

MÁSTER EN DIRECCIÓN DE RECURSOS HUMANOS

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

CURSO: 2017/18

**ANATOMÍA DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN
LAS RELACIONES LABORALES**

ANÁLISIS DE LA BRECHA SALARIAL

**ANALYSIS OF INDIRECT DISCRIMINATION IN LABOUR
RELATIONS**

GENDER PAY GAP RESEARCH

CONVOCATORIA: Junio de 2018

DEPARTAMENTO: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

ÁREA DE CONOCIMIENTO: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

AUTORA: Indira Yozmara Olivares Olivares

TUTORA: Sarai Rodríguez González

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

La discriminación indirecta se encuentra plenamente reconocida en el ordenamiento jurídico español. Más concretamente, la discriminación indirecta en materia retributiva —fundamental elemento causante de la brecha salarial— se halla delimitada y penalizada en la legislación española. Sin embargo, existen elementos de discriminación indirecta que acrecientan la brecha salarial, que en lugar de salarios se traduce en términos de retribuciones económicas. Lo que se agrava aún más en determinados sectores de ocupación donde la presencia de mujeres es mayor. En este proyecto se analizará la brecha retributiva por razón de género desde una perspectiva numérica tal como reflejan las estadísticas, para luego abordar una interpretación de los agravantes de la discriminación salarial entre géneros y el efecto que la ley tiene sobre la misma. Asimismo, se analizan algunos supuestos controvertidos sobre el tema en sede judicial, así como el alcance de la propuesta de la Ley retributiva para combatir con la desigualdad de género en el trabajo.

Igualdad, discriminación indirecta, brecha salarial, retribución, estereotipos de género.

ABSTRACT AND KEY WORDS

Indirect discrimination is fully recognized in the Spanish legal system. More specifically, indirect discrimination - a fundamental factor causing the gender pay gap - is delimited and penalized in Spanish legislation. However, there are elements of indirect discrimination that worsen the pay gap, not only intending its income but also when it comes about agreed-upon remuneration, particularly in certain professional sectors where women's presence is larger. In this essay, the gender pay gap will firstly be analyzed from a numerical perspective, as the statistics show, and secondly an interpretation of wage discrimination aggravating factors between both sexes and the effect that law has on the matter. Likewise, some controversial assumptions in court about the subject will be explored, as well as the reach of the Spanish retributive law proposal to fight against gender inequality in the workplace.

Equality, indirect discrimination, gender pay gap, remuneration, gender roles.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN	5
2. LA REALIDAD ESTADÍSTICA DE LA BRECHA SALARIAL ESPAÑOLA	7
2.1. El salario bruto mensual	8
2.2. Las diferencias de género por sectores de ocupación y su incidencia en la brecha salarial	9
2.3 El nivel de participación femenina en los puestos de dirección y gerencia	11
2.4. Las cifras de desocupación laboral femenina: ¿ocupación en el trabajo no remunerado de los cuidados?	12
2.5 La participación de las mujeres en el trabajo a tiempo parcial	15
2.6 El tiempo de dedicación al trabajo doméstico: los roles de género.....	16
3. EL PESO DE LAS DISCRIMINACIONES INDIRECTAS EN LA BRECHA SALARIAL.....	18
3.1. Concepto y alcance de la discriminación indirecta	18
3.2. La protección frente a la discriminación retributiva indirecta	26
3.3. Las discriminaciones retributivas indirectas: ejemplos de la realidad práctica	30
4. NUEVAS MEDIDAS PARA COMBATIR LA BRECHA SALARIAL POR RAZON DE GÉNERO	36
4.1. Las leyes sobre igualdad retributiva	36
4.2. La futura ley de igualdad retributiva entre mujeres y hombres en España: un análisis crítico de sus previsiones.....	38
5. CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	45
Legislación consultada	46
Sentencias consultadas	48
Referencias web	48
ANEXOS	51

ABREVIATURAS

- BOE: Boletín Oficial del Estado
- CCOO: Comisiones Obreras
- CE: Constitución Española
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos
- CT: Criterio Técnico
- EPA: Encuesta de Población Activa
- INE: Instituto Nacional de Estadística
- LET: Ley del Estatuto de los Trabajadores
- LISOS: Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
- LOIEMH: Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres
- OIT: Organización Internacional del Trabajo
- ONU: Organización de las Naciones Unidas
- PRL: Prevención de Riesgos Laborales
- STJ: Sentencia del Tribunal de Justicia
- STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
- STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TCE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- TJ: Tribunal de Justicia
- UE: Unión Europea
- UGT: Sindicato Unión General de Trabajadores

1. INTRODUCCIÓN

La discriminación indirecta por razón de sexo viene expresada por el art.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, Para La Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LOIEMH) para hacer referencia a las situaciones aparentemente neutras en las que una persona de determinado sexo se encuentra en desventaja frente a otra de sexo opuesto. La imposición a este tipo de discriminación se recoge en el art.14 de la Constitución Española (en adelante CE) con el derecho a la igualdad y la prohibición de todas las formas de discriminación por razón de sexo. Más concretamente, el objetivo principal de este proyecto es la desigualdad retributiva entre sexos expresada como una discriminación indirecta por razón de sexo.

La brecha salarial no responde únicamente a la diferencia de salario de mujeres frente a hombres para un mismo trabajo en las mismas condiciones, el indicador de la desigualdad retributiva se reconoce a partir de las diferencias salariales que una mujer percibe frente al hombre en términos de complementos, antigüedad y bonificaciones; que se expresa en porcentaje de salario femenino respecto del masculino. En España, los hombres cobraron de media en el año 2016, aproximadamente 2.400 euros más de salario bruto mensual que las mujeres. Entre los alicientes a esta diferencia retributiva, que no salarial, se desarrollarán a lo largo del proyecto condiciones como el tipo de jornada, la conciliación de la vida familiar y laboral, o el sector de ocupación.

Desde la cumbre de Beijing en 1995 donde se plasmaron los objetivos a cumplir por todos los estados miembros de la ONU, como a partir de transposición de las directivas europeas al ordenamiento jurídico español, existen determinadas leyes que tratan de equiparar las condiciones entre mujeres y hombres en el mercado laboral, como también de manifestar rechazo a las condiciones discriminatorias en las empresas con sanciones económicas que pueden rondar los doscientos mil euros.

A pesar de la explicitud de la Ley Orgánica 3/2007 para intentar corregir las cifras desfavorables que se recogen sobre la mujer trabajadora en el ámbito español y de España con respecto a los países de la Unión Europea, no se incide de manera aislada sobre la discriminación salarial como sí se actúa en países como Alemania o Islandia. Por ello, en el año 2017 en España, se realiza una Proposición de Ley de igualdad

retributiva para cumplir con los objetivos de desarrollo sostenible de 2030 de la ONU, e intentar acabar con la lacra que deja a España como uno de los peores países de la UE en cuanto a la brecha salarial.

Amplio número de autores y autoras han trabajado sobre la brecha salarial española y las medidas judiciales que se han empleado contra ello. Por tanto, la metodología para desarrollar este proyecto ha sido la interpretación de ley vigente y su aplicación en España, con una visión crítica a todo esto respaldada por el fundamento teórico de especialistas e informes estadísticos sobre la brecha salarial. Además de la observación de determinadas sentencias referentes a la discriminación indirecta por razón de sexo, que ayudarán a identificar los aspectos causantes de la brecha salarial.

El Trabajo de Fin de Máster que se desarrolla a continuación se estructura en cinco epígrafes. El primero abordará en términos estadísticos las diferencias retributivas entre mujeres y hombres en el empleo en España durante los últimos años registrados. En el segundo se hace referencia en primer lugar, al concepto e interpretación de la discriminación indirecta y su incidencia en la brecha salarial desde la consecución de los derechos fundamentales, hasta la trasposición de las directivas europeas al marco normativo en España. En segundo lugar, afronta las medidas legislativas del ordenamiento jurídico español referentes a la discriminación retributiva por sexos. Y por último, las circunstancias laborales más repetidas en las que se producen estas diferencias. En el tercer epígrafe se presentan las nuevas medidas contra la desigualdad salarial que se han aplicado para los países europeos Islandia, Alemania, Reino Unido, Francia y en último lugar España. Finalmente, el último apartado se dedica a la exposición resumida de las principales conclusiones a las que se ha llegado a partir del estudio realizado.

2. LA REALIDAD ESTADÍSTICA DE LA BRECHA SALARIAL ESPAÑOLA

El análisis de la brecha salarial como realidad presente en nuestra sociedad exige un análisis de carácter cuantitativo que permita determinar su alcance, factores de origen, implicaciones, etc. Igualmente tal análisis permite acercarnos al menos intuitivamente acerca de cuáles son las áreas en las que hay que actuar para combatirla.

En este sentido, hay que destacar primeramente ciertos términos que es importante presentar. En primer lugar las personas activas, refiriéndose a todos aquellas/os mayores de 16 años que actúan con mano de obra.

Los activos se dividen a su vez en personas ocupadas y paradas: estas últimas son las que, cumpliendo las condiciones necesarias para trabajar y buscando empleo, se encuentran sin trabajo. Mientras que los ocupados son aquellas personas que trabajan o han trabajado al menos durante una hora a cambio de un salario o remuneración, o bien se encuentran ausentes del trabajo por motivos de enfermedad, vacaciones. Por último los inactivos; todas aquellas personas que superen los 16 años y no cuenten con las condiciones anteriores (INE EPA, 2014).

