

# PRIMERA PARTE

## “PREMIO 8 DE MARZO – IGUALDAD DE LAS MUJERES 2018”

### LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR CAUSA DEL SEXO Y DEL GÉNERO: FACTORES DESENCADENANTES Y PAUTAS DE SOLUCIÓN\*

Susana Rodríguez Escanciano\*\*  
Universidad de León

**SUMARIO:** 1. La persistencia y envergadura del diferencial retributivo entre mujeres y hombres. –2. Paridad salarial formal: su insuficiente encaje normativo. 2.1. El reconocimiento del principio de igualdad de remuneración por razón de sexo. 2.2. La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2.2.1. Retribución en sentido amplio. 2.2.2. De “trabajos idénticos” a “trabajos de igual valor”: luces y sombras. 2.3. El olvido de ciertos parámetros destinados a integrar el escaqueo contenido del ordenamiento interno: el denominado “comparador hipotético” y las discriminaciones indirectas. 2.4. La difícil detección de discriminaciones ocultas. –3. Sistemas de clasificación profesional poco sensibles con el principio de igualdad de oportunidades. 3.1. Sobrecualificación y subutilización de capacidades: el “techo de cristal”. 3.2. Parámetros de valoración del trabajo aparentemente neutros. 3.3. Segregación ocupacional. 3.4. El lastre de la subrepresentación. Apostando por la “inclusión cualitativa”. –4. La asunción de cuidados domésticos y familiares. El lento camino hacia la corresponsabilidad. –5. La precarización del trabajo femenino: la invisibilidad de la pobreza. –6. Trabajo a tiempo parcial altamente feminizado. –7. conclusión. La apuesta por una tutela preventiva.

---

#### RESUMEN

*Con ciertos temas da la impresión de que, una vez superada la amnesia imperante durante años, no sólo son capaces de mantener una perenne actualidad, sino de alcanzar un protagonismo tal que su popularidad mediática puede acarrear el peligro de ocultar la necesidad de un riguroso planteamiento de fondo, dotado de mayores argumentos que el fácil recuso a la tópica o el sencillo manejo de preclaras estadísticas. Tal es lo que sucede con la discriminación salarial por razón del sexo y del género, sobre la cual las sucesivas proclamas normativas (tanto a nivel internacional como interno) o el esfuerzo (a veces real, a veces pretendido) de los interlocutores sociales no han conseguido evitar, al día de hoy, que un aspecto tan repudiable como incontable persista en el marco de las relaciones laborales del avanzado siglo XXI. Bajo la premisa cierta de que la ausencia de paridad retributiva, lejos de desaparecer, continúa, el presente trabajo se presenta como un modesto intento de colaboración en el “levantamiento del velo” de las manifestaciones más señeras de la preterición reseñada, todas ellas intrínsecamente vin-*

---

\*Recibido el 16 de enero. Aceptado el 4 de marzo.

\*\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

culadas y proyectadas con la sombra agrandada de una productividad empresarial deficientemente concebida.

#### ABSTRACT

*With certain themes gives the impression that, once overcome the forgetting for years, not only are able to have a permanent update, but to acquire such importance that its popularity in the social media can carry the danger of cover the need for a rigorous study, accompanied by greater arguments than the easy refuse to the topic or the simple handling of statistical preclares. This is what happens with wage discrimination based on sex and gender, on which the successive normative proclamations (both internationally and internally) or the effort (sometimes real, sometimes pretended) of the social representatives have not obviate, nowadays, that an aspect repugnant persists in the framework of labor relations in the advanced 21st century. Under the certain premise that the absence of retributive parity, far from disappearing, continues, the present work is presented as a modest try at collaboration in the "lifting of the veil" of the most outstanding manifestations of the preterition described, all of them intrinsically linked and projected with the enlarged shadow of poorly designed business productivity.*

**Palabras clave:** mujer, brecha salarial, precariedad, subempleo, segregación horizontal y vertical, techo de cristal.

**Key words:** woman, salary gap, precariousness, underemployment, horizontal and vertical segregation, glass ceiling.

---

### 1. LA PERSISTENCIA Y ENVERGADURA DEL DIFERENCIAL RETRIBUTIVO ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Pese a que el principio de la igualdad en el trabajo por razón de sexo ha intentado proyectarse como idea-fuerza desde las normas internacionales y europeas hasta el texto constitucional, pasando por la legislación laboral de desarrollo, la realidad de los hechos demuestra con claridad meridiana que tal postulado sigue actuando como una mera referencia cargada de buenas intenciones, quedando un largo camino por recorrer para conseguir el doble cariz inherente a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: positivo (promoción de condiciones para su consecución) y negativo (remoción de obstáculos). Muestra señera de tal déficit puede encontrarse en la divergencia de las retribuciones económicas, que, pese a ser un principio y un derecho, sigue constituyendo en el momento presente uno de los más importantes escollos sufridos por las mujeres en el ámbito laboral, precisamente en uno de los frentes que más se aproximan a sus necesidades vitales.

Hay datos capaces, por sí solos, de sacudir la conciencia social: la brecha salarial (definida por la Comisión Europea como "la diferencia existente entre los salarios percibidos por los trabajadores de ambos sexos, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora de todos los trabajadores")<sup>1</sup> ronda la alarmante cifra del 20 por 100 en gran número de países<sup>2</sup>, incluido España (con un 23 por 100), Estado este último donde, como extremos

---

<sup>1</sup> <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender-pay-gap/140319-gpg.es.pdf>.

<sup>2</sup> Austria (23,4 por 100), Alemania (23,4 por 100), Estonia (30 por 100), República Checa (22 por 100), Reino Unido (19,1 por 100), Finlandia (19,4 por 100), Croacia (18 por 100), Suecia (15,1 por 100), Dinamarca (14,9 por 100), Francia (14,8 por 100), Luxemburgo (8,6 por 100), Italia (6,7 por 100), Polonia (6,4 por 100) y Eslovenia (2,5 por 100). Ballester Pastor, M.A. (2016). Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino. En R. Moya Amador (Dir.), Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer (p.94). Pamplona: Aranzadi.

de preocupación adicionales, el número de mujeres que cobran menos de 1.000 euros mensuales duplica al de hombres (dos millones frente a un millón), sólo el 24,4 por 100 de los convenios colectivos negociados en 2017 incluye medidas de igualdad retributiva y únicamente el 25 por 100 de las empresas cuentan con un plan de igualdad<sup>3</sup>. Este sencillo recurso a la estadística pone de manifiesto que todavía queda mucho por hacer para que la promoción de la igualdad laboral entre varones y féminas sea un elemento estratégico integrado –de forma definitiva– en el conjunto de las políticas de la Comunidad, y aún más en el conjunto de la política estatal española.

## 2. PARIDAD SALARIAL FORMAL: SU INSUFICIENTE ENCAJE NORMATIVO

El reconocimiento genérico del derecho a la igualdad formal ligada al salario ante la realización de trabajos iguales y su transformación en una igualdad material, que, como tal, se encuentra conectada a un concepto amplio de retribución y a los denominados trabajos de igual valor<sup>4</sup>, en la práctica no ha servido para erradicar un espectro marcadamente amplio de pretericiones económicas que termina repercutiendo *in peius* en las condiciones de trabajo de las féminas, en las posibilidades de promoción y en la protección social inherente<sup>5</sup>.

### 2.1. El reconocimiento del principio de igualdad de remuneración por razón de sexo

Prescindiendo de otros instrumentos internacionales de contenido más genérico, cabe mencionar que el Convenio de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, en su art. 11 d) impone el deber a los Estados partes de asegurar a las mujeres “el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a la igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a la igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo”. Más específico es el Convenio número 100 de la OIT de 1951, del que merece destacar su art. 2, conforme al cual “todo Estado miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”. En referencia al Consejo de Europa, básica es la alusión al art. 4.3 de la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, que, bajo la rúbrica “derecho a una remuneración equitativa”, expresa que “...las partes contratantes se comprometen... a reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor”<sup>6</sup>.

En cuanto a la normativa de la Unión Europea, el derecho originario incorporó desde el Tratado de Roma de 15 de marzo de 1957 una alusión a la no discriminación salarial, en concreto en su art. 119, que expresaba el principio de igual salario por trabajo igual, en los siguientes términos: “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”<sup>7</sup>. De ahí pasó a numerarse como art. 141 del texto consolidado del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en virtud del cual, transitando hasta el actual el art. 157, apartado 1, del TFUE, obliga a cada Estado miembro a garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o

<sup>3</sup> [www.elpais.com/economía/2018/01/12/actualidad](http://www.elpais.com/economía/2018/01/12/actualidad)

<sup>4</sup> Serrano García, M.J. (2008). El derecho a la igualdad retributiva por razón de género. En F. Valdés Dal-Re y B. Quintanilla Navarro (Dir.), *Igualdad de género y relaciones laborales* (p. 128). Madrid: MTIn.

<sup>5</sup> Ballester Pastor, M.A. (1996). Art. 28. En J.M. Goerlich Peset (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Libro homenaje a Tomás Sala Franco (p.554). Valencia: Tirant Lo Blanch.

<sup>6</sup> Cabeza Pereiro, J. (2012). La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica, *Lan Harremanak*, núm. 35, pág. 83.

<sup>7</sup> Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M. (1986). La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y art. 119 Tratado de Roma, *Relaciones Laborales*, Tomo II, pág. 1150.

para un trabajo de igual valor, siendo su cumplimiento exigible a las empresas e integrando un derecho de toda persona que trabaje en la Unión Europea, principio que afecta también a una de las cinco prioridades establecidas en la “Carta de la Mujer”, que reafirma el compromiso de la Comisión en favor de una firme movilización de todos los instrumentos, legislativos y no legislativos, para reducir la diferencia de retribución entre varones y féminas. En esta misma línea, la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006<sup>8</sup>, establece el postulado de igualdad salarial para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor y la obligación de eliminar la discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y de las condiciones de retribución.

No faltan tampoco medidas de *soft law*, tal y como ponen de manifiesto las instituciones europeas a través de un sinfín de programas y estrategias, pudiendo mencionar como más significativas: el primer Pacto Europeo por la Igualdad de Género, sucedido por otro del mismo nombre, cuya vigencia se extiende de 2011 a 2020, la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014<sup>9</sup>, sobre el refuerzo del principio de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, la Resolución de 9 de junio de 2015 del Parlamento Europeo sobre la Estrategia para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015<sup>10</sup>, el Documento de la Comisión titulado “Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019”, la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de octubre de 2017, sobre el empoderamiento económico de la mujer en los sectores público y privado<sup>11</sup> o, por no seguir, la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2016, sobre factores externos que representan obstáculos para el emprendimiento de las mujeres<sup>12</sup>. Los interlocutores sociales europeos, por su parte, se han visto profunda y fructíferamente preocupados por la denominada brecha salarial, cristalizando dicho interés, entre otros documentos, en la adopción del Marco de Acción sobre la igualdad de género de 2005<sup>13</sup>.

## 2.2. La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Al igual que en otras parcelas del ordenamiento, la igualdad y no discriminación por razón de sexo ha contado con la inestimable ayuda y el impulso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cuyos pronunciamientos han contribuido de una manera fundamental en su difusión, protección y mejora, habiendo sido el arranque de múltiples avances y revisiones que paulatinamente se han ido incorporando al acervo normativo de la Unión Europea y han aquilatado el devenir de la normativa interna. Este Tribunal había reconocido efecto directo al principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos<sup>14</sup>, así como su invocabilidad ante los jueces y tribunales nacionales en los litigios entre particulares<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> Que supone la refundición, entre otras, de las Directivas 75/117/CEE, del Consejo, de 19 de febrero de 1975, en materia de aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos; 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, respecto al acceso al empleo, a la formación y promoción profesional, y a las condiciones de trabajo; 86/378/CEE, 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, y la 97/80/CE, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo y sus modificaciones.

