

*DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA
POR RAZÓN DE SEXO.
DISCRIMINACIÓN SISTÉMICA*

Emakunde, 28 mayo 2018

Jaime Cabeza Pereiro

jcabeza@uvigo.es

Los orígenes en el Tratado de Roma

El art. 119 del Tratado CEE. Trabajo igual.

La Directiva 75/117/CEE, “para construir el mercado común”. Trabajo de igual valor.

Principio básico y eficacia directa horizontal. Asunto *Defrenne II* (1976). Carácter *self-executing* del art. 119 del Tratado de Roma.

Desarrollo de una jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo bastante importante. Algunos hitos:

Ciertas sentencias de importancia en esta materia

Asunto 96/80, *Jenkins*, sentencia de 31 marzo 1981. Trabajo a tiempo parcial.

Asunto C-237/85 *Rummler*, sentencia de 1 julio 1986. Esfuerzo o carga muscular.

Asunto C-109/88, *Danfoss*, sentencia de 17 octubre 1989. Transparencia retributiva.

Asunto C-127/92, *Enderby*, sentencia de 27 octubre 1993. No importa que sea diferente el convenio colectivo aplicable. Criterio de la escasez de candidatos y de la necesidad de atraerlos. Logopedas frente a farmacéuticos y psicólogos clínicos.

Asunto C-342/93, *Gillespie*, sentencia de 13 febrero 1996. Revisión salarial a lo largo del permiso por maternidad.

Asunto C-167/97, *Seymour Smith y Laura Pérez*, sentencia de 9 febrero 1999. Indemnización por despido y prueba estadística.

Asunto C-17/05, *Cadman*, sentencia de 6 octubre 2006. La legitimidad del complemento de antigüedad, si su impacto no es desproporcionado en contra de las mujeres. En principio, el empresario no está obligado a justificarlo.

Asunto C-427/11, *Kenny*, sentencia de 28 febrero 2013. Sobre el trabajo de igual valor. Funcionarias administrativas de la Policía Nacional frente a Policías adscritos a funciones administrativas reservadas a ellos. El interés por mantener unas buenas relaciones laborales.

Desarrollo de la no discriminación por razón de sexo como una política social autónoma de la UE

Actual 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, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

Elevación de rango desde la idea originaria de la Directiva 75/117/CEE, basada en la construcción del mercado común.

Art. 21 de la CDFUE: *No discriminación 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*

Art. 23 de la CDFUE. *Igualdad entre hombres y mujeres.- La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado.*

Art. 157 TFUE (anterior art. 119 del Tratado de Roma)

- 1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.*
- 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.*
- 3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.*
- 4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.*

La Directiva 2002/73/CE, de modificación de la Directiva 1976/207/CEE

El asunto de la efectividad de la normativa de la UE. La puesta en marcha de las disposiciones horizontales.

La aparición expresa de los conceptos de discriminación directa e indirecta.

La codificación con la Directiva 2006/54/CE:

- De la Directiva 1975/117/CEE.
- De la Directiva 76/207/CEE.
- De la Directiva 1997/80/CE.

RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia (2014/124/UE)

“Facilita orientaciones a los Estados miembros para ayudarlos a aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igualdad de retribución, con el fin de luchar contra las discriminaciones en materia de retribución y contribuir a hacer frente a la persistente diferencia de retribución entre hombres y mujeres”.

Ahora bien, por su lenguaje imperativo, se diría que es algo más que una recomendación.

En torno al concepto de trabajo de igual valor

Punto 10 de la Recomendación:

En consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Estados miembros deberán precisar en su legislación el concepto de «trabajo de igual valor». El valor del trabajo deberá evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión.

Proposición de Ley de Unidos Podemos: art. 28 ET: “A tal efecto, el valor del trabajo deberá evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad así como cualquier otro factor estrictamente relacionado con las capacidades del trabajador y con las condiciones en que se desarrolla el trabajo”.

Sistemas de evaluación y clasificación de los empleos: Puntos 11 y 12 de la Recomendación:

11. Los Estados miembros deberán promover el desarrollo y uso de sistemas de evaluación y clasificación de empleos no sexistas, en particular en su calidad de empleadores del sector público, con el fin de evitar o detectar y abordar posibles discriminaciones salariales basadas en escalas salariales sexistas. En concreto, deben animar a los empresarios y a los interlocutores sociales a introducir sistemas de evaluación y clasificación de empleos no sexistas.