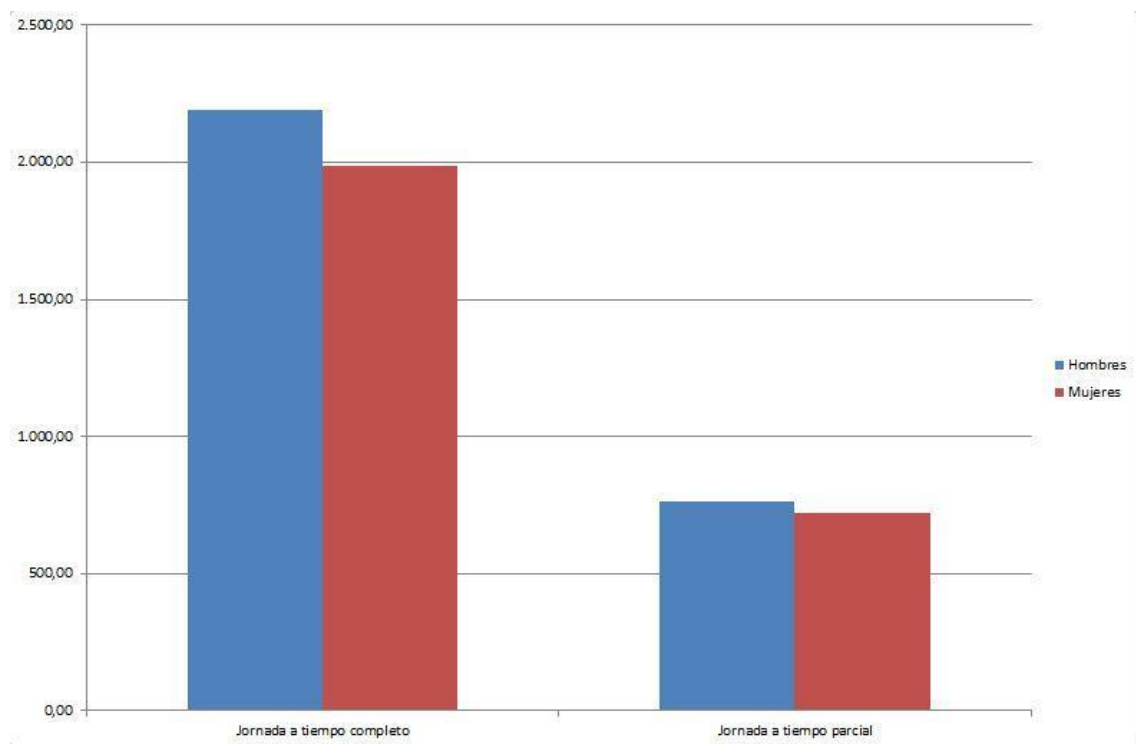
Otra cuestión a tener en cuenta es la duración de la jornada que distingue entre los trabajadores con jornada completa (más de 30 horas semanales) y los que trabajan a tiempo parcial (menos de 35 horas semanales). Por último, la temporalidad haciendo mención al contrato temporal que tiene fecha límite o bien a los que trabajan indefinidamente para una empresa o sector (INE EPA, 2014).

Los datos presentados son referentes al último año registrado, 2017, salvo en datos que permanezcan con la última actualización para el año 2016, para conservar en todo momento una visión de actualidad en la época presente, posterior a la crisis iniciada desde 2008. Dichas estadísticas van a ser analizadas a partir de la explotación de las tablas facilitadas por el Instituto Nacional de Estadística (en adelante INE) y su Encuesta de Población Activa (en adelante EPA), y de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) de su base estadística ILOSTAT por otro lado, para reflejar además la comparativa europea de la brecha salarial, respaldado con el informe FEDEA sobre la brecha de género en España.

2.1. EL SALARIO BRUTO MENSUAL

Sustentando como pilar del desarrollo de la brecha salarial la diferencia retributiva propiamente dicha se presenta el gráfico 1 a continuación con los datos españoles del salario bruto mensual promedio del año 2016 para cada sexo.

GRÁFICO 1. SALARIO BRUTO PROMEDIO MENSUAL POR TIPO DE JORNADA Y SEXO. ESPAÑA 2016 (Euros)



[FUENTE: INE, EPA. Elaboración propia. Véase Tabla 1]

El gráfico representa un promedio del salario bruto mensual aproximado de ambos sexos en el sector de ocupación en España para el año 2016 diferenciando el salario recibido para una jornada parcial de menos de 35 horas semanales por un lado, y de una jornada completa por otro lado. Ya desde un primer plano se identifica visualmente cómo los hombres además de ser dominantes en el sector activo de la población en edad de trabajar, reciben de media aproximadamente unos 203 euros mensuales más en su salario bruto que las mujeres ocupadas; lo que se traduce en 2.436

euros anuales por encima del salario femenino. Que en el caso de la jornada parcial se traduce en 504 euros anuales más para los hombres que para las mujeres (Tabla 1).

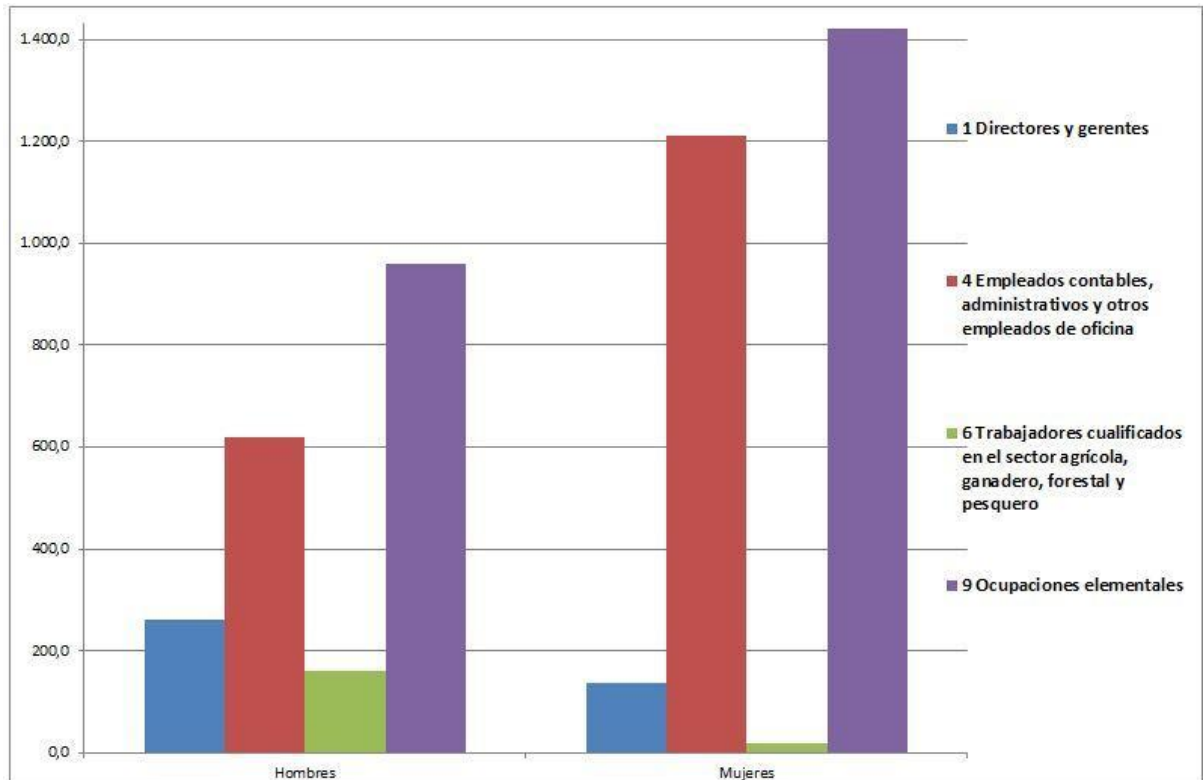
Dichas cifras reflejan el desenlace de que las mujeres siguen relegadas al segundo plano laboralmente, llegando a cobrar menos para un contrato de igual jornada. Estas diferencias salariales se traducen en una asimetría de hombres y mujeres que posiciona a la mujer en los puestos de menor rango de responsabilidad frente al puesto de mayor cargo del hombre. Con el trascurso neoliberal -actual capitalismo- la situación no se ha visto empeorada para las mujeres, que a pesar de ser mayor la cifra de ellas en el mercado laboral que para las épocas anteriores, son más explotadas para el mismo trabajo que desempeña un varón, o bien son empleadas para trabajos con mayor tendencia a la explotación (Amorós, 1991: 226).

En aspectos generales, la población global masculina recibe el 70'6% de la renta que reciben las personas asalariadas, por lo que la población femenina percibe un porcentaje de ingresos muy inferior al del género masculino, siendo las féminas de más de 45 años las peor paradas; lo que relacionamos con una generación de mujeres que no tuvo acceso a los estudios o no cursó estudios medios o superiores, lo cual las relega a una situación precaria en el trabajo (De Pablos, 2000: 7).

2.2. LAS DIFERENCIAS DE GÉNERO POR SECTORES DE OCUPACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA BRECHA SALARIAL

Para desglosar e interpretar las diferencias salariales en el ámbito laboral español demostradas, se analizarán distintas perspectivas, empezando por diferenciar los sectores de ocupación españoles en la actualidad diferenciados por sexo.

GRÁFICO 2. OCUPADOS POR OCUPACIÓN Y SEXO. ESPAÑA 2016 (Miles)



[FUENTE: INE, EPA. Elaboración propia. Véase Tabla 2]

En este caso, el desglose de población ocupada se subdivide en distintos sectores de ocupación con diferencias a su vez para hombres y mujeres. En el caso de los puestos de mayor rango como pueden ser los directivos y de gerencia empresarial, la cifra de hombres duplica a la de mujeres que se encuentran mayoritariamente con el denominado techo de cristal como impedimento para crecer hasta los puestos más altos por falta de tiempo e incompatibilidad de conciliación. Mientras que en las categorías de puestos administrativos las diferencias son contrarias, siendo el doble de mujeres ocupadas que de hombres para el mismo puesto: esto refleja los roles de género que se mantienen en los sectores de ocupación habiendo puestos de trabajo fuertemente feminizados frente a otros mayoritariamente ocupados por varones: estos sectores determinan también el salario a percibir, siendo menor los casos donde la ocupación de las mujeres es mayoritaria, mientras que el salario es mayor en sectores como la industria donde los hombres son predominantes (Sapena, Iborra, Ochando, 2018: 7) (Tabla 2). Para puestos elementales como son los de vendedor, peones y sector de

servicios son predominantes en ambos casos, mientras que las mujeres en estas ocupaciones superan en 464 mil ocupadas más justificando que son las mujeres en su mayoría las que ocupan los puestos de menor remuneración o responsabilidad; sectores feminizados como es servicios reciben menor remuneración que los sectores masculinizados, siendo las mujeres las que sufren en mayor medida la precariedad laboral (Sapena, Iborra, Ochando, 2018: 7).