<sup>9</sup> L 69/112, 8.3.2014.

<sup>10</sup> Rodríguez Crespo, M.J. (2016). Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos indisponibles en tiempos de crisis. En C. Sáez Lara (Coord.), Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas (p.20). Murcia: Laborum.

<sup>11</sup> 2017/2008 (INI).

<sup>12</sup> 2015/2111 (INI).

<sup>13</sup> Garrigues Giménez, M.A. (2017). La quimera de la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo: inercias, resistencias e impermeabilidad de la negociación colectiva a la quiebra de los roles de género en la clasificación profesional. En A. Garrigues Giménez (Dir.), Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial (p.9). Madrid: Reus.

<sup>14</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 6 de marzo de 2014, Loredana Napoli, asunto C-595/12.

<sup>15</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 8 de abril de 1976, Defrenne II, asunto C-43/75.

Es decir, no sólo se impide a los legisladores nacionales el establecimiento de “obstáculos artificiales” a la efectividad del principio de paridad retributiva sino que se impone a los empresarios una obligación de resultado en virtud de la cual los trabajadores y trabajadoras han de recibir una misma retribución, correspondiendo a los órganos judiciales nacionales velar por su cumplimiento haciendo uso de todos los medios disponibles en su Derecho interno<sup>16</sup>.

### 2.2.1. Retribución en sentido amplio

Importante ha sido la labor del Tribunal de Justicia Europeo en la definición del concepto retribución, que inicialmente fue más restrictivo, pero ha ido dilatando progresiva y paulatinamente su contenido<sup>17</sup>. Sin duda, comprende la remuneración en su conjunto, sin quedar restringida en exclusiva a las percepciones de carácter netamente salarial, extendiéndose, por ejemplo, a las mejoras voluntarias<sup>18</sup> o a los bonos transporte<sup>19</sup>. Incluye, por tanto, cualquier abono (primas especiales<sup>20</sup>, resultados<sup>21</sup>, horas extraordinarias<sup>22</sup>, complementos<sup>23</sup>, ...), en dinero o en especie, actual o futuro, realizado, directa o indirectamente por el empresario, en razón de la relación laboral<sup>24</sup>, aunque ésta se hubiera extinguido ya<sup>25</sup>, abarcando a las indemnizaciones por terminación del vínculo laboral<sup>26</sup>. Lo determinante es que se trate de partidas económicas percibidas por los empleados abonadas por el empresario con ocasión del trabajo, quedando fuera las aportaciones que el empleador realiza a los regímenes de Seguridad Social<sup>27</sup> o las bonificaciones fiscales<sup>28</sup>.

El criterio decisivo, según la jurisprudencia comunitaria, es, pues, el de la relación de trabajo o el contrato entre el trabajador y su empresario, en virtud del cual cualquier cantidad, abono o ventaja que el empleado perciba, con independencia de su naturaleza jurídica, constituye retribución efectiva a estos efectos. Y todo ello haciendo abstracción de si responde a una cláusula

<sup>16</sup> Casas Baamonde, M.E. (2002). Igualdad retributiva por razón de sexo, *Relaciones Laborales*, Tomo II, pág. 38.

<sup>17</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 10 de marzo de 2005, Vasiliki Nikoloudi, asunto C-196/02.

<sup>18</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: SSTJ de 13 de mayo de 1986, Bilka, asunto C-170/84; de 17 de mayo de 1990, Barber, asunto 262/88; de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, asunto C-342/93; de 19 de noviembre de 1998, Pedersen y otros, asunto 66/96; de 10 de febrero de 2000, Vick y Conze, asuntos 234 y 235/96; de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros, asunto C-411/96; de 16 de septiembre de 1999, Abdoulaye y otros, asunto C-218/98; de 30 de marzo de 2004, Alabaster, asunto C-147/02.

<sup>19</sup> Concedidos por una compañía de ferrocarriles a los empleados en el momento de jubilarse, que eran extensivos a los miembros de la familia. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 8 de junio de 2004, Österreichischer Gewerkschaftshund, asunto C-220/02.

<sup>20</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 9 de septiembre de 1999, Krüger, asunto C-281/97.

<sup>21</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 31 de mayo de 1995, Conpenhagen, asunto C-400/93.

<sup>22</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 15 de diciembre de 1994, Helming y otros, asuntos C-399/92 y acumulados.

<sup>23</sup> De méritos [Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 17 de octubre de 1989, Danfoss, asunto C-109/88] o de fidelidad [Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 21 de octubre de 1999, Lewen, asunto C-333/97].

<sup>24</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: SSTJ de 25 de mayo de 1971, Defrenne I, asunto C-80/70; de 9 de diciembre de 2004, Hlozek, asunto C-19/85; de 22 de diciembre de 1993, Neath, asunto C-152/91; de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Laura Pérez, asunto C-167/97; de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker, asuntos C-4/02 y 5/02, de 23 de octubre de 2003.

<sup>25</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: SSTJ de 17 de mayo de 1990, Barber, asunto C-262/88; de 9 de diciembre de 2004, Hlozek, asunto C-19/02.

<sup>26</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: SSTJ de 17 de mayo de 1990, Barber, asunto C-262/88; de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Laura Pérez, asunto C-167/97.

<sup>27</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: SSTJ de 17 de mayo de 1990, Barber, asunto C-262/88; de 25 de mayo de 2000, Podesta, asunto C-50/99.

<sup>28</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 21 de julio de 2005, Vergani, asunto C-207/04.



de un nexo contractual, una decisión unilateral del empresario, un acuerdo colectivo, una decisión judicial o una disposición normativa<sup>29</sup>.

### 2.2.2. De “trabajos idénticos” a “trabajos de igual valor”: luces y sombras

El principio de no discriminación se predica no sólo respecto de prestaciones de servicios exactamente análogas, sino que, por el contrario, termina por extenderse a la figura de mayor amplitud conceptual “cometidos de igual valor”, ligados a la naturaleza de la actividad efectivamente realizada<sup>30</sup>. Las primeras sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ocuparon de enjuiciar casos en los que las mujeres y los hombres se encontraban en situación comparable. Baste recordar que el asunto *Jekins* se centraba en una trabajadora a tiempo parcial de una empresa productora de prendas de vestir para mujeres que realizaba las mismas funciones que los varones a jornada completa<sup>31</sup> o que el asunto *Defrenne II* versaba sobre la diferencia de retribución entre azafatas y auxiliares de vuelo, cuyo trabajo era idéntico<sup>32</sup>.

Con posterioridad, sin embargo, ha entendido que también hay discriminación cuando se trata de trabajos que no son estrictamente iguales. En un esfuerzo de síntesis, cabe destacar los tres supuestos siguientes: en el asunto *Wiener*, al plantearse una cuestión prejudicial relacionada con la menor retribución establecida para los psicoterapeutas psicólogos (mayoritariamente mujeres) en relación con la establecida para los psicoterapeutas médicos (mayoritariamente hombres) pese a que la actividad realizada por ambos era similar, el Tribunal justificó la legitimidad comunitaria de la diferencia en la disímil formación de base y en la diferente movilidad (disponibilidad para otras funciones)<sup>33</sup>; en el asunto *Kenny*, el Tribunal consideró que era un criterio válido para configurar una diferencia retributiva de efectos perjudiciales para las actividades desarrolladas mayoritariamente por mujeres el interés por mantener buenas relaciones laborales, dado que se trataba de una cualidad que se encontraba en varios convenios colectivos aplicables en la misma empresa, cuyos interlocutores sociales habían llevado a cabo estratégicas negociaciones conjuntas que habían dado mejor resultado para el colectivo masculinizado<sup>34</sup>; o en el asunto *Cadman*, donde el Tribunal llegó a la conclusión de que, en principio, premiar la antigüedad no constituye discriminación indirecta por razón de sexo aunque los hombres suelen tener una antigüedad mayor que las mujeres<sup>35</sup>.

Así pues, la Corte de Justicia europea ha entendido que pueden existir diferencias retributivas entre trabajadoras y trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, siempre que tales distinciones puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo y resulten conformes con el principio de proporcionalidad<sup>36</sup>, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo que beneficia en este caso a las mujeres, con un fin de política social de mejorar la situación profesional de las féminas que han tenido que interrumpir su carrera por maternidad, justificativo de disimilitudes que afectan a la pensión de jubilación<sup>37</sup>.

<sup>29</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: SSTJ de 9 de febrero de 1982, *Garland*, asunto C-12/81; de 21 de octubre de 1999, *Lewen*, asunto C-333/97; de 17 de mayo de 1990, *Barber*, asunto C-262/88..

<sup>30</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 11 de julio de 1986, *Rummler*, asunto C-237/85.

<sup>31</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 31 de marzo de 1981, asunto C- 96/80. En el mismo sentido, STJCE de 9 de noviembre de 1993, *Roberts*, asunto C-132/92; de 13 de febrero de 1996, *Gillespie* y otros, asunto C-342/93, o de 13 de diciembre de 2001, *Mouflin*, asunto C-206/00.

<sup>32</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75.

<sup>33</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 11 de mayo de 1999, asunto C-309/97.

<sup>34</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 28 de febrero de 2013, asunto C-247/11.

<sup>35</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 3 de octubre de 2006, asunto C-17/05.

<sup>36</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 31 de mayo de 1995, *Royal Copenhagen*, asunto C-400/93; ó Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 28 de febrero de 2013, *Kenny*, asunto 427/2011.

<sup>37</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 17 de julio de 2014, *Leone*, asunto C-173/13.

### 2.3. El olvido de ciertos parámetros destinados integrar el escueto contenido del ordenamiento interno: el denominado “comparador hipotético” y las discriminaciones indirectas

Teniendo en cuenta que en el derecho derivado la vigente Directiva 2006/54 dedica un capítulo por entero a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres (arts. 4 a 13), llama la atención que este amplio contenido se haya trasladado con gran cortedad de miras al Estatuto de los Trabajadores, a través de un único precepto (art. 28), incisivamente acotado desde su perspectiva subjetiva y material: subjetivamente, tan sólo se refiere a la discriminación por razón de sexo y no a la eventual discriminación que pudiera surgir por cualquier otra causa; materialmente, la única vertiente a la que se refiere es la retributiva. Así, conforme recalca, “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 aquella”.

Como ya consta, determinar cuándo dos trabajos son idénticos es relativamente fácil, pero la labor de precisar si dos puestos de trabajo, a pesar de no ser iguales, merecen idéntica valoración no es siempre sencilla. En virtud de este parámetro, la conclusión última a alcanzar deberá depender de la confrontación de “un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las características laborales”, evitando de este modo una mera equiparación en abstracto a partir de la clasificación profesional de los individuos<sup>38</sup>. De singular utilidad es la figura del “comparador hipotético”<sup>39</sup> introducido en la discriminación directa, a partir del cual se permite que prospere una reclamación contra un empresario mostrando como indicio de discriminación un panorama general de comportamiento empresarial, en el que, previsiblemente, de haber sido hombre una trabajadora (y no necesariamente todo el colectivo de mujeres, y ni siquiera su mayoría) hubiera tenido derecho a un trato mejor (*but for*)<sup>40</sup>. Es decir, la comparación no se produce solo cuando una persona sea o haya sido tratada de modo menos favorable por razón de sexo sino también cuando pudiera ser tratada de modo menos beneficioso por esta causa. Permite, pues, que a la hora de aportar indicios de discriminación directa no sea necesario para la demandante buscar un comparador masculino idéntico o siquiera similar. Bastaría una evidencia, conforme al comportamiento habitual de la empresa, referido a que su actuación hubiera sido diferente en el caso de que el reclamante hubiera sido hombre en lugar de mujer. No se limita a lo que le hubiera sucedido a un varón en la misma situación, de modo que la tutela asciende de grado porque, por tratarse de una discriminación directa, la justificación del empresario no puede ser ni general<sup>41</sup>, ni fundada en razones financieras de la empresa<sup>42</sup>. Una vez demostrado el impacto adverso, aun cuando la medida resultase justificada y ajena al sexo, debería resultar además necesaria para conseguir el objetivo propuesto, pues de existir medios alternativos con menor efecto adverso, estos son los que deberían ser adoptados.

