

LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO COMO PARADIGMA DE DISCRIMINACIÓN SISTÉMICA*

J A I M E C A B E Z A P E R E I R O

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

ABSTRACT

■ *El objeto del presente trabajo consiste en reflexionar acerca de la discriminación por razón de sexo en materia de retribución, analizando el contexto o las eventuales causas de aquélla tomando en consideración la jurisprudencia más importante dictada sobre la cuestión.*

Palabras clave: discriminación, retribución, sexo.

■ *Ordainsarietan izaten den sexuagatiko diskriminaziori buruz gogoeta egitea da lan honen xedea. Diskriminazioaren testuingurua edo balizko arrazoiak aztertuko ditugu, gai horren gainean emandako jurisprudentzia garrantzitsuena aintzat hartuta.*

Gako-hitzak: diskriminazioa, ordainsaria, sexua.

* Este trabajo se inserta en los resultados del proyecto de investigación *Conciliación y empleo: instrumentos para la inserción y la tutela de los trabajadores con responsabilidades familiares*, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

■ *The aim of this work is to reflect on discrimination on grounds of gender with regard to pay, by analyzing the context or possible causes of this, taking into consideration the most important jurisprudence passed on this matter.*

Key words: discrimination, pay, gender.

I. Presupuestos

Los salarios de las mujeres son inferiores que los de los hombres. Esta afirmación, confirmada por todas las estadísticas, constituye un punto de partida insoslayable. Por supuesto que hay mujeres que perciben salarios muy elevados y hombres cuyos salarios son bien modestos. Pero los grandes números ponen de relieve una brecha salarial importante, de la cual los datos en el Reino de España son fiel reflejo de lo que sucede en toda la Unión Europea: una diferencia variable, en función de las estadísticas que se utilicen, pero superior en todo caso a los diecisiete puntos porcentuales. En esta concreta materia, nuestra realidad se sitúa muy próxima al promedio de los demás Estados Miembros.

Afirmada la menor retribución femenina, podrían buscarse explicaciones concretas, que en casos específicos valieran para justificar el mayor salario de un trabajador en comparación con una trabajadora. Por ejemplo, pueden ser diferentes sus respectivas situaciones individuales, en términos de que acaso la formación del primero resulte más apropiada que la de la segunda, o que sea mayor su experiencia profesional, o que existan condicionantes derivados de la edad de uno y otra. Puede que un hombre cobre más que una mujer a causa de la modalidad de contrato que ostenten ambos. Quizá ella mantenga una relación atípica —temporal, a tiempo parcial, de autónoma, cedida por una empresa de trabajo temporal...—, aunque tal circunstancia ubicaría el debate en el contexto de la discriminación por la modalidad de contrato, prohibida por algunas Directivas¹. Por supuesto que muchas explicaciones pueden encontrarse en aspectos tan relevantes como los sectores productivos en los que se desarrollen los trabajos de la mujer y del hombre que se comparan a título individual, o el ámbito geográfico en que presten sus servicios. Asimismo, la dimensión de la empresa y su concreta estructura pueden ser circunstancias que afecten sustancialmente.

Es decir, la comparación singular de dos personas que trabajen, una y otra de sexos opuestos, puede encontrar argumentos más que suficientes que expliquen la diferencia retributiva, por muy pertinente que pueda parecer a pri-

¹ Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Directiva 99/70/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, y Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

mera vista el contraste entre sus respectivos salarios. Pero cuando se trasciende el plano individual y se alcanza el colectivo, las explicaciones singulares pierden validez. O por lo menos exigen revisarse desde un prisma distinto. En este punto, la discriminación puede formularse como hipótesis, y aventurarse que probablemente la brecha salarial existe porque las mujeres están discriminadas salarialmente en relación con los hombres.

La diferente retribución puede producirse entre dos personas que realizan un trabajo igual o que desempeñan un trabajo de igual valor. En el primer caso, la identidad del contenido de la prestación de servicios —o su especial cercanía— produce que resulte muy fácil apreciar *prima facie* la disparidad de tratamiento, de tal forma que el análisis se desplaza más bien a las posibles causas que, lícitamente, la justifiquen. En el segundo, el contraste resulta más complejo, pues se extiende también a la propia apreciación de si resulta pertinente comparar dos puestos distintos.

Con todo, el estudio del distinto salario derivado de trabajo de igual valor pone en la senda de la discriminación indirecta —o del *disparate impact*—, ámbito éste en el que en términos más interesantes se ha planteado el debate en torno a la discriminación por razón de sexo. Este «impacto adverso» pone en la pista de determinadas concepciones que acaso subyacen en el perjuicio que sufren la mayoría de las mujeres, en este caso en el ámbito de la remuneración. Puede tratarse de que se le concede una menor importancia a los trabajos que desempeñan mayoritariamente las mujeres, por una especie de devaluación de lo femenino. Y también de que existe una muy marcada diferencia entre trabajos «de hombres» y trabajos «de mujeres» porque el mercado laboral está segregado de forma muy notoria. Asimismo, de que se adoptan decisiones que no tienen otra base que la obediencia a ciertos estereotipos o el seguimiento de algunas tradiciones, unos y otras perjudiciales para las trabajadoras. Del mismo modo, de la asunción predominante por ellas de tareas de cuidado, en particular de las obligaciones familiares, y su difícil conciliación con las que se derivan del contrato de trabajo.

II. Fuentes normativas

El elenco de fuentes normativas en esta materia resulta muy vasto. Prescindiendo de otros instrumentos internacionales de contenido más genérico, la fuente más importante en el ámbito de Naciones Unidas es el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).² Su art. 11.d) impone el deber a los Estados partes de adoptar todas las medidas

² Ratificado por el Reino de España el 5 de enero de 1984.

apropiadas a fin de evitar la discriminación entre mujeres y hombres y de asegurar a todas las mujeres, en condiciones de igualdad «*el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo*». Más específico es el Convenio n.º 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración, de 1951⁴, del que merece destacarse su art. 2, conforme al cual «*1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. 2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de: a) la legislación nacional; b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o d) la acción conjunta de estos diversos medios*».

