

Medidas supranacionales contra la discriminación sexual. Igualdad salarial y de trato en la Unión Europea

Ingeborg HEIDE*

El Tratado de Roma dio su configuración inicial al designio de una Europa unida hace más de cuatro decenios y hoy en día se han materializado muchas de las esperanzas de una prosperidad y una justicia social mayores y una paz duradera que en él se expresaron. Ha sucedido así porque, desde el comienzo, la comunidad no se concibió como un concepto estático sino dinámico, susceptible de cambios mediante modificaciones del Tratado de Roma – su principal basamento jurídico – y la promulgación de medidas legislativas derivadas de él. Habiéndose desarrollado en este contexto, la legislación europea en materia de igualdad ha tenido importantes repercusiones en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros y comparte el singular carácter supranacional del conjunto de la legislación europea. Ampara a los trabajadores de todos los Estados miembros (comprendidos los departamentos ultramarinos franceses, las Azores, Madeira, Gibraltar y las islas Canarias) y también es aplicable a las relaciones laborales existentes fuera de la Unión si las dos partes en una relación de trabajo residen en la misma y se produce en ella un acto discriminatorio que deba corregirse. Su ámbito de aplicación podrá extenderse aún más en breve, conforme los posibles nuevos miembros de la Unión – en concreto, la República Checa, Estonia, Hungría, Polonia, Eslovenia, Malta y Chipre – transpongan a sus ordenamientos nacionales todo el acervo comunitario, es decir, el conjunto de derechos y obligaciones comunes que se aplican a todos los Estados miembros.

Pues bien, ni los ciudadanos en general ni, incluso, muchos jurisperitos están suficientemente familiarizados con la legislación europea acerca de la igualdad, hasta el punto de haberse determinado que uno de los motivos principales de la relativa escasez de pleitos en la materia es el desconocimiento de sus

* Oficina para la Igualdad de Género, OIT, Ginebra. Asignada en comisión de servicio por el Ministerio Federal de Trabajo de Alemania.

nociones y ámbito de aplicación¹. Los trabajadores poseen un escasísimo conocimiento de los derechos que les otorga, sobre todo por lo que se refiere a las formas menos transparentes de desigualdad, como la discriminación indirecta, pero la evolución habida en los últimos años atestigua que cada vez está más arraigada la convicción de que «Europa cuenta». No ha cesado de aumentar el número de denuncias remitidas al Tribunal de Justicia Europeo para que se pronuncie con carácter prejudicial, y las actuaciones de este órgano jurisdiccional sientan doctrina acerca de la interpretación de la legislación europea en las demandas planteadas ante los tribunales nacionales. Los magistrados, los abogados y demás especialistas han adquirido, evidentemente, más conciencia de que la legislación europea puede tener importancia en esos litigios, aunque su efectividad práctica varía según el Estado miembro de que se trate². En 1999, había pendientes no menos de veintinueve pronunciamientos prejudiciales, sobresaliendo por el número Alemania y Reino Unido, con once y seis asuntos respectivamente³.

En este artículo expondremos cómo ha coadyuvado la legislación europea a promover la igualdad entre las mujeres y los hombres. Empezaremos por explicar a grandes rasgos la evolución y el funcionamiento de los instrumentos europeos pertinentes, a fin de situar la legislación en materia de igualdad en el contexto histórico más general de la política social, la legislación y la aplicación y la observancia de la ley en el territorio de la Unión Europea. Después haremos una selección de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, centrándonos en la igualdad de remuneración y de trato en el trabajo⁴. Por ser la legislación europea sobre igualdad un campo jurídico tan vasto, no tratare-

¹ Véase Judith Blom, Barry Fitzpatrick, Jeanne Gregory, Robert Knegt y Ursula O'Hare: *The utilisation of sex equality litigation procedures in the Member States of the European Community: A comparative study*, documento V/782/96-EN (Bruselas, Comisión Europea, 1995); acerca de los procedimientos nacionales de recurso a los tribunales, véase también Barry Fitzpatrick, Jeanne Gregory y Erika Szyszczak: *Sex litigation in the Member States of the European Community: A comparative study*, documento V/407/94-EN (Bruselas, Comisión Europea, 1993).

² Véase una panorámica comparada de los litigios por motivos de igualdad de los distintos Estados miembros en Comisión Europea: *Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea: Informe anual 1996*, CE 98-96-566-ES-C (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997).

³ Véase *Equality Quarterly News* (http://europe.eu.int/comm/dg05/equ_opp/index_en.htm), núm. 1/99, invierno de 1999.

⁴ Los fallos del Tribunal de Justicia Europeo han provocado con frecuencia debates enconados y han dado lugar al correspondiente número considerable de publicaciones. Ante la gran cantidad de bibliografía secundaria aparecida en todos los Estados miembros, las citas recogidas en este artículo se limitan fundamentalmente a fuentes originales o comparadas y a publicaciones de las instituciones de la Unión Europea de fácil consulta. La lista más exhaustiva de publicaciones probablemente sea la *Bibliografía de la integración europea* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas) (desde 1995). Una selección excelente de escritos sobre los campos social y de la igualdad figura en la obra dirigida por Hans Von der Groeben, Jochen Thising y Claus-Dieter Ehlermann: *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag* (Baden-Baden, Fünfte neubearbeitete Anflage, 1999), págs. 3/903-3/915 y 3/1192-3/1198. Véanse igualmente *Women's rights and the Maastricht Treaty on European Union* y *Women's rights and the Treaty of Amsterdam*, documentos de trabajo del Parlamento Europeo, colección «Los derechos de la mujer», núms. 10/94 y 5/98, respectivamente, y, de carácter más general, en Internet: <<http://europe.eu.int/comm/dg05>>.

mos otras cuestiones de importancia, ya sea porque convendría abordarlas por separado, ya sea porque se refieren a ellas instrumentos recientes que todavía no están en vigor o no han alcanzado suficiente pertinencia práctica. Así, sólo nos referiremos brevemente al permiso parental y al trabajo a tiempo parcial, que fomentan la igualdad entre los sexos en un sentido amplio. De igual modo, la legislación y la jurisprudencia sobre los regímenes de seguridad social de ámbito general y empresarial se tratarán únicamente en el contexto de la igualdad de remuneración⁵ y sólo examinaremos la protección de la maternidad a propósito de los procedimientos legislativos y la discriminación directa.

De Roma a Amsterdam: De la Europa económica a la Europa social

En puridad, la Unión Europea es jurídicamente el órgano constituido por el Tratado de la Unión Europea (UE). Carece de antecedentes históricos y todavía no se ha definido clara ni plenamente su condición jurídica. No es un Estado, sino un órgano *supranacional* que se «basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros» (apartado 1 del artículo 6 de la UE)⁶. Está investido de soberanía, potestades legislativas, jurisdicción y mecanismos para hacer aplicar la ley, si bien, en muchos aspectos, su intervención requiere el acuerdo de los Estados miembros. Consta de varias instituciones: una Comisión, que propone y supervisa la legislación europea; un Consejo, con potestades legislativas, formado por ministros de los países; un Parlamento Europeo⁷; un Tribunal de Justicia; y

(viene de la página anterior)

Los asuntos fallados por el Tribunal de Justicia Europeo que se examinan en este artículo aparecen indicados y resumidos en: Comisión Europea: *Manual sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea*, segunda edición (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1999). Se puede consultar más información sobre las actuaciones del Tribunal en: <<http://curia.eu.int/es>>.

⁵ Véase, por ejemplo, Karl-Jürgen Bieback: *Indirect sex discrimination within the meaning of Directive (CE) 79/7 in the social security law of the EC Member States*, documento V/1333/96-EN (Bruselas, Comisión Europea, 1996).

⁶ Por no existir un sistema de citas uniforme, seguiremos el fijado por el Tribunal de Justicia Europeo en su comunicado de prensa núm. 57/99, de 30 de julio de 1999 (<http://curia.eu.int/es/cp/index.htm>). Así pues, haremos referencia al texto de los artículos anteriores al 1.º de mayo de 1999 (fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam) mencionando «Tratado UE» o «Tratado CE» (también llamado «Tratado CEE»); en cambio, «UE» o «CE» denotará el tenor de los artículos a partir de esa fecha. Una de las modificaciones instauradas por el Tratado de Amsterdam fue reenumerar los títulos, secciones y artículos del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Los artículos citados a continuación aparecen numerados conforme a la nueva versión refundida del Tratado de Amsterdam, salvo que se haga referencia a una versión anterior. Las equivalencias entre las dos numeraciones se mencionan en la mayoría de los casos. Se entenderá que las referencias a «el Tratado» lo son al Tratado de Roma fundacional, modificado en su momento.

⁷ Por su papel esencialmente pasivo, no cabe considerar que el Parlamento Europeo sea realmente un órgano legitimador de la Unión Europea; el Tratado de Amsterdam lo reforzó, pero sigue careciendo de potestad para incoar medidas legislativas.

un Tribunal de Cuentas. Elemento fundamental del funcionamiento de la Unión es el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por el que se rigen sus funciones legislativa y de ejecución de la ley.

Antecedentes y marco legislativo

El Tratado de Roma⁸, por el que se constituyó la Comunidad Económica Europea, se centró en la creación de un mercado único y en las cuestiones afines de carácter social. Como no todas las partes convinieron en asumir un empeño más firme respecto de una Europa *social*, inicialmente se instauró «sólo» la Comunidad *Económica* Europea. El capítulo del Tratado consagrado a la política social fue, pues, fruto de un compromiso entre los principales países enfrentados a propósito de esta cuestión, Alemania y Francia, el segundo de los cuales estaba a favor de un mayor empeño social⁹. Ahora bien, en el artículo 117 del Tratado CEE (actualmente, artículo 136 CE) se dejaba claro que en lo fundamental se esperaba que el progreso social fuese una consecuencia secundaria del crecimiento económico. Cualquier medida legislativa que al respecto se promulgase debería serlo a tenor de lo dispuesto en otras cláusulas concretas del Tratado, por ejemplo, la relativa a la libertad de desplazamiento de los trabajadores¹⁰. La legislación sobre ulteriores cuestiones sociales se dejaba como una tercera y última instancia¹¹. La discrepancia de pareceres en torno a la política social persistió y ha predominado en todos los debates sobre posibles modificaciones del Tratado y sobre las medidas legislativas, comprendidos los aspectos relativos a la igualdad, situación que ha hecho que las facultades de la Comunidad Europea acerca de las cuestiones sociales hayan permanecido restringidas, pues todos los actos jurídicos requieren la existencia de potestad basada en un artículo del Tratado y la observancia del principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 3b del Tratado CE (actualmente, artículo 5 CE). Pues bien, a pesar de la renuencia general a perseguir unas políticas sociales comunes, se incorporó al Tratado original una cláusula esencial sobre igualdad de remuneración para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, el artículo 119 del Tratado CEE (actualmente, artículo 141 CE).

Aunque formaba parte del capítulo de disposiciones sociales del Tratado, esta cláusula no se incluyó con miras a promover la justicia social; antes bien, lo fue porque algunos de los Miembros fundadores ya habían ratificado el Con-

⁸ El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea fue sellado por Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos el 25 de marzo de 1957, y entró en vigor el 1.º de enero de 1958. La Comunidad se amplió posteriormente con la adhesión de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda (1973), Grecia (1981), España y Portugal (1986), Austria, Finlandia y Suecia (1995).

⁹ Acerca de la historia del capítulo social, véase Hans Von der Groeben, Jochen Thiesing y Claus-Dieter Ehlermann (directores), *op. cit.* (nota 4), págs. 3/926-3/986.

¹⁰ Artículo 39 CE (antes, artículo 48 del Tratado CEE).

¹¹ Artículo 117, apartado 2, del Tratado CEE.

venio de la OIT sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)¹², en el que se insta a promover el principio de «igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor» (artículo 2). Francia, concretamente, temía que ello entrañase una desventaja competitiva para sus industrias e insistió en que se incluyese esa cláusula¹³. Ahora bien, en sus sentencias posteriores, el Tribunal de Justicia Europeo atribuyó gran importancia a la disposición, recalcando sus objetivos sociales, pese a lo que acabamos de decir acerca de por qué llegó a adoptarse¹⁴.