2.3 EL NIVEL DE PARTICIPACIÓN FEMENINA EN LOS PUESTOS DE DIRECCIÓN Y GERENCIA

Tras interpretar los desgloses de la población femenina y masculina en los sectores mayoritarios de ocupación, se analiza más detalladamente en la tabla 3 el porcentaje de ocupación de sector con respecto al total del sexo. Por lo que, dentro de los puestos de dirección y gerencia de las 136 mil mujeres empleadas, el 7% de ellas son empleadas a tiempo parcial con una jornada inferior a 35 horas, mientras que de los 261 mil directores y gerentes varones, sólo el 2,6% está realizando una jornada a tiempo parcial.

Más expresamente se refleja la diferencia cuando se trata de los puestos de ocupación elemental siendo el 43% de las mujeres empleadas para estas ocupaciones contratadas con jornada parcial, frente a un 12% de hombres a jornada parcial para la misma ocupación y casi un 88% de hombres en ocupaciones elementales son contratados a tiempo completo (Tabla 3).

Como se indica en el III Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (Instituto Canario de la Mujer, 1997) “los datos nos muestran cómo las mujeres no se han incorporado todavía en la misma medida que los hombres al trabajo remunerado...” (De Pablos, 2000: 39).

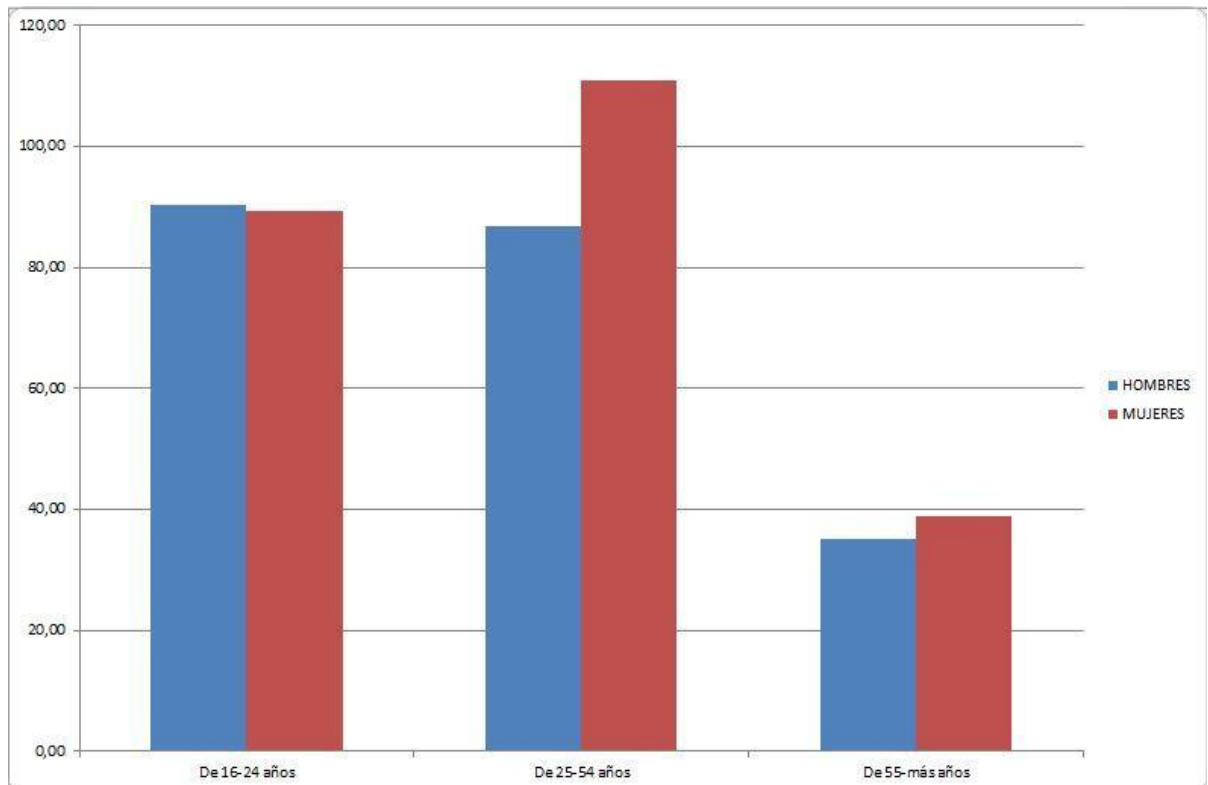
El nuevo Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2017-2020 contiene medidas específicas para lograr que haya más mujeres trabajando y en puestos de responsabilidad, mejorar las posibilidades de compatibilización entre la vida familiar y personal y la reducción de las diferencias salariales. En cuanto a los avances logrados, se indica que se ha reducido la brecha salarial, que se ha disminuido 4 puntos desde

2012, se ha corregido la brecha del emprendimiento, donde 2 de cada 3 de los nuevos emprendedores son mujeres.

2.4. LAS CIFRAS DE DESOCUPACIÓN LABORAL FEMENINA: ¿Ocupación en el trabajo no remunerado de los cuidados?

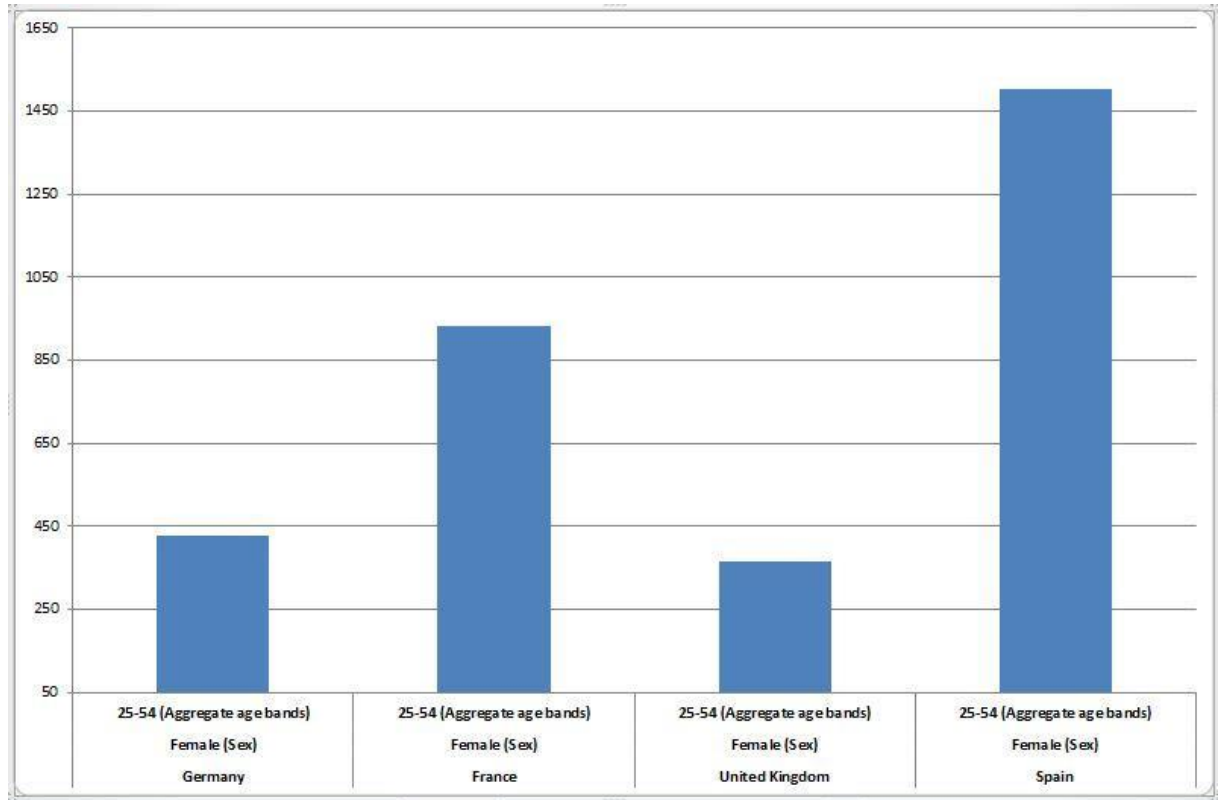
A continuación se muestra la disparidad de género en el contexto de la desocupación laboral en España desglosado en grupos de edad en el gráfico 4. Tanto para los varones como para las féminas, los porcentajes de la tasa de paro para el año 2017 son de grave alcance siendo la franja más afectada la equivalente al grupo de edades comprendidas entre 25-54 años representando el grueso de la población en edad de trabajar y perjudicando aún más a las mujeres que a los hombres para el mismo caso. Como se muestra en el gráfico 4 las mujeres de edades comprendidas en torno a los 40 años son las que más dificultades encuentran para incorporarse nuevamente al mercado de trabajo ocupando el grueso de la población parada en España. A diferencia de los hombres, las mujeres a partir de los 35 años tienen una tendencia mayor a dedicarse al cuidado de hijos y mayores repercutiéndole en su trayectoria laboral y frenándoles a la hora de incrementar el salario percibido, mientras que los hombres aumentan su antigüedad laboral a partir de estas edades (Sapena, Iborra, Ochando, 2018: 8).

GRÁFICO 4. TASA DE PARO POR SEXO Y GRUPOS DE EDAD, ESPAÑA.
(Porcentaje)



[FUENTE: INE, EPA. Elaboración propia. Véase Tabla 4]

**GRÁFICO 5. PARADOS POR SEXO Y GRUPOS DE EDAD POR PAÍS,
EUROPA. (Miles)**



[FUENTE: OIT. ILOSTAT. Elaboración propia. Véase Tabla 5]

Tras el proceso de recuperación de la crisis económica, España presenta tasas de paro y disparidad laboral aun fuertemente desiguales y negativas que en ámbito europeo se reflejan en una mayor disparidad de España respecto a otros países miembros de la unión europea (gráfico 5). Entre la franja de edad de 25-54 años de mujeres desocupadas como el porcentaje más destacado, España supera a países como Alemania, Francia y Reino Unido en al menos 124 mil mujeres desempleadas más entre 25-54 años. Países como Alemania cuentan con una ley de igualdad salarial para evitar la mencionada brecha salarial entre géneros, mientras que España permanece a la cola en medidas legislativas específicas para eliminar la discriminación de género en el ámbito laboral como se viene haciendo con los Tratados de la Unión Europea (Vicesecretaría General de UGT, 2018: 5).