Ya en referencia al Consejo de Europa, es básica la alusión a la Carta Social Europea de 1961⁴, revisada en 1996⁵ y a su art. 4.3 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*».

Ya en cuanto a la normativa de la Unión Europea, el derecho originario incorporó, desde el Tratado de Roma de 25 marzo 1957, una alusión a la no discriminación salarial, en concreto en su art. 119, que expresaba el principio de igual salario por trabajo de igual valor, 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*». Y así se mantuvo hasta el Tratado de Ámsterdam, en el que se incorporó en el propio art. 119 el derecho a igual salario por trabajo de igual valor, que luego pasó a numerarse como art. 141 del texto consolidado del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: «*cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor*». Y añade en su apartado 3 que «*el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un*

³ Ratificado por el Reino de España el 6 de noviembre de 1967.

⁴ Ratificada por el Reino de España por instrumento de 29 de abril de 1980.

⁵ Dicha revisión ha sido firmada por el Reino de España con fecha de 23 de octubre de 2000.

trabajo de igual valor»⁶. Así transita el precepto hasta el actual art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—⁷.

No obstante, el Derecho derivado incorporó antes el concepto del trabajo de igual valor, con ocasión de la Directiva 75/117/CEE. Cabe destacar, muy en particular, su art. 1: «*el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará «principio de igualdad de retribución», implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo*». Por consiguiente, no es hasta 1975 cuando el Derecho Comunitario incorpora formalmente, y sólo a nivel de derecho derivado, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Pero, al margen del rango normativo, conviene precisar que, en su origen, los objetivos del art. 119 del Tratado de Roma eran predominantemente económicos, vinculados a la competencia entre los Estados Miembros, para que no se viera distorsionada a causa de que en alguno de ellos existiesen cláusulas más laxas al respecto⁸. Así se expresa claramente en la exposición de motivos de la Directiva 75/117/CEE, cuyo primer considerando se pronuncia como sigue: «*considerando que la realización del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, forma parte integrante del establecimiento y del funcionamiento del mercado co-*

⁶ Conviene reiterar su apartado 2, que transitó sin mayores cambios desde la versión originaria del art. 119 en 1957: «*se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:*

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

⁷ Con la única diferencia de que en el apartado 3, donde decía «*el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social*», dice ahora «*el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social*».

⁸ Como se expresa en la sentencia de 8 abril 1976, asunto 43/75, *Defrenne II*, «*habida cuenta de la diferencia en el grado de evolución de las legislaciones sociales en los distintos Estados miembros, el artículo 119 está concebido para evitar que, en lo que a la competencia intracomunitaria se refiere, las empresas radicadas en Estados que efectivamente hayan establecido el principio de igualdad de retribución no sufran merma alguna en el ámbito de la competencia en relación con las empresas sitas en Estados que todavía no hayan eliminado la discriminación salarial en detrimento de la mano de obra femenina*».

mún». En realidad, no es hasta el Tratado de Ámsterdam cuando el principio de igualdad retributiva se tiñe de un claro matiz social, y el derecho a la igualdad se desgaja totalmente de componentes de mercado común. Como expresa ahora el art. 10 del TFUE, «*en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo*». Por su parte, el art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea establece que «*la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño*».

Por lo que respecta a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hay que hacer alusión al art. 23, inciso primero —«*igualdad entre mujeres y hombres*»—, de conformidad con el cual «*la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución*».

En la actualidad, la Directiva 75/117/CEE ha sido compilada en la Directiva 2006/54/CE, que a su vez también ha incorporado la Directiva 76/207/CEE, modificada por Directiva 2002/73/CE, así como la Directiva 97/80/CE. La 2002/73/CE introdujo algunas reglas instrumentales que también tienen su utilidad en el ámbito de la discriminación retributiva. Entre ellas, una definición de discriminación indirecta —art. 2.1.b)—, que hunde sus raíces en la Directiva 97/80/CE, pero que se modifica sustancialmente en la Directiva 2002/73/CE, en los términos que siguen: «*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*». También, un concepto de «retribución», en el art. 2.1.e): «*el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo*». U otro, relativo a regímenes profesionales de Seguridad Social⁹, los cuales, por oposición a los regímenes legales de la Directiva 79/7/CEE, se encuentran dentro del ámbito de aplicación del principio de no discriminación retributiva. Y, sin duda, es de singular importancia todo el Tít. III el cual, bajo la rúbrica «*disposiciones horizontales*» aborda el problema fundamental de la efectividad

⁹ Art. 2.1.f): «*los regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social [16], cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa*».

de los derechos reconocidos en la Directiva, con un contenido que no tiene parangón en otras normas derivadas referidas a otras causas de discriminación.

Su art. 4 reitera, en su esencia, el art. 1 de la Directiva 75/117/CEE. El mantenimiento, en sus líneas básicas, de la misma formulación del derecho a la igualdad retributiva produce que haya una cierta continuidad en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión, de la que se hará análisis de detalle en las páginas que siguen, no sin antes describir la normativa interna española.

Prescindiendo del derecho a la igualdad y a la no discriminación del art. 14 de la Constitución, que constituye el marco básico en esta materia, debe tenerse muy en cuenta el desarrollo del mismo que se hace en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En concreto, su art. 6.2 que, con fidelidad, reproduce el concepto de discriminación indirecta antes expresado. Y su art. 3, que establece que «*el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo*». Pero más importancia, a los efectos de la discriminación retributiva, ostenta el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores —ET—. Sin que ahora se trate de repasar sus avatares, desde su versión original, pasando por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y hasta la versión actual, procedente de Ley 33/2002, de 5 de julio, éste es su tenor literal vigente, que debe considerarse adecuada trasposición del art. 4 de la Directiva 2006/54/CE, tal y como ha sido interpretado por el TJU: «*Igualdad de remuneración por razón de sexo. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla*».

