se va a recoger el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, se promulgan diversas leyes de trascendencia en la materia que venimos analizando.

En primer lugar, podemos señalar la Ley 56/1961, de 22 de julio, de Derechos Políticos, Profesionales y Laborales de la Mujer de 1961 que puede ser considerada como la primera norma que trata de suprimir las discriminaciones laborales de la mujer en nuestro ordenamiento. Así, en su artículo 4, no solo viene a prohibir todo tipo de discriminación por razón de sexo, aunque en relación a normas sectoriales (Reglamentaciones de Trabajo, Reglamentos de Empresa y Convenios Colectivos); sino que reconoce el principio de igualdad de retribución en los trabajos de igual valor. Viene a superar la referencia hecha en la orden de 1933, sobre identidad de tareas,

⁶³ En este sentido, como señala Martínez Abascal V.A. en *La discriminación salarial por razón de sexo*, Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1989, Pág. 230, tomo 2, Ed. LA LEY, el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora en aplicación de la Ley de 22 de julio de 1961; en el que conviven preceptos que configuran reglas protectoras del trabajo femenino (arts. 3 a 5), con otros, como el artículo 1, donde se regula el principio de igualdad de trato prohibiendo expresamente que las normas sectoriales establezcan preceptos o cláusulas generadores de diferencias en las condiciones de trabajo, categorías profesionales y remuneraciones entre los trabajadores de uno y otro sexo.

configurando el principio en términos amplios, tal y como lo había hecho la OIT en su Convenio nº 100, pese a que España, en el momento de la promulgación de dicha ley, aún no había ratificado el mismo. Sin embargo, pese a las buenas intenciones, la efectividad de la normativa fue escasa, al carecer de las garantías normativas suficientes para hacerlo valer, por lo que continuaron admitiendo trabajos feminizados, a los que se les otorgaba un valor inferior que a los análogos desempeñados fundamentalmente por varones y por lo tanto, una remuneración menor estaba justificada.

Una segunda norma de interés sería la Ley 16/1976, de 18 de abril, sobre relaciones laborales, que viene a cerrar la normativa preconstitucional. Sin embargo, configura el principio de igualdad salarial de forma más restringida en su artículo 10, al referirse a una “igualdad de trabajo”, algo que puede resultar curioso cuando en el momento de promulgación de la citada norma, ahora ya sí se había ratificado por España el Convenio nº 100 de la OIT.

1.3. Configuración constitucional del principio de igualdad y prohibición de discriminación, y su relación con el aspecto retributivo en la relación laboral

La entrada en vigor de nuestro actual texto constitucional en 1978, supone un paso trascendental en la nueva configuración del principio de igualdad y prohibición de discriminación, teniendo una especial repercusión en el ámbito laboral, y en particular en materia retributiva.

En particular, son dos los preceptos que de forma clara inciden directamente sobre la igualdad retributiva: el artículo 14 CE y el artículo 35.1 CE, consagrando el principio de prohibición de discriminación retributiva en España a nivel constitucional⁶⁴. Todo ello, sin perjuicio de la existencia de otros preceptos constitucionales, como los arts. 1.1 CE y 9.2 CE, de una gran trascendencia en la

⁶⁴ Saldaña Valderas, E. *Discriminación retributiva en función del género. Un análisis técnico y jurídico*, Consejo andaluz de relaciones laborales, Ed. Mergablum, Sevilla, 2004; y Romero Burillo, A. M^a. *Igualdad y Retribución*, Ed. Tirant lo Blanch “colección laboral”, Valencia, 2006.

materia. El primero de ellos garantizando la igualdad como un valor superior del Estado Social y Democrático de Derecho, mientras que el segundo establece el principio de igualdad sustancial, vinculándose su contenido con el artículo 35.1 CE.

En cualquier caso, lo que no existe en nuestro texto constitucional, es un reconocimiento expreso del principio de igualdad de retribución para trabajos de igual valor, sino que dicho principio será reconocido constitucionalmente fruto de la interpretación jurisprudencial realizada por el Tribunal Constitucional⁶⁵. Además, la redacción en sentido amplia en que vienen expresados tales preceptos, favorece una interpretación acorde con el acervo comunitario en esta materia.

El artículo 14 CE, se configura en nuestro ordenamiento constitucional como un principio y un derecho. Como principio, ha de presidir y penetrar en todo el ordenamiento jurídico del que se van a derivar titularidades subjetivas y garantías jurisdiccionales. Como derecho, se configura fundamental para todos los ciudadanos, predicándose también de los trabajadores, de forma que se extiende la prohibición de discriminación en el marco de las relaciones laborales. Podemos entender que el artículo 14 CE contiene dos previsiones con diferente contenido⁶⁶:

- El primer apartado, recoge el principio de igualdad de carácter formal, caracterizado a su vez por una doble vertiente, la igualdad de todos ante la ley, lo que supone aplicación de la ley a todos por igual y la igualdad en el contenido de la ley, encontrando una especial vinculación con el artículo 9.3 CE al prohibir la arbitrariedad de los poderes públicos. En cualquier caso, la igualdad no significa identidad, de forma que lo que se establece es un tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales; es decir, impone al operador jurídico el deber de proporcionar el mismo trato a quienes se encuentren en situaciones jurídicas equiparables. Además, cabe la posibilidad de introducir medidas que supongan un trato diferente si superan el correspondiente juicio de proporcionalidad y razonabilidad, criterio éste último que el Tribunal Constitucional entiende

⁶⁵ Saldaña Valderas, E. Opus Cit.

⁶⁶ Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, M^a. F. *Igualdad y discriminación*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

cumplido en los supuestos de diferencias jurídicas de trato, cuando existe una mínima justificación de la finalidad pretendida con la misma⁶⁷.

- El segundo, establece la prohibición de cualquier tipo de discriminación por una serie de causas, entre ellas, el sexo, pero que en cualquier caso se configuran como un “*numerus apertus*” cupiendo otros motivos expresamente no recogidos. Dicha previsión, obliga a poderes públicos y también a los sujetos sociales, por lo que la prohibición también ha de respetarse en la negociación colectiva. Además, conviene señalar que la discriminación es “*contra*”, no “*entre*”, siendo irrelevante la intencionalidad de discriminar, es decir, el “*animus*” de quien lleva a cabo la actuación, constituyéndose una presunción de irracionalidad de los factores o criterios enumerados constitutivos de discriminación.

Es decir, tal y como señalan algunos autores⁶⁸, es posible diferenciar entre la doctrina de la clasificación razonable o principio general de igualdad, cuya vulneración ocasionaría una situación de discriminación en sentido amplio, y la doctrina de la clasificación sospechosa o prohibición de discriminación en sentido estricto por alguna de las causas contenidas en el artículo 14 Constitución Española *in fine*. En cualquier caso, aunque se trate de conceptos diferentes, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación guardan una especial relación entre ellas, puesto que la prohibición de discriminación es una variedad de la igualdad para los supuestos considerados como sospechosos de generar desigualdades.

Esta doble dimensión del artículo 14 CE resulta de especial trascendencia en la búsqueda de una efectiva garantía y tutela frente a los actos y situaciones discriminatorios con trascendencia en la mujer trabajadora en materia salarial⁶⁹, más

⁶⁷ Rey Martínez, F., *Opus Cit.*

⁶⁸ Rey Martínez, F. *Opus. Cit.*

⁶⁹ Martínez Abascal, V.A. *Opus Cit.*

aún si consideramos que el Tribunal Constitucional⁷⁰ y el Tribunal Supremo⁷¹ han asumido tal delimitación conceptual en su jurisprudencia.

En cuanto al artículo 35.1 CE, teniendo en cuenta esa especial vinculación con el principio de igualdad sustancial recogido en el artículo 9.2 CE, establece una prohibición específica de discriminación corrigiendo situaciones sociales discriminatorias estimadas por el constituyente, como latentes y especialmente rechazables en la actualidad, siendo fruto de la acción normativa internacional en relación a la prohibición de la discriminación. Así, en su último inciso recoge una prohibición de discriminación en materia de sexo, respecto de una serie de materias entre las que figura el derecho a una remuneración suficiente que satisfaga sus necesidades y las de su familia.

Algún autor viene a considerar el artículo 35.1 CE como un precepto innecesario y reiterativo, al entender que su contenido, no añade nada nuevo, sino que de forma innecesaria concreta y específica de una forma sobreabundante el contenido del artículo 14 CE⁷². Sin embargo, no es una postura que comparto, puesto que considero útil el citado precepto al centrar su atención en la materia retributiva otorgando así una mayor tutela al trabajador sobre un aspecto determinante en su vida, su relación laboral que se configura como un elemento clave para su desarrollo personal y familiar.

2. El principio de “igualdad retributiva” en la normativa laboral

Vistos los antecedentes normativos y la configuración en nuestro texto constitucional, conviene ahora analizar cómo se configura tales principios

⁷⁰ Entre otras sentencias que se pronuncian en este sentido es posible señalar la STC 3/1983, de 25 enero de 1983; la STC 109/ 1988, de 8 junio de 1988; la STC 22/1981, de 2 julio de 1981; o la STC 19/1989, de 31 enero de 1989.

⁷¹ Entre otras sentencias, la de 23 de septiembre de 2003; la de 7 de julio de 2005, o la de 18 de julio de 2011.

⁷² Martínez Abascal, V.A. Opus. Cit.

constituciones de igualdad y no discriminación salarial por razón de sexo en la normativa propiamente laboral; es decir, el Estatuto de los Trabajadores.

Más allá del artículo 28 ET que analizaremos en mayor detalle y que recoge propiamente el principio de igualdad de remuneración por razón de sexo, conviene hacer mención a otros dos preceptos de gran trascendencia en esta materia discriminatoria.

2.1. Igualdad y no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores

En primer lugar, el artículo 4.2 c) ET⁷³, que viene a desarrollar el principio constitucional de no discriminación configurándolo como un derecho subjetivo que tiene todo trabajador en su relación jurídico-laboral. Este derecho que se atribuye al trabajador, por la redacción del propio precepto, va a alcanzar a las discriminaciones directas e indirectas; tanto en el momento de la ejecución del contrato, como en el momento previo a la celebración del mismo; incluyendo el aspecto retributivo dentro de la referencia al “empleo”, como elemento determinante del mismo y abarcando las mismas causas o motivos establecidos en el artículo 14 CE, con excepción de la discapacidad que va a ser una causa nueva. Se trata de un precepto que proyecta en el ámbito laboral los artículos. 9.2 CE y 14.1 CE en términos genéricos y extensivos⁷⁴.

El segundo de los preceptos es el artículo 17 ET donde en su primer apartado desarrolla el principio básico y fundamental de la igualdad formal y la prohibición de discriminación en la relación de trabajo señalando una serie de razones o motivos de discriminación; mientras que en su apartado segundo y tercero, establece una serie de excepciones a dicho principio general de no discriminación.

⁷³ “2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

⁷⁴ Romero Burillo, A. M^a. Opus Cit. pág. 57.

El citado precepto se viene a entender como el precepto que traslada a la relación de trabajo la prohibición genérica de discriminación del artículo 14 CE y la específica del artículo 35 CE por razón de sexo en materia salarial. Hay que tener en cuenta, que el precepto contiene una lista más amplia de causas o motivos discriminatorios que el artículo 14 CE, pero sin embargo, resulta más restrictivo al configurarse como un “*numerus clausus*”, de forma que no se deja abierta la posibilidad de incorporar nuevos motivos discriminatorios.

Se va establecer como medida garantizadora de tal derecho, la nulidad de aquellos mecanismos o instrumentos que contengan la conducta discriminatoria en caso de incumplimiento de dicha prohibición, permitiendo también la posibilidad de generarse consecuencias indemnizatorias, sanciones administrativas e incluso penales si se diera lugar a ellas. Y en este sentido, prevé como posibles mecanismos o instrumentos jurídicos susceptibles de recoger una vulneración de este derecho a la no discriminación, los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario; es decir, la discriminación va a poder provenir de la Administración Pública, de la negociación colectiva, o del propio empresario.

2.2. El artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores: principio de igualdad de remuneración por razón de sexo

2.2.1. Justificación del precepto

Lo primero que tenemos que hacer, al igual que ya se hizo el legislador en el momento de elaborar el Estatuto de los Trabajadores, es preguntarnos sobre el sentido que puede tener un artículo como el artículo 28 en el Estatuto, cuando ya existe en nuestra Constitución la prohibición general de discriminación en el artículo 14 y la particular en la relación laboral en su artículo 35 y además diversas previsiones en el propio Estatuto a las que ya hemos hecho referencia.

En ese primer momento se presentó una enmienda, la nº 82, por parte del grupo de Coalición Democrática, en la que se proponía la supresión del artículo 28 (antiguo artículo 26 del proyecto de ley), sustituyendo el mismo por otro cuyo contenido se refiriera a la definición del salario hora profesional. Se argumentaba que establecer esta previsión, resultaba en cierto modo reiterativo, al encontrarse ya recogido el principio de no discriminación en el artículo 17 (antiguo artículo 15 del proyecto de ley). Además, no fue la única enmienda, sino que hubo otras encaminadas a incluir más factores que exclusivamente el sexo. Finalmente, la postura que prevalece es la del grupo de Unión de Centro Democrático, partido que ostentaba el poder en aquella época, argumentando que la previsión específica del artículo 28 (artículo 26 del proyecto de ley), se refería en exclusiva a una situación particular, la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo, al estar presente en la realidad importantes situaciones discriminatorias en esta materia que requerían un pronunciamiento específico para tratar de conseguir la eliminación de las mismas y un salario igual por igual trabajo. La evolución histórica del fenómeno discriminatorio, en un contexto preconstitucional donde las prácticas sociales y un buen número de normas jurídicas aceptaban tales diferencias retributivas por razón de sexo, tuvo también un importante papel para la adopción de este importante precepto en el Estatuto.

2.2.2. Evolución del precepto: su adaptación al concepto comunitario

Visto el fundamento de su adopción, tenemos que pasar ahora a analizar la evolución que ha sufrido el precepto desde su primera promulgación en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 hasta su configuración actual, proceso en el que se ha ido adaptando al principio comunitario de “igualdad de retribución”, que como hemos visto, ha sido configurado y completado en buena medida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión.

En primer lugar, el artículo 28 trae por rúbrica, “igualdad de remuneración por razón de sexo”. Utiliza el legislador el concepto de “remuneración”; mismo término que el utilizado por la OIT en su convenio nº 100, pero sin embargo, en un sentido

mucho más estricto a cómo se entiende en el mismo, puesto que de la redacción del precepto, vemos como se incluye en el concepto, el salario base y los complementos salariales, excluyéndose aquellas otras percepciones que puede recibir el trabajador como consecuencia de su relación laboral pero que son percibidas indirectamente, como por ejemplo las indemnizaciones o prestaciones complementarias. En este sentido, el principio queda redactado del siguiente modo: *“El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo”*. Esta redacción también se aleja de la prevista en el antiguo artículo 119 TCEE (actual artículo 157 TFUE) en el que se utiliza el término “retribución” y no “remuneración”, entendiéndose, al igual que en el convenio nº 100 OIT, el conjunto de gratificaciones satisfechas directa e indirectamente fruto de la relación laboral, al igual que en las Directivas que se ocupan de la materia y que ya hemos señalado. Por lo tanto, un primer problema que se plantea es el desajuste que se produce entre la redacción dada por nuestro legislador, y la opción recogida en el derecho comunitario e internacional que España debe asumir.