Ante lo anteriormente analizado, además de la justificación y demostración de la brecha salarial y las diferencias laborales por sexo, se refleja la crisis financiera como un impedimento para el logro de la equidad laboral entre mujeres y hombres; Aunque según los resultados observados se viere que ha afectado favorablemente a la equiparación sexual en el empleo, esto no supone que sean más las mujeres contratadas o mejor sus condiciones en el trabajo, sino por el contrario, una cifra mayor de mujeres que se incorporan al mercado de trabajo por un periodo corto de tiempo para la sustitución de empleos precarios, frente a sectores donde la mujer tiene una presencia minoritaria y las remuneraciones recibidas son mayores (Vicesecretaría General de UGT, 2018: 12).

2.5 LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

A pesar de la incorporación masiva de la mujer al empleo remunerado, las mujeres siguen ejerciendo la mayor parte del trabajo no remunerado y mayoritariamente optan por contratos con jornada a tiempo parcial.

Aunque el porcentaje registrado por el INE de ocupados a tiempo parcial en España es inferior al de ocupados por jornada completa, sigue siendo un número relevante de empleados si se hace distinción por sexos.

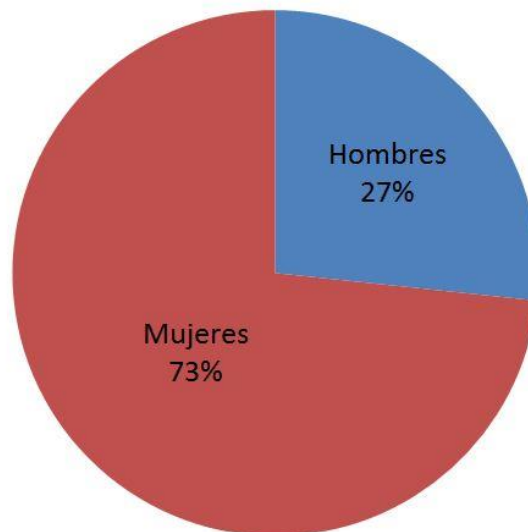
A estos efectos se representa en el gráfico 6 de sectores, la diferencia porcentual de mujeres que se dedican al empleo de manera parcial frente a los hombres. En la tabla 6 se puede observar que sólo el 7,32% de los hombres ocupados lo son con contrato de jornada parcial. Mientras que en el caso de ellas, la cifra asciende a 23,4% de las ocupadas. De esta manera, de 2.819 personas ocupadas en 2017 en España con una jornada parcial, el 73% son mujeres, traduciéndose en casi la totalidad del sector de ocupación que trabaja por menos de 35 horas semanales.

Según un informe de CCOO sobre la brecha salarial de este mismo año, esta tendencia a la jornada parcial por parte de las trabajadoras mujeres no es algo libremente elegido, sino prácticamente una imposición al encontrar dificultades para

encontrar trabajo a tiempo completo, además de su mejor compaginación con el cuidado de menores o dependientes como se analizará en el siguiente apartado. “El 61% de las mujeres entre 35 y 44 años manifiesta optar por jornada a tiempo parcial, justo el 28% de las mujeres entre 25 y 34 años” (CCOO, 2018: 8).

GRÁFICO 6. PORCENTAJE DE OCUPADOS CON JORNADA A TIEMPO PARCIAL, 2017. ESPAÑA.

JORNADA A TIEMPO PARCIAL



[FUENTE: INE. EPA. Elaboración propia. Véase Tabla 6]

2.6 EL TIEMPO DE DEDICACIÓN AL TRABAJO DOMÉSTICO: LOS ROLES DE GÉNERO

Hasta ahora el análisis estadístico de las secuelas de la brecha salarial iba encaminado hacia la idea predominante de que el trabajo no remunerado es uno de los principales incipientes de la desigualdad por el impedimento que supone para las mujeres dedicarse íntegramente a su actividad profesional por tener que hacer frente al cuidado de hijos menores o personas a su cargo.

El gráfico 7 muestra esta realidad desglosando el número de horas semanales que se dedican al trabajo doméstico como las tareas del hogar o cuidar de los niños o

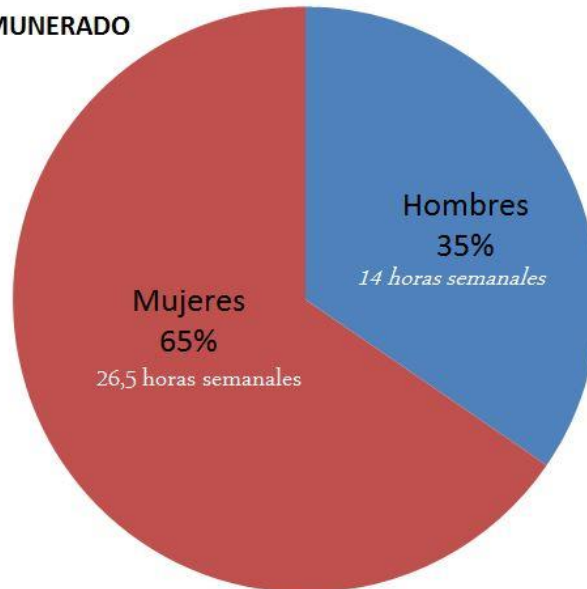
mayores. En 2015, el 65% de las mujeres se dedican al trabajo no remunerado, lo que supone casi 27 horas semanales. Lo que supone que las mujeres dediquen 27 horas menos a su carrera profesional, algo que no pasa con los hombres trabajadores. Por lo que las mujeres desempleadas que como se ha visto son superiores a los hombres desempleados, dedicarán más horas que los hombres al trabajo doméstico y de cuidados el cual no está reconocido y no es retribuido económicamente. Los hombres dedican 13 horas más que las mujeres al trabajo remunerado o a sus asuntos personales lo que supone una ventaja profesional frente a estas mujeres que siguen siendo las encargadas del cuidado de los hijos (CCOO, 2018: 9).

El trabajo no remunerado en los hogares se ha interpretado en España tradicionalmente como labores propias del sexo femenino, lo que hoy día se encuadra en las relaciones de género. Según un estudio del CIS del año 2010, si en la pareja uno de los dos debe dejar de trabajar para dedicar tiempo al cuidado de los niños y el hogar, tanto hombres (46.6%) como mujeres (44.9%) creen que es la mujer la que debe abandonar el trabajo remunerado (Durán, 2012: 2006).

Estas tareas no remuneradas por tanto, reducen las posibilidades de incorporarse al trabajo remunerado en una actualidad que se reduce a la obtención de rentas laborales, lo cual alarga más la división sexual. En esta actualidad por ende, resulta una disputa el reconocer el trabajo no remunerado de las mujeres como trabajo remunerado requiriendo un cambio entre las instituciones básicas de las económicas europeas: hogares, empresas y Estado, además de un cambio ideológico de hombres y mujeres (Durán, 2012: 41).

GRÁFICO 7. HORAS SEMANALES QUE LOS OCUPADOS EMPLEAN EN EL TRABAJO NO REMUNERADO, 2015. ESPAÑA

TRABAJO NO REMUNERADO



[FUENTE: INE, EPA. Elaboración propia. Véase Tabla 7]

3. EL PESO DE LAS DISCRIMINACIONES INDIRECTAS EN LA BRECHA SALARIAL

3.1. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

La igualdad de género y el derecho a la no discriminación por razón de sexo viene estipulada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos como derecho fundamental que se debe respetar de manera universal. Esta Declaración se proclama por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948 para plasmar los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en todo el mundo (Organización de las Naciones Unidas -en adelante ONU-, 1948). En la misma se recoge el derecho de toda persona a condiciones laborales equitativas sin distinción alguna por razón de género, concretamente a la igualdad de salario por igual trabajo

(art.23). Y a lo largo de la trayectoria de sus conferencias mundiales sobre la mujer, se han estipulado objetivos concretos para contrarrestar la segregación ocupacional y las formas de discriminación laboral (ONU WOMEN, 1995).

La igualdad salarial para ambos sexos propiamente dicha se remonta a 1919 con el Tratado de Paz de Versalles, En 1951, el convenio número 100 de la OIT referente a la igualdad de remuneración para mujeres y hombres en trabajos de igual valor, estipula un deber de garantizar el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina y establece que sea la legislación de cada nación y los convenios colectivos los que deban aplicarlo (art.2). Posteriormente, en 1958, el convenio número 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y la ocupación obliga a todas las naciones a llevar a cabo una política de igualdad de oportunidades en el empleo que elimine toda discriminación por razón de sexo (art.2) (OIT, 2017).

Con la Cuarta Conferencia sobre mujeres de Beijing en 1995, se formularon como objetivos específicos la aplicación de leyes estatales concretas contra la discriminación salarial por trabajo de igual valor, fortaleciendo el cumplimiento de las normas internacionales y reformular si fuese necesario las estructuras salariales de los puestos de empleo ocupados mayoritariamente por mujeres a fin de aumentar su bajo estatus y las retribuciones salariales que perciben.

Entre los objetivos: analizar el trabajo no remunerado o de cuidados en términos cuantitativos de cara a una interpretación de las discriminaciones producidas en el mismo. Promover la participación igualitaria de las mujeres en empleos altamente cualificados, así como estimular su desarrollo profesional en el empleo y la movilidad ascendente y alentar a los hombres a participar en empleos feminizados. Garantizar la igualdad de acceso a la formación en el trabajo. Por otro lado, se menciona el establecer medidas positivas para facilitar el acceso a las políticas y puestos nacionales de investigación u organismos internacionales, aplicando la transversalidad de género a las acciones que se llevan a cabo.

De esta manera, la *nueva agenda* de los Objetivos De Desarrollo Sostenible de la ONU para el año 2030 ponen de manifiesto la consecución de la igualdad entre los géneros haciendo alusión al empoderamiento femenino pues asumen que esta es una de las trabas para lograr el desarrollo sostenible y que no se han sabido evitar. Con la

inclusión de la perspectiva de género en la Nueva Agenda, defienden lograr la igualdad entre los sexos y eliminar todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres “incluso mediante la participación de los hombres” (ONU, 2015: 8).