Así expresado el marco normativo, ha dado lugar a una fecunda labor interpretativa por parte del TJU, que inicialmente ha bebido algo de las fuentes norteamericanas. Pero que ha generado una doctrina judicial bastante significativa, la cual ha sido asumida, en su esencia, por parte del Tribunal Constitucional español, a través de un pequeño grupo de pronunciamientos. Diversamente, la doctrina judicial ordinaria sólo de forma muy excepcional se ha acercado a esta materia, en unos términos que no aportan nada significativo al debate.

III. La no discriminación retributiva como fundamento de la Unión Europea

Ya se ha dicho que, en el marco del Derecho originario, sólo a partir de 1997 puede vislumbrarse un entendimiento del derecho a la no discriminación retributiva que se escapa del marco de la competencia entre los Estados Miem-

bros. Con todo, la doctrina judicial anticipó esta idea más de dos décadas, al elevarlo a fundamento de la entonces Comunidad Económica Europea. En efecto, en el asunto *Defrenne II* (1976), antes referenciado, se pretendió engarzar *ab initio* este derecho con una perspectiva más social, de acuerdo con la propia sistemática del Tratado CEE, conforme a la cual se tratase también de la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los pueblos europeos¹⁰. Por consiguiente, «*de este doble objetivo, económico y social, se desprende que el principio de igualdad de retribución forma parte de los fundamentos de la Comunidad*».

En estas condiciones, el Tribunal muy pronto admitió que, si bien formalmente podría entenderse el art. 119 del Tratado como dirigido en exclusiva a los Estados, la prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras «*se extiende asimismo a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares*»¹¹. Esta idea, que en realidad constituye una manifestación del efecto directo vertical y horizontal de ciertas disposiciones de la Unión Europea, se desarrolla en doctrina posterior¹². Y, por supuesto, afecta a la parte trabajadora, en el sentido de que ésta no puede ser objeto de una interpretación restrictiva, de acuerdo con las normas internas que puedan existir en cada Estado Miembro. Antes bien, alcanza por supuesto a las personas que prestan sus servicios a la Administración Pública bajo cualquier modalidad de relación jurídica de trabajo por cuenta ajena y dependiente¹³. En un sentido opuesto, no ampara a las profesionales que desarrollen una profesión genuinamente como autónomas.

Y, más allá de estas ideas, es muy clara y recurrente la idea de la eficacia automática y *self executing* del ahora art. 157 TFUE. Esta idea ya se expresaba en el asunto *Defrenne II*: «*no se puede formular ningún razonamiento, contra el efecto directo, del empleo que hace este artículo del término principio, ya que en la terminología del Tratado, esta expresión se utiliza precisamente para hacer resaltar el carácter fundamental de algunos preceptos*». Y ha sido reiterada con profusión en ulterior doctrina, que prescinde en muchas ocasiones de la Directiva de desarro-

¹⁰ «...Por otra parte, dicha disposición responde a los objetivos sociales de la Comunidad, la cual no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, mediante una acción común, debe garantizar el progreso social, promover la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos, tal como subraya el Preámbulo del Tratado... Dicha finalidad queda confirmada por la inserción del art. 119 en el conjunto del capítulo consagrado a la política social...»

¹¹ *Ibid.*

¹² Una síntesis de la misma en la sentencia de 18 de noviembre de 2004, asunto C-284-02, *Sass*.

¹³ Definiendo en términos amplios el concepto «trabajador», sentencia de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, *Allonby*. Expresa el Tribunal lo siguiente: «*cuando una persona sea trabajador a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, la naturaleza del vínculo jurídico que la une a la otra parte de la relación laboral no es pertinente para la aplicación de dicho artículo*». Incluso se expresa en esta sentencia que «*la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, si su independencia sólo es ficticia, disimulando así una relación laboral a efectos del mencionado artículo*».

llo, por innecesaria para el conocimiento de concretas cuestiones, o la cita sólo a mayor abundamiento¹⁴.

IV. La discriminación directa y la indirecta, incluidas. La pertinencia de la comparación y el trabajo de igual valor

Ya se ha aportado el concepto de discriminación indirecta que, a modo de glosa de la doctrina judicial, aporta el art. 2 de la Directiva 2006/54/CE y, por extensión, en el ámbito interno el art. 6.2 de la LO 3/2007¹⁵. A este respecto, ya el punto de inflexión lo constituye la reiterada sentencia *Defrenne II*, que intentaba diferenciar, aunque a través de parámetros no del todo coincidentes con los actuales, ambos tipos de discriminación. En efecto, expresaba que «*procede establecer una distinción dentro del ámbito de aplicación global del artículo 119, entre, por una parte, las discriminaciones directas y abiertas, que ya cabe advertir meramente sobre la base de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución referidos en el citado artículo y, por otra parte, las discriminaciones indirectas y encubiertas que solamente pueden identificarse en función de disposiciones de desarrollo más explícitas, de carácter comunitario o nacional*»¹⁶.

No obstante, años antes ya el Tribunal Supremo Federal de USA había afirmado la inclusión del *disparate impact*, como categoría coincidente con la europea de la discriminación indirecta, en el ámbito de aplicación del Tít. VII de la *Civil Rights Act*, aunque en el ámbito de la discriminación racial. En un pronunciamiento de un gran valor histórico como fue la sentencia *Griggs v. Duke Power Company* (1971)¹⁷ se inició una senda controvertida y con bastantes pasos adelante y pasos atrás, pero que indudablemente tuvo influencia en las construcciones judiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Años más tarde ya se aplica de un modo más actual la doctrina de la discriminación indirecta, cuando se expresa, en torno a una posible discriminación retributiva entre hombres y mujeres derivada de la supuesta ponderación excesiva del criterio del esfuerzo físico, que «*el principio de igualdad de retribución*

¹⁴ Por ejemplo, y entre otras muchas, sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto C-218/98, *Abdoulaye*.