Además, no se va a configurar como el único punto discordante, sino que otro elemento controvertido es el hecho de que se prevea la igualdad para “trabajos iguales”; y no para “trabajos de igual valor”: se configura así otro elemento restrictivo de este principio, configurándolo como un principio con un escaso poder de actuación. Si bien es cierto, que en esta cuestión, en Europa, se había configurado inicialmente del mismo modo, la identidad de trabajos es prontamente superada en la Directiva 75/117/CEE recogiendo la identidad “trabajos de igual valor – igual salario”, gracias a la labor realizada por el Tribunal de Justicia en la configuración del principio.

Como es sabido, los Estados Miembros han de acomodarse al derecho comunitario, teniendo que trasponer las Directivas en el plazo señalado por éstas y respetando el derecho originario. Es decir, el derecho nacional no puede imposibilitar en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos a los particulares por el ordenamiento jurídico comunitario, no sólo frente al Estado (eficacia vertical), sino también respecto de los particulares (eficacia horizontal) mediante los cauces procesales de las legislaciones de los Estados con las debidas exigencias de adecuación

y operatividad para la satisfacción de los derechos comunitarios. De este modo, el Derecho Comunitario tendrá un efecto directo sobre los Estados Miembros, tal y como señala el TJCE en su Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto “Van Gend en Loos”, C-26/62⁷⁵. El efecto directo de las directivas, será recogido por el citado Tribunal en su Sentencia de 4 de diciembre de 1974, asunto “Van Duyn”, C-41/74.

Por ello, si bien es cierto que el principio de igualdad de remuneración, se configura inicialmente un tanto alejado de cómo se entiende en el ordenamiento jurídico europeo, este diferente tratamiento, será solventado por los Tribunales y jueces nacionales, quiénes a la hora de resolver estas cuestiones, extenderán el principio restrictivo de nuestro ordenamiento, al principio entendido en términos más amplios del ámbito comunitario, aunque si bien es cierto, que apenas tuvieron que pronunciarse al respecto por el escaso número de casos a los que se enfrentaban, siendo los conflictos en nuestro país más relacionados con el valor de los trabajos, al existir clasificaciones profesionales que encubrían una discriminación por razón de sexo. Y ello es así, porque los principios de efecto directo y de prevalencia o primacía del derecho comunitario (incluyéndose la jurisprudencia comunitaria), y de interpretación conforme al mismo por los derechos nacionales, obligan a dichos jueces y tribunales nacionales a mantener una interpretación del derecho nacional acomodada al derecho y jurisprudencia comunitaria.

En este periodo de inadaptación de la normativa española respecto a la comunitaria va a tener un papel capital el Tribunal Constitucional, quien ha tratado desde sus orígenes de aplicar una interpretación amplia del principio conforme a como se venía haciendo en Europa, ello a través de dos vías diferentes, bien a través de lo que se ha llamado una “jurisprudencia equiparadora”, a través de la cual el Tribunal incorporaba la identidad “igual salario por trabajo de igual valor” y la posibilidad de apreciar supuestos de discriminación indirecta; o bien mediante la llamada “jurisprudencia compensadora”, que permitía la compatibilidad de las medidas de

⁷⁵ Tal y como señala Alzaga Ruiz, I. *La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral: criterios jurisprudenciales comunitarios y españoles*, Actualidad Laboral, Nº 13, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Jul. 2007, pág. 1536, tomo 2, Editorial LA LEY

“acción positiva” con el principio de igualdad de trato reconocido constitucionalmente⁷⁶.

El mantener esta situación de inadaptación de la normativa nacional al comunitario en el tiempo, provoca que el Estado incumplidor, España, caiga en responsabilidad. Además, según una jurisprudencia reiterada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, la incompatibilidad de una legislación estatal con las disposiciones y previsiones comunitarias, también las que resulten directamente aplicables, únicamente puede ser eliminada por completo a través de la adopción de disposiciones internas que tengan carácter obligatorio e igual valor jurídico que las que se trate de eliminar⁷⁷.

Por ello, fue necesario en esta materia, una adaptación de la normativa española a la comunitaria surgiendo así una nueva redacción del artículo 28 ET introducida en la reforma del año 1994 con la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

En nuevo precepto quedó redactado del modo siguiente: *“El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo”*. Supone un cierto fracaso en el intento de adaptación de la normativa española, pues si bien se suprime la referencia al trabajo igual, introduciéndose la expresión “trabajo de igual valor”; se pierde una importante oportunidad para adoptar el concepto de remuneración o retribución en sentido amplio, incluyendo también las retribuciones indirectas, teniendo los tribunales y jueces nacionales que continuar salvando esa discordancia en los escasos supuestos que se les planteaban. No obstante, la nueva configuración supuso un cambio trascendental al permitir superar el plano meramente formal del principio de igualdad, ampliar el ámbito de aplicación

⁷⁶ Romero Burillo, A.M^a. Opus. Cit. pág.63

⁷⁷ Entre otras, la Sentencia de 13 de marzo de 1997, Comisión/Francia (asunto C- 197/96), en relación a la Directiva 76/207/CEE; y de 8 de julio de 1999, Comisión/Francia (asunto C- 354/98) respecto a la Directiva 96/97/CEE que modifica la Directiva 86/378/CEE.

de dicho principio y permitir la identificación de conductas que aunque inicialmente podrían considerarse como “neutras”, realmente generaban efectos discriminatorios⁷⁸.

En esta evolución, y en particular, a esa jurisprudencia equiparadora a la que hemos hecho referencia anteriormente, conviene señalar la importancia de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 145/1991⁷⁹, donde el Tribunal va más allá de la interpretación literal del artículo 28 ET respecto a la identidad de trabajos, llevando al juicio de igualdad de valor de trabajo con la ayuda de la Directiva 75/117/CEE y otros textos internacionales y estableciendo la necesidad de utilizar criterios de evaluación “neutros” a la hora de valorar los distintos trabajos, es decir, criterios que resulten aplicables por igual a los hombres y mujeres⁸⁰. En términos similares se pronunciará también el Tribunal Constitucional en su famosa sentencia nº 286/1994⁸¹, conocida como “asunto Fontaneda”, en la que se hace eco de la sentencia anterior, reiterando la igualdad de valor de los trabajos y la necesidad de utilizar criterios “neutros” en la comparación.

Por otra parte, en cuanto a la jurisprudencia compensadora, como primera sentencia que se ocupa de estas medidas de acción positiva conviene señalar la

⁷⁸ Romero Burillo, A.Mª. Opus. Cit. pág. 62.

⁷⁹ Recurso de amparo presentado por trabajadoras que prestaban sus servicios con la categoría profesional de Limpiadoras en el Hospital «Gregorio Marañón», que entendían ante la negativa dada en los tribunales, la existencia de una situación discriminatoria en el Convenio Colectivo de aplicación al establecerse un salario inferior para la categoría profesional de Limpiadoras al establecido para los peones, considerando la insuficiente justificación objetiva y razonable y por tanto, configuradora de una situación discriminatoria, al tratarse de trabajos de igual valor.

⁸⁰ Sobre esta importante Sentencia, Lousada Arochena, J.F. en *Principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres: la aplicación por la jurisdicción ordinaria*, Actualidad Laboral, Nº 1, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Ene. 2004, pág. 11, tomo 1, Ed. LA LEY, viene a resaltar 4 afirmaciones fundamentales que se realizan en la misma: discriminación indirecta, trabajos de igual valor, el esfuerzo físico como criterio discriminatorio y sometimiento de la negociación colectiva ante el derecho fundamental del artículo 14 Constitución Española.

⁸¹ Recurso de amparo presentado por una Unión Sindical, ante la negativa dada por los tribunales, considerándola existencia de discriminación entre el personal femenino que trabaja en el departamento de envasado, empaquetado y acabado, a y los trabajadores masculinos de la misma categoría profesional en el departamento de producción, al entender que se trata de trabajos de igual valor y por tanto merecedores de la misma remuneración.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 128/1987⁸², en la que considera constitucionales aquellas medidas tendentes a favorecer a un determinado grupo de trabajadores que se encuentren en una situación de clara desigualdad social. A partir de esta sentencia, el Tribunal Constitucional empleará el denominado “test de las medidas paternalistas/compensadoras”, de forma que si es una medida paternalista, se considerará discriminatoria al ser falsamente protectoras de la mujer, mientras que si es compensadora, estará destinada a paliar la discriminación sufrida por las mujeres trabajadoras⁸³.

Finalmente es necesario mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 58/1994⁸⁴, donde dicho Tribunal asume los criterios comunitarios que se habían ido configurando para llevar a cabo la valoración de los puestos de trabajo, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había recogido en su sentencia de 27 de octubre de 1993, “Enderby” (asunto C- 127/92),⁸⁵, en particular: 1º corresponde al empleador la carga de poner de manifiesto los criterios utilizados a la hora de establecer las distintas categorías profesionales, cuando estén predominantemente ocupadas por trabajadores de uno y otro sexo, desigualmente retribuidas y no exista transparencia en la determinación de dichos criterios retributivos; 2º la igualdad del valor del trabajo se configura como el parámetro de igualdad, no la igualdad de tareas, 3º los criterios de evaluación para valorar el trabajo no puede ser por si mismo discriminatorios, sino que han de ser criterios neutros.

⁸² Recurso de amparo, en el que se analiza la compatibilidad de una medida que afecta en exclusiva a las trabajadoras de un Hospital consistente en la prestación de un servicio de guardería para hijos menores de 6 años, con el principio de igualdad y no discriminación.

⁸³ Rey Martínez, F., *Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 2, 2010, págs. 547-551.

⁸⁴ Supuesto sobre una posible discriminación constituida por el hecho de que determinadas empleadas en las secciones de envasado y expedición de una determinada empresa (Antonio Puig S.A.), percibían una retribución mensual inferior pese a que ocupaban categorías profesionales superiores o equivalentes a las de sus compañeros empleados en las mismas secciones.

⁸⁵ Rey Martínez, F. *Igualdad entre mujeres...* Opus. Cit. pág. 538

2.2.3. La configuración actual dada por la Ley 33/2002 de 5 de julio

Esta situación de incompleta adaptación a la normativa comunitaria, será la que perviva hasta el año 2002, en la que se vuelve a modificar el artículo 28 ET, dotándole de su redacción actual y adaptándolo definitivamente al derecho comunitario. Será a través de la Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación del artículo 28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo. En este sentido conviene señalar la propia exposición de motivos de la ley, donde se viene a recoger esa necesidad de adaptación cuando señala que *“parece obligado transponer adecuadamente el Derecho Comunitario, modificando para ello el artículo 28... de modo que, sustituyendo el principio de igualdad salarial hasta la fecha vigente, se incorpore expresamente el principio de igualdad retributiva”*.

La nueva redacción del precepto asume ya el principio de igualdad de retribución, superando el carácter restrictivo de la remuneración, aunque curiosamente la rúbrica se mantiene como *“igualdad de remuneración por razón de sexo”*, expresándose el principio en los términos siguientes: *“El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla”*. Supone una ampliación del ámbito objetivo que alcanza el derecho de igualdad retributiva.

Se incluyen ahora tanto las partidas salariales como extrasalariales. Las primeras, tal y como señala el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, se refieren a las percepciones económicas de los trabajadores, bien en dinero o bien en especie, que obtienen los trabajadores por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, retribuyendo tanto el trabajo efectivo (cualquiera que sea su forma de remuneración) como los periodos computables como trabajo, abarcando así el salario y los complementos salariales. El segundo tipo de partidas, es el que configura la auténtica novedad y permite la adaptación a la normativa comunitaria. Según el artículo 26.2 ET, serían aquellas cantidades que obtiene el trabajador en concepto de

indemnizaciones o suplidos por los gastos ocasionados como resultado de su actividad laboral; las prestaciones o indemnizaciones de la Seguridad Social y otras indemnizaciones relativas a traslados, suspensiones o despidos. Se trata pues de una serie de conceptos que configuran ventajas o beneficios para los trabajadores que son otorgadas por la empresa y en las que puede existir algún tipo de discriminación que merece la atención del Derecho del Trabajo para su corrección. Y en cuanto a la determinación de dichos conceptos extrasalariales, conviene señalar la importancia que ha tenido la jurisprudencia comunitaria⁸⁶ quién ha tenido que decidir la inclusión o no de los mismos, en el ámbito de aplicación del principio recogido en el antiguo artículo 119 TCEE (actual artículo 157 TFUE) en relación a los numerosos conflictos que se le han planteado sobre la materia.

De este modo, las partidas, salariales y extrasalariales que se integrarían bajo el término “retribución” conforme a las resoluciones del TJCE podrían clasificarse en cuatro estructuras básicas: los complementos clásicos de la noción estatutaria de retribución; las retribuciones diferidas; las retribuciones voluntarias y las prestaciones sociales⁸⁷.

Tanto en uno y otro caso, lo característico, es la existencia de la relación de trabajo, el contrato entre el trabajador y empresario que hace que cualquier abono,

⁸⁶ En este sentido, Casas Baamonde, M^a. E. *Igualdad de retribución por razón de sexo*, Relaciones Laborales, Nº 22, Sección Editorial, Quincena del 23 Nov. al 8 Dic. 2002, Año XVIII, pág. 93, tomo 2, Ed. LA LEY, viene a recoger ampliamente las partidas que el Tribunal de Justicia ha venido entendiendo como retribución en el sentido del artículo 119 TCEE, tales como las contribuciones empresariales a los planes de jubilación en beneficio de los trabajadores (Sentencia de 11 de marzo de 1981, Worringham (asunto C- 69/80)); las compensaciones reglamentarias y ex gratia por despido satisfechas tras la terminación de la relación de trabajo y las pensiones de jubilación resultantes de planes profesionales privados, aun siendo sustitutorios de los generales reglamentarios (Sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber, (asunto C- 262/88)); las indemnizaciones por despido, subsidios de desempleo, subsidios familiares y facilidades de préstamo (Sentencia de 18 de septiembre de 1984, Liefting (asunto C- 23/83)); o las retribuciones o prestaciones abonadas por el empresario durante el permiso de maternidad (Sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle (asunto C- 411/96)).

⁸⁷ Pozo Moreira, F. J. *El concepto de retribución sometido al juicio de paridad salarial*, Actualidad Laboral, Nº 2, Sección Doctrina, Semana del 6 al 12 Ene. 2003, pág. 27, tomo 1, Ed. LA LEY.

cantidad o ventaja que perciba un trabajador, independientemente de su naturaleza jurídica, se haya de considerar retribución a efectos del citado principio⁸⁸.

La otra gran novedad del precepto, es el reconocimiento de la discriminación indirecta⁸⁹, figura que también se ha ido configurando en el ámbito comunitario y que asume ahora nuestro ordenamiento laboral. Esta inclusión se entiende realizada a través de la expresión “indirectamente”, lo que permite aplicar la doctrina sobre discriminación indirecta sin necesidad de llevar a cabo ningún tipo de interpretación forzada del precepto. De este modo, existirá también discriminación retributiva cuando se utilice un criterio aparentemente neutro (aplicable a ambos sexos por igual), pero afecte a un porcentaje considerablemente mayor de individuos de un solo sexo, teniendo en estos casos el empresario la carga de probar que dicha diferencia de tratamiento está justificada. Podemos señalar distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en la que estima la existencia de dicha discriminación indirecta, como la Sentencia de 13 mayo 1986, Bilka (asunto C- 170/84), en el que se considera discriminatorio el establecimiento de un sistema de pensiones que excluya a los trabajadores a tiempo parcial que son en su mayoría mujeres; o la Sentencia de 13 julio 1989, Rinner-Kühn (asunto C- 171/88), estimándose discriminatorio el condicionar el pago de un salario en caso de baja del trabajador a una determinada duración de la jornada que alcance un porcentaje muy inferior de trabajadoras quedando por tanto excluidas de la percepción. En nuestro país, los ejemplos de supuestos de discriminación indirecta resueltos por los Tribunales también son numerosos⁹⁰, entre los cuales podemos señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, de 29 de diciembre de 1995⁹¹ en

⁸⁸ Martínez Lucas, J. A. *La nueva norma sobre igualdad de remuneración por razón de sexo*, Diario La Ley, Nº 5594, Sección Nuevas Normas, 24 Jul. 2002, Año XXIII, pág. 1998, tomo 7, Ed.LA LEY.