Durante sus tres primeros decenios, la Comunidad se dedicó principalmente a construir el mercado interno, y la política social estuvo relegada por lo general a un papel secundario, a pesar de lo cual en los años setenta y ochenta se promulgaron importantes medidas legislativas sobre igualdad de remuneración y de trato en el empleo y sobre los regímenes de seguridad social. Conforme avanzaba la liberalización de los mercados, fue ganando terreno la convicción de que había que impulsar el proceso legislativo y reforzar la influencia del Parlamento Europeo. Ante los cambios acaecidos en el entorno económico, político y social, se modificó el Tratado en tres ocasiones para facilitar, ahondar y ampliar la política de la Comunidad¹⁵, iniciándose este proceso en un campo vinculado estrechamente a los costos de producción: la seguridad y la higiene laborales. El Acta Única Europea de 1987¹⁶ implantó la posibilidad de adoptar unas normas mínimas para mejorar el entorno laboral por mayoría de votos en el Consejo – siendo así que hasta entonces se exigía la unanimidad en todas las cuestiones sociales – y en cooperación con el Parlamento¹⁷. De ese modo, se sentaron las bases para la adopción de la Directiva 92/85/CEE sobre protección de la maternidad.

En diciembre de 1989, todos los Estados miembros, salvo el Reino Unido, formularon una declaración política mediante la «Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores», en la que recalcaron que el mercado único debe beneficiar por igual a trabajadores y empleadores. Aunque no era jurídicamente vinculante, la Carta selló el compromiso político de hacer una codificación más profunda de distintas cuestiones, entre ellas la igualdad entre las mujeres y los hombres y las responsabilidades familiares. Siguió a la

¹² Bélgica había ratificado el Convenio el 23 de mayo de 1952; Francia, el 10 de marzo de 1953; Alemania e Italia lo habían hecho el 8 de junio de 1956.

¹³ Véase Hans Von der Groeben, Jochen Thiesing y Claus-Dieter Ehlermann (directores), *op. cit.* (nota 4), págs. 3/1207 y ss.

¹⁴ Desde su famoso fallo *Defrenne II* sobre el asunto 43/75, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.* (nota 4), págs. 13 y 14 (véase *infra*).

¹⁵ Más información en Emil J. Kirchner: «The social framework of the European Union», en *European Union Encyclopaedia and Directory 1996*, segunda edición (Londres, Europa, 1996), págs. 140-144.

¹⁶ Firmada el 17 de febrero de 1986, en vigor desde el 1.º de julio de 1987, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (de aquí en adelante *DO*), núm. L/169, 29-6-1987.

¹⁷ Conforme a este procedimiento, se consulta por dos veces al Parlamento Europeo, el cual puede reconsiderar decisiones después de que el Consejo de Ministros haya alcanzado una «posición común». Véase el artículo 118A del Tratado CEE (actualmente, artículo 138 CE) y el artículo 189C del Tratado CEE (actualmente, artículo 252 CE).

declaración el Acuerdo sobre la Política Social anejo al Tratado de Maastricht de 1992¹⁸, que modificó considerablemente el Tratado de Roma y le cambió el nombre, denominándolo «Tratado constitutivo de la Comunidad Europea» (Tratado CE). En concreto, el Tratado CE instauró un nuevo mecanismo legislativo de *codecisión*¹⁹ por el que se reforzaron las atribuciones legislativas del Parlamento, aunque no se aplicasen todavía a la política social. Ahora bien, el Acuerdo sobre la Política Social amplió el ámbito de la adopción de decisiones mediante voto por mayoría cualificada, que pasó de abarcar únicamente la seguridad y la higiene en el trabajo a cuestiones normativas polémicas como la igualdad entre el hombre y la mujer en el terreno de las oportunidades laborales y las condiciones de trabajo. Para promulgar medidas legislativas sobre seguridad social y protección social, empero, siguió siendo requisito indispensable la unanimidad del Consejo, en consulta con el Parlamento. Se fortaleció el diálogo social mediante un procedimiento singular de participación de los interlocutores sociales en el proceso legislativo²⁰. En virtud del artículo 6 del Acuerdo sobre la Política Social, se facultó a los Estados miembros para mantener o adoptar «medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales». Ello no obstante, el Tribunal de Justicia Europeo fijó límites rigurosos a la discriminación positiva en su importante fallo en el asunto *Kalanke* (véase *infra*).

Al entrar en vigor el Tratado de Amsterdam²¹, en mayo de 1999, se inscribieron estas disposiciones en el capítulo de disposiciones sociales, revisado, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea²². La discriminación positiva está reconocida en la actualidad – aunque aún están por verificarse sus límites – en el cuarto apartado del artículo 141 CE. Su tercer apartado confiere a la

¹⁸ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, en vigor desde el 1.º de noviembre de 1993. Como el Reino Unido no era parte en el Acuerdo sobre la Política Social, se consideró por lo común que se trataba de un instrumento de carácter internacional, no supranacional.

¹⁹ Véase el artículo 189B del Tratado CEE (actualmente, artículo 251 CE): gracias a este procedimiento, el Parlamento Europeo y el Consejo pueden elaborar conjuntamente leyes en determinados campos normativos; el Parlamento puede, por mayoría absoluta, rechazar propuestas relativas a esos campos.

²⁰ Este procedimiento agilizó notablemente la adopción de directivas sobre permiso parental (96/34/CE) y trabajo a tiempo parcial (97/81/CE). Acerca de estos instrumentos desde una perspectiva internacional, véase, respectivamente, «La licencia para el cuidado de los hijos», *RIT* (Ginebra), vol. 116 (1997), núm. 1, págs. 119-139, y «El trabajo a tiempo parcial, ¿libertad o trampa?», *RIT* (Ginebra), vol. 116 (1997), núm. 4, págs. 605-628.

²¹ Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1.º de mayo de 1999, *DO*, núm. 97/C 340/01.

²² Artículos 136 y siguientes CE. Más información en Berndt Schulte: «Juridical instruments of the European Union and the European Communities», en Wolfgang Beck, Laurent van der Maesen y Alan Walker (directores): *The social quality of Europe* (La Haya, Kluwer Law International, 1997), págs. 45-67; y en Suzanne Berthet: *L'Union Européenne et l'Organisation internationale du Travail* (Lyon, Universidad Jean Moulin, Lyon III, 1997).

Comunidad la facultad jurídica de adoptar «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», por voto mayoritario del Consejo en codecisión con el Parlamento. El artículo 13 CE modificado establece el procedimiento para arbitrar medidas contra la discriminación en terrenos distintos del empleo, comprendidas las medidas legislativas enderezadas a combatir la discriminación basada en la orientación sexual. De esta manera, se ha establecido un marco jurídico más firme, más amplio y más democrático a partir del cual poder actuar.

Aplicación y garantías de cumplimiento de la legislación europea en favor de la igualdad

La manera como se aplica la legislación europea depende de su forma y de su contenido. Se requiere la ratificación para los Tratados fundamentales de Roma, Maastricht y Amsterdam²³, pero no para las medidas legislativas promulgadas en virtud de ellos, es decir, los reglamentos y las directivas. Mientras que los reglamentos tienen fuerza jurídica directamente, sin necesidad de ninguna otra medida en el plano nacional, las directivas son vinculantes para todos los Estados miembros sólo por lo que hace a sus objetivos (véase el artículo 249 CE, antes artículo 189 del Tratado CEE). Así pues, cada Estado miembro puede, en principio, decidir con plena libertad cómo aplicar una directiva y, evidentemente, a todos ellos les interesa utilizar sus estructuras administrativas propias y ser ellos mismos quienes ejerzan la oportuna supervisión. Todos los instrumentos jurídicos relativos a la igualdad entre la mujer y el hombre consisten en directivas.

Todas las directivas en materia de igualdad (véase el recuadro 1) imponen a los Estados miembros el deber de velar por la supresión de cualesquiera disposiciones legislativas, reglamentarias o contractuales que no se ajusten al principio de igualdad, y por que exista un sistema judicial eficaz y los trabajadores conozcan sus derechos y no sean hostigados por reclamarlos. Así pues, los países deben modificar y ajustar sus normas o promulgar las leyes y los reglamentos pertinentes para poner en práctica el propósito de cada directiva. En el correspondiente proceso legislativo intervienen el Gobierno, el Parlamento, los Jefes de Estado y, a menudo, los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil, motivo por el cual todas las directivas conceden un plazo para aplicarlas y un período ulterior para presentar informes nacionales al respecto. Esos períodos varían y así, por ejemplo, en el caso de la Directiva sobre igualdad de retribución (75/117/CEE), el plazo fijado para su puesta en prácti-

²³ Denominados a veces «Tratados fundacionales», estos instrumentos son de carácter internacional, no supranacional.

Recuadro 1. Legislación sobre igualdad en la Comunidad (Económica) Europea

Directiva del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores y las trabajadoras (75/117/CEE), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DO)*, núm. L 45, 19-2-1975.

Directiva del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (76/207/CEE), *DO*, núm. L 39, 14-2-1976.

Directiva del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación gradual del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la seguridad social (79/7/CEE), *DO*, núm. L 6, 10-1-1979.

Directiva del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los planes empresariales de seguridad social (86/378/CEE), *DO*, núm. L 225, 12-8-1986, modificada por la Directiva de 20 de diciembre de 1996 (96/97/CE), *DO*, núm. L 46, 17-2-1997.

Directiva del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad profesional, incluso en la agricultura, en calidad de trabajadores autónomos, y acerca de la protección de las trabajadoras autónomas durante el embarazo y la maternidad (86/613/CEE), *DO*, núm. L 359, 19-12-1986.

Directiva del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (92/85/CEE), *DO*, núm. L 348, 28-11-1992.

Directiva del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (96/34/CE), *DO*, núm. L 145, 19-6-1996, y Directiva del Consejo de 15 de diciembre de 1997 por la que se modifica y amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (97/75/CE), *DO*, núm. L 10, 16-1-1998.

Directiva del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (97/80/CE), *DO*, núm. L 14, 20-1-1998.

Directiva del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (97/81/CE), *DO*, núm. L 14, 20-1-1998.

ca fue de un año²⁴, más dos años para presentar los informes nacionales; la Directiva sobre igualdad de trato (76/207/CEE) concedió 30 meses, más dos años para informar, y la Directiva sobre igualdad de trato en los regímenes generales de seguridad social (79/7/CEE), seis años y un año más. Si un Estado no transpone una directiva en su legislación nacional en el plazo fijado, ninguna persona podrá acogerse directamente a sus disposiciones, pero el Estado vendrá obligado a abonar una indemnización. En el asunto *Francovich y Bonifaci contra la República Italiana*, el Tribunal dictó la siguiente sentencia:

1. Las disposiciones de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que definen los derechos del empleado, deben interpretarse en el sentido de que las partes interesadas no pueden hacer valer sus derechos contra el Estado en los procesos ante los tribunales nacionales a falta de que se adopten las medidas de aplicación dentro del plazo prescrito.

2. Un Estado miembro tendrá la obligación de resarcir los daños y perjuicios sufridos por los particulares como resultado del incumplimiento en aplicar la Directiva 80/987/CEE (asuntos C-6/90 y C-9/90, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág.155)²⁵.

En sus sentencias posteriores a propósito del asunto *Dillenkofer y otros contra la República Federal de Alemania*²⁶, el Tribunal confirmó la responsabilidad del Estado por incumplimiento de una directiva, siempre y cuando se den las tres condiciones siguientes: a) el resultado prescrito por la directiva entrañe la concesión de *derechos a personas*; b) el contenido de esos derechos esté plasmado en las disposiciones de la directiva; y c) que exista un *nexo causal* entre el quebrantamiento de la obligación del Estado y el daño padecido por las partes lesionadas.

En el asunto *Salvatore Grimaldi contra Fondo de Enfermedades Profesionales*, el Tribunal dictaminó que, para interpretar la legislación comunitaria, habrá que tener en cuenta incluso las recomendaciones de la Comisión:

A la luz del párrafo quinto del artículo 189 del Tratado CEE, la Recomendación de la Comisión de 23 de julio de 1962 relativa a la adopción de la lista europea de enfermedades profesionales y la Recomendación 66/462 de la Comisión, de 20 de julio de 1966, relativa a las condiciones para conceder una compensación a las personas que padecieran enfermedades profesionales, no pueden conferir derechos por sí solas a los particulares que puedan

²⁴ Cuando se aprobó esta Directiva, el período de transición fijado al artículo 119 del Tratado CEE (actualmente, artículo 141 CE) había concluido más de trece años antes; la renuencia de la Comisión a hacer aplicarlo entre tanto provocó observaciones muy críticas del Tribunal de Justicia Europeo en su fallo relativo al asunto *Gabrielle Defrenne contra Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (Defrenne II)*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, págs. 13 y 14.