Por su parte, tampoco hay que olvidar que la discriminación indirecta concurre cuando con una determinada medida o acto quedan afectadas mayoritariamente las mujeres, de forma que acaece aunque algún hombre pudiera quedar dañado (dado que la preterición femenina debe ser mayoritaria pero no exclusiva). De este modo, si se prueba que un grupo de mujeres han sido perjudicadas salarialmente en relación a los hombres, le corresponde justificar al empleador que los criterios de retribución tienen justificación objetiva y que son ajenos a cualquier discrimi-

<sup>38</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 26 de junio de 2001, Brunnhofer, asunto C-381/99.

<sup>39</sup> Cabeza Pereiro, J. La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación económica, cit., págs. 79 y ss.

<sup>40</sup> Ballester Pastor, M.A. Igualdad de remuneración por razón de sexo, cit., pág. 554.

<sup>41</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Laura Pérez, asunto C-167/97.

<sup>42</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 8 de noviembre de 1990, Dekker, asunto C-177-88.

minación. Aquí la clave está en recurrir a los datos estadísticos que deben ir referidos a un número suficiente de personas y no deben tener carácter “fortuito o coyuntural”<sup>43</sup>.

Ciertamente, a día de hoy, causan extrañeza los supuestos, enjuiciados en las primeras sentencias constitucionales españolas relativas a diferencias salariales entre mujeres y hombres, fruto de reclamaciones de estos últimos en los que se reconoce la situación de “varón discriminado”, pudiendo mencionar dos casos emblemáticos que llegaron a ofrecer una imagen invertida en la situación real de discriminación de la mujer: un ayudante técnico sanitario en relación con un plus de guardería del que se beneficiaban exclusivamente las mujeres trabajadoras con hijos menores de seis años y los trabajadores varones sólo si eran viudos<sup>44</sup>, o un auxiliar administrativo, en relación con un plus de transporte reconocido en convenio sólo a las mujeres trabajadoras cuyo turno de trabajo finalizaba entre las 23.00 y las 5 horas<sup>45</sup>. Ahora bien, aun cuando la redacción del art. 28 ET implica que el principio de paridad retributiva no puede ser abocado al olvido en virtud de situaciones coyunturales o estructurales de ámbito empresarial, ni puede ser obviado en la práctica mediante la instauración de las condiciones salariales, vía convenio colectivo o contrato individual de las “dobles escalas salariales”, una para hombres y otra para mujeres, lo cierto es que conviene no perder de vista que la rotundidad o rigidez del precepto es más aparente que real, al devenir admisible cierto grado de flexibilidad en su aplicación.

#### **2.4. La difícil detección de discriminaciones ocultas**

En realidad, “el abono de cantidades distintas por el mismo trabajo o por trabajo de igual valor no constituye por sí mismo discriminación, pues... la discriminación exige que la diferencia de trato no obedezca a razones objetivas”. En resumidas cuentas, ni siquiera “el art. 14 CE impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad —que, dentro de unos límites concurre, convive y ha de resultar compatible con aquel— deja un margen en el que el acuerdo pactado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador estableciendo diferencias objetivamente justificadas”<sup>46</sup>. Con otras palabras, respetados los mínimos de derecho necesario, ningún óbice existe a cualquier tipo de diversificación aparentemente neutra.

Constatada la menor retribución femenina que no ha podido evitar ni la regulación normativa ni la intervención judicial, han de buscarse explicaciones concretas, justificativas del mayor salario de un trabajador en comparación con una trabajadora en aras a corregir este abrupto devenir y prevenir la consecuencia final discriminatoria. Es preciso aportar resultados rigurosos y conclusivos acerca de cuáles son los factores que continúan contribuyendo a este mal endémico, pues esta es quizá la desventaja más expresiva sufrida por la mano de obra femenina (salario medio percibido), que obedece en la mayoría de las ocasiones no a censurables distinciones (manifiestas o latentes) en el marco legal o convencional de referencia, sino a factores exógenos de muy variada morfología<sup>47</sup>; entre los más destacables, cabe mencionar los dos siguientes no por conocidos menos dignos de preocupación: de un lado, la difícil y tardía incorporación de la mujer al mundo laboral, quedando por lo común relegada a ocupaciones de carácter temporal o con jornadas inferiores; de otro, la segregación vertical (escasa participación en puestos directivos) y horizontal (concentración en cometidos con remuneraciones limitadas, de baja productividad y feminizados), acompañadas habitualmente de interrupciones en su vida profesional por motivos tales como la maternidad o las decisiones a favor del cuidado de la familia<sup>48</sup>. Es más, aunque las reformas llevadas a cabo en los últimos años han provocado un ge-

<sup>43</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 28 de febrero de 2013, Kenny, asunto C-427/11.

<sup>44</sup> Tribunal Constitucional: STC 128/1987 de 16 de julio.

<sup>45</sup> Tribunal Constitucional: STC 28/1992 de 9 de marzo.

<sup>46</sup> Tribunal Supremo: STS de 19 de marzo 2001 (nº rec. 1847/2000).

<sup>47</sup> Ramos Quintana, M.I. (2017). Emancipación y trabajo de las mujeres: el futuro igualitario que queremos. En L. Mora Cabello de Alba y M.L. Rodríguez Fernández (Dirs.), *El futuro del trabajo que queremos* (p. 40), Albacete: Bomarzo.

<sup>48</sup> OIT: *Informe mundial sobre los salarios 2016/2017*, Ginebra, 2017, pág. 86.



neralizado empeoramiento en las condiciones de trabajo sin distinción de género, lo cierto es que las mujeres han venido padeciendo en superior medida la lacra del empleo precario, manifestado en forma de inferior retribución, acompañada de parcialidad y de menor antigüedad, debido al rol de cuidadora socialmente atribuido a un planteamiento económico de coste de oportunidad: la familia renuncia al salario más bajo, optando porque sea la mujer la que realice una jornada parcial para simultanear el trabajo y el cuidado de dependientes o la que abandone temporalmente su empleo con el fin de dedicarse en exclusiva a dicho cometido, de ahí la acumulación de menor trayectoria temporal en la empresa.

La acción conjunta de estos elementos se traduce en un notable diferencial, en una relevante brecha salarial entre la fuerza de trabajo de uno y otro sexo, tanto –y sobre todo– en términos generales (dentro del mercado), como específicos (respecto de ocupaciones concretas), consecuencias que todavía se endurecen más cuando la mujer no sólo se enfrenta a las tradicionales barreras derivadas del reparto de roles sino también a otros retos adicionales como la discapacidad, la condición de inmigrante, de víctima de violencia de género o de trata de seres humanos, de drogodependiente o de cabeza de una familia monomarental.

Detectadas estas coordenadas, reflejo de una determinada concepción social sobre el papel de la mujer de hondas raíces culturales e históricas, que operan como resorte discriminatorio, deviene imprescindible superar la inmunidad latente con el fin de evitar que las mujeres sigan postergadas en sus opciones laborales, superando la visión represiva centrada en simples medidas que actúen una vez consumada la preterición para adoptar una decidida acción ex ante para tratar de erradicar el origen y atenuar sus efectos.

### 3. SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL POCO SENSIBLES CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Las dificultades para el acceso de las mujeres al mercado de trabajo y para el mantenimiento del empleo no deben silenciar tampoco otro incuestionable problema cual es que muy pocos puestos ubicados en lo más alto del sistema de clasificación profesional estén ocupados por féminas<sup>49</sup>.

#### 3.1. Sobrecualificación y subutilización de capacidades: el “techo de cristal”

La presencia femenina en puestos directivos es muy escasa (en España tan solo asciende al 22 por 100), máxime si se tiene en cuenta que un tercio de las empresas medianas y grandes ni siquiera cuenta con alguna mujer en los niveles jerárquicos superiores y, por tanto, mejor remunerados, dadas las dificultades de conciliación de las facetas profesional y familiar<sup>50</sup>. La todavía persistente atribución social del rol doméstico y reproductivo a la mujer actúa como rémora que limita sus posibilidades reales de medrar al mismo tiempo que el varón en la esfera productiva. En efecto, aquella histórica asignación provoca sendos fenómenos que interactúan perpetuando un estatus perjudicial para las féminas: de un lado, la pervivencia de cierta “metanorma que impide una verdadera igualdad sustancial”, al permitir una mentalidad social discriminatoria (sobre el papel que corresponde a ellos y a ellas) de la que forman parte tanto empresarios como empleados, limitando la presencia de las mujeres en los puestos situados en la órbita de la toma de decisiones; de otro, una pobreza de tiempo que afecta a quienes continúan siendo responsables del ámbito doméstico, al no haberse desentendido de él pese a haber accedido al profesional, por lo que encuentran serias dificultades prácticas para implicarse en los niveles de mayor responsabilidad<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Argüelles Blanco, A.R., Martínez Moreno, C. y Menéndez Sebastián, P. (2004). *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*. Madrid: CES, pág. 23.

<sup>50</sup> Lousada Arochena, J.F. (2015). Jurisprudencia española sobre la igualdad retributiva entre mujeres y hombres. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181 (BIB 2015/167286).

<sup>51</sup> COMISIÓN EUROPEA: Questions and Answers on the genderpay gap-equal pay day (MEMO/15/5954), Bruselas, 2015, pág. 1.

La Directiva 2006/54 reacciona frente a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declaró discriminatoria por razón de sexo la preferencia absoluta e incondicional concedida por una norma legal del Land de Bremer a las candidatas mujeres en un proceso de promoción profesional<sup>52</sup>, reconociendo expresamente la posibilidad de adoptar medidas destinadas a evitar o compensar situaciones de desventaja sufridas por un grupo de personas del mismo sexo, en este caso en lo que se refiere a la progresión en el escalafón (considerando 31).

Pese a los términos claros del art. 24.2 ET (“los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación”) y del art. 17.4 ET (que admite la validez de cuotas para los puestos de trabajo en los que se encuentren subrepresentadas las mujeres en “iguales condiciones de idoneidad”), así como sin desmerecer tampoco la importancia de la posibilidad atribuida a los planes de igualdad de intervenir en este campo (art. 46.2 LOIEMH), no faltan algunos ejemplos en los que la doctrina judicial ha constatado la existencia de discriminaciones en esta materia, tal y como ha sucedido cuando el sistema de promoción profesional previsto en convenio colectivo se basa de forma preponderante en la antigüedad de los trabajadores, habiéndose incorporado las mujeres a la empresa muchísimo más tarde que los hombres<sup>53</sup> o cuando la norma convencional prevé la exclusión del cómputo de prestación de servicios a los efectos de ascenso de los períodos de bajas por riesgo durante el embarazo y maternidad<sup>54</sup> o crea una categoría que realiza las mismas funciones que la ya existente pero con menor retribución y mayor ocupación por mujeres<sup>55</sup> o incluye una cláusula que entre los criterios para ascender señalaba que durante los últimos cinco años el trabajador haya realizado un mínimo de 450 horas de promedio anual de trabajo efectivo, sin interrupciones superiores a dos meses, lo cual perjudica a las mujeres embarazadas o con suspensión de contrato por parto o lactancia<sup>56</sup>.