¹⁵ Bueno es recordar el concepto de discriminación directa del art. 2 de la Directiva 2006/54/CE: «*la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*». Definición que se reproduce, con ligeras variantes sintácticas, en el art. 6.1 de la LO 3/2007.

¹⁶ La misma doctrina en la sentencia de 31 de marzo de 1981, asunto 96/80, *Jenkins*.

¹⁷ 401 U.S. 424. Los requisitos que imponía la empresa para acceder a un empleo —la aportación de un título de educación intermedia o la superación de un test general de inteligencia— perjudicaban de forma desproporcionada a las personas de raza negra, sin que la empresa justificara que fueran necesarios para el desempeño de los puestos de trabajo afectados.

exige esencialmente que se tenga en cuenta de manera objetiva la naturaleza del trabajo que debe realizarse. Por consiguiente, un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuya un mismo valor debe ser retribuido de la misma manera, ya sea realizado por un hombre o por una mujer. Cuando para la determinación de la retribución se aplique un sistema de clasificación profesional, será necesario que éste utilice, por una parte, criterios que no sean diferentes según que el trabajo sea realizado, por un hombre o por una mujer, y, por otra parte, que no esté organizado, en su conjunto, de tal manera que conduzca de hecho a una discriminación general de los trabajadores de un sexo con relación a los de otro»¹⁸.

Las primeras sentencias del TJU, en realidad, no planteaban grandes problemas en la aplicación del entonces art. 119 del Tratado de Roma, porque era evidente que los hombres y las mujeres se encontraban en situación comparable. Sin ahora detenerse mucho más, baste recordar que en el asunto *Defrenne II* se trata de la diferencia de retribución entre azafatas y auxiliares de vuelo, cuyo trabajo es idéntico, como afirmaba la resolución de remisión de la cuestión prejudicial. En el asunto *Jenkins* (1981), la diferencia objetiva estribaba en que se refería a una trabajadora a tiempo parcial, pero que realizaba las mismas funciones que los trabajadores a jornada completa, para una empresa productora de prendas de vestir para mujeres. Bien es cierto que en ella se plantea el entonces novedoso problema del empleo a tiempo parcial, pero no el de la pertinencia del tercero de comparación. Más complejo era ya el problema suscitado en el asunto *Rummler*, pero el Tribunal no aborda expresamente espinosos problemas a los que pronto tendría que enfrentarse.

Antes que nada, hay que valorar la pertinencia de la comparación. Esto es, que los trabajadores y las trabajadoras implicadas en la comparación se encuentran en una situación comparable. Se trata, desde luego, de una cuestión muy casuística, pero que puede describirse, vg., con la referencia a la sentencia que resolvió el asunto *Hlozek*¹⁹. En ella, se expresa que «el principio de igualdad de retribución, al igual que el principio general de no discriminación del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores y las trabajadoras a los que se aplica deben encontrarse en una situación idéntica o comparable (véanse las sentencias de 9 de noviembre de 1993, *Roberts*, denominada «Birds Eye Walls», C-132/92, apartado 17; de 13 de febrero de 1996, *Gillespie y otros*, C-342/93, apartados 16 a 18; *Abdoulaye y otros*, antes citada, apartado 16, y de 13 de diciembre de 2001, *Moufflin*, C-206/00, apartado 28)». A partir de esta idea, el TJU entendió, con un argumento bastante elaborado, que no era discriminatorio, en el marco de un proceso de reestructuración empresarial, concederles a las mujeres una asignación de transición a una edad inferior a los hombres, puesto que la edad legal de jubilación de unas y otros era diferente.

¹⁸ Sentencia de 1 de julio de 1986, asunto C-237/85, *Rummler*.

¹⁹ Asunto C-19/02, sentencia de 9 de diciembre de 2004.

Es una cuestión espinosa el análisis de la pertinencia, pero que, en realidad, debe valorar, de forma casuística, el órgano judicial interno al que compete la resolución de la demanda. En el fondo, se trata del problema conceptualmente más difícil del derecho antidiscriminatorio. En un tiempo en el que la igualdad sustancial genera una serie de paradojas y aporías importantes. Puede implicar, más que tratar igual a los iguales, tratar diferente a los diferentes. Porque, como ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 14 de febrero de 1995²⁰, una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes. A este respecto, bueno es recordar la doctrina del asunto *Abdoulaye* (1999): «*el principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 119 del Tratado no se opone al pago de una asignación a tanto alzado reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre que dicha asignación esté destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas*».

En estas condiciones, la pertinencia del tercero de comparación constituye un problema muy esquivo a resolverse con pautas generales. En primer lugar, habría que definir los parámetros del trabajo igualmente valioso y luego admitir ciertos criterios de distinción, que puedan considerarse en sí mismos admisibles dentro de la prohibición de la discriminación sexista. También, aceptar que incluso casos en los que los trabajos no son estrictamente del mismo valor cabría apreciar discriminación sexista. Por ejemplo, cuando el tercero de comparación es un trabajador varón cuyo trabajo es de inferior valor pero, pese a ello, cobra más salario que la mujer demandante²¹. En realidad, la jurisprudencia del TJU no resulta muy concluyente en la definición del tercero de comparación. Puede añadirse que no es necesario que la fuente reguladora del salario de las dos personas o grupos puestos en comparación sea la misma. Es decir, aunque uno de ellos se rija por una norma convencional y el segundo por otra distinta, igualmente cabe concluir que se produce un distinto tratamiento de supuestos homologables²². En cuanto a los criterios de distinción, la doctrina judicial ha hecho hincapié en la admisibilidad del esfuerzo físico como criterio de deslinde, en unos términos eclécticos y partiendo de la base

²⁰ Asunto C-279/93, *Schumacker*.