12. Por lo que se refiere a los sistemas de evaluación y clasificación de empleos no sexistas, se anima a los Estados miembros a basarse en el anexo 1 del documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE.

Transparencia salarial. Punto 2

“Los Estados miembros deben alentar a los empleadores públicos y privados y a los interlocutores sociales a que adopten políticas de transparencia sobre la composición y las estructuras salariales. Deben establecer medidas específicas para promover la transparencia salarial. En particular, estas medidas deben incluir una o varias de las acciones contempladas en los puntos 3 a 6 con un enfoque adaptado a la situación nacional específica”.

Derecho de los empleados a obtener información sobre los niveles salariales (puntos 3 y 4).

3. *“Los Estados miembros deben establecer medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar que los empleados puedan solicitar información sobre los niveles salariales, desglosada por género, para las categorías de trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Esta información deberá incluir los componentes variables o complementarios además del sueldo base fijo, tales como los pagos en especie y la participación en los beneficios”.*

4. *“Los Estados miembros deben establecer medidas que garanticen que los empleadores de empresas u organizaciones con al menos 50 trabajadores informen periódicamente a los trabajadores, a los representantes de los trabajadores y a los interlocutores sociales de la remuneración media por categoría de trabajador o puesto, desglosada por sexos”.*

Auditorías

Auditorías salariales

5. “Los Estados miembros deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar que se realicen auditorías salariales en las empresas u organizaciones que empleen al menos a 250 trabajadores. Dichas auditorías deberían incluir un análisis de la proporción de mujeres y hombres en cada categoría de trabajadores o puestos, un análisis del sistema de evaluación y clasificación de empleos e información detallada sobre los salarios y las diferencias salariales por razón de género. Estas auditorías deberían ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores y de los interlocutores sociales, a petición de estos”.

DISPOSICIONES HORIZONTALES (DE LA RECOMENDACIÓN)

Organismos de fomento de la igualdad

13. Los Estados miembros deberán velar por que las competencias y mandatos de sus organismos nacionales de fomento de la igualdad cubran cuestiones relacionadas con la discriminación salarial por razón de género, y en particular las obligaciones de transparencia. En su caso, los Estados miembros deberían dar a estos organismos el derecho a acceder a la información y auditorías contemplados en los puntos 4 y 5 de la presente Recomendación.

14. Los Estados miembros deberán reducir las barreras procedimentales para que los casos de igualdad de retribución puedan ser llevados a los tribunales, permitiendo a los organismos de fomento de la igualdad representar a los individuos en casos de discriminación salarial.

15. Los Estados miembros deberán garantizar una mayor cooperación y coordinación entre los organismos nacionales de fomento de la igualdad y los organismos nacionales con funciones de inspección en el mercado de trabajo.

ALGUNAS REGLAS DE DERECHO INTERNO

Art. 96 LRJS: 1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Art. 95.3: 3. Cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso, el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes.

LOI

Art 12. Tutela judicial efectiva.

1. Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

2. La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos (...).

Art. 13. Prueba.

1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

(...)

IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

Art. 165. 1. La legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, por los trámites del proceso de conflicto colectivo corresponde:

“a) Si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito. A los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, están también legitimados el Instituto de la Mujer y los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas”.

Por supuesto, las organizaciones sindicales cuentan con legitimación.

Y ¿por qué no funciona el art. 90.6 ET?

PROCESO DE OFICIO

Art. 148.- El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia (...)

c) De las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Artículo 11 bis Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres

- 1. Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.*
- 2. Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.*
- 3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.*

Situación real

Pocas reclamaciones, muy excepcionales.

Jurisprudencia muy anecdótica. En la práctica, no se ha avanzado demasiado desde las SSTC 145/1991 y 286/1994.

No se detectan apenas reclamaciones individuales, salvo temas muy concretos.

Los mecanismos de tutela de la no discriminación retributiva no han funcionado.

Es importante y urgente atender a las Recomendaciones de la Comisión.