El marco legal europeo en materia de igualdad se conforma de las medidas internacionales diferentes sobre igualdad: tratados de la UE, Directivas, Convenios de la OIT (C100 y C111) y las convenciones de la ONU (Countouris, 2015: 10). La normativa europea de la UE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) reconocen la existencia de discriminación aun cuando se trate de la misma manera a personas en situaciones diferentes. En el derecho de la UE se habla de acciones positivas a los efectos que los gobiernos deben asegurar para actuar en igualdad de disfrute de oportunidades “si los gobiernos, empleadores, o prestadores de servicios no tienen en cuenta la pertinencia de adoptar medidas especiales, aumenta el riesgo de incurrir en disposiciones y practicas constitutivas de discriminación indirecta”. Se le da mayor consideración en el ámbito de la normativa de la UE, donde el TJUE ha tratado asuntos referentes al empleo (Kjaerum, 2011: 36).

Con la *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)* la UE se implica en la igualdad entre sexos como principio fundamental reconocido, prohibiendo las discriminaciones indirectas en lo referente a: condiciones de acceso al empleo, cotizaciones, cálculo de las prestaciones. En el año 2012 con la versión consolidada del tratado de funcionamiento de la unión europea (en adelante TFUE) se prohíbe la discriminación salarial entre trabajadores y trabajadoras para un mismo puesto de trabajo o de igual valor (art 157).

Posteriormente, se formula la aplicación de los objetivos en el ámbito de la Unión Europea con la *Nueva estrategia para la igualdad de género y los derechos de las mujeres después de 2015* “considerando que, tal como reconocen los Tratados y la Carta de los Derechos Fundamentales, la igualdad de género es un valor central de la UE que esta se ha comprometido a integrar en todas sus actividades, y que, como objetivo estratégico, la igualdad de género es fundamental para alcanzar los objetivos

generales de la Estrategia Europa 2020 de crecimiento, empleo e inclusión social [...]” (Parlamento Europeo, 2015).

Al haber sido bloqueada desde el año 2009 imposibilitando la discriminación positiva y el logro de la equidad laboral para ambos sexos: el ámbito europeo se reorienta más detenidamente hacia la discriminación salarial, pensiones, acceso a los bienes y servicios y la conciliación de la vida familiar y laboral profundizando en las formas de discriminación intersectoriales que afectan de manera distinta a las mujeres y por tanto, la aplicación de acciones específicas para tratarlo. Califica la negociación colectiva como el instrumento indispensable para la regulación de las relaciones laborales, lucha contra la discriminación salarial y el fomento de la igualdad.

Remarca la repercusión que pueda tener la Unión Europea en el marco mundial y laboral con la aplicación efectiva de la igualdad de género (dentro y fuera de la UE) y se declara una decepción ante la falta de aplicación satisfactoria de la perspectiva de género en la Estrategia Europa 2020 y de la Directiva 2006/54/CE, considerándose ineficaz para paliar la brecha salarial.

Frente a esta situación desfavorable por tanto, se reformula como plan de acción para identificar por un lado las situaciones desfavorables, las condiciones que la perjudican por otro, los agentes implicados por último, a partir del análisis cuantitativo sobre la brecha salarial y las desigualdades de género en el trabajo para detectar las tendencias a las que recurren las mujeres en situaciones laborales de crisis económica, que son las que se deben tratar especialmente. “Asimismo, la importancia de mejorar y facilitar el reconocimiento de títulos y cualificaciones, con el fin de impedir la infrautilización de las capacidades de mujeres muy cualificadas, lo cual es a menudo el caso entre las mujeres inmigrantes [...]” (Parlamento Europeo, 2015); Bajo la misma línea de “aprovechar el talento de las mujeres” se deja entrever en el *Libro Blanco de los Objetivos para 2025 en Europa*, un compromiso de “lograr la verdadera igualdad de género eliminando las barreras que aún persisten” (Comisión Europea, 2017), sin embargo, en este contexto se deriva la atención hacia la falta de población en edad de trabajar en Europa y no por alcanzar la igualdad real en la región pues en 2030 la UE será la región más vieja del mundo, afirman (Comisión Europea, 2017).

Ya en terreno nacional, articulada en la Constitución Española, se encuentran entre los derechos y deberes de los ciudadanos el derecho a un salario suficientemente compensable a efectos de una vida digna en familia sin distinción de género en ningún caso (art.35). Aunque la discriminación indirecta no aparece mencionada expresamente por la CE, su proscripción se debe entender incluida en el contenido del art. 14 CE donde se establece el derecho a la igualdad y la prohibición de todas las formas de discriminaciones por razón de sexo.

Desde las directivas europeas se confiere a los legisladores nacionales el poder de adoptar las medidas necesarias para cada ordenamiento jurídico con total libertad para decidir cuáles son dichas medidas. De esta forma las discriminaciones referidas a retribuciones no se encuentran incluidas por tanto en la tutela del artículo 141 TCE (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea):

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.

Así mismo, la directiva menciona la nulidad de los efectos de las disposiciones legales que contraríen el principio de igualdad, el artículo 4 de la Directiva 75/117/CE establece que los estados miembros podrán considerarlas nulas o modificarlas cuando se vulnere el principio de igualdad (Rodríguez, M. 2004: 652).

A estos efectos, la directiva de la UE establece que para mejorar el principio de igualdad llevado a cabo en el ámbito laboral sería satisfactorio comunicárselo a los trabajadores afectados por el mismo, con lo cual a efectos legales no está dictado como obligatoriedad, dejando a la elección el derecho a la información de los/as trabajadores/as (Rodríguez, M. 2004: 655).

Es preciso resaltar que las directivas no requieren de la transposición literal de sus efectos al marco de los estados miembros, sino de hacer efectivas sus disposiciones aplicables a cumplir con el principio de igualdad de sexo. Así entonces, la transposición efectiva de las directivas europeas al ámbito nacional se culminó con *la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres* –en adelante LOIEHM-.

La LOIEMH profundiza en la cláusula de buena fe ocupacional cuando considera ciertas ofertas de empleo dirigidas a un solo sexo por el esfuerzo físico que implica como discriminatorias. En cuanto a la negociación colectiva, la LOIEMH modifica el Estatuto de los Trabajadores –en adelante LET- añadiendo medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a determinadas profesiones en las que su implicación es muy baja, estableciendo preferencias a las personas del sexo infrarrepresentado y condiciones en términos de promoción profesional y formación, para hacer efectivo a efectos nacionales lo dispuesto por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Mientras que, aunque algunas comunidades autónomas españolas han establecido normas referidas a la acción positiva, otras no lo han instaurado (Lousada, J. 2014: 463)

Se añade con la Ley Orgánica por otro lado, la modificación de la legislación sobre la indemnización al empresario/a por el incumplimiento de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito de trabajo como máximo hasta la tasa establecida legalmente para el despido improcedente, agregando el permiso de acumulación de las indemnizaciones por discriminación o vulneración de los derechos fundamentales. Además de regular en el art.10 que los actos que supongan discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto y supondrán una indemnización para la afectado/a (Lousada, J. 2014: 476).

En definitiva, la transposición al ordenamiento jurídico español, aunque mejorable en cualquier caso, resulta efectiva y en términos legales apropiada para contrarrestar las diferencias sexuales y la brecha salarial en el empleo.

Ahondando a continuación en la profundización del concepto estricto de discriminación indirecta por razón de sexo, encontramos la expresa por el artículo 6 de la LOIEMH considerada:

“En situaciones en las cuales una disposición, criterio o practica aparentemente neutras ponen a una persona de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o practica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legitima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

Esta definición del concepto expresa las prácticas en las que la discriminación es perceptible, sin embargo, en determinadas situaciones las prácticas, como su propio nombre indica, indirectas, no son fácilmente percibidas como discriminación.

El caso más visible de discriminación indirecta es el incentivo o plus de salario a razón de horas de trabajo perjudicando a los/las trabajadores/as que trabajan en situación de tiempo parcial, en su mayoría un colectivo de mujeres. Este colectivo ve afectada su retribución salarial en función de las horas que dedican al trabajo mientras los hombres en su mayoría trabajan a tiempo completo, por lo que, salvo en casos justificados, la situación se presenta como discriminación indirecta por romper con el principio de conciliación de la vida familiar, personal y laboral (Aguilera, 2007: 9).

Sobre este asunto se puede citar a modo de ejemplo la STJCE, 31.3.1981, que dictaminó como discriminación las diferencias que perjudiquen indirectamente a la jornada a tiempo parcial como discriminación indirecta por razón de sexo. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia estableció que “el hecho de pagar menor remuneración a trabajadores a tiempo parcial que a trabajadores a tiempo completo supone una discriminación si, en realidad, no es otra cosa que un medio indirecto de disminuir el nivel de remuneración de los trabajadores a tiempo parcial por ser éstos principalmente mujeres” (STJCE, 31.3.1981, apartado 15) (Citado de Aguilera, 2007: 10).

La denuncia de los supuestos de discriminación indirecta en ocasiones es menos frecuente, a diferencia de lo que sucede con los casos de discriminación directa que son más perceptibles y evidentes (por ejemplo, las discriminaciones por razón de embarazo).

El primer caso sobre el que se estableció el concepto de discriminación indirecta tuvo lugar con el Asunto 96/80 del 31 de marzo de 1981. Posteriormente con el asunto C-170/84 de 13 de mayo de 1986 el tribunal establece que una medida que afecte a un número esencialmente mayor de mujeres que de hombres sin que sea justificado supone discriminación indirecta y no será necesario la concurrencia de un elemento subjetivo, en ambos casos por una retribución salarial inferior en el caso de las mujeres por prestar servicios de manera parcial en la empresa, afectando estas medidas laborales directamente sobre las trabajadoras. Pues precisamente el concepto de discriminación indirecta se genera para solucionar el problema de que el trabajo a tiempo parcial estaba

peor remunerado que el trabajo a tiempo completo, ya que sin ser prácticas directamente discriminatorias y aparentemente neutras se consideran discriminatorias para un sexo en representación frente al sexo opuesto (Aguilera. 2007: 10).

Sin embargo, el TJ (Tribunal de Justicia) contempla en su jurisprudencia otras situaciones de discriminación indirecta. En el asunto C17/05 de 3 de octubre de 2006, la señora Cadman demandó a la empresa Health & Safety Executive por recibir un salario inferior al de sus compañeros en el mismo puesto de trabajo. La empresa justifica sus acciones en el cálculo de la antigüedad. Finalmente el Tribunal entendió que el criterio de la antigüedad produce un trato desfavorable para las mujeres más que para los hombres y por tanto discriminatorio (Aguilera, 2007: 12).