⁸⁹ Noción introducida ya en nuestro ordenamiento a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular en su sentencia nº 145/1991 y reiterada en otras como la sentencia nº 286/1994.

⁹⁰ Interesante resumen en Lousada Arochena, J.F. *Principio de igualdad de retribución...* Opus. Cit.

⁹¹ Supuesto en que las trabajadoras con categoría de limpiadoras, que se encuadran en el mismo nivel retributivo que los peones o mozos, no pueden acceder a un nivel retributivo superior como estos últimos por el transcurso de un número determinado de años.

relación al valor de los trabajos, o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de marzo de 1993⁹², relativo al concepto de retribución.

En resumen, la redacción dada por la Ley del 2002, adapta la normativa española al principio de igualdad retributiva tal y como viene recogido en el ámbito comunitario, haciendo más fácil la aplicación del mismo a los tribunales nacionales y evitando divergencias con la normativa comunitaria que obligaban a dichos tribunales a solucionarlas en los casos concretos que se les planteaba.

No obstante, la labor jurisprudencial debe continuar teniendo un papel especial en la garantía de dicho principio, puesto que como muestra la realidad, las formas en que las discriminaciones se llevan a cabo son cada vez más sofisticadas y difíciles de detectar, tarea esta que han de tratar de resolver en la resolución de las controversias que se les planteé y que en mi opinión, ayudará a matizar aún más este principio de igualdad retributiva tratando de cubrir todas esas posibles situaciones discriminatorias.

2.2.4. Discriminación salarial en la actualidad: presencia en los Tribunales

Como hemos ya se ha señalado a lo largo del trabajo, el fenómeno discriminatorio por razón de sexo, y en particular la discriminación salarial, es aún una realidad presente en nuestra sociedad. Pese a todos los esfuerzos llevados a cabo tanto por los poderes públicos en la adopción de sus políticas, como por el legislador (nacional y comunitario), la realidad muestra que dicho fenómeno discriminatorio aún pervive entre nosotros. Una vez analizada la evolución dada al problema por parte del legislador, a nivel interno, comunitario e internacional, y la importante labor llevada a cabo en especial por el Tribunal de Justicia de la Unión en la configuración actual del principio de igualdad de retribución, considero interesante continuar el análisis a través del estudio de diversos pronunciamientos actuales en nuestro país en los que la discriminación salarial es precisamente la materia controvertida.

⁹² Supuesto de diferencias de retribución entre los especialistas varones y hombres, que no se entiende justificadas, puesto que si bien las funciones no son las mismas, la diferente retribución no se entiende justificada sino basada en el sexo de los trabajadores.

i. Discriminación por plus voluntario. Sentencia de 14 de mayo 2014, del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social (Rec. 2328/2013)

El Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por la empresa CANSUR, S.L. frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social, de 8 de mayo de 2013 en recurso de suplicación, en la que se declara la existencia de una discriminación salarial por razón de sexo llevada a cabo en dicha sociedad.

El hecho determinante de tal discriminación lo constituye el denominado “plus voluntario y absorbible, que perciben como concepto salarial las trabajadoras con categoría de “camarera de pisos” que prestan su servicio en el hotel Maspalomas Princess, resulta muy inferior al que perciben los restantes trabajadores del mismo nivel retributivo (IV) pero que prestan sus servicios en bares y cocina del mismo centro de trabajo, teniendo en cuenta que la finalidad del mismo, es la compensación de las tareas que realizan cada uno de estos trabajadores.

Es importante señalar en este caso la composición de cada una de las categorías de empleados dentro de ese mismo grupo de nivel salarial (IV) así como la percepción por dicho complemento que perciben en cada uno de ellos. Así, el Departamento de Bares, está compuesto por 27 trabajadores de los cuales 21 resultan ser varones, siendo mujeres las restantes, obteniendo dicho plus voluntario mensual por una cuantía de 168,19 €. Por otro lado, el Departamento de Pisos está formado por 43 trabajadores, siendo todas ellas mujeres, percibiendo 10,37 € mensuales como cuantía de dicho plus. Finalmente, el Departamento de Cocina de dicho centro de trabajo lo integran 15 trabajadores, siendo 13 hombres y 2 mujeres, percibiendo una cantidad de 118,42 € mensuales en concepto de dicho plus.

De una lectura de estos hechos, parece que “a priori”, existe una discriminación indirecta en materia retributiva, puesto que el establecimiento de “plus voluntario” que se configura como un elemento neutro, está afectando de sustancial y negativamente a un mayor número de miembros de un sexo, en este caso, a las mujeres que trabajan en como camareras de piso. Se trata de un indicio de discriminación, que provoca que sea la empresa quien deba probar la inexistencia de la

misma. El elemento clave para apreciar o no la existencia de discriminación, será analizar si existe una justificación razonable y objetiva de dicho trato desigual en la cuantía del plus.

Tanto en el Juzgado de lo Social, como en el posterior recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia, se entiende que la empresa no ha llegado a ofrecer en su argumentación la justificación suficiente sobre su conducta, señalando criterios objetivos que justificaran la misma.

Al tratarse de un recurso de casación para la unificación de la doctrina, el Tribunal Supremo tiene que comparar este supuesto de hecho, con el que se plantea en la sentencia de comparación, la dictada por el mismo Tribunal Superior de Justicia en fecha de 16 de octubre de 2012⁹³ en la que se determinó la no existencia de discriminación salarial.

EL Tribunal Supremo, a la hora de tratar de solventar esa contradicción entre ambas sentencias, comienza su argumentación haciendo referencia a la distinción que contiene el artículo 14 de la Constitución Española en relación al principio de igualdad y a la prohibición de discriminaciones⁹⁴. Entiende que una diferencia salarial carente de un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o por el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, algo que considera no tiene lugar en el presente supuesto.

Además, el Tribunal Supremo acepta la denominada “prueba estadística” como una importante fuente de indicios de situaciones de discriminación indirecta, que como ya hemos visto fue asumida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la conocida sentencia Danfoss (asunto C- 109/88), y que es también asumida tanto por el Tribunal Constitucional (SSTC, 128/1987, de 14 de Julio, y

⁹³ Supuesto de hecho muy parecido, dentro del sector hotelero, con distintas categorías de empleados (cocinero, camarero, y camarera de pisos) en el mismo nivel salarial del convenio, estando presente la exclusividad de las mujeres en la categoría de camarera de pisos, y percibiéndose por la categoría de cocinero y camarero un plus voluntario y absorbible, justificado en atención a determinadas funciones.

⁹⁴ Distinción a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, y que viene recogida tanto por el Tribunal Constitucional entre otras sentencias en la nº 62/2008, así como por el Tribunal Supremo en las sentencias de 21 de diciembre de 2007; de 11 de noviembre de 2008 o en la de 12 de abril de 2011.

253/2004, de 22 de Diciembre), como por el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de julio de 2011 en nuestro país. A través de esta prueba estadística, resulta claro que existen indicios discriminatorios en el supuesto que se trata.

Finalmente, aun reconociendo la libertad y autonomía del empresario privado, en virtud de la cual no está obligado a conceder un trato igual o uniforme a todos sus trabajadores, lo que en cualquier caso tiene prohibido, sin demostrar la existencia de una causa objetiva y razonable que lo justifique, es establecer distinciones que se basen exclusivamente en el sexo de sus destinatarios. A diferencia de la sentencia de comparación, en la que se entiende el plus voluntario vinculado a una mayor cualificación o dedicación de los trabajadores, en el presente caso el plus se configura exclusivamente como un mecanismo de compensación de las tareas de los trabajadores. La autonomía y responsabilidad alegadas en la sentencia de comparación como elementos justificativos del diferente tratamiento, no tienen cabida en el asunto que se enjuicia, puesto que la responsabilidad se entiende predicable y exigible de cualquier prestación laboral, mientras que la autonomía, al tratarse de una prestación por cuenta ajena, no es motivo suficiente para justificar esa importante diferencia retributiva.

Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social, de 8 de mayo de 2013. Reconoce así la existencia de una discriminación indirecta en materia retributiva.

ii. Discriminación. Reducción de jornada y plus por puesto de trabajo. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social (Rec. 1649/2013)

En la presente sentencia, se trata de resolver un recurso de suplicación interpuesto por la empresa SEISA, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Valladolid, de fecha 31 de mayo de 2013, en relación a la vulneración de la tutela de

derechos fundamentales, en particular, el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 Constitución Española).

Los hechos que determinan el supuesto vendrían a ser los siguientes. Una trabajadora, Dña. Catalina, con categoría profesional de Ingeniero (agrónoma), viene desarrollando su actividad laboral para la empresa SEISA, S.A. en su centro de trabajo de Valladolid desde el año 2005. Hasta el 20 de octubre de 2011, lleva a cabo su trabajo a jornada completa (40 horas semanales), pero tras dicha fecha, comienza a disfrutar de una reducción de jornada por cuidado de hijo menor de 8 años (25 horas semanales) en virtud del derecho que tiene reconocido en el Estatuto de los Trabajadores. Posteriormente, con fecha de 31 de agosto de 2012, comunica a la empresa su intención de reducir de nuevo su jornada (hasta las 20 horas semanales), reduciendo proporcionalmente su salario, accediendo la empresa a tal petición con efectos de 1 de octubre de 2012. Esta situación no tendría relevancia desde el punto de vista discriminatorio, sino es por la existencia de un complemento, un “plus por puesto de trabajo”.

En la empresa, desde el año 2006, los trabajadores con categoría profesional de Ingeniero Agrónomo (como Dña. Catalina), van a pasar a realizar funciones de dirección de obra, percibiendo un plus de 300 € mensuales que compensase esa dedicación y especial responsabilidad. A partir de dicha fecha, las principales labores desarrolladas por la afectada van a ser la de dirección de obra (en torno a un 90% de su dedicación). El citado plus, continuará siendo percibido por la trabajadora tras la primera reducción de jornada, disminuida su cantidad, pese a que con dicha reducción, dejara de desempeñar esas labores de dirección, al tratarse de una actividad que según la empresa requería la jornada completa. Va a ser tras la siguiente reducción de jornada, cuando la empresa, en unos días posteriores a la misma, comunique a la trabajadora que deja de percibir dicho plus al no llevar a cabo las labores de dirección de obras, hecho que configura la justificación del mismo.

Conforme a lo señalado hasta el momento, parece evidente que la decisión de suprimir el citado “plus” al dejar de realizar esas tareas de dirección de obra, no supondría ningún tipo de actuación arbitraria o discriminatoria por parte de la

empresa. Se trataría de una decisión racional y justificada para privar a la trabajadora de dicho plus. Sin embargo, el problema en este supuesto se plantea en que la empresa, mantiene ese plus, aunque minorado, para Dña. Catalina con su primera reducción de jornada, cuando a partir de entonces deja de llevar a cabo esas funciones de dirección de obra (debido a que es necesario un trabajo jornada completa), siendo suprimido el mismo al poco tiempo de solicitar la trabajadora una segunda reducción. Hay que plantearse entonces cuál es la razón que tiene la empresa para suprimir la percepción de dicho plus con la segunda reducción y no con la primera si el mismo estaba vinculado a dichas labores de dirección de obra.

La Sala del Tribunal entiende que la justificación aportada por la empresa para suprimir el plus con la segunda reducción de jornada (necesidad de jornada completa para las labores de dirección de obra), no proporciona una justificación objetiva y razonable, ya que con la primera reducción, el complemento se mantiene minorado cuando tampoco es posible llevar a cabo dichas labores. De una situación a otra, no concurre ningún elemento nuevo que justifique la supresión del plus a la trabajadora.

Por lo tanto, ante dicho indicio de discriminación y la ausencia de justificación, unido ello al hecho de que la empresa, en la comunicación que realiza a la trabajadora tras su segunda solicitud de reducción de jornada menciona la existencia de “implicaciones que pudieran derivarse”, como puede entenderse la supresión del citado plus, la Sala del Tribunal entiende que la supresión de dicho plus es causa de la segunda reducción, lo que implica una discriminación indirecta por razón de sexo.

iii. Inexistencia de discriminación. Falta de término de comparación. Sentencia de 26 de febrero de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social (Rec. 118/2014)

En esta sentencia, el Tribunal resuelve un recurso de suplicación interpuesto por Dña. Pila, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de León de fecha 23 de octubre de 2013, en relación a la vulneración de derechos fundamentales, concretamente el artículo 14 Constitución Española.

La demandante, Dña. Pilar, presta sus servicios laborales para la empresa GAS NATURAL SDG S.A., en el centro de trabajo de ésta en La Robla (León), con la categoría profesional de Jefe del Servicio Químico y Control Ambiental desde marzo del año 2002. Junto con la misma, existen otros jefes de Servicio en las distintas centrales que la empresa ostenta, siendo los tres hombres, alguno de los cuales percibe una remuneración mayor. La empresa lleva a cabo una valoración anual de cada uno de ellos, teniendo en cuenta el rendimiento (70%) y los valores corporativos (30%). Para promocionar de puesto es necesaria la iniciativa de la empresa en función de la valoración de la gestión del desempeño. Hasta llegar a su puesto actual, la trabajadora ha promocionado en 2 ocasiones desde su incorporación a la empresa en 1990, no siendo la única mujer en promocionar. Todas estas circunstancias descritas anteriormente vendrían a constituir los hechos del supuesto, que en un primer momento, parece no dar lugar a ningún tipo de conflicto en relación a la igualdad y discriminación. Sin embargo, Dña. Pilar entiende que ha sido discriminada por razón de sexo a nivel retributivo, al percibir ciertos trabajadores en su misma condición en otras plantas, retribuciones superiores y por ello plantea la demanda inicial de la que trae causa el presente recurso.

A la hora de analizar la situación, la Sala advierte que el principio de igualdad no rige de forma absoluta en las relaciones laborales, sino que conforme al artículo 14 Constitución Española, es necesaria la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar ya que lo que determina el mismo es que supuestos de hecho sustancialmente iguales han de ser tratados idénticamente iguales en sus consecuencias. Hace referencia aquí a esa primera dimensión del artículo 14 al que ya hemos venido haciendo referencia anteriormente. Además, junto con lo anterior, recurre a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la que ya hemos venido haciendo referencia, que ha configurado el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos (asumido en su configuración por nuestro artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores), en virtud del cual, lo que se trata de comparar no son trabajos idénticos, sino de igual valor. Es decir, lo determinante para apreciar o no la violación de dicho principio de igualdad de

retribución y de no discriminación, es que los trabajadores masculinos y femeninos se encuentren en una situación comparable.