También, cabe mencionar el conocido asunto El Corte Inglés, cuando se ha utilizado el sistema de libre designación con total secretismo y falta de publicidad de modo que las plazas ni se ofertan ni son conocidas por los sindicatos ni por los propios trabajadores cuya asistencia a los cursos para promocionar, además depende del poder de decisión de la empresa, y ante el argumento empresarial de que para ser “mando” es requisito necesario trabajar a tiempo completo y tener jornada partida y horario flexible, así como trabajar los domingos, aspectos que impiden el ascenso de las mujeres cuyo contrato es principalmente a tiempo parcial<sup>57</sup>. Igualmente, se ha reconocido, en el caso Caixa d’Estalvis de Catalunya, la discriminación que implica una decisión empresarial de promocionar al cargo de delegado a más varones –un 5 por 100 de la plantilla de hombres– que a féminas –un 1,5 por 100 de la plantilla de mujeres– a través de una práctica no reglada de recomendaciones que favorecían a los primeros<sup>58</sup>.

Ahora bien, la negociación colectiva, ni siquiera a través de los planes de igualdad, ha aprovechado la oportunidad de establecer medidas de acción positiva en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su ac-

<sup>52</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 17 de octubre de 1995, Kalanke, asunto C-450/93; seguida por Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: SSTJ de 11 de noviembre de 1997, Marschall, asunto C-409/95, de 28 de marzo de 2000, Badeck, asunto C-158/97, de 6 de julio de 2000, Abrahamsson y Anderson, asunto C-407/98.

<sup>53</sup> Tribunal Superior de Justicia: STSJ Cataluña de 16 de diciembre de 2012 (nº rec. 5003/2013).

<sup>54</sup> Tribunal Supremo: STS de 12 de mayo de 2015 (nº rec. 153/2014).

<sup>55</sup> Tribunal Superior de Justicia: STSJ Galicia de 29 de mayo de 2014 (nº rec. 523/2014).

<sup>56</sup> Tribunal Supremo: STS de 12 de mayo de 2015 (nº rec. 153/2014).

<sup>57</sup> Tribunal Supremo: STS de 8 de julio de 2011 (nº rec. 133/2010).

<sup>58</sup> Tribunal Supremo: STS de 1 de junio de 1999 (nº rec. 4521/1998).

ceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate, limitándose mayoritariamente a proclamaciones solemnes y a implementar herramientas de análisis y evaluación de la igualdad en las empresas excesivamente genéricas y, generalmente, vacías de contenido.

Actualmente las principales medidas que se propugnan en Europa para la promoción cualitativa de las mujeres son las cuotas para el acceso a los consejos de administración (aun cuando no ha seguido adelante el proyecto de Directiva a estos efectos) si bien no se refieren a los puestos “no ejecutivos” sino a espacios donde se toman las decisiones. En nuestro país, el art. 75 LOIEMH establece un plazo de ocho años para la consecución del objetivo de participación equilibrada en este ámbito que la disposición adicional primera fijaba en un 40 por 100, si bien finalizado el término el 24 de marzo de 2015 el porcentaje no ha sido cumplido.

### 3.2. Parámetros de valoración del trabajo aparentemente neutros

La prohibición de discriminación por sexo en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que no sólo han sido tomados en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos en detrimento del otro, esto es, cuando se priman en exclusiva las aptitudes principalmente masculinas infravalorando otras tradicionalmente femeninas<sup>59</sup>. La utilización de criterios de valoración que puedan tener un efecto adverso para las mujeres (singularmente, el esfuerzo físico, resistencia muscular o, incluso, disponibilidad horaria) ha de ser imprescindible en función de las características del trabajo a desarrollar, debiendo “compensar” o “neutralizar” su utilización con la introducción de otros criterios que favorezcan a las mujeres, como sucede con la habilidad manual, responsabilidad, atención o fatiga mental<sup>60</sup>, esto es, que no se utilice como postulado único aquello que prioriza a uno de los sexos frente al otro<sup>61</sup>. Es más, puede resultar discriminatoria la utilización de determinadas circunstancias para el incremento salarial cuya incidencia es más velada, esto es, antigüedad, dobles escalas salariales en función del momento de ingreso en la empresa, flexibilidad, formación profesional, disponibilidad, pluses de asistencia o asiduidad o primas de puntualidad, que solamente podrán ser admitidos si verdaderamente compensan situaciones individuales del trabajador o características vinculadas intrínsecamente a las tareas de desarrollar<sup>62</sup>.

Ahora bien, en un contexto productivo en el que prima la polivalencia y en el que las funciones quedan indeterminadas, es más difícil identificar los factores en los que eventualmente pudiera encontrarse la incorrecta valoración de los puestos de trabajo constitutiva de discriminación retributiva indirecta. A ello no ayuda demasiado lo previsto en el art. 64.3 ET, pues tan sólo reconoce en beneficio de la representación unitaria un derecho a la información anual sobre la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, incluyendo datos “sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo”, esto es, se refiere a la composición de la plantilla desagregada por género pero no a su retribución. Tampoco la entrega de copia básica de los contratos a los representantes establecida en el art. 8 ET permite un conocimiento actualizado de las retribuciones percibidas por cada trabajador, pues dichas cantidades pueden cambiar a lo largo de la vigencia del contrato<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: SSTJ de 13 de octubre de 1989, Danfoss, asunto C-109/88, y de 7 de febrero de 1991, Nimz, asunto C-184/89.

<sup>60</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 1 de julio de 1986, Rummeler, asunto C-237/85.

<sup>61</sup> Tribunal Supremo: SSTs de 10 de julio de 2000 (nº. rec.183/2000) y de 30 de octubre de 2000 (nº rec. 250/2000).

<sup>62</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 9 de febrero de 1999, Seymour Smith y Laura Pérez, asunto C-167/1997.

<sup>63</sup> Ballester Pastor M.A. (2017). *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 87, autora a quien se ha seguido en la presente exposición.

Partiendo de lo previsto en el art. 21.4 de la Directiva 2006/54, que establece la obligación de que los Estados miembros alienten a los empresarios a facilitar información sobre la igualdad en la empresa haciendo expresa referencia a la cuestión retributiva, la Recomendación de la Comisión de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres por medio de la transparencia considera, con mayor contundencia, que la comparación del valor de los trabajos deberá construirse utilizando criterios como la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, así como la naturaleza de las tareas realizadas, idea reiterada en la Resolución del Parlamento Europeo sobre el empoderamiento económico de la mujer en los sectores público y privado de 2017 que refiere la utilización de criterios objetivos como “los requisitos educativos, profesionales y de formación, las competencias, el esfuerzo y la responsabilidad, la labor realizada y la naturaleza de las tareas en cuestión”. Todo ello sin olvidar, como señala la Resolución del Parlamento Europeo de 2015, que teniendo en cuenta que los salarios en la actualidad se negocian cada vez con mayor frecuencia de forma individual, existe una falta de visibilidad en las estructuras salariales, por lo que resulta muy difícil verificar las posibles discriminaciones<sup>64</sup>, siendo recomendable que se elimine esa opacidad en aras a conseguir la ansiada paridad salarial.

### 3.3. Segregación ocupacional

Habida cuenta de que los sistemas de orientación, formación, acompañamiento e intermediación laboral no están dotados de un enfoque diversificador de las respectivas necesidades de hombres y mujeres, no cabe soslayar que las diferencias injustificadas de trato en el momento de la contratación no sólo constituyen el germen y la matriz de las demás desigualdades laborales que padecen las mujeres, sino el origen de las pretericiones más difíciles de erradicar y de combatir, en la medida en que el acto de reclutamiento viene presidido por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE), al amparo del cual el empleador puede elegir al trabajador que desea contratar entre varios posibles, abriéndose un amplio margen para actuar “con arreglo a criterios sexistas” en perjuicio de las féminas amparado en el legítimo interés en conocer y comprobar las aptitudes profesionales de los aspirantes, objetivo último al que sirven de gran ayuda los test indiscretos, las redes sociales y el filtrado de información que permiten. Siendo muy escasa la presencia femenina en ciertas profesiones, se han frustrado las expectativas creadas por la normativa comunitaria y la propia legislación laboral española en materia de “inclusión cualitativa” en el mercado, pues, más allá de la consolidada política de incentivos, desgravaciones y bonificaciones para la contratación de mujeres en determinadas circunstancias, la legitimación de instrumentos de acción afirmativa habilitados por el art. 17.3 ET destinados al establecimiento por la regulación heterónoma de “medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo” solo se ha utilizado en relación con los trabajadores discapacitados, al tiempo que ha sido infrutilizada por la negociación colectiva la oportunidad de incorporar medidas de presencia y/o reserva de empleo para promover a las mujeres a empleos en los que estén subrepresentadas<sup>65</sup>.

Sin perder de vista, de un lado, los rasgos propios del trabajo remunerado habitualmente desplegado por las mujeres, marcados por su escasa presencia en el sector industrial (singularmente en minería, construcción, transporte e industria pesada) y su superior intervención en el sector terciario (sobre todo, empleo doméstico, actividades sanitarias o servicios sociales, educación u hostelería); y, de otro, que la ocupación de la mujer en el sector secundario se ha desarrollado en actividades muy concretas o en oficios feminizados y poco valorados que a menudo son prolongación de las tareas socialmente adjudicadas a las féminas, de modo que sus funciones suelen ser de preparación o marginales, mientras que el núcleo duro de la producción corresponde a los hombres, la conclusión a extraer deviene obvia: pocos esfuerzos ha realizado el ordenamiento jurídico para paliar esta situación de partida.

<sup>64</sup> Sáez Lara, C. (2016). ¿Es posible eliminar la brecha salarial de género?. En C. Sáez Lara (Coord.), *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas* (p.99). Murcia: Laborum.

<sup>65</sup> González De Patto, R.M.(2016). *Cuestiones básicas sobre las políticas de empleo y contratación de la mujer*. En R. Moya Amador (Dir.). *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer* (p. 82). Pamplona: Aranzadi.

Cierto es que cuando el art. 22.3 ET establece que “la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres”, pretende con un alto valor pedagógico aclarar las consecuencias del principio de no discriminación por razón de sexo en el momento de fijación de la clasificación profesional. En particular, tiene la utilidad de recordar que en esta materia ha existido una significativa tendencia a mantener tratamientos discriminatorios por vías ocultas, no ya por formas burdas de fijar niveles profesionales diferenciados para hombres y mujeres, sino por caminos menos detectables a simple vista. Y ello porque el legislador ha tomado conciencia de que dicho factor, el sexo, venía siendo uno de los principales criterios de discriminación utilizados por los sistemas de clasificación en la praxis convencional<sup>66</sup>. Veda, por tanto, no solo las distinciones expresas fruto de categorías feminizadas sino también aquellas que, si bien de inmediato no cabría reputar como formalmente discriminatorias, al final conllevan disparidades de hecho susceptibles de acarrear consecuencias perjudiciales (principalmente en cuanto al salario se refiere) sobre la base del género de la persona<sup>67</sup>. Esto es, prohíbe, de un lado, toda situación en la que el sexo es el factor determinante, único o decisivo, de una diferencia de trato en el régimen retributivo, normalmente manifestada en sistemas de clasificación profesional que diferencian expresamente entre los trabajos realizados por los hombres y las mujeres, atribuyendo a cada uno de los géneros una retribución diferente, a pesar de la idéntica prestación de servicios<sup>68</sup>, y, de otro, toda valoración con criterios neutros en su configuración, pero que su aplicación beneficia, totalmente o en mayor medida, a uno de los géneros, porque sobrevaloran una de las cualidades que acompañan a uno de ellos, o bien infravaloran o no tienen en cuenta las que circundan al otro.