Véase en este otro caso sobre jornada a tiempo parcial que resuelve la sentencia STC 3/2007, de 15 de enero de 2007, el proceso de apelación llevado a cabo para justificar la discriminación indirecta por razón de sexo; en este caso particular sobre la petición de reducir la jornada alegando cuidado de hijos menores a cargo por parte de la demandante. La empleada de Alcampo S.A. con contrato de carácter fijo trabaja en turnos rotativos de lunes a sábados de 10:00 a 16:00 y de 16:00 a 22:15 y solicita una reducción de su jornada para conciliar el trabajo con el cuidado de un hijo menor de seis años.

El tribunal de lo social desestima su demanda al no reconocer discriminación por razón de sexo atendiendo a una cuestión de la empresa y de su convenio colectivo el aceptar o no las condiciones que la trabajadora estima, tratándose de una modificación del horario de trabajo y no de una reducción propiamente dicha, ya que la trabajadora presenta la alternativa de trabajar en horario de lunes a miércoles de 16:00 a 21:15 dejando de jueves a domingo libres. Mientras que, tras la solicitud de la empleada del recurso de apelación se analiza una vulneración al apartado 6 del artículo 37 LET sobre la conciliación de la vida familiar y laboral de las mujeres con hijo menor a cargo y al apartado 7 sobre la concreción horaria y la determinación del periodo de reducción entre la empresa y la empleada. Así mismo, no se han valorado las circunstancias concretas de la trabajadora para analizar si la negación a la reducción del horario de trabajo produce una incompatibilidad para ejercer su derecho a la conciliación de la vida laboral

con la familiar y por tanto, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo y estaría obligado por ello el otorgamiento del amparo (Vázquez, 2007: 100).

En definitiva, la discriminación indirecta por razón de sexo en el trabajo, aunque presente y demandada, resulta en ocasiones indefinida y muy discutida en las sentencias. Para evitar estas situaciones existen políticas de igualdad y medidas de acción positiva que favorecen la situación de la mujer en el empleo y sobretodo la conciliación de la vida familiar, laboral y personal como se recoge en la normativa del Estatuto de los Trabajadores.

3.2. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA INDIRECTA

Si se cometen actos de discriminación indirecta por razón de sexo y se fundamenta la vulneración del derecho a la igualdad de trato en el trabajo, la legislación aplicable en el ámbito laboral recoge las medidas que se llevarán a cabo para corregirlas.

El *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* (en adelante, LISOS) impone las sanciones frente a incumplimientos y recoge en su art.2 la identificación de los responsables del cumplimiento o infracción para garantizar el cumplimiento de las normas recogidas (Meléndez, 1978: 93), refiriéndose en este sentido a “los empresarios, los trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas [...]”.

Concretamente respecto a las discriminaciones indirectas en materia de brecha salarial, la LISOS contempla como infracción muy grave “las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones desfavorables cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo [...]” (art. 8.12); “Establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo [...] (art. 16.2). Añade además la LISOS en el art.8.12 “las

decisiones desfavorables por parte del empresario/a hacia el trabajador/a como reacción ante una reclamación por incumplimiento del principio de igualdad como infracción muy grave”.

Para las acciones discriminatorias contempladas por el empresario las sanciones impuestas suponen la pérdida de bonificaciones proporcional al número de trabajadores/as afectados/as por la infracción desde la fecha de la infracción, excluido por un periodo máximo de dos años desde la resolución de la sanción impuesta (art. 46 bis LISOS). Mientras que estas sanciones podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, siempre que no estuviere obligada a este en virtud de la norma legal. En caso de no elaborarse el plan de igualdad o incumplirlo se aplicaran las sanciones accesorias mencionadas.

Si la empresa emplea su sustitución de implantar un plan de igualdad, que bajo estos efectos no se consideraría voluntario, y se incumpliese el mismo se considerará como infracción grave: “No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación” (art. 7.13 LISOS).

Se representa por tanto, el amparo a la igualdad de condiciones de sexo, en este caso, desde la publicitación de un puesto vacante de trabajo, como dentro del puesto mismo, que de ser violada atenta con infracciones contra los/as trabajadores/as o sujetos responsables de la discriminación, como del empresario/a como principal encargado de velar por la no discriminación dentro del ámbito laboral. Mientras que mediante art.39 sobre *Criterios de graduación de las sanciones* se dispone que las infracciones se graduaran en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, incumplimiento y el número de afectados; Interpretándose el requisito de existencia de dolo o negligencia en la situación a interpretar, no siendo la intencionalidad en sí misma un requisito sancionado en la LISOS como tal, sino como un elemento de graduación de la sanción (CT 69/2009).

Si bien las infracciones que supongan acoso laboral por razón de sexo o desigualdad de trato en el mismo puesto de trabajo para distintos sexos son catalogadas como muy graves, las sanciones formuladas para estos casos son en primer acto sustituibles por un plan de igualdad de género para implantar por la empresa afectada, lo

cual genera en la empresa la obligación de cumplir con la ley de igualdad efectiva para hombres y mujeres en el empleo, una vez que la infracción sea cometida y demandada dentro del ámbito de trabajo, y no desde el primer momento salvo que la empresa este obligada por tener más de 250 trabajadores, siendo entonces una medida para evitar la reincidencia y no el trato desfavorable en sí; puesto que la medida de aplicar voluntariamente un plan de igualdad por las empresas de menos de 250 trabajadoras no incita a los empresarios a su aplicación.

A tales efectos, la LOIEMH plasma un capítulo sobre “responsabilidades en materia de igualdad” regido por el nuevo art.46 bis LISOS, las infracciones muy graves podrán ser sujeto por un lado de la sanción principal, es decir, de la pérdida de las bonificaciones anteriormente citadas y de las sanciones accesorias por otro, pues podría tratarse de una situación discriminatoria por razón de sexo primero, y una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador por otro, siendo ambas perfectamente sancionables e indemnizables (Goerlich, García, 2008: 596).

Por otro lado, tal como muestra el Estatuto de los trabajadores cualquier circunstancia que produzca un despido que se considere contrario a la CE o viole los derechos del trabajador/a se considerará nulo (art.55 LET). De esta forma el despido por causas de lactancia, embarazo, maternidad o paternidad se considerarán nulos y sin efecto, además de los despidos por solicitud o disfrute de la excedencia (art.55 LET) o del reingreso al trabajo tras el periodo de suspensión por maternidad o acogimiento ente los nueve meses posteriores al nacimiento o acogimiento. Con la finalidad de que no exista repercusión en las trabajadoras en su trayectoria profesional por hacer uso de su derecho a la conciliación de la vida personal y laboral. En dichos casos la nulidad del despido supondrá la readmisión inmediata y el abono de los salarios dejados de percibir (art.55.6 LET). De la misma manera, el art.10 de la LOIEMH examina como consecuencias jurídicas ante estas discriminaciones indirectas, una norma o práctica nula y sin efecto, lo que dará lugar a indemnizaciones efectivas “y proporcionadas al perjuicio sufrido a través de un sistema eficaz de sanciones que prevenga la realización de estas conductas”. Tanto durante el proceso en el que se sufra la discriminación como una vez finalizado, cualquiera tendrá el derecho a la acción frente a tribunales en relación a una situación que vulnere la igualdad entre mujeres y hombres.

Según la *directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba de los casos de discriminación por razón de sexo*, se contempla en el art.4, así como el art.13 de la LOIEMH que “las alegaciones por parte de la persona demandante en actuaciones de discriminación por razón de sexo, corresponderá a la persona afectada y demandada aportar las pruebas para demostrar su legalidad”.

La discriminación indirecta se da siempre y cuando las causas por las que la mujer se encuentra en situación de desventaja no sea justificada como legítima. Debe ser una medida que perjudique como elemento negativo a un colectivo femenino o a una mujer cuando se considere con acto de desestimar la posición de esta o estas en el trabajo.

Para demostrar la legalidad de la diferencia como una causa justificada, debe demostrarse por los medios necesarios y adecuados. Para una sentencia en la que se dicte si existe o no discriminación indirecta por razón de sexo se aplica la carga de la prueba (onus probandi), como medida para aportar que los hechos están acreditados y que deben justificarse para demostrar en quién recae la consecuencia de los actos analizados (Cuadrado, 2011). De acuerdo con la *directiva 97/80/CE*, es el demandado o demandada quien deberá demostrar que se ha cumplido con el principio de igualdad de trato para ambos sexos.

Entre los pronunciamientos dictados sobre discriminación indirecta por razón de sexo se encuentran numerosos casos en los cuales las demandantes han tenido que probar por los medios necesarios sus acusaciones invirtiéndose la carga de la prueba.

Sobre el caso de la STJUE de 26 de junio de 2001 de Susanna Brunnhofer en Austria, para declarar discriminación indirecta por razón de sexo por recibir un salario menor que su compañero justificando un trabajo de igual valor, en el mismo grupo de trabajo se presenta lo siguiente:

A este respecto, procede señalar que incumbe normalmente a la persona que alega determinados hechos en apoyo de una demanda aportar la prueba de su realidad. En consecuencia, la carga de la prueba de la existencia de una discriminación de retribución por razón de sexo recae, en principio, sobre la trabajadora que, considerándose víctima de tal discriminación, ejercita una

acción judicial contra su empleador para que se ponga fin a la misma. (STJ 26 de junio de 2001. Asunto C-381/99).

Justificando que es la persona demandante la que debe emplear la carga de la prueba para demostrar con medios necesarios que existe tal situación ilegal invirtiéndose la carga de la prueba en tal caso. Sin embargo, la LOIEMH expresa que en “aquellos supuestos en los que el recurrente invoque motivos discriminatorios por razón de sexo se devengara a priori en el acusado la obligación de prueba a excepción únicamente de los procesos penales (art.13.2).

En conclusión, a grandes rasgos los tribunales tienen muy en cuenta la relación de poder que da lugar en las demandas interpuestas por una trabajadora a su empresario/a, considerando que la inversión de la carga de la prueba supone sobre el mismo una presunción de culpabilidad; mientras que la parte demandada sólo debe probar sus causas justificadas o la inexistencia de discriminación para que se produzca la inversión de la carga de la prueba (Ituren, 2008: 254).