La Sala del Tribunal viene a razonar que si bien es cierto que existen diferencias salariales entre Dña. Pilar y algunos de los trabajadores (no todos) que ostentan igual categoría profesional, no se puede considerar que existe un trata desigual por razón de sexo en atención a una serie de motivos. En primer lugar, entiende que los trabajadores con los que lleva a cabo la comparación la demandante pertenecen a otras centrales distintas, con sus propios condicionamientos y características a los que se reconoce distintos niveles salariales. Además, la experiencia en el área química de la trabajadora es muy inferior a quienes ocupan dichos puestos en las restantes centrales con las que se pretende comparar. Junto con lo anterior, los resultados obtenidos en su gestión de desempeño, determinante junto con la experiencia del nivel salarial, son inferiores respecto a los otros trabajadores en su misma situación. A ello se une la existencia de un Jefe de Servicio Químico y Control Ambiental, de sexo masculino, que percibe una retribución inferior a la de la demandante. En quinto lugar, la promoción de la trabajadora en la empresa ha sido fulgurante para el tiempo que lleva en la empresa. También recuerda el modo de promocionarse en la empresa a iniciativa de ésta, no promocionando un mayor número de veces los trabajadores con quien se compara. Finalmente, la empresa dispone de un código ético que contempla expresamente la discriminación por razón de sexo, acreditando dicha práctica con la promoción de otras mujeres en puestos de responsabilidad aún superior al de la demandante.

Por lo tanto, en este supuesto, el Tribunal entiende que no existe discriminación por razón de sexo, al no existir un término de comparación válido que permita deducir dicha discriminación. Pese a todo, a ello se sumaría el hecho de que las diferencias existentes entre los trabajadores que ostentan la misma categoría profesional en las distintas centrales, se basan en una mayor experiencia profesional en esa determinada área y en unos mejores resultados de gestión del desempeño.

El análisis de estas tres sentencias nos permite recordar los distintos puntos que hemos venido desarrollando y analizando a lo largo de este trabajo. En ellas está presente la importancia del binomio “igual retribución – trabajos de igual valor” y del término de comparación; el concepto amplio de retribución incluyendo distintos complementos que los trabajadores perciben; o la importancia de la “prueba estadística” a la hora de apreciar la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo. Es precisamente esta última modalidad de discriminación la que se encuentra más presente en la actualidad y frente a la que hay que intentar luchar con la dificultad añadida de que las formas de discriminación se hacen cada vez más difíciles de detectar como hemos podido apreciar en las sentencias comentadas.

iv. Discriminación. Embarazo de trabajadora. Sentencia de 27 de marzo de 2014, Juzgado de lo Social N° 26 de Madrid (Rec. 1266/2014)

Finalmente, dentro de este apartado, entiendo necesario hacer una mención especial a la discriminación por razón de sexo que en múltiples ocasiones se ven afectadas las mujeres durante el embarazo⁹⁵ o periodo de lactancia⁹⁶.

Los hechos determinantes del caso vendrían a ser los siguientes. Con fecha de 20 de agosto de 2013, Dña. Melisa es contratada bajo la modalidad contractual de obra o servicio determinado a tiempo parcial, con categoría profesional de “teleoperador” y con un periodo de prueba pactado de un mes. Sucede que la mujer en el momento de ser contratada, ya se encontraba en situación de embarazo (27 semanas aproximadamente), y como consecuencia de ello, en fecha de 4 de septiembre de 2013, se ve obligada a solicitar la baja laboral por enfermedad común al sufrir una lumbalgia sin irradiación como consecuencia del embarazo. La situación de

⁹⁵ Entre otras sentencias, la del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2014 (Rec. 610/2013); o la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, de 6 febrero de 2014 (Rec. 123/2013).

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2014 (Rec. 1647/2013).

incapacidad temporal, de acuerdo a lo pactado, implica una interrupción del periodo de prueba. El 11 de septiembre, una vez solicitada la baja, la empresa comunica a la trabajadora que no había superado el periodo de prueba (que en principio finalizaba el día 20 de septiembre) y por tanto resolvía el contrato, señalando que la intención de resolver era previa a la situación de baja laboral. Junto con dicha trabajadora, la empresa resuelve el contrato de otros dos trabajadores que tampoco había superado el periodo de prueba establecido, aportando la empresa los resultados obtenidos por cada uno de ellos.

Ante la situación descrita anteriormente, la demandante alega la vulneración del artículo 14 Constitución Española, al considerar su situación de embarazo en avanzado estado de gestación como la causa real de la resolución del contrato y no la falta de superación del periodo de prueba como la empresa alega en su escrito, viendo por tanto vulnerado su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación. Por lo tanto, lo que tiene que resolver el Juzgado es determinar cuál es el móvil concreto del despido, puesto que las consecuencias en uno y en otro caso serán distintas.

La especial protección que concede nuestro ordenamiento a las mujeres en situación de embarazo⁹⁷, se ve reforzada por la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 10 de octubre de 2013 (Rec. 3773/2011) conforme a la cual la trabajadora no ha de acreditar el conocimiento de la empresa de dicha condición para entender que el despido responde a dicha causa y por tanto es nulo, previsión que no es aplicable a situaciones de periodo de prueba, en cuyo caso si ha de acreditarse el

⁹⁷ El artículo 55.5. apartados a) y b) Estatuto de los Trabajadores dispone que: *“Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley”.*

conocimiento por el empresario, teniendo que justificar éste su decisión de extinción para no incurrir en discriminación. En cualquier caso, no es posible aplicar la nulidad de forma automática a los supuestos de resolución del contrato por la falta de superación del periodo de prueba. En este sentido, el Tribunal Supremo⁹⁸ ha venido entendiendo que esa especial protección reforzada prevista en el art. 55.5. b) no es posible extenderla por analogía a un supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, puesto que dicha previsión está establecida únicamente para el despido causal que tiene naturaleza distinta a otras formas de extinción del contrato de trabajo como la extinción por falta de superación de dicho periodo de prueba.

Por esta razón, en el supuesto de extinción durante el periodo de prueba⁹⁹ de una mujer embarazada, habrá que analizar si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora de forma que ello constituya una vulneración de derechos fundamentales que conforme al artículo 55 Estatuto de los Trabajadores, en su párrafo primero considera nula. Y para determinar la existencia o no de esa discriminación por razón de sexo, habrá que recurrir a la denominada “prueba indiciaria”, de tal forma que es la demandante, en este caso, Dña. Melisa, quien ha de acreditar o presentar indicios suficientes del conocimiento de su situación de embarazo por parte de su empleador, teniendo éste último que acreditar razones laborales para el desistimiento ajenas a la situación de embarazo.

En el presente supuesto, aunque la trabajadora no hubiera comunicado su situación de embarazo, queda claro que por el avanzado estado de gestación que tiene en el momento en que es contratada, la empresa no puede desconocer en ningún caso la misma. Además, tras los problemas que se derivan para su espalda a causa del embarazo, la baja médica expedida por el correspondiente médico, refleja esa

⁹⁸ En su Sentencia de 18 de abril de 2011 (Rec. 2893/2010).

⁹⁹ Sobre esta cuestión, es interesante lo señalado por Iglesias Cabero, M., “Glosa Judicial. Extinción del contrato de trabajo y maternidad: supuestos especiales (*Comentario al hilo de la STC 173/2013, de 10 de octubre*)” en *laleydigital.es* donde expone cual ha sido la evolución en el tratamiento de la misma, hasta la configuración actual dada por el Tribunal Constitucional no extendiendo esa protección reforzada del art. 55.5.b) a los supuestos de desistimiento en el periodo de prueba.

situación de gestación, puesto que la lesión que la incapacita temporalmente para el ejercicio de sus labores, deriva de la misma. Junto con lo anterior, se suma el diferente tratamiento dado a la trabajadora en relación a otro trabajador con unos resultados muy inferiores a los obtenidos por ésta durante su prestación del servicio. También hay que considerar que no se aporta ningún motivo por parte de la empresa en que se determine la causa de no continuar con el periodo de prueba, que ha quedado interrumpido por la situación de incapacidad temporal, tras la superación de la misma. El conjunto de todos estos factores, lleva al Juez a considerar que la decisión de la empresa ha sido tomada de forma precipitada, no concluyendo el periodo de prueba (solo un tercio), a diferencia de los otros dos trabajadores despedidos, decisión que entiende deviene de dicha situación de embarazo. Dicha postura viene reforzada por los resultados obtenidos por la trabajadora durante el periodo en que llevó a cabo sus tareas, superiores a los de los otros trabajadores que tampoco superaron el periodo de prueba en la empresa, y que en cualquier caso no fueron conocidos por la empresa pues son solicitados estos a la hora de preparar el juicio oral por la empresa.

Finalmente, y en atención a todo lo anterior, el Juez determina la ausencia de una causa objetiva para la resolución del contrato durante el periodo de prueba y por tanto responde a una situación discriminatorio por razón de sexo vulnerando así el artículo 14 Constitución Española, declarando la nulidad de dicha extinción.

CAPÍTULO CUARTO. LÍNEAS ACTUALES DE ACTUACIÓN EN BÚSQUEDA DE LA IGUALDAD

En este apartado vamos a tratar de analizar una serie de mecanismos actuales con los que se pretende lograr una mayor igualdad efectiva entre hombres y mujeres, teniendo aplicación práctica en la materia retributiva sobre la que venimos analizando, y por tanto, con aplicación al principio de igualdad retributiva.

1. Planes de Igualdad en la empresas

En primer lugar, hay que comenzar definiendo el concepto de plan de igualdad en la empresa, figura que surge en nuestro ordenamiento con la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH)¹⁰⁰ en su Capítulo III, Título IV (artículos 45-49). La definición dada por el legislador viene recogida en el artículo 46.1 LOIEMH¹⁰¹. En términos más sencillos, podríamos decir que se trata de aquellas estrategias orientadas a lograr una participación efectiva de las mujeres en la empresa en la empresa a través del establecimiento y definición de unos objetivos concretados en actuaciones a corto y medio plazo¹⁰².

Aunque el estudio se va a centrar en los planes de igualdad en la empresa, recogido en convenio de dicho ámbito o en acuerdo ad hoc, es necesario resaltar que dichos planes también pueden desarrollarse en la negociación colectiva sectorial, aunque en este último ámbito, la posible negociación de dicho plan, va a depender de la voluntad de las partes, derivándose de la imposición que para toda empresa exige la

¹⁰⁰ Como consecuencia de ella, se introduce un nuevo apartado 5 en el artículo 17 y se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores, estableciéndose en estos últimos un específico deber de negociar tanto las medidas dirigidas a promover la igualdad como los propios Planes de Igualdad.

¹⁰¹ *“Conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo”.*

¹⁰² González-Posada Martínez, E. *Antecedentes normativos y jurisprudenciales en la ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N. 915, octubre 2007.

LOIEMH de respeto de la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral. En este sentido, las dos posibilidades fundamentales de actuación serían bien contemplando en el propio articulado del convenio sectorial un Plan de Igualdad, o bien, promoviendo o introduciendo la implantación del mismo en ámbitos inferiores, es decir, en el ámbito de empresa. Pese a la voluntariedad presente en estos casos, es en ellos donde el convenio colectivo pueda desempeñar un papel más determinante a la hora de lograr una mayor igualdad real, ya que por una parte, los negociadores sociales en los ámbitos supraempresariales no dependen económicamente de los empresarios con quienes negocian, y por otro, porque el convenio colectivo supraempresarial es el que en cumplimiento de la propia norma está legitimado para imponer en ámbitos inferiores la obligación de negociar un Plan de Igualdad¹⁰³.

Una vez hecha esta breve referencia a los Planes de Igualdad en la negociación colectiva sectorial, nos vamos a centrar ahora en el análisis de dichos planes en la empresa, abordando las cuestiones siguientes.

1.1. ¿Obligatoriedad o voluntariedad de los Planes de Igualdad en la empresa?

La principal novedad introducida por la LO 3/2007, es el carácter obligatorio que va a establecer para los Planes de Igualdad en las empresas en una serie de circunstancias, en particular:

- Cuando la empresa tenga más de 250 trabajadores; de tal modo que en tales supuestos, la empresa deberá elaborar y aplicar un Plan de Igualdad cuyo alcance y contenido será el establecido en la LOIEMH, siendo objeto de negociación en la forma determinada en la legislación laboral (artículo 45.2 LOIEMH).

¹⁰³ Para una mayor profundización en relación a los Convenios Colectivos Sectoriales y los planes de Igualdad, ver Fabregat Monfort, G., *La negociación de los planes de igualdad*, Relaciones Laborales, Nº 4, Sección Doctrina, Abril 2013, Año 29, pág. 47, tomo 1, Ed. LA LEY, en donde analiza y ejemplifica, Convenios en los que sí están presentes dichos Planes, otros en los que se hace una referencia a ellos, y aquellos en los que están ausentes los mismos.

Se está empleando un criterio cuantitativo basado en la dimensión de la plantilla de la empresa, que no está exento de problemas.

En primer lugar, hay que dar una solución para aquellos supuestos en los que una empresa cuente con diversos centros de trabajo, puesto que la Ley no se refiere a ellos, sino a la empresa. La solución adoptada (artículo 46.3. LOIEMH) es que habrá que considerar a la empresa en su conjunto, sumando los trabajadores de los distintos centros de trabajo, de forma que si superan los 250 trabajadores en total, será obligatorio la elaboración del Plan aplicable a todos ellos, sin perjuicio de que se puedan establecer ciertas medidas diferenciadas para ajustarse a las particularidades de cada centro si resultara de una entidad suficiente que justificara las mismas.

En segundo lugar, existe un problema a la hora de determinar cuál ha de ser el procedimiento para el cómputo de los trabajadores, al no estar bien determinado en la normativa. En este caso, la solución viene dada por la Inspección de Trabajo a través de su Instrucción nº 2/2008, que asume los criterios previstos para las elecciones a los órganos de representación de los trabajadores de la empresa (artículo 72.2 Estatuto de los Trabajadores).

Por último, cuando el legislador hace referencia a la “elaboración y aplicación” del Plan, está estableciendo así una obligación de tracto sucesivo¹⁰⁴, puesto que la obligación no termina en el acto de elaboración, sino que ha de proyectarse también en la aplicación del mismo.

- Cuando venga establecida en convenio colectivo sectorial la obligación de elaborar un Plan de Igualdad en la empresa (artículo 45.3 LOIEMH).

¹⁰⁴ Escudero Rodríguez, R., *Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Relaciones Laborales, Nº 9, Sección Negociación colectiva y conflictividad, Quincena del 8 al 23 mayo 2007, Año XXIII, pág. 1011, tomo 1, Ed. LA LEY.

En este supuesto, aquellas empresas que se encuentren sujetos a tal convenio colectivo que imponga dicha obligación, deberán elaborar cada una de ellas su propio Plan de Igualdad con independencia del tamaño de su plantilla de trabajadores.

Podríamos introducir también como supuesto obligatorio, cuando así venga establecido en un procedimiento sancionador que afecte a la empresa (artículo 45.3 LOIEMH), aunque con matices, puesto que en este caso, la obligatoriedad es relativa, al ser el propio empresario quien ha de instar la sustitución de las sanciones accesorias que correspondieran por la elaboración y aplicación de un Plan de Igualdad en la empresa, previo acuerdo o consulta con los representantes legales de los trabajadores (artículo 46. bis 2 LISOS). De este modo, los requisitos¹⁰⁵ para poder aplicar tal hipótesis serían los siguientes: incursión en un procedimiento sancionador administrativo; comisión de determinadas infracciones muy graves tasadas legalmente; acuerdo de sustitución por parte de la autoridad laboral de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de un Plan de Igualdad previa solicitud por parte de la empresa; la existencia de un informe preceptivo por la Inspección de trabajo y Seguridad Social; y la previa negociación o consulta con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras.