²⁵ Véanse además los asuntos C-46/93 y C-48/93, relativos a *Brasserie du Pêcheur*, en *European Court Recopilation 1996* (Luxemburgo), pág. I-1029. (Aparece igualmente en español: *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.*)

²⁶ Asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, *European Court Recopilation 1996*, pág. 4845.

ampararse en ellas ante los tribunales nacionales. Sin embargo, los tribunales nacionales tienen la obligación de tomar en consideración dichas recomendaciones para dirimir las controversias que se les presenten, en particular cuando pueden arrojar luz en la interpretación de otras disposiciones de Derecho nacional o comunitario (asunto C-322/88, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 150).

Tal vez este dictamen llevó a los jueces del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a sentar un precedente al remitirse al *Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual* (Recomendación 92/131/CE, emitida por la Comisión el 27 de noviembre de 1991) para dictaminar que las bromas repetidas de mal gusto con connotaciones sexuales, que, a juicio de la Comisión, son acoso sexual, constituían una falta grave del trabajador que justificaba su despido²⁷. Esta jurisprudencia puede llegar a ser de igual modo pertinente respecto de otras normas «cuasijurídicas», como las elaboradas por la Comisión con el fin de llevar a la práctica la igualdad de retribución entre mujeres y hombres.

En virtud del artículo 6 de la Directiva sobre igualdad de trato – y de disposiciones similares de otras directivas –, todos los Estados miembros «introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato [...] pueda hacer valer sus derechos por vía judicial después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes». En *Marguerite Johnston contra el Jefe de la Policía Real del Ulster* se planteó la cuestión de la interpretación del significado de este artículo²⁸. El asunto versaba sobre una disposición legislativa nacional invocada por el demandado para fundamentar una excepción a la prohibición general de discriminación que ningún tribunal ni otro órgano independiente podía revisar. En su fallo, el Tribunal de Justicia Europeo subrayó que el acceso a la justicia es un principio común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y que, además, se refieren a él los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 1951), motivo por el cual todas las personas que se consideren discriminadas en ese terreno deben poder recurrir a los tribunales y obtener reparación eficaz de ellos.

Únicamente los empleados de las instituciones de la Comunidad pueden acudir *directamente* al Tribunal de Justicia Europeo en solicitud de reparación por discriminación laboral²⁹. Normalmente, las demandas planteadas por una persona se solventan ante los sistemas judiciales nacionales, conforme a las

²⁷ DO, núm. L 049, de 24 de febrero de 1992, págs. 0001-0008, y *Equality Quarterly News* (http://europe.eu.int/comm/d_g05/equ_opp/index_en.htm), núm.1/99, invierno de 1999, pág. 35.

²⁸ Asunto 222/84, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 62.

²⁹ Artículo 236 CE (antes, artículo 179 del Tratado CE); el apartado 4 del artículo 230 CE (antes, artículo 173 del Tratado CE) autoriza a querrellarse directamente siempre que se cumplan determinadas condiciones, pero no se aplica a las directivas, cuyos destinatarios son los Estados miembros.

normas y los procedimientos vigentes en el país de que se trate. Ahora bien, los tribunales nacionales están obligados a observar la legislación europea y a interpretar conforme a ella las leyes nacionales. Los pronunciamientos con *carácter prejudicial* del Tribunal de Justicia Europeo tienen por objeto velar por que la legislación comunitaria se interprete de manera coherente en toda la Unión:

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad.

[...]

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia (artículo 234 CE; antes, artículo 177 del Tratado CE).

Así pues, los tribunales nacionales tienen la posibilidad o, en última instancia, la obligación de remitirse al Tribunal de Justicia Europeo (TJE) cuando quiera que la legislación europea sea pertinente en un asunto determinado. La inobservancia de este deber constituye una infracción de la legislación comunitaria que puede dar lugar a que se actúe por *incumplimiento* de la ley contra el Estado de que se trate. Las cuestiones transmitidas al TJE y las respuestas de éste adoptan normalmente la forma de un «diálogo entre magistrados» abstracto. Después, el tribunal nacional, al dictar sentencia firme, debe aplicar a la causa en cuestión la interpretación de la legislación comunitaria emanante del TJE.

Además de sus funciones legislativa y ejecutiva, la Comisión desempeña un importante papel supervisando la aplicación de la legislación de la UE a partir de los informes de los países, de peticiones y otras informaciones. Puede plantear un caso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia Europeo si un Estado no se ajusta, en el plazo prescrito, a una *opinión razonada* de la Comisión después de habersele dado a ese Estado la posibilidad de formular las observaciones que juzgue pertinentes³⁰, actuación que, asimismo, pueden incoar otros Estados miembros³¹.

Si, a juicio del Tribunal, un Estado ha incumplido una obligación, se le pide que adopte las medidas necesarias para aplicar el fallo. La Comisión podrá de nuevo incoar actuaciones por quebrantamiento de la ley si considera que las medidas adoptadas son insuficientes, y pedir al Tribunal que imponga el abono de una cantidad a tanto alzado o una multa. Así lo ha hecho este año en el caso

³⁰ Artículo 226 CE (antes, artículo 169 del Tratado CEE/CE).

³¹ Artículo 227 CE (antes, artículo 170 del Tratado CEE/CE).

de Francia, por incumplimiento de una sentencia anterior relativa a la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres³². El Tribunal se ha ocupado de asuntos relativos al incumplimiento de la ley planteados contra Bélgica³³, Dinamarca³⁴, Alemania³⁵, Grecia³⁶, Francia³⁷, Italia³⁸, Luxemburgo³⁹ y Reino Unido⁴⁰. Recientemente, la Comisión incoó varias actuaciones por no haber transpuesto las Directivas 92/85/CE, 96/34/CE y 96/97/CE⁴¹.

Enderezadas fundamentalmente a ajustar la legislación de los países a la de la UE, las actuaciones por incumplimiento constituyen un porcentaje relativamente reducido de la jurisprudencia del Tribunal en materia de igualdad, frente a sus pronunciamientos de carácter prejudicial – más de cien –, dado que la mayoría de los problemas se corrigen y solucionan en fase prejudicial⁴². Ahora bien, aunque no sean muy abundantes, los asuntos en que se plantea el incumplimiento de la ley tienen gran importancia política. La mera posibilidad

³² Artículo 228 CE (antes, artículo 171 del Tratado CEE/CE) y http://europe.eu.int/comm/dg05/equ_opp/news/infiring_en.htm.

³³ Asunto C-229/89: *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica, Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 125, relativo a la Directiva 79/7/CEE; y asunto C-173/91, *ibíd.*, pág. 156, relativo a la Directiva 76/207 y al artículo 119 del Tratado CEE (actualmente, artículo 141 CE).

³⁴ Asunto 143/83: *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Dinamarca, Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 46, relativo a la transposición de la Directiva 75/117/CEE.

³⁵ Asunto 248/83: *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania, Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 48, relativo a la transposición de la Directiva 75/117/CEE.

³⁶ Asunto C-187/98: *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica, DO*, núm. C 258/18, relativo a las Directivas 75/117/CEE y 79/7/CEE (pendiente).

³⁷ Asunto 312/86: *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 92, relativo a la transposición de la Directiva 76/207/CEE; asunto 318/86, *ibíd.*, pág. 89, relativo al acceso a puestos del servicio público en virtud de la misma Directiva; asunto C-197/96, *ibíd.*, pág. 287, relativo a la prohibición del trabajo nocturno en aplicación de la misma Directiva; asunto C-354/98, *DO*, núm. 98/C, relativo a la Directiva 96/97/CE, sentencia de 8 de julio de 1999 (aún no se ha comunicado el fallo) (véase <http://curia.eu.int/es>).

³⁸ Asunto 163/82: *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 32, relativo a la transposición de la Directiva 76/207/CEE; asunto C-207/96, *ibíd.*, pág. 309, relativo a la prohibición del trabajo nocturno en virtud de la misma Directiva.

³⁹ Asunto 58/81: *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo, Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 28, relativo a la Directiva 75/117/CEE (transposición); asunto C-438/98, *DO*, núm. 98/C, relativo a la transposición de la Directiva 96/97/CE (pendiente).

⁴⁰ Asunto 61/81: *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 30, relativo a la transposición de la Directiva 75/117/CEE; y asunto 165/82, *ibíd.*, pág. 34, relativo a la transposición de la Directiva 76/207/CEE.

⁴¹ Para los pormenores, véase *Equality Quarterly News* (http://europe.eu.int/comm/dg05/equ_opp/index_en.htm), núm. 1/99, pág. 9.

⁴² Véase *Equality Quarterly News*, núm. 4/98 (CE-V/2-98-019-EN-C), págs. 20 y ss.

de actuar contra un Estado miembro, aunada a la amenaza de imponer el resarcimiento o el pago de una multa, ha promovido sin duda alguna la observancia de la legislación comunitaria y dado más relieve a las cuestiones de igualdad dentro de las preocupaciones a que atienden las autoridades de los países.

Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo en materia de igualdad de retribución

Los fallos del Tribunal de Justicia Europeo comparten el carácter supranacional de la legislación europea. Son directamente vinculantes y se deben aplicar en toda la Unión Europea. Unas ciento veinte sentencias del Tribunal se refieren a cuestiones de igualdad. Aunque, por su propia índole, la jurisprudencia no sigue un rumbo coherente e ininterrumpido, por lo general el Tribunal ha sentado unos principios de interpretación muy valiosos que exponemos en los apartados siguientes.

El derecho básico a la igualdad salarial

La igualdad de retribución entre hombres y mujeres es un derecho fundamental de los trabajadores:

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 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 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. (Artículo 141 CE; antiguo artículo 119 del Tratado CE.)

La versión original del artículo 119 del Tratado CE abarcaba únicamente el derecho a igual retribución por *trabajo igual*, pero el artículo primero de la Directiva sobre igualdad de retribución (75/117/CEE) amplió posteriormente

el concepto, subsumiendo en él la igualdad de retribución *para un trabajo al que se concede igual valor*. Por último, el Tratado de Amsterdam modificó en consecuencia la redacción del artículo 119 del Tratado CE (ahora, artículo 141 CE, reproducido *supra*). Este planteamiento más amplio puede exigir la instauración del oportuno organigrama de puestos de trabajo para que las personas puedan obtener el reconocimiento de la equivalencia de los puestos de trabajo que les interese. Pues bien, en una demanda por incumplimiento incoada contra el Reino Unido (61/81)⁴³, basada en que la legislación británica dejaba a la discreción del empresario la instauración de un sistema de clasificación de los puestos de trabajo, lo cual impedía a los trabajadores afectados reclamar que su trabajo tenía igual valor que otro trabajo, el Tribunal dictaminó que la legislación nacional era contraria a la europea.

Aproximadamente un tercio de los asuntos sobre igualdad en que ha intervenido el Tribunal de Justicia Europeo se refiere a la igualdad de retribución a tenor de lo dispuesto en el artículo 119 del Tratado (ahora, artículo 141 CE) y en la Directiva 75/117/CEE. Ya en 1976, la sentencia del Tribunal en la causa *Defrenne II* sentó las bases de una evolución dinámica. La Sra. Defrenne fue azafata de las líneas aéreas belgas Sabena de 1951 a 1968 y durante ese tiempo las azafatas percibieron una retribución inferior a la de los auxiliares de vuelo varones. En 1968, se puso fin a su contrato en virtud de una cláusula conforme a la cual las mujeres debían dejar de ser miembros de las tripulaciones al cumplir los 40 años. La Sra. Defrenne se querelló primero contra el Estado belga por infracción del principio de «igualdad de retribución», ya que consideraba haber sido discriminada en el plan de pensiones aplicable en su caso⁴⁴. Posteriormente, demandó a la compañía Sabena, reclamando la diferencia de retribución que no había percibido durante el período correspondiente⁴⁵; por último, solicitó una indemnización por concepto de lucro cesante tras su despido⁴⁶. Las tres causas fueron remitidas al Tribunal de Justicia Europeo para que interpretase la legislación aplicable.