3.3. LAS DISCRIMINACIONES RETRIBUTIVAS INDIRECTAS: EJEMPLOS DE LA REALIDAD PRÁCTICA

Según el INE la brecha salarial es considerada como las diferencias salariales que percibe una mujer frente a un hombre y se mide en porcentajes del salario femenino respecto del masculino. Para dar lugar a estas diferencias salariales entre ambos sexos es necesario hacer previamente un análisis de los factores que la producen que se desarrollarán en adelante:

1. Acceso al empleo
2. Ocupación
3. Tipo de contrato
4. Tipo de jornada
5. Condiciones de trabajo
 - a) Retribuciones salariales complementarias
 - b) Conciliación de la vida familiar, laboral y personal
 - c) Permisos y vacaciones. Excedencias

- d) Antigüedad
- 6. Condiciones del despido
- 7. Prestaciones económicas y Seguridad social

De esta manera, hay que tener muy presente que cuando se nombra la brecha salarial no se habla de pagos desiguales para un mismo empleo con las mismas condiciones por dos personas de distinto sexo, sino a diferencias en las condiciones laborales que mayoritariamente perjudican a la mujer en su trayectoria profesional (INE, 2018). Para reflejar las condiciones particulares de las que se habla se analizarán determinadas sentencias que hayan tratado sobre el tema en cuestión.

Empezando por las condiciones de acceso al empleo, se encuentra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria donde se expone una demanda a la empresa Solvay S.L. por llevar a cabo un proceso de selección mediante otra empresa (TEACEGOS). Entre los puestos se oferta operador de planta química con los siguientes requisitos: formación profesional de grado superior o FPPII, entre otros.

El anuncio para el puesto ofertado no expresa en ningún momento la negación a aceptar mujeres para el puesto, sin embargo, más de la mitad de los currículos enviados pertenecen a hombres. Entre estos, se presentan para la siguiente fase 141 hombres y 10 mujeres y finalmente 35 hombres y una mujer, de los cuales sólo 6 hombres fueron escogidos para la entrevista final.

Aparentemente las condiciones para el puesto de trabajo han sido iguales para los candidatos como para las candidatas. Sin embargo, la empresa Solvay aplica en su empresa el Convenio Colectivo de la Industria Química donde se redacta por su art.18 la igualdad retributiva y de condiciones laborales y “*en igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas del sexo menos representado*”. De la misma manera por su art.22 se traduce una exigencia de contratación para el puesto a desempeñar perteneciente al grupo 3 profesional la formación obligatoria con experiencia profesional o ciclo formativo de grado medio.

De lo que se deduce, que ante la escasa falta de mujeres en ciclos superiores sobre Química, siendo este un sector muy masculinizado cayendo en los roles de género impuestos aún hoy día, la oferta de acceso al empleo produce una discriminación

indirecta por razón de sexo infravalorando a las candidatas mujeres para el puesto, aun estando estas en condiciones favorables y aptas para desempeñar el puesto en cuestión a razón de lo estipulado por el convenio colectivo que la empresa ha firmado y aceptado.

De esta sentencia se traduce una dificultad de acceso al empleo que perjudica la entrada de mujeres a puestos que son predominantemente ocupados por hombres y que se valoran económicamente mejor que los sectores más feminizados en ocasiones con condiciones de subempleo, traduciendo asimismo una discriminación indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo.

Otro de los agravantes de la brecha salarial más mencionados es el sector de ocupación. La rama de actividad a la que ingresan las mujeres y los hombres determina el salario que se recibe por el empleo y, muy importante, las condiciones laborales a las que está sometido.

En la actualidad y tras el proceso de crisis y reestructuración empresarial en España en torno al año 2012 y en adelante, existe una tendencia al alza a externalizar determinados servicios en las empresas con el objetivo de minimizar los costes en su plantilla laboral.

Las empresas de externalización son un indicador latente de desigualdad que perjudica gravemente a las trabajadoras. Los convenios colectivos aplicables, sectoriales o empresariales, son el principal ítem para desencadenar una brecha salarial entre géneros dentro de un mismo centro de trabajo. Las empresas multiservicios o subcontratas aplican un convenio colectivo precario que en ocasiones vulnera el principio de igualdad que provoca que en un determinado servicio para una empresa, trabajadores y trabajadoras de una misma categoría laboral tengan condiciones muy distintas con salarios muy dispares entre ellos.

En igual forma, una de las características relevantes es que las empresas de externalización no poseen plantilla de trabajadores indefinidos, sino con contratos temporales:

“Esta justificación en términos absolutos de la temporalidad tiene una consecuencia de enorme gravedad en el ámbito del principio de no discriminación, puesto que en caso de un despido de carácter discriminatorio, aplicando las reglas establecidas actualmente en nuestro ordenamiento, el

trabajador se encontrará privado de una reparación/compensación adecuada” (Ballester, 2017b: 88).

La consejera para la Igualdad y Bienestar Social de Andalucía afirmó que en España el 80% de los contratos temporales son empleados por mujeres. Con lo cual la cifra de empleadas que sufren las condiciones precarias de las contratas y subcontratas son las mujeres trabajadoras, que realizan contratos parciales temporales para tener mejor conciliación, además de tener mayores dificultades para el acceso al empleo como ya se ha mencionado. En definitiva, las reformas laborales a las que ha llevado la crisis económica suponen un freno en la iniciativa de reducir la brecha salarial con la tendencia a este tipo de empresas que abaratan costos a expensa de las peores condiciones de las trabajadoras en el empleo.

El sector de ocupación, responde además a ciertos roles de género aun fuertemente interiorizados en la sociedad. Uno de los sectores totalmente feminizados y con mucha actualidad hoy día es el servicio de limpieza de habitaciones sometido a numerosas sentencias en los últimos meses.

Las camareras de limpieza de hoteles se mantienen dentro del nivel profesional IV en el que entran otros empleos como los camareros de restaurante, que es un sector compuesto mayoritariamente por hombres, y por tanto, ambos trabajos entre otros del mismo nivel presentan el mismo salario de base.

Sin embargo, el Hotel Best Tenerife establece un plus de productividad inferior para las camareras de piso que para los camareros de sala. A lo que el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJC) se ha pronunciado declarando el recurso como una discriminación indirecta por razón de género con efecto nulo y sin efecto tras declarar que la diferencia de plus repartida para uno y otro empleo del mismo sector no presenta una causa justificada afectando de manera desfavorable a las mujeres en dicho hotel (Pérez, 2017).

Este colectivo de mujeres se ha pronunciado ante el presidente del gobierno, Mariano Rajoy, para denunciar la explotación a la que está sometida su carrera profesional. Un estudio de CCOO señala que el 100% de las “kellys” sufre dolores musculoesqueleticos (Pérez, 2017), lo cual es una de las situaciones a las que más se

hace alusión en su demanda: a los riesgos laborales a los que se someten soportando peligros ergonómicos que derivan en trastornos musculoesqueléticos que no son reconocidos como enfermedades laborales en el desempeño del trabajo según el *Cuadro de Enfermedades Profesionales en el Sistema de la Seguridad Social*, mientras que para los trabajadores de reparación y mantenimiento de los hoteles en el sector hotelero sí le son reconocidas.

En cuanto a lo referente a retribuciones económicas, se encuentra el caso del asunto 171/88 en Alemania, en una empresa de limpieza de edificios. La Sra. Rinner demanda a su empresa tras dejar de percibir el salario correspondiente por estar de baja a causa de enfermedad. En este caso, la ley alemana sobre la continuación del pago del salario en caso de enfermedad advierte de la obligación de abonar los salarios al trabajador por incapacidad laboral hasta un máximo de 6 semanas, mientras que para los trabajadores a tiempo parcial con menos de diez horas semanales no.

La sentencia concluye declarando que en el caso de afectar esta situación a un número mayor de mujeres que de hombres supondría una discriminación indirecta por razón de sexo, por lo cual los empresarios/as deberán tener en cuenta a las trabajadoras con jornada de menos de diez horas semanales para una incapacidad temporal por enfermedad.

En cuarto lugar, se aborda dentro de las condiciones de trabajo, el caso de la antigüedad, con la STJ, de 9 de marzo de 1993, Asunto C-1/95 en Alemania: dicta el caso de una trabajadora –la Sra. Gerster- de la administración pública a la que niegan el acceso al puesto vacante de superior categoría por no cumplir con la antigüedad exigible. Basándose en el art.13 del reglamento de la carrera profesional, los puestos en los que el servicio se presta por un tiempo inferior a la jornada habitual no serán computables para el cálculo de la antigüedad. En el caso de al menos la mitad de la jornada, se computara dos tercios para el cálculo de la antigüedad.

Como se deduce evidentemente, la situación es discriminatoria para las mujeres que vengán disfrutando de una jornada parcial frente al número de hombres que poseen jornada completa, sucediéndose entonces una mayor carrera profesional en el caso de los varones haciendo visible un techo de cristal que impide que las mujeres asciendan en los puestos de trabajo a categorías superiores por tratos desfavorables en el empleo.

Ante tales consecuencias, en 1995 el art.13 del Reglamento de la carrera profesional de Alemania se modifica para que el cálculo de la antigüedad a efectos de promoción sea del mismo trato para trabajadores a tiempo parcial como para trabajadores a tiempo completo.

Como se ha venido observando, el tipo de jornada es un incidente reiterante y claramente perjudicial por el que se produce discriminación indirecta hacia las mujeres en multitud de casos valorados, ya que a partir de una edad -en torno a los 35 años-, las mujeres empiezan a encontrar mayores dificultades para conciliar la vida laboral y familiar recurriendo a la reducción de jornada, siendo ellas las más afectadas en cuanto a impedimentos retributivos o de condiciones laborales cuando se traten de jornadas parciales, pues los hombres son en su mayoría contratados a tiempo completo disfrutando íntegramente de sus cómputos de antigüedad, retribuciones complementarias e indemnizaciones. Produciéndose a estos efectos, una brecha salarial que aleja a las mujeres de la renta media mensual percibida por los hombres en el mismo empleo o en la misma categoría laboral (Del Mar: 10).