En los restantes supuestos que no se integren en los anteriores, las empresas no están obligadas a elaborar un Plan de Igualdad en sentido estricto (artículo 45.5 LOIEMH). En estos casos, la elaboración y aplicación del Plan de Igualdad por parte de la empresa va a tener un carácter voluntario previa consulta a los representantes legales de los trabajadores, consulta que es perceptiva pero no vinculante. No obstante, la propia LOIEMH trata de incentivar a todas las empresas para que voluntariamente adopten e implanten dichos Planes, facilitando y subvencionando la asistencia técnica en el proceso, o primando en la contratación administrativa a las empresas que cumplieran directrices de promoción de igualdad de oportunidades, requisito que será más fácil de cumplir si la empresa dispone de dicho Plan (artículos 34 y 35 LOIEMH).

¹⁰⁵ Escudero Rodríguez, R. Opus. Cit.

1.2. Fases del Plan de Igualdad de una empresa

Con carácter general, y de la configuración dada en la propia LOIEMH a los Planes de Igualdad podemos señalar la existencia de 3 fases¹⁰⁶ claramente diferenciadas que constituyen el mismo:

- Fase de diagnóstico de la situación de la empresa en relación con la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, pudiéndola llevar a cabo tanto la propia empresa por sí sola como con la ayuda de expertos en esta materia. En la misma se procederá a recoger información relevante sobre la igualdad en la empresa y analizarla para poder formular propuestas que se integren en el Plan. Es una fase con carácter instrumental, pero que en cualquier caso se configura como ineludible y básica, gozando de un carácter práctico al orientar la toma de decisiones de la empresa. Además, para una mayor eficacia, ha de actualizarse constantemente, ser dinámica. Por todo ello, se configura como la fase más decisiva dentro del Plan de Igualdad, puesto que un buen diagnóstico puede condicionar la eficacia del mismo.
- Fase de diseño del Plan de Igualdad, en la que se negocia, exista o no acuerdo con la representación del personal de la empresa, y se implantan las medidas en materia de igualdad que traieran causa del análisis realizado durante la primera fase.
- Fase de seguimiento y evaluación del Plan de Igualdad, que tiene lugar poco antes de finalizar su vigencia con el objeto de medir el grado de éxito alcanzado con el mismo en relación a las desigualdades existentes en la empresa y que motivaron la adopción del plan. Esta fase, como la primera, también puede realizarse con ayuda de expertos o por la empresa individualmente.

¹⁰⁶ Núñez-Cortés Contreras, P. y Velasco Portero, T., *Cuestiones más controvertidas en la aplicación práctica de los planes de igualdad en la empresa*, Actualidad Laboral, Nº 15, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Sep. 2009, pág. 1767, tomo 2, Ed. LA LEY.

1.3. El contenido del Plan de Igualdad

En relación al contenido, tenemos que diferencias por un lado, cuáles son las materias sobre las que tiene aplicación el citado Plan de Igualdad y por tanto están previstas en el mismo y por otro, cuáles son los instrumentos o medidas que prevé para lograr alcanzar esa igualdad real entre hombres y mujeres en tales materias consideradas.

En relación a la primera cuestión, el artículo 46.2 LOIEMH¹⁰⁷ es el que recoge en la normativa un elenco de materias sobre los que puede abordar el Plan de Igualdad, sin perjuicio de que se configure dicho precepto como un “*numerus apertus*”, al no ser exclusivas las materias enunciadas, sino que el Plan podrá abordar otra serie de materias más allá de las previstas. Entre tales materias, las retribuciones vienen expresamente recogidas en el precepto, lo que nos muestra ya, que se configura como uno de los ámbitos que con carácter general, presenta desigualdades entre hombres y mujeres que pueden combatirse a través de dichos Planes.

Atendiendo al segundo aspecto del contenido, el artículo 46.1 LOIEMH¹⁰⁸ en su párrafo segundo, enumera que elementos debe contener el Plan de Igualdad para lograr los objetivos concretos que se presentan, aunque en todo caso, dichas medidas o instrumentos dependerán de cual haya sido la situación reflejada en la empresa en la fase de diagnóstico y de las características concurrentes en cada empresa; es decir, existe una cierta discrecionalidad por parte de la empresa a la hora de determinar tales medidas o instrumentos.

Algunos autores¹⁰⁹, advierten del problema que se encuentran en la mayoría de Planes de Igualdad, que si bien coinciden en el tratamiento de cuestiones sobre

¹⁰⁷ “2. Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”.

¹⁰⁸ “Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”.

¹⁰⁹ Fabregat Monfort, G., *La negociación...* Opus. Cit.

conciliación, protección de la trabajadora víctima de violencia de género, y protocolos de acoso, descuidan en muchas ocasiones los ámbitos donde la desigualdad entre hombres y mujeres es mayor, tales el acceso y promoción en el empleo, y la retribución, lo que se traduce en una menor efectividad de dichos Planes de Igualdad para lograr los objetivos previstos. Como un ejemplo, se puede señalar el Plan de Igualdad de Oportunidad de Elcogas del año 2008, que aun no teniendo la obligación de adoptar uno, la empresa decidió hacerlo. En este Plan, se puede apreciar cierta falta de concreción en las medidas establecidas, abordando distintas materias (compromiso de igualdad de oportunidades, prevención de acoso sexual y actitudes sexistas, captación del talento femenino, formación en igualdad, y comunicación) que no tienen tanta relación con las condiciones laborales en los que se presenta los mayores problemas discriminatorios, como las retribuciones, lo que provoca que su efectividad para lograr esa igualdad real sea más reducida.

1.4. La cuestión retributiva en los Planes de Igualdad en las empresas

Como ya se ha advertido anteriormente, las retribuciones son uno de los principales focos donde las desigualdades entre hombres y mujeres se hacen más patentes, pudiéndose apreciar así situaciones discriminatorias que por tanto hay que combatir, siendo ahora los Planes de Igualdad uno de los instrumentos mejor situados para ello.

La mayoría de las diferencias salariales existentes en la actualidad suelen traer causa del sistema de clasificación profesional pactado en el convenio en donde figuran implícitas dichas discriminaciones¹¹⁰. En ellos, se suelen vincular el salario con las categorías profesionales que vienen determinadas por las tareas que se realizan en las mismas, estando infravaloradas aquellas que son desarrolladas habitualmente por mujeres.

¹¹⁰ Serrano García, J. M. *La regulación convencional del contenido de los planes de igualdad*, Relaciones Laborales, Nº 5, Sección Negociación colectiva y conflictividad, Quincena del 8 al 23 Mar. 2008, Año XXIV, pág. 1095, tomo 1, Ed. LA LEY.

A la hora de analizar el tratamiento que se da en los Planes de Igualdad de las empresas respecto de la retribución de los trabajadores, podemos diferenciar¹¹¹ entre los aspectos generales contenidos en el Plan que pueden incluir referencias al salario, y las prácticas específicas en dicha materia.

1.4.1. Aspectos generales

En primer lugar, es una práctica común en los Planes de Igualdad el llevar a cabo declaraciones en las que se contenga un compromiso por parte de la empresa para lograr una igualdad retributiva entre trabajadores configurándose como un objetivo de dicho Plan. En cualquier caso, no deja de ser una mera declaración de intenciones, que si no se materializa en algo concreto, se quedará simplemente en eso, careciendo de relevancia y no logrando esa igualdad retributiva que en principio se pretende.

Cuando hemos visto las distintas fases, ya se ha resaltado la importancia de que la fase de diagnóstico se haga de la manera más eficaz y completa. Así en materia retributiva surge el problema de las discriminaciones indirectas, que no son fáciles de detectar y que si no profundiza en el análisis de las mismas, el resultado de dicha fase puede no reflejar la realidad en la empresa. La existencia de discriminación directa en materia salarial en la actualidad es rara vez apreciable en una empresa, pero eso no significa la que igualdad retributiva exista. Por lo tanto, tener en consideración únicamente este forma de discriminación, conlleva un diagnóstico inadecuado y por tanto, un Plan ineficaz en sus objetivos en materia retributiva.

En relación a la evaluación y seguimiento, en lo que respecta al salario y los beneficios sociales existen pocas actuaciones concretas, llevándose a cabo bien por una consultora externa o bien por la propia empresa si cuenta con recursos propios para ello. La elección del agente no está exenta de problemas, puesto que adoptar por

¹¹¹ Esta división la lleva a cabo Saldaña Valderas, E., *El tratamiento del salario y los beneficios sociales en los planes de igualdad: insuficiencias y buenas prácticas*, Temas Laborales núm. 108/2011. págs. 85-113, en el análisis particular que lleva a cabo de esta cuestión, a través de la comparación y estudio de un número representativo de Planes Igualdad en los que se aborda la misma (Pelayo, Danone, ENSA, Diputación de Cádiz...).

un sistema interno puede conllevar la falta de neutralidad en el proceso, mientras que una consultora externa, incrementa los costes de gestión empresarial.

En cuanto a la resolución de conflictos que puedan plantearse en la búsqueda de la igualdad retributiva, la regla general debería ser la adopción de procedimientos internos de reclamación y tutela, algo que no suele ocurrir en la realidad, sino que es común que finalmente el conflicto se judicialice siendo dicha autoridad judicial la que se pronuncie finalmente sobre la existencia de discriminación o no.

Finalmente, el diseño, establecimiento y aplicación de indicadores básicos o de situación, es una cuestión fundamental para el análisis, detección y control de las discriminaciones retributivas. Dichos indicadores deberán ser actualizados y abarcando el mayor número de variables, siendo por ejemplo un indicador útil, el porcentaje de salario variables sobre el fijo que es pagado a hombres y mujeres.

1.4.2. Prácticas específicas en materia retributiva

El principio de igualdad retributiva opera entre trabajos de igual valor. Por lo tanto, para lograr la efectividad del mismo en el Plan de Igualdad de la empresa será necesario que se prevean en éste disposiciones relativas al análisis de tareas y valoración de puestos de trabajo desde la perspectiva de género, determinando los criterios a considerar (como por ejemplo, la formación, experiencia, responsabilidad, idiomas, confidencialidad...). La neutralidad y objetividad de estos criterios es clave para lograr eliminar las desigualdades existentes¹¹².

Junto con lo anterior, será necesario que el Plan analice los sistemas retributivos y la estructura de la remuneración presente en la empresa. En dicho análisis se habrá de incluir todas las partidas que percibe el trabajador y que entrarían dentro del concepto de retribución en sentido amplio tal y como se configura en el principio de igualdad retributiva.

¹¹² Saldaña Valderas, E., *El tratamiento del salario...* Opus. Cit. pág.105

Como un elemento que aun requiere su consolidación en los Planes¹¹³, aparecen las medidas correctoras, encaminadas a corregir los desequilibrios económicos que se hayan puesto de manifiesto en el Plan, en relación a la remuneración que perciben los trabajadores y trabajadoras de la empresa.

Otra medida que puede contribuir a “equilibrar” las prestaciones, son los beneficios sociales que pueden establecerse en el Plan de Igualdad, tales como la ayuda por nacimiento de hijo, ayuda por guardería o el establecimiento de mejoras sobre la prestación correspondiente durante la suspensión por maternidad o paternidad... Si bien es cierto que estos beneficios sociales no se circunscriben exclusivamente a las mujeres, son en buena medida quienes se sitúan en las situaciones que configuran los mismos y por lo tanto reciben dichos beneficios. En cualquier caso, la protección de las víctimas de violencia de género es una constante en la mayoría de los Planes de Igualdad.

En último lugar, para lograr la igualdad retributiva y la equidad, es importante que se refleje en el Plan el principio de transparencia en la retribución, cuestión que vamos a analizar posteriormente.

Del análisis anterior podemos resaltar una serie de características que han de tener los Planes de Igualdad en la empresa, para que tengan validez como herramientas estratégicas y eficaces en la lucha contra la discriminación salarial.

Lo más importante es que el diagnóstico que se realice por la empresa, sea lo más completo posible y refleje la realidad “sin tapujos”, tratando de apreciar no solo las discriminaciones más “burdas”, sino profundizando en la búsqueda de discriminaciones indirecta de difícil detección. Una vez detectado el problema, deberá de adoptar y fijar los objetivos y estrategias más adecuadas para lograr corregir las desigualdades, llevando a cabo un control de las mismas, que permite su tratamiento en el interior de la empresa, estableciendo el o los organismos dentro de la misma encargado realizar tales estrategias. Además, será necesario un continuo control de las

¹¹³ Saldaña Valderas, E., *El tratamiento del salario...* Opus. Cit. pág.106

actuaciones, actualizando los datos e información que se disponga al respecto. Para que no quede en “papel mojado”, se deberá hacer una partida presupuestaria para determinar los recursos necesarios para alcanzar el objetivo deseado. Por último, la publicidad de los logros obtenidos y de las acciones desarrolladas puede contribuir a evitar situaciones indeseables en un futuro.

En resumen, los Planes de Igualdad se configuran como un instrumento altamente potencial para corregir la desigualdad existente entre hombres y mujeres, también en la materia retributiva, pero cuyo resultado dependerá de su propia configuración y la posibilidad de hacerse realidad en la práctica.

2. El principio de “ Gender Mainstreaming” o transversalidad de la igualdad de género

Dicho principio fue adoptado con carácter universal en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres (Pekín, 1995)¹¹⁴, refiriéndose al carácter integral o transversal del objetivo de igualdad de oportunidades, al tener que estar presente en todas las actuaciones públicas y a todos los niveles. Ello implica que antes de tomar una decisión, tanto los poderes públicos como otros agentes, en cualquier materia, se ha de realizar un análisis sobre los efectos que la misma provoca en los hombres y mujeres.

Una definición de dicho principio fue dado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) en el año 1997, de la que podemos resaltar una serie de elementos:

- Supone valorar las implicaciones de cualquier acción, ya sea legislación, política o programa, y con independencia de su área o nivel, en relación a la situaciones de las mujeres y los hombres.

¹¹⁴ Se expresaba en el sentido de que la igualdad debía de estar presente en todas las políticas, planes y estrategias que se llevaran a cabo.

- Es una estrategia que busca el beneficio tanto de las mujeres como de los hombres, siendo su objetivo final lograr la igualdad de género. Implica incorporar la experiencia, conocimiento e intereses de unos y otros para que el programa de desarrollo e igualdad resulte eficaz.
- Incluye actividades específicas en el ámbito de la igualdad y acción positiva
- El objetivo fundamental es transformar las estructuras sociales e institucionales desiguales en estructuras iguales y justas para mujeres y hombres.

Por lo tanto, vemos como el objetivo no es lograr una mera “paridad” aritmética, sino que, como señala algún autor¹¹⁵, se trata de lograr un reparto más equilibrado entre hombres y mujeres, que no impide la valoración de la distinta identidad masculina y femenina, puesto que en el fondo, se pretende sustituir una sociedad sexista por una sociedad asexuada. En este sentido, la transversalidad implicaría no solo su aplicación en las normas o políticas, sino que para su completa efectividad, será necesario un cambio en la mentalidad de las personas, en los comportamientos, actitudes y actuaciones individuales o colectivas, que se deben favorecer del mismo¹¹⁶.

En el ámbito comunitario, dicho principio viene recogido en el Tratado de Ámsterdam de 1999, (recogido posteriormente en el Tratado de Lisboa de 2009) al integrarlo no solo como una técnica o método, sino también como un principio vinculante que impone a los países comunitarios el considerar ese enfoque doble en las políticas que adopten, incorporando en todas ellas la dimensión de la igualdad. La igualdad de oportunidades se convierte así en una política horizontal de la Unión

¹¹⁵ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. *La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género*, Relaciones Laborales, Nº 19, Sección Editorial, Quincena del 1 al 15 Oct. 2001, pág. 67, tomo 2, Ed. LA LEY.