²¹ Es el caso de la sentencia de 4 de febrero de 1988, asunto 157/86, *Murphy*.

²² Así se expresa claramente en la sentencia de 27 de octubre de 1993, asunto C-127/92, *Enderby*: «*el hecho de que la determinación de las retribuciones controvertidas sea el resultado de negociaciones colectivas que se llevaron a cabo de forma separada para cada uno de los dos grupos profesionales afectados y que no tuvieron efecto discriminatorio dentro de ninguno de ambos grupos no obsta para comprobar la existencia de una discriminación aparente, desde el momento en que dichas negociaciones dieron lugar a resultados que ponen de manifiesto una diferencia de trato entre dos grupos que tienen el mismo empleador y el mismo sindicato*».

de que se trata de un criterio que, desde una perspectiva empírica y estadística, favorece más a los hombres que a las mujeres²³.

Desde otro punto de vista, se pueden identificar criterios que generan una suposición *prima facie* de que acaso exista una discriminación por razón de sexo. El más claro, que ya ha sido aludido en referencia al asunto *Jenkins* (1981), es el tratamiento peyorativo hacia los trabajadores a tiempo parcial, por la evidente feminización de este colectivo²⁴. También ha sido reconocido por la doctrina judicial, sin perjuicio de lo que más tarde habrá de decirse en cuanto a la justificación, la desproporcionada toma en consideración de la antigüedad, cualidad ésta que adorna más a los hombres que a las mujeres²⁵. Y asimismo ha sido contemplada, aunque de forma más indirecta²⁶, la cuestión de si el contrato de duración determinada está feminizado, aunque la reflexión sería muy distinta y especial en el Reino de España, en el que los elementos cuantitativos y cualitativos del mismo son muy especiales.

Es relativamente factible en la mayoría de los casos apreciar que existe un trato peyorativo hacia personas o colectivos feminizados. Pero en ocasiones no va a ser fácil aislar la causa de la diferencia. Puede suceder, por ejemplo, que se trate de un sistema retributivo caracterizado por una falta absoluta de transparencia, de tal modo que sólo pueda llegarse a la conclusión que, en promedio, los hombres cobren más que las mujeres. En estos casos, la doctrina judicial de la Corte de Luxemburgo se inclina por atribuir la carga de la prueba al empresario, que debe acreditar el carácter neutro del sistema retributivo aplicado²⁷.

²³ Así se expresa en la antecitada sentencia resolutoria del asunto *Rummler* (1986): «aunque un criterio determinado, como el del esfuerzo muscular exigido, pueda de hecho favorecer a los trabajadores masculinos, ya que se supone que en general su fuerza física es superior a la de los trabajadores femeninos, es necesario, para examinar su carácter discriminatorio, considerarlo en el conjunto del sistema de clasificación profesional, con respecto a otros criterios que intervienen para la determinación de los niveles de retribución. Un sistema no es necesariamente discriminatorio únicamente por el hecho de que uno de sus criterios se refiera a cualidades que poseen más fácilmente los hombres. Para no ser discriminatorio en su conjunto y responder así a los principios de la Directiva, un sistema de clasificación profesional deberá estar constituido, sin embargo, de tal manera que implique, si la naturaleza de las tareas de que se trata lo permite, empleos a los que se atribuya un mismo valor y respecto de los que se tengan en cuenta otros criterios con relación a los cuales los trabajadores femeninos pueden presentar especiales aptitudes».

²⁴ Una sentencia asimismo relevante, la de 13 de mayo de 1986, asunto 170/84, *Bilka-Kaufhaus*. Un caso muy claro, el del trabajo compartido, en la sentencia de 17 de junio de 1998, asunto C-243/95, *Hill y Stapleton*. Más recientemente, y en cuanto a la retribución de las horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo parcial, sentencia de 6 de diciembre de 2007, asunto C-300/06, *Vojf*.

²⁵ Ya desde la antecitada sentencia de 17 de octubre de 1989, asunto 109/88, *Danfoss*.

²⁶ Vg., en la sentencia de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, *Seymour Smith y Laura Pérez*.

²⁷ En este sentido, la sentencia del asunto *Danfoss* se expresa como sigue: «cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos».

Por otra parte, cuando en la estructura salarial exista algún plus de puesto de trabajo derivado de las especiales condiciones en las que se desarrolla la prestación de servicios —vg., un «plus de horarios incómodos»—, dicho complemento debe ser excluido para verificar el salario que se le paga a unos y otros trabajadores²⁸.

Otra cuestión que ha sido objeto de tratamiento por parte de la doctrina del Tribunal de Justicia ha sido la relativa a la utilización de la prueba estadística, a los efectos de que se esté produciendo un impacto adverso o un perjuicio en un colectivo feminizado. Esta prueba ha tenido una gran importancia, y la sigue teniendo, al menos desde una perspectiva potencial, a la hora de acreditar discriminaciones indirectas. Sobre ella se ha pronunciado el Tribunal en el antedicho asunto *Seymour Smith* (1999), en cuanto a la forma de valorar más correctamente las estadísticas²⁹.

No obstante, no debe dejar de apuntarse que la importancia de esta prueba, con mantenerse como fundamental en los asuntos de discriminación retributiva, ha disminuido algo a la vista de cómo ha evolucionado el propio concepto de discriminación indirecta. En la Directiva 97/80/CE —art. 2.2— se establecía que «*a efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo*». Pero, en la Directiva 2006/54/CE —que compila la anterior— se sustituye la definición desde «*afecte a una proporción...*» con la siguiente redacción alternativa: «*sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*». Es decir, ya no se trata tanto de afectar a colectivos de personas como de causar desventajas particulares a personas de un sexo determinado. Como quiera que esta definición data, por lo que a la discriminación por razón de sexo se refiere, de la Directiva 2002/73/CE, todavía no existe doctrina judicial del TJU que explicita el alcance de este cambio normativo, pero sin duda debe afectar la manera en que se aprecia la discriminación retributiva.