El Tribunal resolvió la cuestión de la pensión de jubilación en *Defrenne I* sentenciando que el artículo 119 del Tratado no era aplicable a los pagos efectuados en virtud de planes de pensión estatales (aún no se había adoptado la Directiva 79/7/CEE, relativa a esos planes). Rechazó asimismo la reclamación de la Sra. Defrenne de una indemnización por discriminación sexual para resarcirla por su despido (*Defrenne III*): el artículo 119 del Tratado no abarca más elementos que la retribución, y en 1968 no existía la Directiva 76/207/CEE (sobre igualdad de trato). En cambio, su segunda reclamación, relativa a la diferencia de retribución mientras había estado empleada (*Defrenne II*), tuvo éxito.

⁴³ Véase la nota 40.

⁴⁴ Asunto 80/70: *Gabrielle Defrenne contra Estado Belga (Defrenne I)*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, págs. 11 y 12.

⁴⁵ Asunto 43/75: *Gabrielle Defrenne contra Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (Defrenne II)*, *ibíd.*, págs. 13 y 14.

⁴⁶ Asunto 149/77: *Gabrielle Defrenne contra Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (Defrenne III)*, *ibíd.*, págs. 15 y 16.

En este caso importantísimo, las partes habían convenido en que la labor de una azafata era idéntica a la de un auxiliar de vuelo, de manera que no se ponía en entredicho la existencia de discriminación salarial. El principal problema jurídico consistía en que la reclamante había estado empleada de 1951 a 1968, antes de que se adoptase la Directiva 75/117/CEE, y que en aquel entonces no existía ninguna ley belga que garantizase la igualdad de retribución.

El Tribunal debía responder a las siguientes preguntas: ¿Podía servir el artículo 119 del Tratado como base jurídica directa para atender reclamaciones en materia de retribución? ¿Podían invocarlo personas, no sólo contra el Estado, sino además – a propósito de convenios colectivos y contratos – entre personas? ¿Importaba o no el que la Comisión Europea no hubiese llevado más adelante la aplicación del principio de igualdad de retribución consagrado en el Tratado? ¿Qué criterios había que aplicar para determinar una retribución «igual» si las condiciones pertinentes eran nulas de pleno derecho por su carácter discriminatorio? ¿Cabía formular una reclamación en materia de retribución que se refiriese a un período ya transcurrido y, en caso afirmativo, respecto de qué período? ¿Tendrían derecho a pagos retroactivos todos los trabajadores en situación similar? Esta última pregunta suscitaba honda preocupación y los Estados miembros sostuvieron que la validez retroactiva se limitase como mucho a los asuntos pendientes.

El Tribunal dictaminó que, por su carácter peculiar y fundamental, el artículo 119 del Tratado poseía *efectos verticales y horizontales*, es decir, que se podía invocar en demandas contra empresarios privados ante los tribunales nacionales y contra el Estado, en particular en el caso de las formas de discriminación cuyo origen radique «en disposiciones legislativas o convenios colectivos laborales, así como allá donde exista desigualdad de retribución entre hombres y mujeres por el mismo trabajo realizado en el mismo establecimiento o servicio, ya sea privado o público». A partir del compromiso asumido por los Estados miembros de mejorar las condiciones de vida y de trabajo conforme al artículo 117 del Tratado CEE (ahora, artículo 136 CE), el Tribunal dictaminó que las personas discriminadas negativamente deberían percibir una retribución superior, alineada con la del grupo de referencia (es decir, que no debía producirse una «nivelación por abajo»). El derecho a la igualdad de retribución fue concedido a partir del 1.º de enero de 1962 en los países fundadores y desde el momento de su adhesión a la Comunidad en otros países. Ahora bien, atendiendo a consideraciones imperativas de seguridad jurídica, se limitaron los efectos retroactivos de la sentencia a las personas que ya habían adoptado medidas para salvaguardar sus derechos. Otras fueron declaradas con derecho a pagos retroactivos a partir del 8 de abril de 1976, es decir, la fecha en que se dictó sentencia en el asunto *Defrenne II*. Posteriormente, se instauró una limitación similar en la jurisprudencia sobre los planes de pensiones de empresa mediante el fallo en el asunto *Barber*⁴⁷.

⁴⁷ Véase la nota 66. Para hacerse una idea general de éstos y otros asuntos semejantes, véase «Occupational pension schemes: towards perfect equality», *International Labour Review* (Ginebra), vol. 132 (1993), núm. 4, págs. 440-450.

En todas sus sentencias posteriores relativas a la igualdad de retribución, el Tribunal ha hecho referencia al asunto *Defrenne II* y ha basado sus considerandos exclusiva o primordialmente en el artículo 119 del Tratado, a pesar de que las disposiciones de la Directiva 75/117/CEE son más detalladas. También ha mencionado últimamente esta Directiva, pero sólo en cuanto aplica el artículo 119 y, por consiguiente, comparte el efecto directo de éste. El Tribunal ha evitado, pues, referirse al hecho de que, en principio, las directivas no tienen efecto directo en la legislación nacional. Asimismo por este motivo, ha interpretado de manera extensa el ámbito de aplicación del artículo 119.

El amplio alcance del derecho a la igualdad salarial

El artículo 141 CE (antiguo artículo 119 del Tratado CEE/CE) garantiza la igualdad de retribución para el *trabajo de igual valor* y se aplica no sólo a la remuneración ordinaria, o salario en sí, sino a «cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo», lo cual se ajusta a la definición de remuneración recogida en el Convenio núm. 100 de la OIT (1951). El principio de igualdad rige de manera implícita para: las cotizaciones a un plan de pensiones profesionales abonadas por una empresa⁴⁸; los pagos con cargo a esos planes tras la jubilación⁴⁹; los pagos de carácter extraordinario satisfechos por una empresa tras el cese de la relación de trabajo, por ejemplo las indemnizaciones de despido⁵⁰, y el mantenimiento del salario en caso de enfermedad⁵¹. Comprende, asimismo, cualesquiera otras prestaciones extrasalariales satisfechas por una empresa a ex empleados suyos, aunque no tenga obligación legal de hacerlo. En la reciente sentencia sobre el caso *La Reina contra el Secretario de Estado de Empleo, ex parte Seymour-Smith y Perez*⁵², también se consideraron remuneración las cantidades abonadas como indemnización por despido injusto. Ilustran la amplia perspectiva adoptada por el Tribunal los ejemplos que daremos a continuación.

La Sra. Garland⁵³ llevó a juicio a su ex empleador, British Rail, porque, aunque concedía reducciones de las tarifas de tren a sus ex empleados varones y mujeres por igual, sólo lo hacía además a los familiares de los jubilados varones, no a los de las jubiladas. El Tribunal arguyó que las prestaciones comple-

⁴⁸ Asunto 69/80: *Worringham y Humphreys contra Lloyds Bank Limited*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 19.

⁴⁹ Asunto 170/84: *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 59; véase además la nota 66.

⁵⁰ Asunto C-33/89: *Maria Kowalska contra Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 108.

⁵¹ Asunto 171/88: *Ingrid Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 97.

⁵² Asunto C-167/97, sentencia de 9 de febrero de 1999 (todavía no hecha pública), *Equality Quarterly News* (http://europe.eu.int/comm/dg05/equ_opp/index_en.htm), núm. 2/99.

⁵³ Asunto 12/81: *Eileen Garland contra British Rail Engineering Limited*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 24.

mentarias que se abonan voluntariamente una vez concluida la relación laboral están amparadas por lo dispuesto en el artículo 119, por lo cual es ilegal *cualquier* diferencia por razón del sexo.

Concesiones similares en cuestión de viajes – solicitadas en este caso para una compañera homosexual – fueron objeto recientemente de una sentencia, la pronunciada en el asunto *Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains Ltd*⁵⁴. Según el reglamento del personal de la empresa, se concedían billetes de favor al cónyuge de un empleado o a un compañero del otro sexo con el que mantuviese una «relación significativa». La Sra. Grant reclamó la prestación para una mujer con la que cohabitaba, petición que la empresa rechazó. A juicio del Tribunal, la denegación del beneficio se basaba en la orientación sexual, no en el sexo, y la legislación europea en vigor no abarcaba la discriminación fundada en la orientación sexual, aunque en la sentencia se recalcó que se podían adoptar medidas legislativas para erradicar la discriminación basada en ese motivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 CE una vez que estuviese en vigor el Tratado de Amsterdam. El mencionado artículo dispone que «el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Aunque la Sra. Murphy⁵⁵ y sus veintiocho colegas de sexo femenino realizaban un trabajo que exigía sin lugar a dudas capacidades *superiores* a la labor que desempeñaban sus colegas varones, cobraban *menos*. Su demanda de equiparación salarial fue desestimada porque, a juicio del funcionario encargado de cuestiones de igualdad, sólo se podía invocar el derecho a la igualdad de remuneración para un trabajo de igual valor, no respecto de un trabajo de valor superior. El Tribunal de Justicia Europeo, al que se remitió el caso, señaló que el artículo 119 del Tratado CE amparaba a las demandantes, pero no daba derecho a los trabajadores (en este caso, las trabajadoras) a una remuneración *superior*.

En *Macarthy's Ltd contra Wendy Smith*⁵⁶, el Tribunal tuvo que resolver el caso de una empleada a la que se pagaban diez libras esterlinas menos por semana que a su antecesor varón, cuyo puesto había ocupado tras un intervalo de cuatro meses. También se aplicó el principio de igualdad de remuneración, porque no se limita a situaciones en que hombres y mujeres desempeñan un trabajo igual *al mismo tiempo*.

Recientemente se planteó una situación similar en el asunto *Levez contra T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*⁵⁷. En 1991, la Sra. Levez había reemplazado a un empleado varón con un ingreso anual de 11.400 libras esterlinas al año,

⁵⁴ Asunto C-249/96, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 316.

⁵⁵ Asunto 157/86: *Mary Murphy y otras contra Board Telecom Eireann*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, págs. 85 y 86.

⁵⁶ Asunto 129/79, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 17.

⁵⁷ Asunto C-326/96, sentencia de 1.º de diciembre de 1998 (todavía no hecha pública); véase el comunicado de prensa núm. 73/98 del Tribunal de Justicia Europeo (<http://curia.eu.int/en>).

pero su remuneración ascendía sólo a 10.000 libras y la empresa le había dado informaciones falsas acerca de la retribución percibida por su predecesor. Además, existía una restricción nacional de la posible indemnización por daños y perjuicios a dos años antes del inicio de las actuaciones judiciales. Como la aplicación de esa disposición hubiese limitado la reclamación de la demandante, el Tribunal Laboral de Apelación remitió el asunto, para interpretación, al Tribunal de Justicia Europeo, el cual determinó que, en tales circunstancias, no procedía aplicar el límite temporal.

También se plantearon recientemente cuestiones relativas a la retribución en casos de embarazo, maternidad y permiso parental. *Pedersen y otros contra Foellesforeningen for Danmarks Brugsforeninger y otros*⁵⁸ fue una demanda formulada por varias empleadas que habían tenido complicaciones relacionadas con el embarazo *antes* del período de tres meses anterior a la fecha prevista de parto. Según la legislación danesa, las embarazadas que, a causa del embarazo, no estuviesen en condiciones de trabajar antes de ese período no tenían derecho a percibir toda su remuneración, siendo así que los empleados varones que no estuviesen en condiciones de trabajar por enfermedad sí percibían toda su retribución normal. El Tribunal consideró discriminatorio este detrimento debido a una «situación patológica derivada de su embarazo». Otros asuntos se referían a la negativa a abonar una prima navideña a madres que trabajaban a jornada reducida o que disfrutaban de permiso parental tras haber dado a luz⁵⁹. El Tribunal dictaminó que una prima de Navidad abonada voluntariamente o en aplicación de un acuerdo contractual debía ser considerada «remuneración» y que la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial constituía una «discriminación indirecta» si una gran mayoría de los trabajadores afectados negativamente eran mujeres. Se falló que la exclusión de las madres en permiso parental sólo constituía discriminación indirecta si la prima era una recompensa por servicios prestados (no un incentivo para el futuro), cuestión que debían determinar los tribunales nacionales.

El trabajo a tiempo parcial, las pensiones y la discriminación salarial indirecta

Al reconocer que determinadas modalidades de trato desfavorable pueden constituir una discriminación sexual indirecta, el Tribunal ha mejorado considerablemente la protección de los trabajadores a tiempo parcial, que, en Euro-

⁵⁸ Asunto C-66/96, sentencia de 19 de noviembre de 1998 (todavía no hecha pública); véase el comunicado de prensa núm. 70/98 del Tribunal de Justicia Europeo (<http://curia.eu.int/en>).