¹¹⁶ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. *Igualdad de género y políticas comunitarias*, Relaciones Laborales, Nº 6, Sección Editorial, Quincena del 16 al 31 Mar. 2000, pág. 63, tomo 1, Ed. LA LEY; y Montoya Melgar, A. *El Derecho del Trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres*, en "Las transformaciones del derecho de trabajo en el marco de la Constitución Española", edición nº 1, Ed. LA LEY, Madrid, 2006.

Europea, y como tal, constituirá un objetivo prioritario en las actividades cofinanciadas por los Fondos Estructurales. Se considera la igualdad como una misión de la Comunidad (artículo 2 TCEE), un objetivo a fijar en la ejecución de todas sus políticas (artículo 3 TCEE) y una obligación que implica adoptar las medidas adecuadas para combatir la discriminación por motivos de sexo (artículo 13 TCEE).

Es necesario resaltar también en el ámbito comunitario, la importancia que tiene la Comisión Europea, quien dentro del marco del IV Programa de acción sobre la igualdad de oportunidades emitió una Comunicación (COM (96) 67) de 21 de febrero de 1996, que posteriormente el Parlamento Europeo hizo suya, en la que se establecía la necesidad de integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las acciones y políticas comunitarias, a través de una estrategia de “mainstreaming” a largo plazo con incidencia tanto en los estados miembros como en los propios órganos de la Comunidad. Esta Comunicación vendría a ser el antecedente inmediato de lo reflejado ya en el Tratado.

Por lo tanto, de una lectura de estos documentos, resulta claro que la Unión apuesta por incorporar la dimensión de género en todas las políticas comunitarias, no solo limitado a los problemas de las mujeres, sino que el enfoque que habrá de adoptarse es el de la igualdad de género entre hombres y mujeres. El diseño, aprobación, puesta en práctica y control de todas las políticas comunitarias, debe estar presente esa dimensión de género y orientarse conforme a la misma.

La transversalidad en cuanto a técnica o método, necesita de unos instrumentos para hacerla efectiva. Será necesario el realizar una evaluación del impacto en función del género que puede tener una determinada acción, comparando la situación en que se aplica con la evolución esperable tras la puesta en marcha de dicha práctica. Dicha evaluación inicial es fundamental puesto que decisiones políticas aparentemente no sexistas, pueden tener finalmente un impacto diferente en mujeres y hombres acrecentando las desigualdades existentes contra las que se trata de combatir.

2.1. ¿Cuál es el grado de afección de dicho principio?

Como ya se ha señalado previamente, el “mainstreaming” conlleva la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la totalidad de los procesos normativos, afectando a la elaboración, interpretación y aplicación de las normas y en la totalidad de las políticas públicas, manifestadas a través de normas o de actos administrativos no normativos, obligando a los poderes públicos a modificar su actuación¹¹⁷, en particular:

- El Poder Legislativo tiene el deber de elaborar un informe de impacto de género¹¹⁸ a la hora de elaborar las leyes, reglamentos y demás actos normativos. Dicho informe, con la LOIEMH va a ser también exigible a los planes de especial relevancia económica, social, cultural o artística sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros (artículo 19), previniendo un específico desarrollo reglamentario (Disposición Transitoria 10ª) y creando en todos los ministerios, unidades de igualdad (artículo 77). Pese a la exigencia del informe, el mismo no es vinculante, sin perjuicio de que ello le reste su valor e importancia a la hora de interpretar la norma de que se trate.
- El Poder Ejecutivo, en cuanto a la integración de dicho principio en las políticas públicas que adopte, se verá obligado a una triple actuación:
 - Llevar a cabo un diagnóstico de la realidad desde la perspectiva de género, teniendo que desagregar las estadísticas por sexo (artículo 20 LOIEMH).
 - Adoptar un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades en su planificación de la actividad (artículo 17 LOIEMH).

¹¹⁷ Lousada Arochena, J. F., *Principio de igualdad y derecho a no ser discriminado en las relaciones de trabajo*, Actualidad Laboral, Nº 7, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Abr. 2008, pág. 800, tomo 1, Ed. LA LEY.

¹¹⁸ Introducido en España a través de la Ley 30/2003 de 13 de Octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

- Presentar el Gobierno un informe periódico al Parlamento, para favorecer el control de la efectividad del principio (artículo 18 LOIEMH).

En cualquier caso, pese a estas previsiones concretas en la norma, dicho principio debe estar presente aun cuando se trate de una actividad no planificada, puesto que si no se hace correctamente, el acto administrativo podría devenir nulo si supusiera una discriminación sexista, o nulo o anulable, cuando suponga una infracción del ordenamiento jurídico o una desviación de poder.

- El Poder Judicial, pese a ser un poder independiente, también se va a encontrar sometido a dicho principio, aunque en ningún caso ello alterará su propia naturaleza. Está obligado en su actuación a integrar la dimensión de género en la aplicación de las normas (artículo 4 LOIEMH) y evitar que las reglas de procedimiento dificulten la tutela de la igualdad (inversión de la prueba en supuestos discriminatorios, facilidad representativa...)

Además, el principio igualitario también opera en el ámbito de la negociación colectiva¹¹⁹, tanto en el ámbito comunitario, recogido en el IV Programa de Acción Comunitario, como en el ámbito nacional, donde el III Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres ya prevé dicha posibilidad.

2.2. Especial consideración de la materia retributiva

La materia retributiva es una cuestión muy vinculada a la dimensión de género, puesto que en ella pueden existir importantes diferencias entre lo percibido por un hombre y una mujer. Por lo tanto, en todas las acciones que se lleven a cabo, dicha dimensión tiene que estar presente, más aún como queda constato en la realidad, las diferencias entre sexos aun están patentes.

¹¹⁹ Montoya Melgar, A., Opus. Cit.

Esta transversalidad puede verse en el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016¹²⁰, donde dentro de su contenido, prevé la elaboración de instrumentos encaminados a la integración del principio de igualdad en las distintas políticas y acciones del Gobierno¹²¹.

En segundo lugar, como otro eje principal de actuación figura la “Igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral y la lucha contra la discriminación salarial”, lo que demuestra que la desigualdad aún está presente en dicho ámbito siendo necesario combatirla desde todas las áreas. No obstante, como un objetivo específico dentro del primer eje, figura la lucha contra la brecha salarial del género, cuya existencia pone de manifiesto a través del análisis de ciertos datos estadísticos que muestran la situación actual.

Además, hay que tener en consideración que el propio Plan Estratégico ya en su introducción y justificación señala la lucha contra la discriminación salarial como uno de los tres objetivos estratégicos a perseguir¹²².

Según lo establecido en el Plan en esta específica cuestión, se pretende que aumente el conocimiento de la existencia de dicha brecha salarial de género en la realidad, favoreciendo la igualdad salarial entre mujeres y hombres y llevando a cabo una sensibilización de la toda la sociedad sobre este fenómeno perjudicial para todos.

En este sentido, se proponen una serie de medidas cuyo contenido podría exponerse del siguiente modo:

- Realizar una mejor investigación sobre las causas de la brecha salarial de género, creando un Indicador Sintético que favorezca su medición.

¹²⁰ Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de marzo de 2014.

¹²¹ Plan Estratégico... Opus Cit. págs. 125-136.

¹²² Los términos que recoge el Plan al referirse a dicho objetivo serían “(i) reducir las desigualdades que aun existen en el ámbito del empleo y la economía, con especial incidencia en las desigualdades retributivas”

- Atender a la negociación colectiva, como posible fuente de discriminaciones salariales, analizando y evaluando las cláusulas retributivas y de clasificación profesional que figuren en los distintos convenios.
- Creación y difusión de herramientas informáticas para el autodiagnóstico de situaciones discriminatorias que ocasionen dicha brecha salarial de género en la empresa, permitiendo su utilización voluntaria por parte de ésta.
- Fomentar una mayor sensibilización en la sociedad sobre el problema real que supone la existencia de una brecha salarial de género en la actualidad.
- Incrementar la vigilancia sobre el cumplimiento de la normativa vigente en materia de igualdad salarial, favoreciendo la colaboración entre departamentos con competencia para ello.
- Fomentar la formación y desarrollo competencial de los principales operadores jurídicos en la materia.
- Ayudar y asesorar a las mujeres que sufran dicha discriminación retributiva tratando de hacerles llegar los derechos que tienen.
- Crear un grupo especializado, en el que tenga cabida los agentes sociales, cuya misión entre otros objetivos, será el impulso de las medidas encaminadas a la lucha contra la discriminación salarial.

Estas medidas enunciadas en el plan no se circunscriben a un ámbito de actuación concreto como puede ser la empresa, sino que trata de actuar más allá de ésta, afectando así al conjunto de la sociedad, a las propias mujeres que sufren la discriminación, a los agentes sociales o al poder público. Esto es buen reflejo de que se trata de un problema de “todos” y que por tano, su solución corresponde a todos nosotros, sin perjuicio de que haya determinados agentes responsables¹²³ en dicho plan encargados de adoptar tales medidas. Además, se pretende una mayor presencia

¹²³ Entre los agentes responsables, el propio Plan Estratégico nos dice que van a ser (Pág. 61 PEIO 2014-2016): “Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad; Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Secretaría de Estado de Empleo y Subsecretaría ; y Ministerio de Economía y Competitividad: Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa”.

de las nuevas tecnologías para la prevención, detección y lucha de tales situaciones discriminatorias, lo que en principio, considero positivo, puesto que hay que utilizar todos los medios a nuestra disposición para tratar de eliminar esta “lacra” de nuestra sociedad actual.

3. La “transparencia salarial”

Antes de abordar el principio de transparencia en el ámbito laboral, y en particular en la materia retributiva,¹²⁴ es conveniente hacer una serie de consideraciones previas sobre el propio principio, puesto que no se reduce su aplicación a ésta específica materia, sino que está presente (o debe estarlo) en muchos otros ámbitos de gran trascendencia para el funcionamiento correcto de un Estado Democrático como el nuestro¹²⁵.

En cuanto a la génesis del principio de transparencia, es necesario resaltar que son los países escandinavos quienes primeramente se preocupan por abrir sus gobiernos y administraciones a sus ciudadanos, en torno a mediados del s. XVIII¹²⁶. Sin embargo, habrá que esperar al Tratado de Maastricht, en Europa para entender implantado en la administración comunitaria dicho principio, cuando se instaure el al afirmarse que las decisiones a escala europea debían adoptarse de la manera más abierta y cercana posible para los ciudadanos comunitarios. En España, como veremos a continuación, la adopción del principio presente particularidades.

¹²⁴ Principio recogido y definido en el ámbito comunitario en la *Recomendación 2014/124/UE de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia* (DOUE, L, 8 de marzo 2014).

¹²⁵ Así lo expresa en su ensayo, Alonso Timón, A.J., en *El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de derecho*, Revista Parlamentaria Asamblea de Madrid, Número 27, Diciembre 2012, págs. 27-62.

¹²⁶ Ballester Martínez, B., *La forja jurisprudencial del principio de transparencia*, Teoría y realidad constitucional, Nº 28, 2011, págs. 385-406.

3.1. Consideraciones generales sobre el “principio de transparencia”

En primer lugar, si acudimos a la Real Academia Española (RAE), define la transparencia como *“cualidad de transparente”*, entendiéndose por tal, en otras acepciones aquello que es *“claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad”*. Por lo tanto, extendiendo un poco esta definición, podemos entender que el principio de transparencia es aquel con el que pretende alcanzar esa claridad, esa evidencia, en los distintos ámbitos en los que se aplique.

Más allá de esta definición, es necesario resaltar que el principio de transparencia encuentra acomodo en nuestra Constitución Española pese a que no haya un precepto que lo defina como tal. Esto es así, porque en buena parte del articulado, la transparencia respira de trasfondo. Así, los principios fundamentales que inspiran todo sistema Democrático de Derecho, contenidos en el artículo 1 Constitución Española, como son la libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, no pueden desplegar todos sus efectos sin la transparencia. No obstante, se puede apreciar una manifestación más particular de dicho principio en el artículo 105¹²⁷ Constitución Española referido a la participación ciudadana y al acceso de éstos sobre información administrativa (salvo excepciones), pero se trata de una referencia un tanto escasa para la dimensión que alcanza el principio de transparencia. En todo caso, ya se hace referencia a 2 elementos importantes que lo configuran, el conocimiento por parte de los ciudadanos de la actuación de los poderes públicos (lo que requerirá una publicidad por parte de estos últimos), y la participación de dichos ciudadanos en los asuntos que les afecten.

Sin embargo, la primera manifestación expresa del principio de transparencia en nuestro ordenamiento tiene lugar en la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,

¹²⁷ *“La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”*.

en su artículo 3 apartado 5¹²⁸, donde no se lleva a cabo una definición de éste, sino que se limita a determinar la obligación de la Administración Pública de respetar el citado principio en sus actuaciones con los ciudadanos. Como advierte algún autor¹²⁹, el contenido resulta escaso, puesto que la transparencia deberá estar presente, no sólo cuando la Administración, cualquiera que sea, actúe para con los ciudadanos, sino en toda la actuación administrativa con independencia de dicha interacción.

En ambos supuestos, la transparencia está operando en el ámbito de la Administración Pública, de los poderes públicos, a los que se exige una actuación transparente para con los ciudadanos. Podemos hablar así de una transparencia gubernamental o parlamentaria, dentro de la cual podemos señalar tres manifestaciones que pueden configurar dicho principio.

La publicidad de la actuación llevada a cabo es una buena manera de hacer efectiva la transparencia, aunque no hay que confundirlas, puesto que publicidad no equivale a transparencia. Se configura como un requisito necesario pero no suficiente por sí mismo para que la transparencia opere totalmente. Esto es así, porque determinadas actuaciones de los poderes públicos pueden no ser transparentes en cuanto a su contenido oscuro, y sin embargo estar dotados de una gran publicidad. Por lo tanto, es importante hacer resaltar esta diferencia entre conceptos.

La segunda manifestación en este ámbito gubernamental, lo configuraría la participación ciudadana. Con ello se pretende que los ciudadanos tomen parte en las decisiones que les afecten, pudiendo conocer en mayor detalle las razones que provocan la adopción de determinadas medidas o actuaciones. En este caso, también hay que tener en cuenta que la mera participación ciudadana no genera la transparencia, puesto que pueden surgir grupos de presión que favorezcan más a unos determinados individuos que a otros, sin dejar claro los motivos de ello condicionando así su actuación.

¹²⁸ *“en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación”.*

¹²⁹ Alonso Timón, A.J. Opus. Cit. pág. 32.

Por último, la transparencia se verá favorecida por la simplicidad, en la organización y funcionamiento de las organizaciones públicas; simplicidad que se consigue a través de la elaboración de unas normas más claras y accesibles a los ciudadanos. La simplicidad deberá estar presente tanto a nivel normativo, favoreciendo una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos al comprender cuál es el ámbito en el que pueden desarrollar su actuación sin quebrantar las normas; y también a nivel procedimental, favoreciendo así la participación ciudadana.

De este modo, la publicidad, accesibilidad y simplicidad se configuran como tres elementos capitales configuradores del principio de transparencia en el ámbito gubernamental o administrativo.