Buen ejemplo de esta línea argumental puede encontrarse en la sentencia del Tribunal Constitucional, dictada en el caso Gregorio Marañón, en la cual se consideró discriminación sexista una diferencia retributiva establecida en convenio colectivo entre la categoría profesional de peón —mayoritariamente hombres— y la categoría profesional de limpiadoras —mayoritariamente mujeres— cuando ambas categorías realizaban trabajos manuales comparables<sup>69</sup>. También, la sentencia dictada en el caso Antonio Puig, que analizó con mayor detenimiento el criterio del esfuerzo físico como herramienta de diferenciación retributiva, admitiéndolo solo si se acreditase de forma indubitada que tal cualidad constituye un elemento determinante absoluto de la aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien que se trate de un elemento esencial en ésta, siendo preciso, aún en estos casos, que se combine con otros rasgos tipificadores neutros<sup>70</sup>.

Sin embargo, en el caso Galletas Fontaneda, la superior retribución del departamento de producción, ocupado por hombres, frente al de empaquetado, ocupado por mujeres, se justificó en la mayor responsabilidad y concentración de las tareas de producción. Ello aunque se mantenía la superior retribución de los hombres de producción cuando se les destinaba a labores de empaquetado y la inferior retribución de las mujeres empaquetadoras cuando se las destinaba a labores de producción, aspecto este último únicamente considerado discriminatorio<sup>71</sup>. En parecido sentido, se manifiesta la sentencia sobre el convenio colectivo del sector de manipulación y envasado de Agridos de Murcia, que considera un intenso esfuerzo físico con riesgo dorsolumbar como justificativo de las diferencias retributivas apreciables en las tareas masculinizadas<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> Cuenca Alarcón, M. (2008). Clasificación profesional, formación y promoción. En F. Valdés Dal-Re y B. Quintanilla Navarro (Dir.), *Igualdad de género y relaciones laborales* (p. 115). Madrid: MTIn.

<sup>67</sup> Tribunal Constitucional: STC 145/1991, de 1 de julio.

<sup>68</sup> Así ha sucedido en el conocido como caso Avón donde las diferencias salariales venían dadas por el sexo del trabajador/atendiendo a la segregación en dos categorías profesionales distintas. Tribunal Constitucional: STC 145/1992, de 13 de octubre.

<sup>69</sup> Tribunal Constitucional: STC 141/1991, de 1 de julio.

<sup>70</sup> Tribunal Constitucional: STC 58/1994, de 28 de febrero.

<sup>71</sup> Tribunal Constitucional: STC 286/1994, de 27 de octubre.

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional: STC 147/1995, de 16 de octubre.



### 3.4. El lastre de la subrepresentación. Apostando por la “inclusión cualitativa”

Atendiendo al tenor del art. 14.2 de la Directiva 2006/54 no pueden existir profesiones vetadas para las mujeres, pues únicamente pueden admitirse obstáculos cuando por la naturaleza de la actividad de que se trate o el contexto en el que se lleve a cabo, el sexo constituya un requisito profesional esencial y determinante, siendo además su objetivo legítimo y el requisito exigido proporcionado. En tales términos, la neutralidad de los criterios de selección y las condiciones de contratación es un requisito *sine qua non*<sup>73</sup>. El juego de las posibles excepciones es, pues, muy limitado, debiendo siempre interpretarse de forma restrictiva y siendo necesaria su revisión periódica, dado que, de acuerdo con la evolución social, puede que no deba mantenerse en un determinado momento<sup>74</sup>. La Corte Comunitaria no ha dudado en considerar que no se ajusta a derecho la exclusión total de las mujeres para el acceso a cualquier empleo militar que implique el uso de armas<sup>75</sup>, cualquier trabajo en la industria minera<sup>76</sup>, actividades de buceo o en medio hiperbárico<sup>77</sup> o trabajo nocturno<sup>78</sup>.

En idéntico sentido, no puede extrañar la calificación como discriminatorias que realizó el Tribunal Constitucional español sobre la inadmisión de una mujer como piloto del ejército del aire, al interior de las minas o al trabajo en turno de noche, así como de aquellas prohibiciones de realizar tareas tenidas tradicionalmente por peligrosas o penosas para la mujer, recogidas en el Decreto de 26 de julio de 1957 (derogado por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales), en el entendimiento de que el art. 14 CE y sus concordantes exigen la admisión —en plano de igualdad— de los trabajadores de ambos sexos como candidatos a realizar cualquier tipo de trabajo, eliminando trabas para el acceso al mercado de trabajo. En definitiva, el único motivo en el que actualmente será posible aceptar límites en el acceso de las mujeres será el relacionado con la condición biológica del embarazo o la lactancia natural<sup>82</sup>. En la actualidad no existen funciones prohibidas ya que el criterio del sexo no puede ser obstáculo para el desempeño de trabajos, sin perjuicio de que puedan establecerse excepciones de manera motivada para casos muy específicos (tal y como sucede en centros penitenciarios masculinos o femeninos en relación a la realización de cacheos)<sup>83</sup>.

Respecto a la realización de determinados exámenes como pruebas físicas, sobre todo en el acceso a los cuerpos y fuerzas de seguridad donde las diferencias fisiológicas se acentúan, hay que tener en cuenta dichas circunstancias y adaptar los ejercicios a la realidad anatómica de las mujeres (como medida de acción positiva). Un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea considera discriminatoria una normativa de un Estado miembro que supedita la admisión de los candidatos al concurso para el ingreso en la Escuela de policía de dicho Estado miembro, independientemente de su sexo, a un requisito de estatura física mínima de 1,70 m toda vez que esa normativa supone una desventaja para un número

<sup>73</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 15 de mayo de 1986, Johnston, asunto C-222/84.

<sup>74</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 26 de octubre de 1999, Sirdar, asunto C-273/97.

<sup>75</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 1 de enero de 2000, Kreil, asunto C-285/98.

<sup>76</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 1 de febrero de 2005, Comisión contra Austria, asunto C-203/03.

<sup>77</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 1 de febrero de 2005, Comisión contra Austria, asunto C-203/03.

<sup>78</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 12 de julio de 1984, Hoffmann, asunto C-184/83.

<sup>79</sup> Tribunal Constitucional: STC 216/1991, de 14 de noviembre.

<sup>80</sup> Tribunal Constitucional: STC 229/1992, de 14 de diciembre.

<sup>81</sup> Tribunal Constitucional: STC 81/982, de 21 de diciembre.

<sup>82</sup> López Balaguer, M. (2010). Principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia retributiva. En M.A. Ballester Pastor (Coord.), La transposición del principio antidiscriminatorio contrario al ordenamiento jurídico laboral español (p. 89). Valencia: Tirant Lo Blanch.

<sup>83</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 30 de junio de 1988, Comisión contra Francia, asunto C-318/86.

mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino y que la citada normativa no parece adecuada ni necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue<sup>84</sup>.

Procede recordar también, en el marco del empleo público, la obligación de incluir un párrafo en todas las convocatorias de procesos selectivos que realice la Administración pública donde se señale si en el correspondiente cuerpo existe infrarrepresentación de personas de alguno de los dos sexos, así como de adjuntar el correspondiente informe de impacto de género. Ello sin olvidar que los órganos de selección, actuantes en las oposiciones y concursos, deberán estar constituidos de conformidad con el principio de presencia equilibrada entre mujeres y hombres (art. 60 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público).

Por su parte, el art. 34.1 Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley de Empleo (LE), establece la obligación de los servicios públicos de empleo y de las agencias privadas de velar por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, evitando el anuncio de ofertas sexistas. Ahora bien, el problema viene dado porque aunque es muy infrecuente la existencia de propuestas de vacantes directamente discriminatorias, no lo es tanto la inclusión de pretericiones veladas difíciles de detectar, tal y como sucede en el siguiente ejemplo de mala praxis: la publicidad en cuestión mostraba a un hombre rodeado de objetos que reflejaban intereses estereotipadamente masculinos, como una guitarra, balones de fútbol y una tabla de snowboard, acompañado del texto “estamos buscando gente como yo”, donde el defensor del pueblo sueco consideró que el anuncio daba la impresión de que la empresa requería ingenieros de entre 25 y 30 años<sup>85</sup>.

Igualmente importante es la transparencia en los procesos de selección. Significativo es el caso de supuesta triple discriminación por razón de sexo, edad y origen étnico de quien pretendía ser contratada para un puesto de trabajo reuniendo la cualificación profesional exigida y vio desestimada su candidatura sin entrevista ni explicación alguna sobre esa desestimación, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54 (y los arts. 8.1 de la Directiva 2000/43 y 10.1 de la Directiva 2000/78) “no prevén el derecho a acceder a la información sobre si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato”, pero no excluyen “que una denegación total de acceso a la información por la demandada pueda constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta que corresponde verificar al órgano judicial nacional”<sup>86</sup>.

Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha apreciado también un supuesto de fraude en la defensa de un varón que no fue contratado en un proceso de selección, entendiéndose que el ámbito de aplicación material de la Directiva 2006/54 no se extiende a la prestación de una candidatura a un empleo con el fin de obtener una mera condición formal de candidato sin pretender realmente ingresar en la empresa con el fin último de pedir una indemnización por discriminación debido a que las cuatro plazas ofertadas han sido ocupadas por mujeres<sup>87</sup>.

Sin duda, para la mejora de las tasas de integración laboral de las mujeres especialmente bajas en ciertas profesiones, es necesario diseñar, al tiempo, una adecuada política de cualificación ocupacional, pues, pese a la mejora del nivel de formación de las féminas en las últimas

---

<sup>84</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 18 de octubre de 2017, Kailiri, asunto C-409/2016. Con anterioridad, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 15 de mayo de 1986, Johnston, asunto C-222/84.

<sup>85</sup> Post, P. y Holmaat, R. (2014). A false start: discrimination in job advertisements. *European Gender Equality Law Review*, núm. 2, págs. 16-17.

<sup>86</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 19 de abril de 2012, Galiana Meister, asunto C-415/10.

<sup>87</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 28 de julio de 2016, Kratzer, asunto C-42/15.

décadas y de que ellas se gradúan con mejores calificaciones y expedientes que sus compañeros, la capacitación de mujeres en tareas con poca actividad femenina es una línea de acción necesaria. La plena integración educativa de la mujer no resulta suficiente y es imprescindible fomentar la formación en estudios y posteriores trabajos normalmente masculinos. La ocupación de estos espacios por mujeres desnivelará esa segregación<sup>88</sup>.

Muy preocupante es, a la postre, el trabajo por cuenta ajena desarrollado en el hogar familiar. Una aproximación al perfil real de quienes llevan a cabo este tipo de actividad dibuja un colectivo abrumadoramente feminizado, generalmente compuesto por trabajadoras extranjeras, cuyos ingresos están por debajo del salario mínimo interprofesional en relación con las horas trabajadas y que muy frecuentemente no están dadas de alta en la Seguridad Social<sup>89</sup>.