Desde un último punto de vista, no se ha admitido en este ámbito la utilización de un tercero de comparación hipotético. Se trata de una orientación que

²⁸ Sentencia de 30 de marzo de 2000, asunto C-236/98, *Jämställhetsombudsmannen*.

²⁹ «*El mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar, por una parte, las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen y que no reúnen el requisito de dos años de empleo exigido por la norma controvertida entre la mano de obra masculina y, por otra parte, las mismas proporciones entre la mano de obra femenina. No basta con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro*».

poco a poco va tomando cuerpo en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio. Incluso en alguna Directiva se encuentra alguna aproximación a este tipo de técnicas cuando se regula el principio de igualdad. Por ejemplo, en la definición del mismo en la Directiva 2008/104/CE, a la hora de establecer las condiciones sustanciales de empleo en las que se aplica a los trabajadores cedidos a empresas de trabajo temporal. Puede apreciarse en su art. 5.1 cómo esta norma derivada utiliza el criterio de las condiciones que disfrutaría el propio trabajador si hubiera sido contratado directamente por la empresa usuaria³⁰. A la vista de la definición que hace la Directiva 2006/54/CE, tanto de la discriminación directa como de la indirecta, no hay óbice normativo para que la doctrina judicial abrace en un futuro la posibilidad de recurrir a los terceros hipotéticos.

V. El concepto «retribución»

Ya en su versión originaria, el art. 119 del Tratado aportó una definición de retribución que se ha mantenido invariada en la versión actual del art. 157 TFUE. No obstante esta definición, la doctrina del TJU ha sido decisiva para la inclusión de conceptos *a priori* dudosos. Puede afirmarse que se ha producido una interpretación en clave expansiva que, en el ámbito interno, propició la modificación del art. 28 ET por la Ley 33/2002. Ya en sus primeros pronunciamientos pudo intuirse esta orientación, cuando se expresó, *vg.*, que sólo las prestaciones de Seguridad Social reguladas por Ley sin intervención alguna de elementos de concertación quedan fuera del concepto de retribución³¹. O que ciertas ventajas especiales en materia de transporte, otorgadas por el empresario pese a no estar contractualmente obligado a ello, y que se mantenían aún después de la jubilación, se incluían en el ámbito del art. 119 del Tratado de Roma³². Más adelante, en el asunto *Barber*³³, se afirmó que se incluía una in-

³⁰ «Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto».

³¹ Sentencia de 25 de mayo de 1971, asunto 80/70, *Defrenne (I)*. Años más tarde, en el asunto *Bilka-Kaufhaus*, se insistió en esta doctrina: «se debe concluir diciendo que el régimen de pensiones de empresa considerado en el litigio principal no constituye un régimen de seguridad social directamente regulado por la ley y, por consiguiente, excluido del ámbito de aplicación del artículo 119, y que las prestaciones concedidas a los empleados en virtud del régimen objeto de litigio constituyen un beneficio pagado por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, con arreglo al párrafo 2 del artículo 119». También, en el asunto *Barber*, se expresó en positivo que «las pensiones pagadas por los planes convencionalmente excluidos del régimen general constituyen, sin duda, gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo y, por consiguiente, están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado».

³² Sentencia de 9 de febrero de 1982, asunto 12/81, *Garland*.

³³ C-268/88, sentencia de 17 de mayo de 1990.

demnización por despido³⁴. Y también, en otras sentencias, la obligación de la empresa de continuar el pago del salario de un trabajador durante su enfermedad³⁵. Y la indemnización, en forma de permisos retribuidos o de retribución de horas suplementarias, de cursos de formación en los que se impartan conocimientos necesarios para la actividad de comités de empresa³⁶. Igualmente, y al estar basadas en la relación laboral, las gratificaciones que el empresario abona, en virtud de disposiciones legislativas o en razón de un contrato de trabajo, a una trabajadora durante su permiso de maternidad³⁷. O una denominada «gratificación por Navidad», la cual no puede dejar de pagarse a una trabajadora por el mero hecho de que esté disfrutando de un permiso parental³⁸.

A partir de este caudal de doctrina, resulta de particular importancia cómo se extiende el concepto «retribución» a los sistemas profesionales de Seguridad Social, de modo que, en la práctica, se produce una alternatividad entre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE y de la Directiva 79/7/CEE. Después del asunto *Barber*, hay que citar el muy relevante asunto *Beune*³⁹, que claramente sitúa en la órbita del art. 119 del Tratado de Roma y de la Directiva 75/117/CEE un régimen de Seguridad Social y de pensiones de funcionarios: «*un régimen de pensiones de la función pública, de las características del controvertido en el procedimiento principal, que está en función, esencialmente, del empleo que ocupaba el interesado, está vinculado a la retribución que obtenía este último y entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 119*». Por consiguiente, el mero hecho de que un sistema que se aplica directamente en un sector determinado, como en la función pública, resulte obligatorio o se regule en sus aspectos básicos por ley, no es suficiente para excluirlo del art. 157 TFUE y de la Directiva 2006/54/CE, si está financiado exclusivamente mediante aportaciones de las partes y es resultado de un proceso de concertación⁴⁰.

³⁴ «Por lo que se refiere en particular a las indemnizaciones concedidas al trabajador con ocasión de su despido, procede decir que éstas constituyen una forma de retribución a la que tiene derecho el trabajador en razón de su relación de trabajo, que le es pagada en el momento de cesar su relación de trabajo, que permite facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de la pérdida de su empleo y que le garantiza una fuente de ingresos durante el período de búsqueda de un nuevo trabajo. De ello se deduce que las indemnizaciones concedidas al trabajador con ocasión de su despido están comprendidas, en principio, dentro del concepto de retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado». Sobre este tema también se pronunció la sentencia resolutoria del asunto *Seymour-Smith* (1999).