Es precisamente en este ámbito gubernamental donde se ha proclamado muy recientemente una Ley que trata de garantizar la transparencia en toda acción política de los poderes públicos. Se trata de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con la que se pretende reforzar la transparencia de la actuación pública en aras de lograr un mejor funcionamiento del Estado. Se reiteran los dos elementos señalados con anterioridad, la publicidad y la accesibilidad de los ciudadanos cierta información¹³⁰ (o publicidad pasiva), como elementos configuradores de la transparencia. Hay que señalar en este punto, que se ha producido un cambio importante respecto a cómo se configuraba en el anteproyecto, donde no se incluían dentro del ámbito de aplicación de la misma, y por tanto, del principio de transparencia, entidades como los partidos políticos, sindicatos o la Casa del Rey, lo que fue objeto de críticas¹³¹ en cuanto a la efectividad que se pretendía lograr con la norma. Finalmente, el legislador ha optado por incluirlos dentro del ámbito subjetivo de la norma (artículos 2 y 3), lo que puede ser un ejemplo, de que la transparencia es un principio importante que adquiere más importancia en nuestra sociedad.

¹³⁰ Estableciéndose ciertos límites de dicho acceso en determinados supuestos como seguridad, defensa o protección del medio ambiente (artículo 14 Ley 19/2013, de 9 de diciembre).

¹³¹ Enériz Olaechea, F.J. *El proyecto de Ley de Transparencia: transparencia de la actividad pública y publicidad activa*, Revista Aranzadi, Doctrinal num.1/2013 parte Tribuna, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013.

En cualquier caso, la transparencia no sólo opera en el ámbito jurídico, sino que también esté presente en otros campos como el económico. De este modo, una empresa deberá de ser transparente en el ejercicio de su actividad, tanto de cara a sus socios si los hubiera, como al público en general, tratando de reflejar una imagen fiel de su propia empresa; es decir, reflejar con fidelidad y veracidad la misma a la hora de elaborar los distintos instrumentos contables de los que tenga obligación (podemos identificar dicho principio de transparencia con el de imagen fiel de la contabilidad, puesto que en último término se trata de ser “transparente” en la contabilidad y situación de la empresa). La transparencia en el mundo empresarial es considerada como un “plus” de la empresa, muy valorable por los posibles consumidores y los restantes empresarios.

3.2. Cuestión particular: el “principio de transparencia” en los salarios

Como hemos visto, el principio de transparencia está adquiriendo una especial importancia en la actualidad, especialmente en lo que se refiere a la actuación de los poderes públicos. La preocupación de la sociedad sobre un funcionamiento adecuado de sus Instituciones haciéndolo con claridad, eficacia, veracidad, y en definitiva, transparencia, ha aumentado aún más con los constantes casos de corrupción, engaños y demás actuaciones poco claras que pone en juicio su actuación por parte de los ciudadanos.

Podemos extrapolar dicha preocupación a la materia retributiva, puesto que a lo largo del trabajo ya hemos hecho referencia a las constantes situaciones discriminatorias que aún se producen en la actualidad, y a la dificultad cada vez mayor para detectarlas. Así, el aplicar dicho principio de transparencia puede ser visto como un mecanismo que puede favorecer para la detección y lucha de dichas discriminaciones retributivas. Es en este sentido en el que se mueve la Unión Europea, quien en su Recomendación 2014/124/UE de la Comisión, de 7 de marzo de 2014¹³²

¹³² Recomendación 2014/124/UE de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia (DOUE L 8 de marzo 2014).

viene a intentar configurar el principio de transparencia como un instrumento válido en la búsqueda de la anhelada igualdad retributiva. No obstante, tal y como se señala en los propios considerandos de la Recomendación, la preocupación por la transparencia en el ámbito comunitario ya venía años atrás, pudiendo citar entre otras medidas en relación a esta cuestión, dos resoluciones del Parlamento Europeo, de fecha 18 de noviembre de 2008 y 24 de mayo de 2012 en las que entre las recomendaciones que hace para mejorar la aplicación del principio de igualdad de remuneración, se incluyen entre otras, la introducción de medidas de transparencia retributiva.

Dentro del aspecto salarial, un ámbito en el que puede tener una importante aplicación el principio de transparencia lo configura los sistemas de clasificación profesionales donde se determinan las estructuras salariales, puesto tal y como se entiende el principio de igualdad retributiva en la actualidad, la comparación habrá que hacerla entre trabajos de igual valor, luego si una empresa es transparente a la hora de determinar el por qué de su sistema de clasificación profesional y la estructura salarial que determina, favorecerá en gran medida la eliminación de discriminaciones.

Ya hemos vistos anteriormente que la publicidad se configura como una de las principales manifestaciones de la transparencia, tanto en su vertiente activa como pasiva. Ahora vamos a tratar de ver su específica concreción en la materia retributiva.

Desde el punto de vista activo, la publicidad implica que los propios empleadores o empresarios suministren información de forma periódica correspondiente a los trabajadores, sus representantes o demás interlocutores sociales, en relación a los salarios que existen en la empresa para cada puesto o categoría de trabajo y desglosados por sexo. Con ello, se facilitaría la comparación entre trabajadores sobre sus salarios, siendo más difícil la existencia de discriminaciones al ser conocidas por éstos. Esto viene previsto en el punto 4º de la Recomendación, aunque limitando el deber de información de los empresarios a las empresas con más de 50 trabajadores, algo que desde mi punto de vista resulta un tanto arbitrario, porque considero que debería aplicarse a todas las empresas con independencia de sus empleados.

La publicidad pasiva, ya hemos señalado que se refiere al acceso de información por parte de los ciudadanos. En este caso, son los empleados quienes tienen derecho a solicitar la información correspondiente sobre los niveles salariales existentes en la empresa, desglosados por sexos y categorías profesionales, incluyéndose no solo el sueldo base, sino también los restantes completos, pagos en especie, o reparto de beneficios. Esta dimensión de la publicidad se prevé en el punto 3º, y en cierto modo se configura como un deber de los Estados garantizar su eficacia, de modo que si los estados actúan pasivamente, será difícil su efectiva realidad.

En cuanto a la participación de los ciudadanos en las decisiones, como otra manifestación de la transparencia en el ámbito de la relación laboral tendrá lugar a través de la negociación colectiva. Los convenios colectivos deberán de ser claros a la hora de establecer las cuestiones relacionadas con el salario. Además, se va a incorporar un elemento añadido que también ha de estar presente en la negociación, un instrumento que se configura como un mecanismo útil en la búsqueda de la transparencia salarial: las auditorías salariales. Se trata de un análisis que se ha de realizar en cada empresa reflejando el porcentaje de trabajadores y trabajadoras, el sistema de evaluación y clasificación de empleos, e información sobre la estructura salarial en la empresa, aunque según la recomendación, únicamente en las empresas de más de 250 trabajadores, previsión que como en el caso anterior encuentro un tanto injustificada. Estas auditorías servirían para comprobar la información aportada por las empresas en relación a estas cuestiones.

La elaboración de estadísticas bien tratadas que pueden manejar los Estados puede servir en la lucha contra la discriminación salarial, favoreciendo la detección de aquellos contratos, sectores de actividad... donde es más persistente la discriminación salarial. Ya vimos que un adecuado diagnóstico de la situación es clave para la actuación posterior, por lo que si las empresas son transparentes en cuanto al salario se refiere, será mucho más fácil detectar las discriminaciones que existan. Y esta transparencia podrá lograrse en mayor medida si las estadísticas y procedimientos de obtención de información son simples y de fácil comprensión para los ciudadanos. Todo ello favorecería esa fase de diagnóstico en los Planes de Igualdad de las empresas.

Por lo tanto, a modo resumen, podemos entender el principio de transparencia salarial como aquel por el cual, los trabajadores han de tener acceso a la información relativa a los salarios de la empresa mientras que los empresarios tendrán el deber de ofrecer dicha información, todo ello siendo objeto de auditoría o comprobación, elaborándose en términos sencillos y comprensibles las estadísticas oportunas que permitan a los Estados descubrir y combatir las situaciones discriminatorias. Es decir, el principio de transparencia salarial puede entenderse configurado con sus principales manifestaciones pero aplicado a un ámbito concreto como es la materia retributiva en la relación laboral.

CAPÍTULO QUINTO. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En el presente trabajo se ha querido ofrecer una visión completa de uno de los principales problemas que aún perduran en las relaciones laborales, las discriminaciones salariales que afectan a la mujer por razón del sexo, al no haberse encontrado una solución eficaz pese a los esfuerzos y medidas adoptadas por los poderes públicos en prácticamente todos los países del mundo.

Se ha tratado de analizar dicha cuestión de forma sistemática, partiendo de los orígenes del mismo, cuando la preocupación por la situación de la mujer en la relación de trabajo empieza a adquirir una importante dimensión, surgiendo los primeros tratos discriminatorios; pasando a analizar posteriormente la respuesta de los distintos ordenamientos y países tanto en el ámbito internacional como comunitario, para terminar señalando el tratamiento dado en nuestro país y los mecanismos o instrumentos más recientes que tratan de combatir dichas situaciones discriminatorias y que están llamadas a convertirse en auténticos medios eficaces para ello.

CONCLUSIONES:

Del estudio realizado podemos extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Las estadísticas en la actualidad reflejan con suficiente claridad la perdurabilidad del problema discriminatorio en materia de salarios tanto a nivel global como en nuestro país por razón de género, afectando fundamentalmente al género femenino. Sin embargo, es posible la existencia de situaciones discriminatorias donde el sujeto perjudicado fuera un hombre, aunque en materia salarial, tanto por tradición histórica como por los datos ofrecidos por las estadísticas en la realidad, la discriminación salarial se configura como un problema fundamental que afecta a dicho sexo femenino.

Estas manifestaciones actuales de situaciones discriminatorias constituyen una buena muestra de que los esfuerzos llevados a cabo desde el surgimiento y preocupación de los Estados por este problema han resultado insatisfactorios siendo necesario por tanto, la continuidad en el trabajo y el estudio en la búsqueda de soluciones que finalmente permitan terminar con esta lacra de la sociedad.

SEGUNDA. El reconocimiento del principio de “igualdad retributiva”, se constituye como un elemento capital a la hora de combatir las desigualdades salariales. La evolución sufrida por el mismo, muestra la intención del legislador y de los poderes públicos de extender el mismo a situaciones cada vez más complejas y difíciles de detectar. En este sentido, resulta de especial importancia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en buena medida, se puede considerar como el auténtico configurador del mismo a nivel comunitario, perfeccionando el contenido dado por la OIT en 1951, resaltando en todo caso, la importancia de dicha Organización al incoar la preocupación internacional por la igualdad de los salarios. A nivel nacional han sido nuestros Tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional quienes han contribuido a configurar el principio tal y como se entiende en la actualidad, adaptándole a su determinación en la Unión Europea.

Por lo tanto, es imposible analizar el problema discriminatorio en los salarios, sin un estudio de la jurisprudencia tanto comunitaria como nacional, pues en buena medida, la configuración actual del principio viene configurada por la misma.

TERCERA. El principio de igualdad retributiva podríamos considerarle como una manifestación concreta del principio de igualdad en el ámbito laboral sobre la materia de salarios. Así, no implica una identidad, sino que supone el dar un tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales, lo que permite el establecimiento de las denominadas “acciones positivas”. Requiere que la comparación se lleve a cabo entre trabajos de igual valor, no sólo entre trabajos idénticos. Para la valoración de los trabajos será preciso adoptar criterios neutros que no contengan ningún sesgo discriminatorio, pudiéndose aplicar por igual a ambos sexos. No solo se manifiesta en la dimensión de igualdad, sino también en la prohibición de discriminaciones por razón de sexo.

CUARTA. La protección de la igualdad de los salarios en la relación laboral, no solo viene recogida a nivel constitucional, sino que también viene prevista en el propio ordenamiento laboral, donde el Estatuto de los Trabajadores recogía ya desde su promulgación en 1980 el principio de igualdad retributiva. Sin embargo, ha sido necesaria sucesivas modificaciones del precepto que lo contenía para su completa

adaptación a cómo se configura el mismo en el ámbito comunitario, donde no solo tiene relevancia desde el punto de vista económico, sino fundamentalmente desde la perspectiva social. Se pasa de una concepción restrictiva del mismo, para configurarse como un principio que trata de abarcar todas las posibles situaciones de discriminación que cada vez son más difíciles de detectar, extendiéndose el binomio identidad de trabajo-igual salario, al de igual salario-trabajos de igual valor.

QUINTA. Las formas y modos de discriminación han evolucionado en gran medida desde sus primeras manifestaciones. Es difícil encontrarnos ante auténticas discriminaciones directas en materia de salarios por razón de sexo, siendo en la actualidad las discriminaciones indirectas las que han adquirido un especial volumen e importancia, generando así nuevas necesidades de estudio en búsqueda de su eliminación. Además, hay que sumar el problema de las discriminaciones múltiples y aquellas otras con consecuencias en el aspecto salarial que dificultan su tratamiento y erradicación. Prescindir de estas particulares formas de discriminación, con relevancia negativa en las retribuciones de las mujeres, implicaría no considerar un importante número de supuestos que acrecentaría la desprotección de las mujeres actuando en el sentido opuesto a pretendido. Por ello, el análisis de las distintas situaciones debe ser completo, incluyendo la perspectiva de género en el mismo.

SEXTA. La mera promulgación del principio de igualdad de retribución por razón de sexo, quedaría vacía de contenido si no se prevén unos instrumentos o mecanismos que contribuyan a su plena efectividad. Entre estas medidas, es posible resaltar los planes de igualdad dentro de la negociación colectiva; la transversalidad de la perspectiva de género en todas las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos y la denominada “transparencia salarial” que hemos analizado en el presente trabajo. No es una enumeración exclusiva, pero sí que constituyen en mi opinión instrumentos que pueden contribuir a esa lucha efectiva contra la discriminación salarial.

PROPUESTAS:

Ante la persistencia de discriminaciones salariales en la actualidad por razón de género, las propuestas que llevo a cabo en atención a todo lo analizado serían las siguientes:

PRIMERA. Continuar los programas de sensibilización de los ciudadanos, e incluso incrementarlos para que éstos sean conscientes del grave problema que supone la discriminación salarial de la mujer y se eliminen los estereotipos y prejuicios que en múltiples ocasiones sirven de justificación de dichas discriminaciones, como por ejemplo, el pensamiento de que la mujer no quiere ocupar los puestos de dirección por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral. Hasta que la sociedad no elimine sus prejuicios y estereotipos, será bastante difícil que se logren resultados efectivos puesto que conductas discriminatorias serían justificadas.

SEGUNDA. Adoptar el principio de transparencia como un elemento fundamental a la hora de luchar contra la discriminación salarial. En este sentido, la Recomendación 2014/124/UE de la Comisión la entiendo como un instrumento fundamental que sienta las pautas a seguir para conseguir dicha transparencia.

Se deberían adoptar medidas que obligaran a las empresas a hacer público los sistemas de clasificación profesional empleados justificando los criterios utilizados para ello. Este deber del empresario, debería completarse con el reconocimiento de un derecho de acceso a dicha información por parte de los trabajadores que les permita comparar su nivel retributivo respecto de otros trabajadores en su misma situación y que desempeñen trabajos de igual valor.

Para garantizar que la información ofrecida por la empresa y conocida por los trabajadores sea fiable y veraz, sería muy positivo el obligar a la empresa a someterse a una auditoria cada cierto tiempo, en el que se comprobara que los criterios utilizados no entrañan ninguna otra finalidad que la señalada y no se constituyen como discriminatorios. Dicha auditoria debería realizarse por un ente externo a la empresa para evitar posibles influencias negativas en el proceso.

En caso de sospecha sobre la existencia de una discriminación salarial, pese al deber/derecho de información, entiendo positivo que se conceda al trabajador la facultad de acudir a un organismo creado bien a nivel de cada empresa, o bien a nivel sectorial, que trate de resolver dicha cuestión, reservándose los tribunales para aquellos supuestos que a pesar de dicho procedimiento se hubiera resuelto en contra de la existencia de discriminación, existiendo indicios que hicieran necesario continuar con el análisis.