#### 4. LA ASUNCIÓN DE CUIDADOS DOMÉSTICOS Y FAMILIARES. EL LENTO CAMINO HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

Dada la carga real de actividad (laboral y doméstica) asumida por las mujeres, capaz de sumirlas en nada despreciables estados psicossomáticos negativos (ansiedad, angustia, desamparo, impotencia, inseguridad e insomnio), acompañados de una “pobreza de tiempo disponible para el ocio” y, cómo no, de una minoración salarial, que deriva de la competencia desigual entre hombres y féminas en el mercado laboral, tímidos han sido los pasos dados en aras a conseguir la ansiada corresponsabilidad, más allá de la proyectada reforma de la Directiva de maternidad (la actual 92/85) y de las escasas novedades introducidas por la Directiva 2010/18, de 8 de marzo, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, que adopta como clave del éxito que los derechos orientados a la armonización de tiempos en el ámbito familiar y laboral sean ejercitados indistintamente y en las mismas condiciones por trabajadoras y trabajadores, apostando por el reparto equilibrado de los cuidados de los hijos y de otros familiares física o mentalmente dependientes<sup>90</sup>. Esta aspiración, sin embargo, todavía queda muy lejos de convertirse en realidad, pues, olvidando la relevancia constitucional del derecho a la conciliación y su vertiente de derecho fundamental por la conexión del art. 39 con el art. 14 CE<sup>91</sup>, las medidas diseñadas siguen pivotando en la posibilidad de otorgar tiempo de trabajo, de forma remunerada o no, para que el trabajador (normalmente la trabajadora) pueda atender sus responsabilidades domésticas, minorando el período que dedica a sus actividades laborales. Dicho enfoque jurídico exige un serio replanteamiento, debiendo abrir nuevas posibilidades más incisivas en relación con la propia organización de la actividad productiva, tanto en lo que afecta al espacio o el lugar de trabajo, potenciando la actividad a distancia o semipresencial que va a permitir rebajar los lapsos de permanencia en la empresa, así como fundamentalmente flexibilizando la elección del período de ejecución de la prestación a través de una dirección coherente por objetivos, sin necesidad de restar dedicación, compromiso y retribución. Deviene imprescindible, a la par, mejorar la dotación de la red pública de cuidado para que sea capaz de abarcar el amplio espectro de necesidades existentes (guarderías, centros de día, atención a personas dependientes, casas de acogida para víctimas de violencia...)<sup>92</sup>.

Sin dejar de reconocer la necesidad de dar solución a los problemas provocados por la “doble o triple jornada” de perfil marcadamente femenino, particular atención merecen también las dis-

<sup>88</sup> Lahera Forteza, J. (2008). Fomento y mejora del empleo de la mujer. En F. Valdés Dal-Ré y B. Quintanilla Navarro (Dir.), *Igualdad de género y relaciones laborales* (p.101), Madrid: MTIn.

<sup>89</sup> MIÑARRO YANINI, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Madrid (Reus), 2013, págs. 10-11.

<sup>90</sup> Cabeza Pereiro, J. (2011). Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres. En J. Cabeza Pereiro y B. Fernández do Campo (Dir.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos* (p. 85). Valencia: Tirant Lo Blanch.

<sup>91</sup> Tribunal Constitucional: SSTC 3/2007, de 15 de enero, y 26/2011, de 14 de marzo.

<sup>92</sup> Molero Marañón, M.L. (2011). La necesaria reorientación de la conciliación de la vida profesional y familiar y la negociación colectiva, *Relaciones Laborales*, núm. 19, pág. 23.

criminationes sufridas en cuanto a retribuciones de carácter no consolidable hace, por el especial impacto que tienen sobre ellas las vicisitudes del contrato de trabajo relacionadas con la maternidad, respecto de las cuales se había reconocido que el disfrute del permiso por lactancia acumulada no impedía el percibo de los conceptos salariales variables y vinculados a objetivos<sup>93</sup>, al igual que tampoco las seis semanas de descanso por maternidad impedirían el devengo de una remuneración variable<sup>94</sup> o las faltas de asistencia al trabajo por motivos de maternidad o lactancia<sup>95</sup>. De interés son dos recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, que avanzan en este ámbito:

–El primero sienta que un sistema retributivo que implica que las trabajadoras que pasan por la situación de baja por maternidad o riesgo durante el embarazo no perciban incentivos hasta que no vuelven a transcurrir los períodos necesarios para su devengo, computados sólo desde la fecha de dicha reincorporación, implica una discriminación directa<sup>96</sup>. Tal interpretación enlaza con la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional, en la que queda claro que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”<sup>97</sup>.

–El segundo deja claro que la adaptación del puesto de trabajo debido a riesgo durante el embarazo y durante el período de lactancia no puede implicar la existencia de un desequilibrio retributivo, al suponer una situación de discriminación por razón de sexo. Considera el Tribunal que si el ordenamiento jurídico dispensa una protección social equilibrada en aquellos casos en los que el puesto no puede ser adaptado implicando el abandono de la efectiva prestación de servicios, una minoración retributiva por la adaptación del puesto (no realización de trabajo nocturno o a turnos) que situaría a la trabajadora en un nivel salarial inferior incluso a la no prestación de servicios, pondría en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas seguido por la legislación nacional<sup>98</sup>.

En definitiva, aun cuando conforme a la normativa y doctrina comunitaria, el que la prestación de servicios en determinadas condiciones de trabajo suponga una menor remuneración, no im-

<sup>93</sup> Tribunal Supremo: STS de 9 de diciembre de 2009 (n.º rec. 8/2008).

<sup>94</sup> Tribunal Supremo: STS de 27 de mayo de 2015 (n.º rec. 103/2014).

<sup>95</sup> Audiencia Nacional: SAN de 8 de junio de 2016 (n.º rec. 131/2016).

<sup>96</sup> Asimismo, la apreciación de discriminación no puede ser enervada por el hecho de que también los progenitores varones, bien por adopción o acogimiento, bien por cesión del permiso de maternidad, pueden verse afectados en la misma medida que lo son las trabajadoras mujeres, ya que la prohibición de discriminación alcanzaría también a éstos por cuanto las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar que actúan de mecanismos activos de igualdad de mujeres y hombres, de forma que la igualdad efectiva pasa por la eficaz implantación de instrumentos de equiparación en el ámbito de la vida familiar, como reequilibrio de la desigualdad histórica. Tribunal Supremo: STS de 10 de enero de 2017 (n.º rec. 283/2015), comentada por Poquet Catalá, R. (2017). De nuevo con la discriminación por razón de sexo en la promoción profesional, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45, p. 1 y ss.

<sup>97</sup> Tribunal Constitucional: STC 182/2005, de 4 de julio. No en vano la discriminación comprende “aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa o inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”. Tribunal Constitucional: SSTC 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio; 20/2001, de 29 de enero y 17/2003, de 30 de enero.

<sup>98</sup> Se trata de una médica residente (MIR/1), a la que no se abonó el complemento de guardias de atención continuada como consecuencia de que por motivos de embarazo y riesgo durante la lactancia se adaptó el puesto de trabajo y no las realizó. Tribunal Supremo: STS de 24 de enero de 2017 (n.º rec. 1902/2015), comentada por Aragón Gómez, C. (2017). El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable: a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, *Información Laboral*, núm. 6 (BIB 2017/12418).

plica, necesariamente, una vulneración del art. 157 del TFUE, debiendo percibir la trabajadora que es trasladada de forma provisional a un puesto de trabajo distinto al que ocupaba antes de su situación, la misma remuneración que el resto de los trabajadores que ocupan dicho puesto, más los complementos inherentes a su condición personal, pero no tiene derecho a percibir complementos que dependen de funciones específicas realizadas en el puesto anterior, pues existe un factor objetivo y ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo<sup>99</sup>. Nada impide que el desarrollo de la normativa comunitaria por los Estados mejore dicha previsión provocando la calificación como trato desigual discriminatorio respecto de la menor retribución percibida por la trabajadora que presta servicios en un puesto adaptado como consecuencia de la situación de embarazo, maternidad o lactancia, frente a supuestos en los que no se prestarían tales servicios por disfrutar de una suspensión contractual merecedora de una prestación de Seguridad Social del 100 por 100 de la base reguladora<sup>100</sup>.

En fin, poco ayuda en el denostado marco del reparto de roles la nueva regulación del status jurídico de los denominados “cuidadores no profesionales” de personas dependientes por sujetos de su entorno familiar, papel asumido, como ya consta, normalmente por mujeres, pues el Real Decreto Ley 20/2012 dio un golpe de timón a la protección social dispensada desde el momento en que puso fin al pago por la Administración General del Estado de las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social de tal colectivo y pasó a convertirlo en una posibilidad voluntaria para los referidos cuidadores, recayendo, en su caso y de modo exclusivo, el coste del mismo sobre ellos (disposición adicional 8<sup>a</sup>)<sup>101</sup>.

## 5. LA PRECARIZACIÓN DEL TRABAJO FEMENINO: LA INVISIBILIDAD DE LA POBREZA

La mayor flexibilidad de los mercados y la incidencia de una crisis económica sin precedentes que desde 2008 azota a nuestro país ha acentuado la situación de desventaja de las mujeres, al afectarles desigualmente la ampliación del espacio de decisión empresarial y del nivel de temporalidad, eventualidad, parcialidad, precariedad y erosión de la calidad de los empleos, que han perturbado menos a los trabajadores varones<sup>102</sup>. Las mujeres, como “colectivo diana”, se ven inmersas en situaciones de extrema dificultad para acceder a un empleo en un contexto de escasez de ofertas, de alta precariedad e inestabilidad de los que se consiguen, de temporalidad excesiva, constante rotación, de trabajos a tiempo parcial no elegidos como tales, de deficientes condiciones de trabajo en lo que hace a jornada, seguridad y salud laboral, movilidad y modificación unilateral por parte del empresario, de fácil y repetida pérdida de la ocupación y de habitual extensión temporal del desempleo, circunstancias todas ellas que repercuten en sentido negativo sobre las percepciones salariales<sup>103</sup>. No cabe olvidar tampoco que la intensifi-

<sup>99</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 1 de julio de 2010, Parviainen, asunto C-471/08. En este mismo sentido, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 13 de febrero de 1996, Gillespie, asunto C-342/93 ó Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 14 de julio de 2016, Ornano, asunto C-335/15, en la que no se considera discriminatoria una normativa nacional que establece para los magistrados ordinarios una compensación correspondiente a las cargas que soportan en el ejercicio de su actividad profesional y deniega el derecho a percibir esta compensación en el caso de las magistradas ordinarias que hayan disfrutado de un permiso de maternidad obligatorio, a condición de que dichas trabajadoras hayan percibido durante ese período unos ingresos de un importe equivalente, como mínimo, al de la prestación fijada por la legislación nacional de Seguridad Social que habrían recibido en caso de interrupción de sus actividades profesionales por motivos de salud.

<sup>100</sup> Cano Galán, Y. (2017). Un nuevo caso de discriminación por razón de sexo: la no retribución de guardias no realizadas por adaptación de puesto de trabajo por embarazo y lactancia, *Diario La Ley*, núm. 8983, págs. 1 y ss.

<sup>101</sup> Barceló Cobedo, S. (2013). Seguridad Social y prestaciones en favor de cuidadores no profesionales. En S. González Ortega (Dir.), *La aplicación de la Ley de Dependencia en España* (p. 387 y ss). Madrid: CES.