⁵⁹ Asuntos C-281/97: *Krüger contra Kreiskankenham's Ebersberg*, sentencia de 9 de septiembre de 1999 (todavía no hecha pública), comunicado de prensa núm. 60/99 del Tribunal de Justicia Europeo; y C-333/97: *Lewen contra Denda* (sentencia todavía no hecha pública), comunicado de prensa núm. 82/99 del Tribunal de Justicia Europeo; acerca de la legalidad del inciso 3) del párrafo a) del artículo 23 de la Ley del Trabajador de Austria, véase el asunto C-249/97: *Gruber contra Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG*, sentencia de 14 de septiembre de 1999 (todavía no hecha pública), comunicado de prensa núm. 62/99 del Tribunal de Justicia Europeo (<http://curia.eu.int/en>).

pa, son mucho más frecuentemente mujeres que hombres, hasta el punto de que, por ejemplo, en 1998, el porcentaje de mujeres iba del 63 por ciento en Finlandia al 97 por ciento en Suecia⁶⁰. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha contribuido a que se preste más atención a los legítimos intereses de esta categoría concreta de trabajadores, y, a decir verdad, la mejoría de su situación puede ayudar también a una distribución más equilibrada del trabajo remunerado y el no remunerado.

Se produce discriminación indirecta por sexo cuando leyes o convenios que parecen ser neutros e igualitarios respecto de los sexos tienen consecuencias distintas en hombres y mujeres, y, por ejemplo, las estadísticas muestran que más trabajadoras que trabajadores están excluidas de determinados pagos, puestos de trabajo o prestaciones. Cualquier norma o práctica que provoque esos efectos es ilegal, a menos que se pueda justificar por motivos que no guarden relación con la discriminación sexual. Tras una serie de sentencias del Tribunal de Justicia Europeo, en la actualidad la discriminación indirecta aparece definida en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 97/80/CE, que entrará en vigor el 1.º de enero de 2001 (véase el recuadro 2)⁶¹.

La jurisprudencia del Tribunal acerca de la retribución del trabajo a tiempo parcial y de la discriminación indirecta se inició con el asunto *Jenkins contra Kingsgate Ltd*⁶². Kingsgate, una empresa de confección, abonaba por hora a los trabajadores a tiempo parcial (mujeres en su totalidad) un 10 por ciento menos de lo que percibían sus colegas con jornada completa. La Sra. Jenkins, que trabajaba al 75 por ciento del horario normal, presentó una demanda de equiparación comparando su retribución por hora con la de un empleado varón a tiempo completo. Incluso la empresa reconoció que el trabajo que ambos desempeñaban era idéntico. Considerando que se trataba de un caso de discriminación salarial indirecta, el Tribunal afirmó que: «Una diferencia en la retribución entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial no equivale a la discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado, a menos que en realidad sea *una forma indirecta de reducir la retribución de los trabajadores a tiempo parcial* debido a que dicho grupo de trabajadores está exclusiva o predominantemente compuesto por mujeres». Dejó claro, empero, que debía presumirse ese propósito porque el mismo empleador había remunerado menos a todas sus empleadas.

Se profundizó más en la noción de discriminación indirecta en el asunto *Bilka Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz*. Bilka formaba parte de un grupo de grandes almacenes que empleaba a varios miles de trabajadores, los cuales estaban afiliados normalmente al plan de pensiones de la empresa.

⁶⁰ Véase OCDE: *OECD Employment Outlook — June 1999* (París, OCDE, 1999), pág. 240, cuadro E, y, más generalmente: <<http://europa.eu.int/en/comm/eurostat>>.

⁶¹ En los ámbitos a que se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo relativa a la igualdad de retribución ya se aplica esta definición.

⁶² Asunto 96/80, *Manual sobre igualdad de trato...*, op. cit., págs. 22 y 23. Habida cuenta de que la Sra. Jenkins pudo demostrar su alegación con pruebas concretas de la remuneración de un hombre que desempeñaba el mismo trabajo que ella, también no podría considerarse un caso de discriminación *directa*.

Recuadro 2. Extractos de la Directiva sobre la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (97/80/CE)

Artículo 1

Objetivo

El objetivo de la presente Directiva es mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, que permitan que todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato puedan invocar sus derechos en vía jurisdiccional después de haber recurrido, en su caso, a otros órganos competentes.

Artículo 2

Definiciones

1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirecta.
2. 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.

Artículo 3

Ámbito de aplicación

1. La presente Directiva se aplicará:
 - a) a las situaciones cubiertas por el artículo 119 del Tratado CE y las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, y en la medida en que exista discriminación por razón de sexo, las Directivas 92/85/CEE y 93/34/CE; [...]

Artículo 4

Carga de la prueba

1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

[...]

Los trabajadores a tiempo parcial, en cambio, estaban excluidos contractualmente del plan, a menos que hubiesen trabajado a tiempo completo durante quince años por lo menos. A la Sra. Weber von Hartz, que había trabajado para Bilka durante quince años – cuatro de ellos a tiempo parcial –, se le denegó una pensión de jubilación y demandó a la empresa por discriminación salarial indirecta alegando que casi todos los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres. El Tribunal consideró que las prestaciones del plan de pensiones estaban vinculadas al empleo y, por consiguiente, a la «remuneración», dictaminando, pues, que:

1. Una empresa de grandes almacenes que excluye a los trabajadores a tiempo parcial de su plan de jubilaciones, cuando dicha exclusión afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, infringe el artículo 119 del Tratado CEE, a menos que la empresa demuestre que dicha exclusión se basa en factores objetivamente justificados y no relacionados con ninguna discriminación por razón de sexo.
2. De acuerdo con el artículo 119, una empresa de grandes almacenes puede justificar la adopción de una política de retribuciones que excluya a los trabajadores a tiempo parcial, independientemente de su sexo, de su plan de jubilaciones basándose en que pretende emplear el menor número posible de trabajadores a tiempo parcial, y cuando se compruebe que los medios escogidos para lograr dicho objetivo corresponden a una necesidad real de la empresa, son los adecuados para lograr el objetivo en cuestión y son necesarios para tal fin.
3. El artículo 119 no exige a un empleador que organice su plan de pensiones de forma que tenga en cuenta las particulares dificultades a que se enfrentan las personas con responsabilidades familiares para cumplir las condiciones que les den derecho a dicha pensión (asunto 170/84, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, págs. 60 y 61).

Se reconoció, pues, explícitamente que no era menester que hubiera ánimo discriminatorio para considerar determinada política ilegal a tenor de la legislación europea. Se aplicaron las directrices siguientes para abordar el problema de la discriminación indirecta: corresponde al denunciante demostrar que determinada política tiene consecuencias negativas en un número considerablemente más elevado de miembros de un sexo que del otro; el empleador debe justificar su política por *razones objetivas* que correspondan adecuadamente a una *necesidad concreta* de la empresa, no sólo con respecto a las *finalidades* pretendidas, sino también a los *medios proporcionados* empleados; corresponde por último al tribunal nacional determinar si dicha política constituye una discriminación por razón del sexo. Bilka no pudo justificar su política y tuvo que modificarla.

El requisito de la demostración rigurosa de una justificación objetiva basada en la necesidad y la proporcionalidad se amplió posteriormente a las consecuencias negativas de la legislación nacional. En *Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG* se impugnó la legalidad de la ley alemana sobre continuación del abono de los salarios a los trabajadores declarados enfermos, que obligaba a los empleadores a abonar remuneración durante licencias por enfermedad de hasta seis semanas de duración, pero excluía al personal a tiempo parcial que trabajase menos de diez horas por semana o

45 horas al mes. La gran mayoría de los trabajadores a tiempo parcial perjudicados por esa disposición eran mujeres. La Sra. Rinner-Kühn, que normalmente trabajaba diez horas por semana, reclamó la remuneración correspondiente a ocho horas durante las cuales no pudo trabajar por enfermedad. El Tribunal confirmó la disposición legal en virtud de la cual se rechazó su reclamación por ser contraria a la legislación comunitaria, a menos que el Estado alemán pudiese demostrar que estaba *justificada por consideraciones puramente objetivas*:

El artículo 119 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que prohíbe toda ley nacional que permita a los empleadores no seguir pagando el salario en caso de enfermedad a los trabajadores cuyo horario normal de trabajo no exceda de diez horas semanales o 45 horas mensuales, si dicha medida afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, a menos que el Estado miembro demuestre que la legislación en cuestión está justificada por factores objetivos que no tengan nada que ver con la discriminación por razón de sexo (asunto 171/88, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 98).

La magistratura nacional del trabajo, que reanudó seguidamente su examen del asunto, no aceptó la argumentación del Gobierno, por lo que hubo que modificar la ley.

En *Maria Kowalska contra Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo*⁶³ se planteó la cuestión de si un convenio colectivo puede facultar a los empresarios para negar a los trabajadores a tiempo parcial una indemnización abonable al personal con jornada completa al concluir su relación laboral. En *H. Nimz contra Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo*⁶⁴, el convenio colectivo impugnado contenía una cláusula en virtud de la cual a los trabajadores a tiempo parcial les hacía falta un período mucho más largo para pasar a una categoría mejor remunerada. Una vez más, las categorías perjudicadas estaban formadas predominantemente por mujeres. En el Tribunal no hizo mella la alegada autonomía de los interlocutores sociales y señaló que el artículo 119 del Tratado era suficientemente claro y preciso para acogerse a él ante un órgano jurisdiccional nacional en solicitud de que se suprimiese una cláusula discriminatoria de un convenio colectivo.

Un reciente pronunciamiento de carácter prejudicial se refirió al cálculo de la antigüedad determinado a partir del tiempo realmente trabajado en empleos compartidos. En *Hill y Stapleton contra Servicio de Recaudación de Impuestos y Ministerio de Hacienda*⁶⁵, dos mujeres que participaban en un plan de puestos de trabajo compartidos impugnaron una norma merced a la cual dos

⁶³ Asunto C-33/89, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 108.

⁶⁴ Asunto C-184/89, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 119.

⁶⁵ *European Court Recopilation, 1998*, pág. I-3739; véase también el asunto C-360/90: *Trabajadores contratados de la Mutualidad Laboral de la Ciudad de Berlín contra Monika Bötzel*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 139; asunto C-297/93: *Rita Grau-Hupka contra Ayuntamiento de Bremen*, *ibíd.*, pág. 234; asuntos acumulados C-399/92, C-409/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, *Ciudad de Lengerich y otros contra Angelika Helmig*, *ibíd.*, pág. 236; asunto C-457/93: *Trabajadores contratados del Instituto de Diálisis y Trasplantes de Riñones contra Johanna Lewark*, *ibíd.*, pág. 264 (sobre los trabajadores a tiempo parcial de los servicios públicos).

años de servicio en un puesto de trabajo compartido equivalían a un año de servicio a tiempo pleno, lo cual provocaba un avance más lento en la escala salarial. Como correspondía a mujeres el 98 por ciento de los empleos compartidos, el Tribunal concluyó una vez más que esa norma era contraria al principio de igualdad de retribución, a menos que la diferencia de retribución se pudiese justificar únicamente por factores objetivos. En sus considerandos, el Tribunal subrayó que cerca del 83 por ciento de quienes desempeñaban empleos compartidos había optado por hacerlo para compaginar mejor el trabajo con sus responsabilidades familiares, y que la política de la Comunidad al respecto era fomentar esos planes y proteger a las mujeres de igual modo que a los hombres.

Aunque algunas sentencias sobre las pensiones de empresa han sido claramente beneficiosas para los intereses financieros de las mujeres, no ha sido ésta la regla. Los asuntos *Barber* y los denominados *post-Barber*⁶⁶, relativos a la legalidad de distintas edades de jubilación con pensión según se trate de hombres o de mujeres, han hecho perder a las mujeres la situación privilegiada de que al respecto disfrutaban hasta entonces. El fondo de esos asuntos era que, si bien los Estados miembros tenían potestad para determinar distintas edades de jubilación con pensión para mujeres y hombres en los regímenes estatales de seguridad social⁶⁷, un número considerable de planes de jubilación de empresa habían adoptado la misma diferenciación en el caso de las pensiones financiadas por el empleador.