Para una mayor transparencia, sería conveniente la elaboración de estadísticas que reflejaran la composición de las empresas por género según sector y el nivel retributivo de cada trabajador según su categoría profesional. Ello permitiría apreciar fácilmente posibles situaciones de discriminaciones indirectas en las que el género femenino fuera el perjudicado.

En resumen, entiendo que la transparencia en la actuación de las empresas, sería muy positivo en la lucha contra la discriminación salarial, siendo necesaria la intervención de los poderes públicos para que tal transparencia alcanzara efectividad en las empresas.

TERCERA. Como medida disuasoria para los empresarios, vería conveniente la elaboración de lista de acceso público a todos los ciudadanos en la que se reflejara aquellos empresarios que hubieran sido condenados por los Tribunales antes supuestos de discriminación salarial de la mujer, una vez no se hubiera podido resolver internamente el conflicto. Entiendo que una medida de este tipo para el empleador que cometiera discriminación y fuera condenado, contribuiría a reducir los supuestos discriminatorios en las empresas ya que una mala publicidad puede resultar más perjudicial a largo plazo que una mera sanción económica. Todo ello, sin perjuicio de las sanciones previstas en las LISOS para las infracciones muy graves, entre las que se incluyen estos supuestos discriminatorios en su artículo 8 apartado 12.

CUARTA. Finalmente, establecer una obligación para todas las empresas de elaborar un Plan de Igualdad en que se contemplaran, no solo meras declaraciones de respeto, sino actuaciones concretas en la búsqueda de la igualdad entre sexos, y en particular

en lo que a materia retributiva se refiere. La transparencia podría concretarse aún más en dichos Planes de Igualdad.

En este sentido la opción del legislador por limitar la obligatoriedad de los Planes de Igualdad en función del número de empleados, entiendo que restringe en buena medida su eficacia puesto que la mayoría del entramado empresarial español está formado por PYMES que no satisfacen dichos umbrales.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Timón, A.J. *El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de derecho*, Revista Parlamentaria Asamblea de Madrid, Número 27, Diciembre 2012.
- Álvarez del Cuvillo, A. *Elementos para una valoración técnico-jurídica de las medidas de acción positiva*, Relaciones Laborales, Nº 11, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 Jun. 2010, Año XXVI, tomo 1, Ed. LA LEY.
- Alzaga Ruiz, I. *La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral: criterios jurisprudenciales comunitarios y españoles*, Actualidad Laboral, Nº 13, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Jul. 2007, pág. 1536, tomo 2, Editorial LA LEY
- Ballester Martínez, B. *La forja jurisprudencial del principio de transparencia*, Teoría y realidad constitucional, Nº 28, 2011.
- Casas Baamonde, M^a. E. *Igualdad de retribución por razón de sexo*, Relaciones Laborales, Nº 22, Sección Editorial, Quincena del 23 Nov. al 8 Dic. 2002, Año XVIII, tomo 2, Ed. LA LEY
- Duréndez Sáez, I. *La discriminación de la mujer en materia salarial*, Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1993, tomo 2, Ed. LA LEY
- Eceizabarrena Sáenz, J. *Mujer y Derecho en Europa: el Derecho Comunitario antidiscriminatorio tras las reformas introducidas por el Tratado de Ámsterdam*, Actualidad Administrativa, Sección Doctrina, 2000, tomo 2, Ed. LA LEY
- Enériz Olaechea, F.J. *El proyecto de Ley de Transparencia: transparencia de la actividad pública y publicidad activa*, Revista Aranzadi, Doctrinal num.1/2013 parte Tribuna, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013.
- Escudero Rodríguez, R. *Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Relaciones Laborales, Nº 9, Sección Negociación colectiva y conflictividad, Quincena del 8 al 23 mayo 2007, Año XXIII, tomo 1, Ed. LA LEY

- Fabregat Monfort, G. *¿Es constitucional imponer cuotas en los consejos de administración? (Obligatoriedad o voluntariedad en las medidas de acción positiva)*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011
- Fabregat Monfort, G. *La negociación de los planes de igualdad*, Relaciones Laborales, Nº 4, Sección Doctrina, Abril 2013, Año 29, tomo 1, Ed. LA LEY
- Fernández López, M. F. “La garantía de indemnidad” en *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, edición nº 1, Ed. LA LEY, Madrid, Julio 2008.
- García Murcia, J. *La refundición de la legislación comunitaria sobre igualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo: la Directiva 2006/54/CE*, Derecho de los Negocios, Nº 193, Sección Relaciones laborales, Octubre 2006, Ed. LA LEY
- Gil y Gil, J.L. *Concepto de trabajo decente*, Relaciones Laborales, Nº 15, Sección Monografías, Agosto 2012, Año 28, tomo II, Ed. LA LEY.
- González-Posada Martínez, E. *Antecedentes normativos y jurisprudenciales en la ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 15, octubre 2007.
- Gorelli Hernández, J. *La carga de la prueba y la tutela del trabajador*, Relaciones Laborales, Nº 20, Sección Doctrina, Quincena del 23 Oct. al 8 Nov. 2009, Año XXV, tomo 2, Ed. LA LEY
- López Ahumada J.E. *Principios jurídicos y promoción de la igualdad de género como garantía del trabajo decente: problemas y experiencias en el seno de la OIT*, Relaciones Laborales, Nº 15, Sección Monografías, Agosto 2012, Año 28, tomo II, Ed. LA LEY
- Lousada Arochena, J.F. en *Principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres: la aplicación por la jurisdicción ordinaria*, *Actualidad Laboral*, Nº 1, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Ene. 2004, tomo 1, Ed. LA LEY
- Lousada Arochena, J. F. *Principio de igualdad y derecho a no ser discriminado en las relaciones de trabajo*, *Actualidad Laboral*, Nº 7, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Abr. 2008, tomo 1, Ed. LA LEY

- Martínez Abascal, V.A. *La discriminación salarial por razón de sexo*, Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1989, tomo 2, Ed. LA LEY
- Martínez Lucas, J. A. *La nueva norma sobre igualdad de remuneración por razón de sexo*, Diario La Ley, Nº 5594, Sección Nuevas Normas, 24 Jul. 2002, Año XXIII, tomo 7, Ed. LA LEY
- Martínez Rocamora, L.G. *La Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo*, Actualidad Laboral, Sección Doctrina, 2000, tomo 3, Ed. LA LEY
- Montoya Melgar, A. *El Derecho del Trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres*, en "Las transformaciones del derecho de trabajo en el marco de la Constitución Española", edición nº 1, Ed. LA LEY, Madrid, 2006.
- Núñez-Cortés Contreras, P. y Velasco Portero, T. *Cuestiones más controvertidas en la aplicación práctica de los planes de igualdad en la empresa*, Actualidad Laboral, Nº 15, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Sep. 2009, tomo 2, Ed. LA LEY
- Pozo Moreira, F. J. *El concepto de retribución sometido al juicio de paridad salarial*, Actualidad Laboral, Nº 2, Sección Doctrina, Semana del 6 al 12 Ene. 2003, tomo 1, Ed. LA LEY
- Quesada Segura, R. *Discriminación salarial por razón de sexo: Directivas comunitarias y Constitución Notas a la sentencia TC 145/1991 de 1 de julio*, Relaciones Laborales, Sección Comentarios de jurisprudencia, 1992, tomo 2, Ed. LA LEY
- Quintanilla Navarro, B. *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Quintanilla Navarro, B. *La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso «Kalanke versus Glissmann*, Actualidad Laboral, Sección Doctrina, 1996, tomo 1, Ed. LA LEY;

- Rey Martínez, F. *Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 2, 2010
- Rey Martínez, F. *El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, tomo 1, Ed. LA LEY
- Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, M^a. F. *Igualdad y discriminación*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. *Igualdad de género y políticas comunitarias*, Relaciones Laborales, Nº 6, Sección Editorial, Quincena del 16 al 31 Mar. 2000, tomo 1, Ed. LA LEY;
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. *La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género*, Relaciones Laborales, Nº 19, Sección Editorial, Quincena del 1 al 15 Oct. 2001, tomo 2, Ed. LA LEY
- Rodríguez Rodríguez, E. *La regulación de la igualdad entre hombres y mujeres en la normativa laboral de los países nórdicos*, Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, Nº 23, 2008.
- Romero Burillo, A. M^a. *Igualdad y Retribución*, Ed. Tirant lo Blanch “colección laboral”, Valencia, 2006.
- Ruíz Miguel, A. “Discriminaciones inversas e igualdad”, en *El Concepto de igualdad*, Madrid, Ed. Pablo Iglesias, 1994.
- Saldaña Valderas, E. *Discriminación retributiva en función del género. Un análisis técnico y jurídico*, Consejo andaluz de relaciones laborales, Ed. Mergablum, Sevilla, 2004.
- Saldaña Valderas, E., *El tratamiento del salario y los beneficios sociales en los planes de igualdad: insuficiencias y buenas prácticas*, Temas Laborales núm. 108/2011.

- Serrano García, J. M. *La regulación convencional del contenido de los planes de igualdad*, Relaciones Laborales, Nº 5, Sección Negociación colectiva y conflictividad, Quincena del 8 al 23 Mar. 2008, Año XXIV, tomo 1, Ed. LA LEY
- Serrano Argüello, N. ¿Es la negociación colectiva herramienta garante del empleo y la igualdad?, Revista universitaria de ciencias del trabajo, Nº 11, 2010.

INFORMES

- Informe sobre el día de la igualdad salarial (el empleo no impide el empobrecimiento de las mujeres), UGT, Secretaria de Igualdad, Departamento de Mujer, 22 de febrero de 2014.
- Informe sobre mujeres ejecutivas: *“The Glass Ceiling- Special Report on the Corporate Woman”*, (Hymowitz, C., & Schellhardt, T. D.), 1986.
- CIT89, Informe III (Parte 1B), Capítulo 2, Junio 2001.
- Memoria del Director General de lo OIT: Trabajo decente, 1999.
- Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de marzo de 2014.

CONSULTAS WEB

- Página web de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), <http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm> -Consultada a fecha de Mayo-Junio de 2014-.
- Página web de la Unión Europea: http://europa.eu/index_es.htm - Consultada a fecha de Mayo-Junio de 2014 -.
- Página web del diario ELMUNDO, <http://www.elmundo.es/yodona/2014/04/26/535a4453268e3e2a688b4576.html> - Consultada a fecha 27 de abril de 2014-.

RELACIÓN DE SENTENCIAS

- STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto “Van Gend en Loos”, C-26/62.
- STJCE de 4 de diciembre de 1974, asunto “Van Duyn”, C-41/74
- STJCE de 8 de abril de 1976, asunto “Defrenne II”, C-43/75
- STJCE de 27 de marzo de 1980, asunto “Macarthys”, C-129/79
- STJCE de 11 de marzo de 1981, asunto “Worringham”, C-69/80
- STJCE de 31 de marzo de 1981, asunto “Jenkins”, C-96/80
- STJCE de 16 de febrero de 1982, asunto “Burton”, C-19/81
- STJCE de 9 de junio de 1982, asunto Comisión/Luxemburgo, C-58/81
- STJCE de 6 de julio de 1982, asunto Comisión/Reino Unido, C-61/81
- STJCE de 18 de septiembre de 1984, asunto “Liefting”, C-23/83
- STJCE de 30 de enero de 1985, asunto Comisión/Dinamarca, C-143/83,
- STJCE de 13 de mayo de 1986, asunto “Bilka-Kaufhaus”, C-170/84
- STJCE de 13 de mayo de 1986, asunto “Bilka”, C-170/84
- STJCE de 4 de febrero de 1988, asunto “Murphy”, C-157/86
- STJCE de 13 de julio de 1989, asunto “Rinner-Kühn”, C-171/88
- STJCE de 17 de octubre de 1989, asunto “Danfoss” C-109/88
- STJCE de 17 de mayo de 1990, asunto “Barber”, C-262/88
- TJCE de 27 de junio de 1990, asunto “Kowalska”, C-33/89
- STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto “Dekker”, C-177/88
- STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto “Hertz”, C-179/88
- STJCE de 7 de febrero de 1991, asunto “Nimz”, C-184/89

- STJCE de 27 de octubre de 1993, asunto “Enderby”, C-127/92
- STJCE de 24 de febrero de 1994, asunto “Roks y otros”, C-343/92
- STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto “Habermann-Beltermann”, C-421/92
- STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto “Megner y Scheffel”, C-444/93
- STJCE de 13 de marzo de 1997, asunto Comisión/Francia C-197/96
- STJCE de 2 de octubre de 1997, asunto “Gerster”, C-1/95
- STJCE de 2 de octubre de 1997, asunto “Kording”, C-100/95
- STJCE de 17 de febrero de 1998, asunto “Grant/South-West Trains”, C-249/96
- STJCE de 27 de octubre de 1998, asunto “Boyle”, C-411/96
- STJCE de 8 de julio de 1999, asunto Comisión/Francia, C-354/98
- STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto “Mahlburg”, C-207/98
- STJCE de 23 de abril de 2002, asunto “Campogrande”, C-62/01 P
- STJCE de 8 de septiembre de 2005, asunto “McKenna”, C-191/03
- STUE de 25 de abril de 2013, asunto “Accept”, C-81/12
- STC de 2 de julio de 1981, nº 22/1981
- STC de 25 de enero de 1983, nº 3/1983
- STC de 14 de julio de 1987, nº 128/1987
- STC de 11 de agosto de 1987, nº 128/1987
- STC de 8 de junio de 1988, nº 109/ 1988
- STC de 31 enero de 1989, nº 19/1989
- STC de 22 de julio de 1991, nº 145/1991
- STC de 28 de febrero de 1994, nº 58/1994

- STC de 27 de octubre de 1994, nº 286/1994
- STC de 22 de diciembre de 2004, nº 253/2004
- STC de 26 de mayo de 2008, nº 62/2008
- STC de 10 de octubre de 2013, nº 173/2013
- STS de 23 de septiembre de 2003, nº 5652/2003
- STS de 7 de julio de 2005, nº 4601/2005
- STS de 21 de diciembre de 2007, nº 9073/2007
- STS de 11 de noviembre de 2008, nº 6441/2008
- STS de 12 de abril de 2011, nº 3058/2011
- STS de 18 de abril de 2011, nº 4233/2011
- STS de 18 de julio de 2011, nº 5798/2011
- STS de 14 de mayo de 2014, nº 1908/2014
- STSJ de Andalucía de Málaga, de 29 de diciembre de 1995
- STSJ de Canarias de 16 de octubre de 2012, nº 1844/2012
- STSJ de Canarias de 8 de mayo de 2013, nº 775/2013
- STSJ de Castilla y León de Valladolid, de 13 de noviembre de 2013, nº 4999/2013
- STSJ del País Vasco, de 16 de marzo de 1993,
- STSJ de Andalucía de Málaga, de 30 de enero de 2014, nº 1818/2014
- STSJ de Andalucía de Sevilla, de 6 febrero de 2014, nº 974/2014
- STSJ de Extremadura, de 13 de febrero de 2014, nº 246/2014
- STSJ de Castilla y León de Valladolid, de 26 de febrero de 2014, nº 830/2014

- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Valladolid, de fecha 31 de mayo de 2013
- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de León, de fecha 23 de octubre de 2013
- Sentencia del Juzgado de lo Social N° 26 de Madrid, de fecha 27 de marzo de 2014