<sup>102</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2006). El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer, *Relaciones Laborales*, núm. 8, pág. 8.

<sup>103</sup> González Ortega, S. (2015). Dificultades para la integración laboral de los jóvenes, en general, y de las mujeres jóvenes, en particular. En S. Rodríguez Escanciano y M.R. Martínez Barroso (Dirs.), *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social* (p. 296). Valencia: Tirant Lo Blanch..



cación de la subordinación en el trabajo y de su control a través de medios informáticos, la inseguridad correspondiente a la flexibilidad en las condiciones laborales entregada a la determinación del poder unilateral empresarial o la elevada irregularidad en la distribución del tiempo de trabajo, han afectado particularmente a las mujeres<sup>104</sup>.

Pertinente botón de muestra de consecuencias dañosas para el sexo femenino puede encontrarse igualmente en el diseño de regímenes que pergeñan una diferente escala salarial, para personal temporal y estable o para personal a tiempo completo y parcial, pues se constata que la mayoría de los empleados a término o a jornada parcial son mujeres<sup>105</sup>, con particulares manifestaciones en la posibilidad mayoritaria de realización de horas extraordinarias por varones<sup>106</sup> o en el percibo de un complemento de antigüedad mayoritariamente por trabajadores masculinos<sup>107</sup>.

Que la libertad organizativa del empresario expresada a través del poder de dirección tiene uno de sus límites sustantivos más importantes en la imposibilidad de provocar discriminaciones sexuales entre los trabajadores es algo que no ofrece ninguna duda, pero en la medida en que a través del poder de dirección el empleador adecúa la prestación concreta a sus intereses, especificándola y modalizándola según el plan productivo previsto, parece también fuera de toda controversia que, al margen del respeto a las normas legales o convencionales, tales prerrogativas empresariales se puedan convertir –potencialmente– en una facultad que provoca tratamientos individualizados en ese margen de discrecionalidad y ajuste reservado precisamente al titular del entramado industrial o comercial<sup>108</sup>.

Esta necesidad de adoptar modos flexibles en la gestión de la mano de obra requiere, al tiempo, del diseño de fórmulas jurídicamente dúctiles<sup>109</sup>, con elementos capaces de adaptarse rápida y eficientemente a cualquier cambio posible en las condiciones externas (modificaciones en los productos), internas (novaciones en los perfiles profesionales), coyunturales (disfuncionalidades del proceso productivo) y estructurales (evolución de las cualificaciones). Siendo cierto lo anterior, no cabe pasar por alto, como factor añadido, que el principal objetivo de las últimas reformas laborales no ha sido otro sino el de mejorar la competitividad de las empresas a través de la introducción de “criterios de adaptabilidad”, permitiendo al empresario “modalizar” la prestación de trabajo a un bajo coste con manifestación señera, entre otras, en una progresiva recuperación de espacios en favor de los poderes o prerrogativas de la dirección empresarial, magnificados ante la amenaza constante de la pérdida del empleo y de la extraordinaria dificultad de reincorporación al mercado de trabajo, y acompañados de una singular proyección negativa sobre las mujeres, tal y como se deduce al examinar los caminos abiertos por el legislador tras la reforma de 2012.

De un lado, la técnica de inaplicación transitoria del convenio (el tradicional “descuelgue” salarial, ahora ampliado), regulada en el art. 82.3 ET, que permite –cuando concurran las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción– a los sujetos legitimados para negociar a nivel de empresa (o a una representación de trabajadores o sindicatos en su defecto –en

---

<sup>104</sup> Casas Baamonde, M.E. (2017). ¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, pág. 16.

<sup>105</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 17 de junio de 1998, Hill y Stapleton, asunto C-294/95.

<sup>106</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 6 de diciembre de 2007, Ursula Vob, asunto C-300/06.

<sup>107</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 10 de enero de 2005, Vasiliki Nikoloudi, asunto C-196/02.

<sup>108</sup> Román De La Torre, M.D. (1992). *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Grapheus, pág. 332.

<sup>109</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1987). Flexibilidad, juridificación y desregulación. *Relaciones Laborales*, núm. 5, págs. 1-6.

virtud de su remisión al art. 41.4 ET–), inaplicar determinadas condiciones laborales (jornada, horario, distribución del tiempo, turnicidad, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, la acción protectora de la Seguridad Social) establecidas en convenio (del ámbito que sea) siempre y cuando sigan el procedimiento previsto al efecto (que incluye acuerdo, solución extrajudicial o arbitraje institucional). Bajo el paraguas de la generosidad de los términos de las condiciones a modificar, el límite se torna débil en cuanto a la salvaguarda de la paridad, referido en los siguientes términos: "el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa"<sup>110</sup>. Como ya consta, son escasas las previsiones convencionales en tal sentido y los planes de igualdad solo son obligatorios en las empresas de más de 250 trabajadores (art. 85.2 ET). Menos garantistas son aún las posibilidades que brinda el art. 41 ET para la novación de condiciones previstas en pacto extraestaduario o en contrato de trabajo, en lista abierta, referida, entre otras, a jornada, horario y distribución del tiempo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento o funciones cuando excedan de los límites para la movilidad funcional, todas ellas con gran proyección sobre la pretendida igualdad entre hombres y mujeres.

Muy significativo es el supuesto resuelto recientemente por el Tribunal Supremo relativo a una externalización del servicio de limpieza motivada por la importante disminución del nivel de ocupación de los hoteles de titularidad de la empresa, que producía una merma de los ingresos y acababa ocasionando pérdidas, constituyendo la decisión de externalizar una respuesta razonable y adecuada a las necesidades productivas, ya que la contratista se comprometía a prestar el servicio de limpieza en su integridad y a cobrar en función del número de habitaciones limpiadas y de horas empleadas, en el cual se llega a la conclusión de que no hay discriminación por razón de sexo puesto que la descentralización está motivada por razones objetivas y es ajena al sexo de los trabajadores afectados pese a que pasen a disfrutar de peores condiciones laborales<sup>111</sup>.

En un contexto sociolaboral donde las mujeres ganan un salario porcentualmente inferior al de sus compañeros varones, no cabe duda que las bajadas de salarios sufridas por los trabajadores en los últimos años afectan más a las mujeres desde varios puntos de vista: en primer lugar, la brecha salarial se afianza en aquellos sectores productivos que mayores recortes salariales han sufrido y en aquellos grupos profesionales con menores ingresos, pues frente a una minoración homogénea, las consecuencias son muy diferentes entre un salario alto y uno bajo y tal sucede cuando suprimen un complemento o reducen su cuantía. Más aún, casi cuatro millones de mujeres, el 46,55 por 100 de las trabajadoras de nuestro país, perciben salarios por debajo de los 15.000 euros brutos cada año, y en salarios tan bajos, cualquier disminución posterior hace que estas empleadas estén en riesgo de pobreza pese a tener trabajo (entrando a formar parte del nuevo precariado)<sup>112</sup>. En segundo término, los recortes salariales han afectado más a profesiones o sectores feminizados, y por ello, más a las mujeres. En tercer lugar, la congelación de determinados complementos perpetúa las diferencias en su percepción entre hombres y mujeres, señeramente, el de antigüedad. En cuarto lugar, los salarios inferiores de las mujeres determinan igualmente un menor nivel de cotización a los sistemas de Seguridad Social, lo que impacta sobre la calidad de sus prestaciones en comparación con las percibidas por los varones, teniendo en cuenta el carácter marcadamente contributivo del sistema<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> Álvarez Cuesta, H. (2015). Igualdad por razón de género en supuestos de descuelgue convencional o modificación. En S. Rodríguez Escanciano y M.R. Martínez Barroso (Dirs.), *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva* (p. 91). Valencia: Tirant Lo Blanch.

<sup>111</sup> Tribunal Supremo: STS de 29 de noviembre de 2015 (nº rec. 104/2015).

<sup>112</sup> <http://www.ugt.es/Publicaciones/informe-ugt-sobre-igualdad-salarial-2015.pdf>.

<sup>113</sup> Vicente Palacio, A. (2012). En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social, *Lan Harremanak*, núm. 25.

## 6. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL ALTAMENTE FEMINIZADO

El mercado desequilibrado en el recurso al empleo a tiempo parcial por parte de las mujeres (31,5 por 100 frente a 8,2 por 100 de los varones en la Unión Europea) encierra en sí mismo una auténtica discriminación, que responde a un estereotipo sexista, germen de unas considerables dificultades para el desarrollo y progreso de su carrera profesional e, inclusive, de una más reducida protección social (singularmente, respecto del desempleo y la jubilación). En un principio, aproximadamente hasta el año 1990, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vino reconociendo la prohibición de trato peyorativo entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial (en tanto desarrollado mayoritariamente por mujeres) en cuanto a diferencias retributivas se refiere<sup>114</sup>, para después pasar a admitir algunas posibilidades de justificación objetiva y razonable, bien por razones de política de empleo<sup>115</sup>, bien por aplicación del principio *pro rata temporis*<sup>116</sup>.

Cabe recordar que la aplicación de este principio sólo tendrá razón de ser cuando esté justificado por causas objetivas<sup>117</sup> y es cierto que el salario como norma general se acomodará en proporción a la realización de la jornada, pero no cabe una aplicación automática a todas las partidas (pluses distancia o transporte, complementos por prendas de trabajo<sup>118</sup>...), ni tampoco a otros derechos y condiciones que por su propia naturaleza no pueden ser reducidos en proporción a la jornada<sup>119</sup>. Sin olvidar que los premios de presencia destinados a quienes cumplan con un porcentaje mínimo de jornada anual, debería adecuarse para los trabajadores parciales.

Después de unos años de ausencia de pronunciamientos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea volvió a debatir sobre el trabajo a tiempo parcial, considerando que la regulación española contrariaba la prohibición de igualdad de género contemplada en la Directiva 7/97, de 19 de diciembre de 1978, atendiendo a la aplicación de una doble proporcionalidad en el acceso y determinación de la cuantía de la pensión de jubilación: una, referida a una base reguladora de la prestación, inferior a la establecida para trabajadores a tiempo completo, derivada del menor salario, y la segunda, relativa a la forma de acreditar los períodos de cotización necesarios para el disfrute<sup>120</sup>. Tal pronunciamiento llevó a introducir una modificación en el año 2013

<sup>114</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: SSTJ de 31 de marzo de 1981, Jekins, asunto C-96/80; de 13 de mayo de 1986, Bilka, asunto C-170/84; de 13 de julio de 1989, Rinner Kuehn, asunto C-171/88; de 27 de junio de 1990, Kowalska, asunto C-33/89 ó de 7 de febrero de 1991, Nimz, asunto C-184/89.

<sup>115</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: SSTJ de 14 de diciembre de 1993, Menger Scheffel y Nolte, asuntos C-443/93 y C-317/93, que no consideran constitutiva de discriminación indirecta la regulación que excluía de determinados beneficios sociales a los trabajadores a tiempo parcial marginal por no superar determinadas horas de trabajo a la semana o al mes.

<sup>116</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 5 de noviembre de 2014, Osterreichischer, asunto C-476/12, que reconoce la reducción proporcional del complemento por hijo a cargo establecido en convenio colectivo. También, Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 22 de abril de 2010, Zentralbetriebsrat, asunto C-486/08, que reconoce implícitamente la posibilidad de reducción de duración de las vacaciones a los trabajadores a tiempo parcial.

<sup>117</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: STJ de 10 de marzo de 2005, Vasiliki Nikoloudi, asunto C-196/02.