El Sr. Douglas Harvey Barber acudió a los tribunales por sentirse discriminado ante las diferentes edades de jubilación fijadas a las trabajadoras y los trabajadores. Conforme al plan de pensiones de empresa del Grupo de Seguros Guardian Royal Exchange, las mujeres tenían normalmente derecho a pensiones de jubilación a partir de los 57 años y los hombres a partir de los 62. Los ex empleados en situación de desempleo percibían prestaciones del plan a partir de los 50 años de edad (las mujeres) o de los 55 años (los hombres). En el caso de una pensión estatal, las edades respectivas eran 60 y 65 años. La empresa tenía un plan contratado en el exterior que sustituía al régimen de pensiones del Estado y se basaba fundamentalmente en las cotizaciones de la empresa.

Despedido a causa de una reorganización de la empresa a los 52 años de edad, el Sr. Barber reclamó la pensión de la empresa que sus colegas mujeres en igual situación tenían derecho a percibir. El caso fue remitido al Tribunal de Justicia Europeo, el cual dictaminó que los planes de empresa en virtud de los cuales las pensionistas percibían prestaciones acumuladas superiores a sus colegas varones no se ajustaban al derecho a igualdad de remuneración. Atendiendo

⁶⁶ Asunto 262/88: *Douglas Harvey Barber contra el Grupo de Seguros Guardian Royal Exchange*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 104; otros asuntos importantes al respecto son los C-110/91: *Michael Moroni contra Collo GmbH*, *ibid.*, pág. 187; C-152/91: *David Neath contra Steeper Ltd*, *ibid.*, pág. 190; C-200/91: *Coloroll Pension Trustees Limited contra James Richard Russell y otros*, *ibid.*, pág. 206; C-408/92: *Constance C. L. Smith y otras contra Avdel Systems Ltd*, *ibid.*, pág. 214, y C-147/95: *Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) contra Efthimios Evrenopoulos*, *ibid.*, pág. 289.

⁶⁷ Véase el párrafo 1, apartado a), del artículo 7 de la Directiva 79/7/CEE.

a la seguridad jurídica – lo mismo que en *Defrenne II* –, se limitaron las reclamaciones retroactivas a las personas que ya habían adoptado medidas para defender sus derechos ante un órgano jurisdiccional. Otras personas desfavorecidas tienen derecho a formular reclamaciones retroactivas desde el 17 de mayo de 1990, fecha de la sentencia del asunto *Barber*.

A resultas de este fallo, hubo que incorporar a numerosos planes de pensiones de empresa el principio de igualdad de retribución, participando a menudo en ello los interlocutores sociales. Mientras no había acuerdos o disposiciones contractuales en vigor que consintiesen aplicar otros criterios y hasta que se instaurasen otros planes, el grupo de hombres hasta entonces desfavorecido tenía derecho al mejor tratamiento concedido hasta entonces a las mujeres (es decir, que «se igualó por arriba»).

El fallo del Tribunal suscitó intensos debates porque había que reformar los planes en un período de restricciones económicas, basándose en cálculos que no influyesen en los costos, lo que condujo a revisar los derechos de pensión de las mujeres. Ello no obstante, la sentencia se ajustaba a la lógica del Tribunal de promover la *igualdad absoluta* entre mujeres y hombres. También es lógica desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades en el mercado laboral, que se fomenta sin lugar a dudas mediante la igualación de los costos laborales no salariales.

Desde el asunto *Barber* ha habido otros en los que se han abordado situaciones más concretas, entre los que son especialmente pertinentes dos relativos, entre otras materias, a un protocolo anejo al Tratado de Maastricht (cuyo objeto era limitar las consecuencias de la jurisprudencia *Barber* y posterior a ese asunto), que dice así:

A los fines de aplicación del artículo 119, las prestaciones en virtud de un régimen profesional de seguridad social no se considerarán retribución en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990, excepto en el caso de los trabajadores o sus derechohabientes que, antes de esa fecha, hubieran incoado una acción ante los tribunales o presentado una reclamación equivalente según el Derecho nacional de aplicación. (*Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.*)

Una cuestión afín que el Tribunal tuvo que resolver fue la de si la limitación de las consecuencias en el tiempo – dimanante de la sentencia en la causa *Barber* y de este Protocolo – se aplicaba asimismo a los trabajadores excluidos ilegalmente de las prestaciones de un plan de pensiones de empresa. Así se planteó en *Francina J. Dietz contra Stichting Thuiszorg Rotterdam*⁶⁸ y en *Mary T. Magorrian e Irene P. Cunningham contra Junta de Sanidad y Servicios Sociales de Oriente y Ministerio de Sanidad y Servicios Sociales*⁶⁹, causas en que las demandantes eran trabajadoras a tiempo parcial. Ajustándose a su fallo en la causa *Bilka*, el Tribunal dictaminó que en un caso de discriminación indirecta

⁶⁸ Asunto C-435/93, *Manual sobre igualdad de trato...*, op. cit., pág. 279.

⁶⁹ Asunto C-246/96, *Manual sobre igualdad de trato...*, op. cit., pág. 312.

por razón de sexo – cuya existencia corresponde determinar al correspondiente órgano jurisdiccional nacional –, deben tenerse en cuenta las prestaciones de los planes de jubilación de empresa a partir del 8 de abril de 1976 (fecha de la sentencia *Defrenne II*), no a partir de la fecha de la sentencia del asunto *Barber* ni a partir de cualquier fecha posterior. Están pendientes varios asuntos en los que se han planteado problemas similares⁷⁰.

La carga de la prueba y el «trabajo de igual valor»

Cuando una persona formula una denuncia ante los tribunales, en principio le corresponde a ella demostrar los hechos en que se fundamenta la denuncia. La *carga de la prueba* es una norma de procedimiento que se aplica si una afirmación de la denuncia no es claramente demostrable. El Tribunal de Justicia Europeo ha fijado la jurisprudencia acerca de la carga de la prueba en varias sentencias importantes sobre la igualdad de retribución. La Directiva sobre la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (97/80/CE), que entrará en vigor el 1.º de enero de 2001 (véase el recuadro 2), extiende las nuevas normas al respecto a las situaciones amparadas por el artículo 119 del Tratado CE (ahora, artículo 141 CE) y por las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 92/85/CEE y 96/34/CE.

En *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark contra Dansk Arbejdgiverforening (en nombre de Danfoss)*⁷¹, había pruebas estadísticas de que las mujeres empleadas en esa empresa ganaban considerablemente menos en promedio que los hombres, aunque no estaban claros los motivos de la diferencia. Se dictaminó que si un sistema no es transparente y se plantea una querrela fundada en indicios razonables aunque no concluyentes por discriminación salarial, la carga de la prueba pasa al empleador, el cual puede refutar las pruebas aducidas demostrando que el sistema de retribuciones es plenamente neutro por lo que se refiere al sexo.

El caso *Pamela Enderby contra Organismo de Sanidad de la zona de Frenchay y Secretaría de Estado de Sanidad*⁷² trató del régimen de retribuciones del servicio de sanidad pública británico, en el que los farmacéuticos (fundamentalmente varones) percibían una remuneración superior a los logopedas (que eran en su mayoría mujeres) en virtud de sendos convenios colectivos. El Tribunal sentenció que su empleador común tenía que guiarse por el principio de la igualdad de retribución con independencia del número de sindicatos que representaran los intereses de los trabajadores en la mesa de negociaciones.

⁷⁰ Véase *Equality Quarterly News* (http://europe.eu.int/comm/dg05/equ_opp/index_en.htm), núm. 2/99, acerca del asunto C-50/96 (*Schröder*); sobre el asunto C-78/98 (*Preston y otros contra Wolverhampton y otros*), véase la opinión dada a conocer recientemente por el juez asesor en el comunicado de prensa núm. 67/99 del Tribunal de Justicia Europeo (<http://curia.eu.int/en/c/p/cp9964en.htm>).

⁷¹ Asunto 109/88, *Manual sobre igualdad de trato...*, op. cit., pág. 99.

⁷² Asunto C-127/92, *Manual sobre igualdad de trato...*, op. cit., pág. 178; véase también el asunto C-400/93: *Specialarbejderforbundet I Danmark contra Dansk Industri, antes Industriens Arbejdgivere, en nombre de Royal Copenhagen A/S*, ibíd., pág. 241.

Además, fijó criterios pormenorizados con miras a la posible justificación de pagos suplementarios concretos por concepto de antigüedad, demanda especial, flexibilidad, movilidad, etc.

En mayo de 1999, el Tribunal dictó sentencia acerca de psicoterapeutas con formación y calificaciones diferentes empleados por una misma institución. En *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse contra Wiener Gebietskrankenkasse (la Junta Directiva del Sindicato de Empleados de la Caja de Seguro Médico de Viena contra la Caja de Seguro Médico de Viena)*⁷³, dictaminó que el empleador no está obligado a abonar las mismas retribuciones a personas que desempeñan tareas aparentemente similares, pero que utilizan el saber y los conocimientos profesionales adquiridos en distintas disciplinas y que no tienen las mismas calificaciones para realizar otras tareas que se les pudieren asignar. Cabe esperar una interpretación ulterior de «trabajo de igual valor» en el asunto *Svenaesus*, aún pendiente de resolución⁷⁴, en el que la pregunta formulada es si se puede asignar el mismo valor al trabajo de una comadrona que al de un técnico clínico.

La discriminación basada en el sexo y la Directiva sobre igualdad de trato

El principio de igualdad de trato, consagrado en el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva sobre igualdad de trato (76/207/CEE), exige que no haya «discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Aproximadamente una tercera parte de los fallos del Tribunal de Justicia Europeo relativos a cuestiones de igualdad se han referido fundamental o exclusivamente a la interpretación de esta Directiva. Algunos apenas tienen pertinencia práctica, pero merece la pena citarlos porque recogen la percepción que el Tribunal tiene de la libertad de orientación sexual.

En *P. contra S. y Concejo del Condado de Cornwall*⁷⁵, se cuestionó el despido de un transexual, que fue considerado «basado en el sexo» y por consiguiente contrario al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE. Otro caso remitido para pronunciamiento previo se refería a la legalidad de una política nacional de expulsión de las fuerzas armadas de todas las personas de orientación homosexual⁷⁶, que habría dado la posibilidad de aclarar si la orien-

⁷³ Asunto C-309/97 (sentencia todavía no hecha pública), fallo del 11 de mayo de 1999; véase el comunicado de prensa núm. 29/99 del Tribunal de Justicia Europeo (<http://curia.eu.int/en>).

⁷⁴ Asunto C-236/98: *Jämställhetsombudsmannen Lena Svenaesus*, DO, núm. 98/C-278/32 (pendiente).

⁷⁵ Asunto C-13/94, *Manual sobre igualdad de trato...*, op. cit., pág. 275.

⁷⁶ Asunto C-168/97: *Reina contra Secretario de Estado de Defensa, ex parte: Perkins* (demanda retirada), DO, núm. 97/C-199/2; como el ámbito de aplicación de la igualdad entre los sexos es mayor en virtud de la Directiva 76/207/CEE que en materia de igualdad de retribución, habría cabido efectuar una interpretación más generosa que en el asunto *Grant* (véase la nota 54).

tación sexual puede, por lo que se refiere a la igualdad de trato, ser considerada de manera distinta a lo decidido por el Tribunal en el asunto *Grant* ya mencionado, pero que no llegó a fallarse por haber sido retirada la demanda.

La mayoría de las querellas relativas a la igualdad de trato han mejorado la situación de una gran mayoría de trabajadoras al definir la discriminación en lo relativo al embarazo, la discriminación positiva, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo nocturno y el trabajo con armas, amén de las consecuencias de las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato.

La discriminación directa por embarazo y maternidad

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia Europeo que el despido de una trabajadora por haber quedado embarazada constituye una discriminación sexual directa⁷⁷, aunque se trate de una embarazada contratada originalmente por un período de duración fija para sustituir a una empleada ausente con permiso de maternidad⁷⁸.

Desde la sentencia del Tribunal en *Elisabeth J. P. Dekker contra VJV-Centrum Plus*⁷⁹, ha quedado establecido asimismo que un empleador que se niegue a contratar a una mujer por estar embarazada comete un acto de discriminación directa. En el caso en cuestión, el puesto de trabajo fue atribuido a otra mujer, por lo que se planteó si cabía hablar de discriminación por razón de sexo si el solicitante aceptado no era un hombre. El Tribunal respondió con un rotundo «sí»: como la base del rechazo de la solicitud del puesto de trabajo era un criterio que sólo podía aplicarse a mujeres, se trataba de una clara discriminación directa, para determinar la cual no era preciso efectuar una comparación.