³⁵ Sentencia de 13 de julio de 1989, asunto 171/88, *Rinner-Kühn* y sentencia de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03, *McKenna*.

³⁶ Sentencia de 4 de junio de 1992, asunto C-360/90, *Bötel*.

³⁷ Sentencia de 13 de febrero de 1996, asunto C-342/93, *Gillispie*, sentencia de 27 de octubre de 1998, asunto C-411/96, *Boyle* y sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto *Abdoulaye*, cit.

³⁸ Sentencia de 21 de octubre de 1999, asunto C-333/97, *Lewen*.

³⁹ Asunto C-7/93, sentencia de 28 de septiembre de 1994.

⁴⁰ Expresa esta sentencia que «*un plan de pensiones que es el resultado de una concertación entre interlocutores sociales y que está exclusivamente financiado por los trabajadores y los empresarios del sector de que se trata, sin ninguna intervención financiera de carácter público, está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 119, aunque los poderes públicos, a petición de las organizaciones patronales y sindicales interesadas, hayan declarado el régimen obligatorio para todo el sector profesional*».

Finalmente, todo este caudal de doctrina en torno a los sistemas profesionales y complementarios —en los que interviene el empresario— de Seguridad Social fue elevado a rango normativo por la propia Directiva 2006/54/CE, la cual, en sus arts. 5 ss., establece unas muy concretas reglas cuyo comentario se omite en estas páginas.

VI. Las justificaciones de la discriminación indirecta

Se trata ahora de analizar la salvedad del art. 2, que excluye la discriminación indirecta pese a que se le cause una desventaja particular a alguien en relación con las personas del otro sexo. A este asunto también ha prestado relativa atención el TJU, mediante el establecimiento de ciertos criterios los cuales, si bien no cierran de modo definitivo la cuestión, sí que aportan claras pistas orientativas. Puede citarse, en este sentido, la importante doctrina del asunto *Bilka* (1986). Parte de la idea de que el juez nacional es el único órgano competente para determinar si los motivos expresados por un empresario pueden ser considerados como razones económicas objetivamente justificadas. Ahora bien, añade, introduciendo criterios interpretativos, «cuando el Juez nacional constate que los medios elegidos por *Bilka* responden a una efectiva necesidad de la empresa, son idóneos para alcanzar el objetivo que ésta persigue y son necesarios a tal fin, la circunstancia de que las medidas de que se trate afecten a un número muy superior de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos no será suficiente para llegar a la conclusión de que implican una infracción del artículo 119».

A este pronunciamiento han seguido otros con orientaciones algo más precisas. Debe citarse, en primer lugar, el asunto *Danfoss* (1989). Además de atribuir la carga de la prueba a la empresa si el sistema retributivo adolece de falta de transparencia, enuncia interesantes criterios sobre la antigüedad, la formación profesional y la flexibilidad. El tema de la antigüedad enseguida habrá que retomarlo. En el de la formación profesional, admite que puede perjudicar a un número más alto de mujeres, por sus dificultades para trabajar a tiempo completo. No obstante, reconoce que «el empresario puede justificar la retribución de una formación profesional especial, demostrando que ésta reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador». Y, en cuanto al de la flexibilidad, llega a una conclusión similar, pero a partir de una hipótesis distinta, pues su impacto adverso entre las mujeres trabajadoras, como criterio de diferencia retributiva, es no ya una posibilidad sino una probabilidad⁴¹.

⁴¹ Argumenta al respecto el Tribunal: «si se entiende referido a la adaptabilidad del trabajador a horarios y lugares de trabajo variables, el criterio de la flexibilidad también puede ir en perjuicio de los trabajadores femeninos, quienes, por razón de las tareas domésticas y familiares de las que a menudo tienen la responsabilidad, tienen menos facilidad para organizar su tiempo de trabajo de un modo flexible como los trabajadores masculinos».

Más tarde, en el asunto *Enderby* (1993) expresa algunas ideas sobre otras razones empresariales. La sentencia, después de no considerar como justificación suficiente —como antes ya he apuntado— la circunstancia de que las condiciones de trabajo de la parte demandante y del tercero de comparación se regularan en convenios colectivos distintos, admite que la situación del mercado de trabajo puede constituir un argumento suficiente para mantener una diferencia salarial: *«la situación del mercado de trabajo, que puede llevar a un empleador a incrementar la retribución de un trabajo concreto para atraer candidatos al mismo, puede ser una de las razones económicas objetivamente justificadas a efectos de la jurisprudencia antes citada. La determinación del alcance exacto de un factor de este tipo en las circunstancias de cada caso requiere una apreciación de los hechos y, por consiguiente, es competencia del órgano jurisdiccional nacional»*. Se trata de un argumento de interés, que no ha vuelto a expresarse con posterioridad por el Tribunal, pero que merecería un mayor análisis. Porque el mercado de trabajo está, sin duda alguna, profundamente condicionado por criterios de segregación laboral y por estereotipos. Dar por buena sin mayor aparato crítico la justificación esgrimida en términos de mercado puede suponer renunciar a la postre a dar la batalla contra muchas de las discriminaciones sistémicas que sufren las mujeres.