<sup>118</sup> La Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2013 (núm. 253/2009) declaró nulas varias cláusulas del convenio colectivo estatal de grandes almacenes (2009-2013) por discriminar a los trabajadores a tiempo parcial, entre ellas la que reconocía una compensación económica en concepto de prendas de trabajo en proporción a la jornada realizada. En cambio, en un supuesto similar donde el convenio colectivo reconocía diferencias en el devengo del plus de vestuario según los trabajadores prestaran servicios o no cuatro días a la semana, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014 (rec. 209/2013) ha considerado que tal distinción es razonable y proporcional "pues el deterioro de una prenda de vestir está relacionado con el tiempo que se utiliza".

<sup>119</sup> Pumar Beltrán, N. (2016). Retribución y brecha salarial: herramientas de análisis jurídico. En AA.VV., Un futuro sin brecha (p.83). Murcia: Laborum.

<sup>120</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 10 de junio de 2010, Bruno y Pettini, asuntos 395 y 396/08, comentada por Rodríguez Cado, I.A. (2010). Prohibición de discriminación entre trabajadores a tiempo completo

como consecuencia directa de la declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional 7ª LGSS/1994, concretamente de su apartado 1, regla segunda, que regulaba los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las distintas prestaciones de la Seguridad Social de estos trabajadores en los términos incorporados, en su día, por el Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, entendiéndose su redacción contraria al derecho a la igualdad entre trabajadores a tiempo completo y a jornada parcial, como también a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar discriminación indirecta por razón de sexo<sup>121</sup>. A partir del Real Decreto Ley 11/2013 se ha realizado un esfuerzo por individualizar y personalizar el nivel de parcialidad de cada trabajador evitando que el uso de fórmulas genéricas finalmente pueda determinar su expulsión del sistema de Seguridad Social, al menos en el nivel contributivo, introduciendo dos conceptos nuevos: el “coeficiente de parcialidad” y el “coeficiente global de parcialidad”<sup>122</sup>.

Con posterioridad, vuelve a ocuparse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el mecanismo de cobertura de lagunas de cotización a efectos de determinar la base reguladora en las pensiones de jubilación. Para los trabajadores a tiempo completo el ordenamiento español establecía un sistema de cobertura conforme a bases mínimas de cotización mientras para los trabajadores a tiempo parcial se establecía el mismo sistema de cobertura en atención a bases mínimas pero éstas quedaban reducidas en atención a la reducción de jornada en relación a los trabajadores a tiempo completo tomando como referencia el último trabajo desarrollado por el trabajador a tiempo parcial antes de que se produjera la situación de vacío de cotización. En este caso el Tribunal no entra en el fondo del asunto porque considera que no estaba probada la premisa para la aplicación de las garantías por discriminación por razón de sexo, al existir una justificación de la diferencia, no en vano tal sistema no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial sino sólo a aquéllos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas durante el período de referencia de ocho años anterior a la fecha en que se produjo el hecho causante<sup>123</sup>.

Sin embargo, una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha reconocido que es discriminatoria una normativa (art. 210 LGSS) que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical (es decir, aquel en que se concentran las horas de trabajo en unos días a la semana), excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadoras en esta modalidad son mujeres que resultan perjudicadas<sup>124</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ya en la década de los ochenta apreció la inconstitucionalidad de aquellos convenios colectivos que excluían a los trabajadores temporales (y a tiempo parcial) de su ámbito de negociación o bien les reconocían peores condiciones laborales o ventajas sociales que al resto de trabajadores con contratos de duración indefinida y a jornada completa, entendiéndose que no estaba justificado un trato peyorativo basado meramente en el tipo de modalidad contractual o dedicación horaria y más cuando los trabajadores

---

y a tiempo parcial: cómputo del trabajo a tiempo parcial vertical en la pensión de jubilación, *Actualidad Laboral*, núm. 6, págs. 23 y ss. Y, sobre todo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, asunto 358/2011, analizada por Nogueira Guastavino, M. (2013). La compleja protección social de los trabajadores a tiempo parcial: los efectos explosivos e inciertos de la STJUE de 22 de noviembre de 2012, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 47, (BIB 2013/1547), págs. 1 y ss.

<sup>121</sup> Tribunal Constitucional: STC 6/2013, de 14 de marzo. En el mismo sentido, SSTC 71 y 72/2013, de 8 de abril, y 116 y 117/2013, de 20 de mayo.

<sup>122</sup> Romero Ródenas, M.J. (2014). La protección social de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas, *Nueva Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 171, págs. 115 y ss.

<sup>123</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández, asunto C-527/13. En parecido sentido, ATJUE de 17 de noviembre de 2015, que considera que no queda acreditado que afecte mayoritariamente a las mujeres la reducción proporcional de la cuantía máxima de la prestación por desempleo a la minoración de la jornada de trabajo en un período determinado de tiempo anterior a la situación de desempleo. Ballester Pastor, M.A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, cit., pág. 53.

<sup>124</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJ de 9 de noviembre de 2017, Espadas Recio, asunto C-98/15.

perjudicados tenían condiciones de trabajo más precarias y carecían de poder de negociación propio<sup>125</sup>. Significativo es también que recientemente el Tribunal Constitucional haya otorgado el amparo a una trabajadora a tiempo parcial (media jornada) a quien la empresa denegó, tras su reincorporación, el derecho preferente previsto en convenio colectivo, para conseguir las mejoras de las condiciones laborales (una jornada más amplia) que había disfrutado otra trabajadora contratada para prestar los mismos servicios durante los períodos de baja por riesgo durante el embarazo y baja por maternidad, respectivamente, de aquella<sup>126</sup>.

## 7. CONCLUSIÓN. LA APUESTA POR UNA TUTELA PREVENTIVA

El reconocimiento, desde hace más de cuatro décadas, del principio de igualdad de retribución entre trabajadores de uno y otro sexo para un mismo puesto de trabajo o, en la nueva versión del Tratado de Amsterdam, para un trabajo de igual valor, no ha impedido el mantenimiento de niveles salariales más bajos para el conjunto de la mano de obra femenina. La segregación de la mujer, vertical y horizontal, en el mercado de trabajo sigue siendo evidente e incontestable. El lastre de su tradicional papel como cuidadora, las dificultades de acceso a los empleos que ocupan altas posiciones en los escalafones profesionales y la inherente sobrerrepresentación en los niveles más bajos o directamente en el subempleo o en el empleo sumergido obligan a introducir un cambio de ruta en el camino a seguir, adoptando contenidos más amplios y comprometidos en aras a la consecución de unos parámetros sustantivos de integración laboral de la mujer y de supresión de las barreras que condicionan este objetivo.

Pieza clave en este propósito es el diseño de mecanismos de garantía adecuados, más allá de un endeble sistema de tutela judicial, acompañado de una mera equiparación a posteriori y, a veces, de una indemnización reparadora, que en la mayoría de las ocasiones resulta exigua y extemporánea, unidas, en el mejor de los casos, de la imposición de sanciones a los responsables de la discriminación pero siempre cuando el daño ya ha sido causado, siendo muy recomendable dar un paso más para reconocer en este marco la intervención activa en los procesos judiciales individuales y colectivos de los Institutos encargados de la defensa contra la discriminación (Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades), que tienen legitimación para la defensa de "intereses difusos" (art. 11 bis Ley de Enjuiciamiento Civil) y también para la impugnación de convenios colectivos (art. 165. 1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social). Sin abandonar y sin dejar de afianzar esta perspectiva reactiva y coercitiva, dirigida a corregir una situación contra legem, cuya eficacia depende de la iniciativa de la víctima que debe de contar con los recursos económicos suficientes y la voluntad de litigar, circunstancias que no concurren en la mayoría de los supuestos, deviene necesario diseñar, además, serias medidas preventivas desde distintos frentes<sup>127</sup>, pudiendo mencionar, tomando como referencia algunos países de nuestro entorno que han dado pasos firmes al efecto como Suecia, Reino Unido, Italia, Francia, Alemania e Islandia, las siguientes fundamentales: el establecimiento de mecanismos extrajudiciales rápidos para resolver controversias en este ámbito, la concesión de ventajas económicas y bonificaciones en las cotizaciones sociales para las empresas que demuestren ser igualitarias, la generalización en la exigencia de planes de igualdad o de certificados de paridad salarial en las pequeñas y medianas empresas, la apuesta por acciones positivas más allá de incentivos a la contratación o de tímidas iniciativas a través de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, la implantación de auditorías salariales, el diseño de cuotas para los puestos de más alta cualificación, la configuración de permisos por razones familiares intransferibles, la contabilización del trabajo no remunerado que realizan las mujeres en el ámbito del cuidado doméstico, el diseño de horarios razonables y flexibles, la dotación de servicios asequibles de atención de menores y dependientes, la formación permanente para

<sup>125</sup> Tribunal Constitucional: SSTC 136/1987, de 22 de julio; 177/1993, de 31 de mayo y 104/2004, de 28 de junio.

<sup>126</sup> Tribunal Constitucional: STC 2/2017, de 16 de enero de 2017.

<sup>127</sup> Ortega Gómez, M. (2017). La discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Un problema persistente en la Unión Europea, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, págs. 73 y ss.



estar al corriente de los últimos adelantos, la implantación de mayores controles públicos a través de la Inspección de Trabajo o, por no seguir, en un elenco meramente enunciativo, la transparencia en los criterios de atribución retributiva desagregada por género, tanto en convenio colectivo, en contrato individual como en decisiones unilaterales del empresario.

Esta última iniciativa, que concita la atención monográfica de la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014<sup>128</sup>, no solo facilita el planteamiento de reclamaciones judiciales y la presentación de indicios imprescindibles para que opere la modificación de la carga de la prueba<sup>129</sup>, sino que puede inspirar al empresario para que establezca en su funcionamiento ordinario criterios retributivos objetivos y documentados<sup>130</sup>, que prevengan actuaciones ex post no del todo satisfactorias.

En fin, la conclusión a inferir se presenta obvia: la distinta condición sexual del individuo no puede justificar tratamientos salariales peyorativos, pues “ser mujer es algo más que ser esposa, hija o madre, es ser persona y ser tratada como tal en todo momento y lugar”<sup>131</sup>. El impulso de una legislación adaptada a las necesidades de protección y promoción específicas de las trabajadoras debe continuar desarrollándose y, sobre todo, ampliándose en el futuro pero desde una perspectiva distinta capaz de corregir los errores del pasado, en la medida en que la propia condición femenina sigue siendo fuente de consecuencias perjudiciales y tratos peyorativos, particularmente manifiestos en cuanto a las condiciones salariales se refiere<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> Establece el deber de que los Estados opten por, al menos una, de las siguientes medidas: (i) Formulación del derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por género (promedios) a requerimiento del trabajador/a; (ii) Atribución del derecho a esta información con carácter periódico, en beneficio del trabajador/-a y de sus representantes, en las empresas de más de 50 trabajadores; (iii) Obligación de que las empresas con más de 250 trabajadores/-as elaboren auditorías salariales (con promedios retributivos y análisis de sistemas de valoración de puestos) que deben ponerse a disposición de los/as representantes; (iv) garantía de que la cuestión de la igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debata en el nivel adecuado de la negociación colectiva.

<sup>129</sup> Ballester Pastor, M.A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, cit., pág. 220.

<sup>130</sup> 122/000138 Proposición de Ley de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

<sup>131</sup> Fernández Domínguez, J.J. (199). *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*. Madrid: La Ley, págs. 3 y ss.

<sup>132</sup> Casas Baamonde, M.E. (1998). Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo, *Relaciones Laborales*, núm. 11, pág. 205.