El asunto *Silke*⁸⁰, aún pendiente, se refiere a si un empleador puede rechazar a una solicitante de un puesto para el que está calificada porque está embarazada y no puede *desde el principio y mientras dure el embarazo* efectuar el trabajo concreto requerido ya que lo prohíbe la legislación sobre maternidad.

La posición del Tribunal acerca de las consecuencias de los permisos por una enfermedad causada por el embarazo no ha sido coherente. En el asunto relativo a la Sra. Herz⁸¹, afirmó que la Directiva no abarca «la enfermedad causada por el embarazo» y por consiguiente no descartó el despido basado en ausencias motivadas por esa enfermedad, interpretación confirmada en el asun-

⁷⁷ Véanse los asuntos 179/88: *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening (Hertz contra Aldi)*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 115; y C-421/92: *Gabrielle Habermann-Beltermann contra Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. e.V.*, *ibid.*, pág. 199.

⁷⁸ Asunto C-32/93: *Carole L. Webb contra EMO Air Cargo (UK) Ltd*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 204.

⁷⁹ Asunto 177/88, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 112.

⁸⁰ Asunto C-207/98, *DO*, núm. 98/C 234/21 (pendiente).

⁸¹ Asunto 179/88 (véase la nota 77 *supra*).

to relativo a la Sra. Larsson⁸², pero invertida posteriormente en *Mary Brown contra Rentokil Ltd*⁸³. Ha quedado establecido, pues, que si un contrato faculta el despido tras determinado período de ausencia, no se puede tener en cuenta la ausencia debida al embarazo:

El apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1996, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo. A este respecto, la circunstancia de que se despidiera a la trabajadora durante su embarazo en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a los trabajadores, independientemente de su sexo, después de un número determinado de semanas de ausencia continuada no puede modificar la respuesta dada [...] (asunto C-394/96, *Manual sobre igualdad de trato...*, op. cit., pág. 328).

En 1998, el Tribunal dictó sentencia acerca de la importante cuestión de la calificación del trabajo en caso de maternidad: la Sra. Thibault⁸⁴ era empleada de la Caja Nacional de Seguro de Vejez de los Trabajadores Asalariados (CNAVTS) desde 1973; durante su embarazo, en la primavera de 1983, estuvo ausente varias semanas por enfermedad, y de junio a noviembre disfrutó de una licencia de maternidad de dieciséis semanas, a la que siguió una licencia de maternidad con media paga durante seis semanas más (licencia prevista en el convenio colectivo). Posteriormente, el empleador se negó a llevar a cabo una calificación de su desempeño profesional durante ese año por no haber reunido la pertinente condición contractual de haber cumplido por lo menos seis meses de presencia.

El Tribunal, al que se había pedido que se pronunciara sobre la legitimidad de la negativa del empleador, recalcó la importancia de las calificaciones periódicas para la promoción profesional de la interesada y afirmó que, por consiguiente, la negativa a evaluar su desempeño profesional la perjudicaba injustificadamente sólo por haber estado embarazada y haber disfrutado de la licencia de maternidad a que tenía derecho:

El apartado 3 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las

⁸² Asunto C-400/95: *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (en representación de Helle E. Larsson) contra Dansk Handel & Service, en nombre de Føtex Supermarket A/S*, *Manual sobre igualdad de trato...*, op. cit., pág. 299.

⁸³ Asunto C-394/96, *Manual sobre igualdad de trato...*, op. cit., pág. 327; acerca del abono de los salarios durante enfermedades relacionadas con el embarazo, véase la nota 58 *supra*.

⁸⁴ Asunto C-136/95: *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) contra Evelyne Thibault*, *Manual sobre igualdad de trato...*, op. cit., pág. 322.

condiciones de trabajo, se oponen a una normativa nacional que prive a una mujer del derecho a ser calificada y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional por haber estado ausente de la empresa debido a un permiso por maternidad (asunto C-136/95, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 323).

La desigualdad de trato de los trabajadores a tiempo parcial⁸⁵

La Directiva sobre igualdad de trato no tiene en general consecuencias directas en el derecho nacional, pero se puede invocar contra el Estado si el empleador es un organismo o una institución de carácter público⁸⁶. Como ya se ha visto, habitualmente el Tribunal ha interpretado extensivamente el derecho a la igualdad de retribución, dejando, pues, un número bastante reducido de casos al ámbito de la igualdad de trato, por lo que un número considerable de fallos se han referido al trato desigual que sufren los funcionarios públicos a tiempo parcial. Estos casos tienen gran importancia práctica porque la gran mayoría de esos funcionarios son mujeres.

El asunto *Hellen Gerster contra Estado Libre de Baviera*⁸⁷ giraba en torno a una disposición en virtud de la cual, al calcular la antigüedad, salían perjudicados los funcionarios a tiempo parcial. El asunto *Brigitte Kordig contra Senador de Hacienda de Bremen*⁸⁸ versó sobre la aplicación de la Ley sobre Asesoría Fiscal, de ámbito nacional, que exigía un mínimo de quince años de experiencia profesional para ejercer de asesor fiscal sin examen previo. Respecto de los funcionarios a tiempo parcial, se interpretó la disposición en el sentido de que había que prolongar el período mínimo de manera proporcional al tiempo realmente trabajado. En ambos casos, el motivo aducido para ello era el supuesto vínculo existente entre la duración del servicio y la adquisición de determinado nivel de conocimientos o experiencia. El Tribunal consideró que se trataba de una suposición demasiado general, que no se podía justificar con criterios enteramente neutros en cuanto al sexo de las personas. En ambos casos, más del 90 por ciento de las personas perjudicadas eran mujeres.

⁸⁵ Se pueden hallar datos recientes sobre las mujeres ocupadas a tiempo parcial, entre otros en el sector público, en: OCDE, *The future of female-dominated occupations* (París, OCDE, 1998), págs. 24 y ss.; véase además: Jill Rubery y Colette Fagan (con Claire Faichnie, Damian Grimshaw y Mark Smith): *Equal opportunities and employment in the European Union* (Viena, Ministerio Federal de Trabajo, Sanidad y Asuntos Sociales, 1998), capítulo 2.

⁸⁶ Véase el asunto 152/84: *H. Marshall contra Servicio de Sanidad de Southampton y el Suroeste de Hampshire (Enseñanza)*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 55; la querrela no fue presentada por una trabajadora a tiempo parcial, sino por una mujer despedida únicamente por haber llegado a la edad de la jubilación, lo cual fue interpretado como discriminatorio en virtud de la Directiva 76/207/CEE; véase también el asunto C-188/89: *A. Foster y otros contra British Gas PLC*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 110.

⁸⁷ Asunto C-1/95, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 301.

⁸⁸ Asunto C-100/95, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 304.

Las medidas en favor de las mujeres: ¿Discriminación contra los hombres?

Se han pronunciado dos sentencias muy discutidas sobre la legalidad de las políticas de acción positiva. En ambos casos, se trataba de disposiciones nacionales relativas a la contratación y los ascensos en el sector público que daban la preferencia a las mujeres en determinadas condiciones.

El primer fallo fue el emitido en el asunto *Eckhard Kalanke contra Ciudad Libre y Hanseática de Bremen*⁸⁹: el Sr. Kalanke había postulado a un puesto superior al que desempeñaba, pero la autoridad pública pertinente dio prioridad a una mujer, remitiéndose a la legislación de Bremen que tenía por finalidad aumentar la proporción de empleadas, especialmente en los puestos superiores. La ley disponía que, en los procedimientos de contratación o ascenso, cuando una mujer poseyese las mismas calificaciones que un candidato varón, se diese la preferencia a la mujer *general y automáticamente*, mientras las mujeres estuviesen infrarrepresentadas en ese grado. No habiendo sido ascendido en aplicación de esa ley, el Sr. Kalanke impugnó su validez ante un tribunal nacional, alegando haber padecido discriminación negativa. Se dictaminó que la disposición en cuestión era compatible con la legislación alemana, pero se remitió al Tribunal de Justicia Europeo la cuestión de su conformidad con la Directiva 76/207/CEE. El Tribunal falló que la disposición contenía una discriminación *directa* contra los hombres que no podía justificarse invocando el artículo 2, apartado 2, de esta norma, que faculta a los Estados a excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales en las que el sexo es una condición determinante:

Los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas, cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate, y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama (asunto C-450/93, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 252).

El tribunal afirmó que el apartado 4 del artículo 2, el cual dispone que la Directiva «no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres», constituía una excepción al derecho individual a la igualdad consagrado en el apartado primero del mismo artículo. Si bien el principio de igualdad debía interpretarse extensamente, en cambio las excepciones al mismo tenían que interpretarse estrictamente.

⁸⁹ Asunto C-450/93: *Eckhard Kalanke contra Ciudad Libre y Hanseática de Bremen*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 251.

tamente. A juicio del Tribunal, el apartado 4 tenía por objeto concreto y exclusivo autorizar medidas que, aunque fuesen aparentemente discriminatorias, en realidad tuviesen por finalidad eliminar o reducir los casos de desigualdad que pudieran darse en la realidad de la vida social. Las normativas nacionales que garantizan una prioridad absoluta y categórica en las condiciones mencionadas iban más allá de fomentar la igualdad de oportunidades y sobrepasaban los límites de las posibles excepciones al principio de igualdad.

En 1997, el Tribunal de Justicia Europeo emitió su segundo fallo sobre las políticas de cupos en *Hellmut Marshall contra Estado de Renania del Norte-Westfalia*⁹⁰. El Sr. Marshall impugnó una cláusula similar de la Ley de Funcionarios Públicos del Estado, con la diferencia de que motivos específicos de un candidato (varón) podían «inclinarse a su favor». En esta ocasión, el Tribunal dictaminó que una ley nacional que da la prioridad a mujeres igualmente calificadas no está en conflicto con la legislación de la Comunidad siempre que las mujeres estén infrarrepresentadas en el sector laboral de se trate y no se excluya desde el principio al competidor varón.

En sus considerandos, el Tribunal subrayó que persisten determinados prejuicios y estereotipos hondamente arraigados acerca de las funciones y capacidades de las mujeres en la vida laboral. Si la legislación nacional da la prioridad a las mujeres durante un período de transición con objeto de restablecer el equilibrio, esa legislación no contradice la Directiva 76/207/CEE, siempre y cuando se efectúe una evaluación objetiva de cada candidato. Así pues, en la actualidad la mayoría de las políticas de acción positiva en vigor en toda Europa deben ser tenidas por compatibles con la legislación europea⁹¹.

Hay todavía pendientes dos pronunciamientos prejudiciales sobre las mencionadas medidas afirmativas. En el asunto *Anderson*⁹², se pide al Tribunal que dictamine acerca de sus límites precisos. Por ejemplo, ¿exige la conformidad con la Directiva que las calificaciones de los candidatos sean plenamente iguales? ¿O bien son permisibles los cupos de puestos incluso cuando las calificaciones de la candidata son consideradas inferiores a las del candidato varón, pero suficientes para desempeñar el puesto de que se trate? El segundo caso pendiente – el de *Badeck y otros contra Ministro Presidente de Hesse*⁹³ – se refiere a las metas fijadas en un plan de promoción de las mujeres en la universidad.

⁹⁰ Asunto C-409/95, *Manual sobre igualdad de trato...*, op. cit., pág. 306.

⁹¹ Véase la Comunicación de la Comisión del Parlamento Europeo y el Consejo acerca de la interpretación del fallo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93: *Eckhard Kalanke contra Ciudad Libre y Hanseática de Bremen*, 27-3-1996, COM(96)88 final; véase además el comunicado de prensa de la Comisión Europea: *Declaración del Comisario Flynn sobre el asunto Marshall*, 11 de noviembre de 1997 (<http://europe.eu.int>).

⁹² Asunto C-407/98: *Abrahamsson y Anderson contra Fogelqvist, DO*, núm. 99/C1/10 (pendiente); basándose en la argumentación a propósito del asunto *Marshall*, esta disposición resulta difícilmente aceptable.

⁹³ Asunto C-158/97: *Badeck y otros contra Ministro Presidente y Fiscalía del Tribunal del Estado de Hesse, DO*, núm. 97/C 199/20 (pendiente).

La exclusión del servicio en las fuerzas armadas y del trabajo nocturno

La protección de las mujeres puede tener consecuencias negativas para su incorporación al mercado laboral y sus oportunidades dentro del mismo. La exclusión de las mujeres de determinados tipos de trabajo es una cuestión importante y de actualidad porque se está modificando la percepción social de la presencia de mujeres en ocupaciones anteriormente «masculinas».