Particular interés ha tenido la justificación de la pertinencia del criterio de la antigüedad. El impacto adverso en las mujeres ya lo expresó el asunto *Danfoss* como una hipótesis⁴². Pero, en una argumentación breve, admitió que la empresa no necesitaba justificar por qué la tenía en cuenta, en estos términos: *«como la antigüedad es paralela con la experiencia y ésta, en general, coloca al trabajador en la situación de cumplir mejor sus tareas, el empresario puede retribuirla sin tener que demostrar la importancia que reviste para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador»*. Años más tarde, la misma cuestión, aunque con perfiles distintos, volvió al TJU, en el asunto *Cadman*⁴³. En ella, desde luego, se reitera la doctrina sobre que no es necesaria esta justificación concreta de que se pague la antigüedad, pese a su carácter posiblemente lesivo hacia las trabajadoras en términos comparativos. Pero se añade algo más, pues pueden existir situaciones —las cuales deben ser evaluadas por el órgano jurisdiccional interno— en las que el empresario haya de justificar de forma circunstanciada la utilización del criterio de la antigüedad, si la parte demandante aporta datos que hagan surgir dudas fundadas de que resulte ese criterio idóneo para el desempeño concreto de las tareas encomendadas. Si así sucede, *«incumbe entonces al empresario acreditar que aquello que es cierto por regla general, a saber, que la antigüedad va de*

⁴² *«Es posible que pueda, igual que el de la formación profesional, redundar en un trato menos favorable para los trabajadores femeninos que para los masculinos en la medida en que las mujeres han entrado más recientemente que los hombres en el mercado de trabajo o sufren con más frecuencia una interrupción de su carrera»*.

⁴³ C-17/05, sentencia de 3 de octubre de 2006.

la mano con la experiencia y que ésta coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, lo es también en lo que atañe al puesto de trabajo de que se trata».

Esta doctrina judicial reviste un especial interés en el ámbito español, si se tiene en cuenta que las connotaciones tendencialmente perjudiciales para las mujeres del plus de antigüedad se incrementan, a causa de las características del mercado de trabajo interno, que sólo más tardíamente y con menor intensidad las ha incluido. Ellas, además, se exponen a más interrupciones en sus carreras profesionales a causa de la deficiente oferta de servicios públicos de cuidado y de las muy mejorables instituciones legales de conciliación de la vida familiar y laboral que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Y también es interesante porque sale al paso de ciertas opiniones que, con recurso evidente a técnicas de uso alternativo del derecho, habían expresado el carácter discriminatorio del complemento de antigüedad, a fin de eliminarlo de aquellas normas convencionales en las que encontraban fuertes resistencias a su supresión desde el banco social.

VII. Conclusión

Después de este análisis de doctrina del TJU, huelga describir la del Tribunal Constitucional español. En realidad, nada aporta con carácter adicional, básicamente porque todos los pronunciamientos relevantes relativos a discriminación retributiva datan de los años 90⁴⁴. Más bien habría que plantear una serie de comentarios valorativos acerca del escaso número de sentencias que, tanto en el ámbito de la doctrina judicial ordinaria como constitucional, se dictan en esta materia. Esta escasez es símbolo inequívoco de que los mecanismos de efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo, introducidos con la Directiva 2002/73/CE —y en el ámbito interno, por la LO 3/2007— no están funcionando verdaderamente. Sobre todo, porque los organismos públicos y privados en defensa de los derechos de la mujer y las organizaciones sindicales no están cumpliendo con su papel. Las figuras procesales de la legitimación ampliada o del coadyuvante no se están utilizando. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social no está planteando demandas de oficio y las autoridades laborales no impugnan directamente los convenios colectivos por discriminación bajo ningún concepto. Casi siempre a causa de una muy mal entendida responsabilidad política. Evidentemente, las mujeres víctimas de la discriminación retributiva no litigan porque están solas, aisladas y no tienen acceso a los datos que

⁴⁴ Fundamentalmente, SSTC 145/1991, de 1 de julio, 58/1994, de 28 de febrero, 286/1994, de 27 de octubre, 147/1995, de 16 de octubre, y 250/2000, de 30 de octubre. En unas se concede el amparo y en otras se deniega. Incluso, en algún caso —el de la última sentencia— con la singularidad de un voto concurrente.

sustenten sus posibles demandas. Ni siquiera les está dado ser conscientes de la discriminación de que son objeto. Además, en épocas económicamente desfavorables y recesivas, incluso se incurre en la difamación de este tipo de pretensiones, como si fueran superfluas. En fin, basta comprobar dónde se han planteado las cuestiones prejudiciales que ha tenido que resolver el TJU y qué partes litigantes y coadyuvantes comparecían en los procedimientos principales para percibir nuestra muy precaria situación.

Dejando al margen estos problemas, el análisis técnico y descripción rigurosa de las sentencias aporta proximidad a los conceptos jurídicos y a la doctrina, pero les resta algo de reflexión general. Ésta consiste, como es obvio, en que las discriminaciones retributivas no constituyen hechos aislados y desviados de la normalidad, sino que son pautas de comportamiento muy arraigadas socialmente, por muchas de las causas que se anotaron al escribir los «presupuestos» de este artículo. La mayoría de los casos comentados —cuyas resultancias fácticas se han ahorrado a quien lea estas páginas— ponen de relieve prácticas intencionadas o no, pero que en la mayoría de las ocasiones pueden identificarse como claramente perjudiciales para las mujeres. Con tales prácticas, el resultado final es obvio, en términos de quién va a ganar más y quién va a ganar menos. Quiere decirse con ello, como he escrito en el título de este trabajo, que la discriminación retributiva de la mujer es sistémica y paradigmática. Que se debe a unas reglas formales e informales perfectamente identificables, pero cuya remoción implica un claro cambio en los valores sociales, los cuales, quiérase o no se quiera, han albergado que haya los que cobran más y las que cobran menos.

Por último, el estilo de este artículo ha desaconsejado la cita de la doctrina científica. Pero es necesario, para acabar, remitir a estudios mucho más elaborados, que entre nuestras autoras los hay, y muy buenos (así, Quintanilla Navarro, B., 1996 y Saldaña Valderas, E., 2004).

Bibliografía recomendada

- QUINTANILLA NAVARRO, B. (1996): *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- SALDAÑA VALDERAS, E. (2004): *Discriminación retributiva en función del género*, Mergablum, Sevilla.