El asunto *Marguerite Johnston contra Jefe del Real Cuerpo de Policía del Ulster* se refiere a una mujer cuyo contrato no fue renovado a raíz de que el RUC implantase el porte de armas de fuego en el servicio. Se pidió al Tribunal de Justicia Europeo que dictaminase, entre otras cosas, acerca del ámbito de aplicación del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, que autoriza a adoptar determinadas medidas para proteger a las mujeres. El Tribunal subrayó que esa disposición, como excepción al principio de igualdad, debía interpretarse estrictamente, por lo que no se justificaba la exclusión general de las mujeres: «Las diferencias de trato entre hombres y mujeres que admite el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 en su preocupación por proteger a la mujer no incluyen los riesgos y el peligro a los que está sometido cualquier oficial de policía armado en el cumplimiento de sus funciones en una situación dada que no afecte específicamente a una mujer en cuanto tal» (asunto 222/84, *Manual sobre igualdad de trato...*, op. cit., pág. 66).

Actualmente se hallan pendientes ante el Tribunal varias cuestiones normativas de suma importancia: en los dos asuntos a que nos referiremos a continuación se plantea el interrogante de si la defensa es un sector de la exclusiva competencia de los Estados miembros o bien está sometido también al principio de igualdad y, de ser así, en qué grado. Dicho de otro modo: ¿es prerrogativa soberana del Estado nacional consentir únicamente a varones formar parte de las fuerzas armadas?

La Sra. Kreil⁹⁴ reclama el derecho a formar parte de las fuerzas armadas de Alemania y trabajar en ellas como técnica. Según la Ley de las Fuerzas Armadas de Alemania, las mujeres que se alistán voluntarias sólo pueden desempeñar funciones en los servicios médicos y en las bandas de música, y están excluidas totalmente del servicio armado. El dictamen del juez asesor sobre este asunto propone que se declare incompatible esta exclusión general con la Directiva sobre igualdad de trato. La Sra. Sirdar⁹⁵ reclama el derecho a desempeñar las funciones de cocinera en la Infantería de Marina del Reino Unido. Había estado empleada como cocinera del Ejército británico desde 1983 y fue destinada a la Artillería Real en 1990. Tras recibir un aviso de despido en 1994, solicitó ser trasladada como cocinera a la Infantería de Marina, pero la solicitud fue rechazada porque ese cuerpo no admite a mujeres.

⁹⁴ Acerca del asunto C-285/98: *Kreil contra República Federal de Alemania*, véase el comunicado de prensa núm. 84/99 del Tribunal de Justicia Europeo (<http://curia.eu.int>).

⁹⁵ Acerca del asunto C-273/97: *Sirdar contra Junta del Ejército y Secretario de Estado de Defensa*, sentencia de 26 de octubre de 1999 (todavía no hecha pública), véase el comunicado de prensa núm. 83/99 del Tribunal de Justicia Europeo (<http://curia.eu.int>).

Sobre este segundo caso, el juez asesor del Tribunal expuso recientemente su dictamen, en el que recalca que las exigencias impuestas en interés de la defensa nacional deben considerarse a la luz de la *proporcionalidad*. Los argumentos de los gobiernos, según los cuales la defensa debe seguir siendo de competencia exclusiva de los Estados miembros, son infundados y, por consiguiente, ha de aplicarse la legislación comunitaria. El juez subraya que la índole de las actividades militares no justifica por sí misma la existencia de una exención como la impugnada. En su fallo del 26 de octubre de 1999⁹⁶, el Tribunal confirma que el principio de igualdad de trato rige asimismo de manera general para las fuerzas armadas, si bien acepta la exclusión de las mujeres de la Real Infantería de Marina porque ese cuerpo concreto difiere fundamentalmente en su organización de las demás unidades del Ejército británico.

La cuestión del trabajo nocturno, planteada por primera vez en el asunto relativo al Sr. Stoeckel⁹⁷, pone de manifiesto un conflicto entre las normas internacionales del trabajo de la OIT y la legislación europea supranacional. En ese asunto se trataba de dilucidar si una disposición nacional que prohíba el trabajo nocturno de las mujeres – a tenor del Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948 [y Protocolo, 1990] (núm. 89) – se ajustaba a la legislación europea en materia de igualdad.

El Sr. Stoeckel fue condenado por un tribunal francés por haber empleado a mujeres en trabajos nocturnos, infringiendo con ello el artículo L 213-1 del Código del Trabajo francés. Ahora bien, el Tribunal de Justicia Europeo dictaminó que la prohibición general del trabajo nocturno de las mujeres era discriminatoria y que el principio de igualdad de trato imponía que se diese la posibilidad de trabajar de noche a las mujeres, salvo durante el embarazo y la maternidad. Se abstuvo, en cambio, de referirse a las relaciones entre la legislación europea internacional y supranacional, a pesar de que la norma en cuestión había sido promulgada para ajustarse al Convenio de la OIT que prohíbe el trabajo nocturno de las mujeres, que Francia había ratificado:

El artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, es lo suficientemente preciso para imponer a los Estados miembros la obligación de no establecer por legislación el principio de prohibición del trabajo nocturno para la mujer, aun cuando dicha obligación está sujeta a excepciones, cuando el trabajo nocturno no está prohibido para los hombres (asunto C-345/89, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 134).

Francia no modificó el artículo L 213-1 de su Código del Trabajo, lo cual provocó un incumplimiento de la ley⁹⁸. A decir verdad, tras la denuncia por el Gobierno francés del Convenio núm. 89 de la OIT, la legislación francesa era

⁹⁶ Véase la nota anterior.

⁹⁷ Asunto C-345/89: *Ministerio Público contra Alfred Stoeckel*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, págs. 133 y 134.

⁹⁸ Asunto C-197/96: *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 288.

indudablemente contraria a la europea. Aunque Francia había declarado que no aplicaría la polémica disposición por considerarla nula de pleno derecho, en su fallo de 1997 el Tribunal dictaminó que Francia había incumplido sus obligaciones dimanantes del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 y afirmó que, mientras el artículo estuviese en vigor, las personas no tendrían certeza de su situación legal y se expondrían a persecuciones judiciales injustificadas. La incompatibilidad entre la legislación nacional y la comunitaria sólo se podía resolver mediante la promulgación de «disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que aquellas que deben modificarse». Posteriormente, prosperó una querrela similar contra Italia⁹⁹.

Ni Francia ni Italia han modificado todavía su legislación, y se han iniciado las oportunas actuaciones por incumplimiento en virtud del artículo 228 CE (anterior artículo 171 del Tratado CE)¹⁰⁰, que pueden dar lugar a sanciones. Recientemente, la Comisión Europea solicitó al Tribunal de Justicia Europeo que impusiera una multa diaria de 142.425 euros a Francia por incumplimiento de su sentencia anterior¹⁰¹.

Implantación real y efecto disuasorio gracias a remedios y sanciones eficaces

Si se ha infringido el derecho a la igualdad de retribución, la persona reclamante debe recibir retroactivamente el resarcimiento correspondiente; pero, ¿cómo remediar las infracciones del derecho a la igualdad de trato? El Tribunal ha elaborado un cuerpo de jurisprudencia convincente, según la cual, en cuanto a la puesta en práctica de las directivas, los Estados nacionales tienen, en principio, plena libertad para determinar la modalidad de las sanciones. Ahora bien, los remedios y las sanciones deben ser eficaces tanto por lo que se refiere a proteger frente a la discriminación como a indemnizar por los daños o perjuicios sufridos a consecuencia de una vulneración de la ley, es decir, el principio del efecto disuasorio (denominado en francés «*effet utile*»).

Los primeros asuntos al respecto fueron *Sabine Von Colson y Elisabeth Kammann contra Estado de Renania del Norte-Westfalia*¹⁰² y *Dorit Harz contra Deutsche Tradax GmbH*¹⁰³. Las demandantes habían postulado a sendos puestos de trabajo y se rechazaron sus candidaturas patentemente por causa de su sexo. Pedían, pues, que se les asignaran los puestos respectivos o bien que se les resarciera debidamente. La legislación alemana sólo preveía la indemnización de los gastos de correo y otros desembolsos de poca monta efectuados para

⁹⁹ Asunto C-207/96: *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, págs. 309-311.

¹⁰⁰ Véase *Equality Quarterly News* (http://europe.eu.int/comm/dg05/equ_opp/index_en.htm), núm. 2/99.

¹⁰¹ Véase la nota 32 *supra*.

¹⁰² Asunto 14/83, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 36.

¹⁰³ Asunto 79/83, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 39.

solicitar el trabajo. El Tribunal falló que correspondía a la legislación nacional determinar si el remedio debía consistir en concederles el puesto de trabajo o una indemnización, pero que, en su caso, ésta debía ser de una cuantía tal que fuese realmente disuasiva y suficiente para compensar los daños padecidos:

Aunque la Directiva 76/207/CEE, a los efectos de imponer una sanción por incumplimiento de la prohibición de discriminación, deja a los Estados miembros que elijan libremente entre las diversas soluciones adecuadas para lograr su objetivo, no obstante exige que si un Estado miembro decide penalizar los incumplimientos de dicha prohibición mediante la concesión de una indemnización, entonces, para garantizar su eficacia y su efecto disuasorio, dicha indemnización deberá ser, en todo caso, adecuada con relación al daño sufrido y, por consiguiente, deberá ser superior a una cantidad de indemnización meramente nominal, como, por ejemplo, sólo el reembolso de los gastos derivados de la solicitud de empleo. Corresponde al tribunal nacional interpretar y aplicar la legislación adoptada para la implantación de la Directiva de conformidad con las exigencias del Derecho comunitario, en la medida en que se le dé libertad para hacerlo con arreglo al Derecho nacional (asunto 14/83, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 38).

Una enmienda posterior del Código Civil alemán fijó un tope de tres meses de remuneración a las indemnizaciones individuales y otro de seis meses de remuneración si son varias las partes que solicitan reparación; además, impuso la exigencia de que existiera una falta personal del empleador. El Sr. Draehmpaehl¹⁰⁴, cuya candidatura a un puesto anunciado únicamente para asistentes de sexo femenino había sido rechazada, impugnó la legalidad de esa medida. El Tribunal rechazó la necesidad de que existiese una falta de parte del empleador. Si el reclamante había sido privado de un puesto vacante que tenía todas las posibilidades de ocupar, el límite de tres mensualidades de salario era incompatible con la Directiva. Se consideró que este tope máximo de indemnización era ilegal, salvo que existiesen otros semejantes en la propia legislación nacional:

La Directiva 76/207/CEE se opone a unas disposiciones legales nacionales que, a diferencia de las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral, establecen *a priori* un límite de seis mensualidades de salario a la suma de las indemnizaciones que pueden reclamar los candidatos que hayan sido discriminados por razón de sexo con motivo de una contratación, cuando sean varios los candidatos que reclaman indemnización (asunto C-180/95, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, pág. 298).

Observaciones finales

Como hemos visto a lo largo del artículo, la legislación y la jurisprudencia europeas han dado un nuevo impulso a la igualdad jurídica entre mujeres y hombres. Han hecho una aportación sustancial al respeto del principio de igualdad de retribución para trabajo de igual valor y a la lucha contra la discrimina-

¹⁰⁴ Asunto C-180/95: *Nils Draehmpaehl contra Urania Immobilienservice OHG*, *Manual sobre igualdad de trato...*, *op. cit.*, págs. 295-298.

ción – directa e indirecta – por lo que hace al derecho a desempeñar determinadas ocupaciones, a efectuar trabajo a tiempo parcial o nocturno, a las pensiones, al embarazo y a la maternidad. Su singular carácter supranacional ha provocado la revisión de la legislación nacional de todos los Estados miembros, fomentando con ello un nuevo modo de pensar. El Tribunal de Justicia Europeo no ha limitado sus interpretaciones al principio de cautela o de autoalimentación judicial, y ha conferido más eficacia real y práctica a la legislación europea en materia de igualdad gracias a su labor de verificación de las normas y la práctica de los países y a la jurisprudencia que ha sentado. Han coadyuvado igualmente a este progreso las trabajadoras y los trabajadores que se han atrevido a impugnar decisiones desfavorables, y los jueces, abogados y otros especialistas, que son cada vez más conscientes de la importancia de los instrumentos supranacionales y se muestran dispuestos a invocarlos. En última instancia, se trata de utilizar estas normas jurídicas para llevar a la práctica la igualdad real en el trabajo.