En sexto lugar, con respecto a las desigualdades derivadas del despido objetivo se analiza a continuación la Sentencia de 30.11.1993, Asunto C-189/91 en Alemania. En este caso, una clínica dental con 2 trabajadores con jornada completa y otros 2 a tiempo parcial con más de diez horas semanales y otros 4 con horario reducido de menos de diez horas semanales. La Sra. Kirsammer-Hack quien interpone la demanda, es despedida por “*faltas de puntualidad, poca responsabilidad profesional y calidad de trabajo insatisfactoria*”.

La Sra. Hack interpone la demanda por despido improcedente considerándose un despido por razones ajenas a su comportamiento y por tanto, deberá ser readmitida o en su lugar, tratándose de un despido objetivo indemnizar a la empleada. Mientras que respaldada por el ordenamiento alemán sobre el despido improcedente (en adelante KschG), la empresa declara no estar obligada a indemnizar a los trabajadores/as que tengan una jornada reducida en el cómputo del personal de las empresas (art.23 KschG).

La formulación del despido por tanto está supeditada al tipo de jornada que se venga realizando en el empleo considerándose por tanto una circunstancia de discriminación indirecta siendo casi el 90% de los trabajadores a tiempo parcial mujeres

en Alemania. En este caso habría que reformular las medidas que traten de favorecer a las pequeñas empresas en cuanto a los despidos con indemnización, si en su caso se perjudica al personal contratado por menos de diez horas semanales.

Por último, las pensiones de jubilación que acentúan la brecha salarial reflejando una diferencia del 38% de la pensión de las mujeres frente a los hombres (RTVE, 2017). Como consecuencias de la época en la que las mujeres se dedicaban al trabajo doméstico y al cuidado de hijos y familiares que no presentan ingresos para tener derecho a una pensión de jubilación. Así mismo, las mujeres que ocupaban subempleos precarios o en agricultura en los cuales la cotización era mínima o no se registraba, no llegando al mínimo de cotización para esta prestación de la Seguridad Social.

En la época en la que a las mujeres se les impuso el servicio social obligatorio dejaron de trabajar suponiéndoles un tiempo menos de antigüedad y acumulación para la seguridad social. Mientras que los hombres que sirvieron para el servicio militar sí; de esta manera las mujeres exigen que se tenga en cuenta el servicio prestado por estas para su computación a la seguridad social, existiendo una diferencia de género en las prestaciones económicas para unos y para otras.

En resumen, el sistema español presenta diferencias tanto en el ámbito laboral como en el régimen de seguridad social que no cumplen con el principio de igualdad de género siendo muy difícil contrarrestar las diferencias salariales que existen aún hoy día entre mujeres y hombres.

4. NUEVAS MEDIDAS PARA COMBATIR LA BRECHA SALARIAL POR RAZON DE GÉNERO

4.1. LAS LEYES SOBRE IGUALDAD RETRIBUTIVA

Ya desglosados todos los términos y condiciones a los que se hace referencia cuando se menciona la brecha salarial y, en detenimiento, las medidas judiciales a las que se somete una empresa cuando incumple el principio de igualdad de género; es más que palpable que la aplicación de la ley para frenar las desigualdades no ha sido del todo eficaces hasta el momento.

Bajo esta misma situación, determinados países de la Unión Europea sin ir más lejos, han puesto en marcha iniciativas legislativas para endurecer las políticas de igualdad y hacerlas así más efectivas.

Islandia es el primer país en la Unión Europea en aprobar una *Ley de Igualdad Salarial para hombres y mujeres en el empleo*. Este país se comprometió a combatir la brecha salarial por razón de género y desde principios de 2018 se ha empezado a aplicar la propuesta de ley de igualdad retributiva que supone imponer la transparencia en las empresas para demostrar que se cumple con el principio de igualdad de género.

La propuesta consiste en que las empresas que tengan una plantilla superior a 25 empleados deberán cumplir una auditoria de análisis de los sueldos de sus trabajadores y trabajadoras desglosado en términos de bonificaciones, complementos, etc., anteponiéndose a ser sancionado por incumplir el principio.

Las mujeres que presenten una desigualdad en su salario frente al de un hombre en su mismo nivel de trabajo deberán ponerlo en conocimiento y denunciar la discriminación. Las diferencias salariales solo podrán estar justificadas por nivel educativo, rendimiento o cualidades profesionales dentro del ámbito concreto de cada empleo (La Vanguardia, 2018).

Le sigue Alemania, que ha aprobado para este mismo año una reforma laboral de igualdad retributiva que consiste en que las empresas que más de 200 trabajadores deben pagar salarios iguales para ambos para empleos de la misma categoría, teniendo como base el sueldo medio de los trabajadores.

Al mismo tiempo, las empresas de más de 500 empleados deberán presentar informes sobre los salarios de sus trabajadores y trabajadoras para garantizar que reciben el mismo trato, de lo contrario las trabajadoras deberán ser indemnizadas (El Mundo, 2018).

Igualmente Reino Unido se incluye en la lista de países que emplean medidas para combatir esta lacra. El gobierno inglés aprobó para este año en curso que las empresas del país con una plantilla superior a 250 trabajadores (9.000 empresas), deberán publicar informe sobre las medidas llevadas a cabo en la propia empresa para paliar la brecha salarial que sufra (Requena, 2017).

Por otro lado, la ministra de trabajo Muriel Pénicaud, establecerá entre las reformas sociales en Francia la imposición de cumplir con la igualdad salarial en las empresas de más de 250 a partir del año 2019, siempre y cuando no sean justificadas las diferencias salariales. La sanción impuesta podrá suponer “hasta un 1% de la masa salarial”. De igual modo, deberán aumentar los controles de 1.700 anuales a 7.000 para comprobar el cumplimiento de la igualdad entre mujeres y hombres en el salario (Cantón, 2018).

Además de los ya citados, países como Luxemburgo, Suecia, Canadá ya aplican en sus reformas medidas similares para dar un paso más en la igualdad de salarios en las empresas para mujeres y hombres, a partir de la transparencia en las condiciones salariales de las grandes empresas para penalizar las situaciones de discriminación por razón de sexo en el empleo; Según comentó Muriel Pénicaud (ministra de trabajo en Francia) para la radio francesa RLT: “Ni siquiera será necesario denunciar, la transparencia hará que las cosas se muevan”.

4.2. LA FUTURA LEY DE IGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN ESPAÑA: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE SUS PREVISIONES

El Grupo Parlamentario Confederal de *Unidos Podemos-En Comú Podem-En marea* ha puesto en marcha una proposición de Ley de igualdad retributiva entre mujeres y hombres a octubre de 2017, para actuar directamente sobre la brecha salarial en España. Así lo explica la proposición cuando hace referencia a la LOIEMH como una herramienta de intervención dirigida a la consecución de la igualdad real y efectiva, pero que no presta especial atención a la cuestión retributiva.

Por tanto, *Unidos Podemos* propone una ley que busca tratar de manera específica la llamada brecha salarial de géneros que como se ha venido desarrollando a lo largo de este proyecto, sigue sin ser erradicada aún con la legislación que ya ha sido tratada. Por consiguiente, entre sus objetivos se encuentra una legislación específica para el reparto equitativo del tiempo de trabajo, adaptación del puesto a la persona a

partir de la propuesta *Directiva de Conciliación por la Comisión Europea en el año 2017* (Ballester, 2017a: 72).

Las medidas defendidas ante el Congreso por Irene Montero, que se plasman en la proposición de ley de Unidos Podemos reflejan los aspectos siguientes:

1. Transparencia en las bonificaciones retributivas y complementos salariales que la empresa aplica a sus empleados y empleadas. Obligación de las empresas a reflejar en la nómina un desglose del salario bruto mensual según cada complemento añadido de sus empleados hombres y de las trabajadoras mujeres.
2. Imposición de especificar en el convenio colectivo expresamente las retribuciones añadidas a cada caso como pueden ser la productividad o el pago de horas extraordinarias.
3. Reforzar la organización de las auditorias con personas especializadas en perspectiva de género para analizar la existencia o no de desigualdades retributivas por razón de género en el centro de trabajo.
4. Sancionar a las empresas que se nieguen a la realización de una auditoria salarial, que supone un incumplimiento del plan de igualdad aplicable en las empresas lo que equivale a una infracción muy grave sancionada hasta con 200 mil euros.
5. Asegurar el salario y la igualdad de condiciones para las trabajadoras que presten servicio en la empresa sean contratadas por la propia empresa o por subcontratas.
6. Garantizar el permiso de maternidad y paternidad con duración a partes iguales para empleados y empleadas y 100% remunerados.
7. Las empresas que presenten datos con una brecha salarial superior al 20% tras reflejarse en el salario medio de los empleados y las empleadas, se enfrentarán a una sanción por discriminación indirecta por razón de sexo.
8. Las indemnizaciones por existencia de discriminación salarial hacia empleadas de la empresa no se realizarán con el cálculo equiparable a la baja del salario del empleado varón, sino una equiparación al alta.

Finalmente, la propuesta ha sido aceptada por el congreso con todos los votos a favor por parte de todos los grupos de la oposición, salvo la abstención del Partido Popular (Expansión, 2018), por lo que la proposición será aprobada como *Ley Ballester sobre Igualdad Retributiva* –catedrática Amparo Ballester como coordinadora de la proposición de ley-.

Tanto en esta ley española sobre igualdad retributiva aprobada, como para el resto de leyes aplicadas por los países mencionados del ámbito europeo, se mantienen ciertos matices a destacar.

En primer lugar, mencionar como fallo el tamaño de las empresas a las que se someterá la reforma, pues será sancionable brecha salarial existente cuando se analicen las empresas de más de 250 trabajadores, dejando a un lado las PYMES, las cuales sufren más las crisis y reformas laborales, mientras que de esta manera se dejará un número de empresas que no serán sometidas además de no estar obligadas a aplicar un plan de igualdad en su convenio, lo que deja a elección de los empresarios la aplicación de igualdad de condiciones laborales entre mujeres y hombres.

Sin embargo, la aplicación de leyes específicas para atacar la discriminación indirecta por razón de sexo, en este caso concretamente sobre desigualdad salarial entre sexos, supone un avance y no un retroceso que endurecerá la condiciones a las que se deben someter las empresas para cumplir con el art.14 de la CE. Por ende, el mantener la buena imagen de la empresa hace que las mismas cumplan con la ley y se comprometan a velar por la igualdad de género.

En segundo lugar, destacar la insistencia en que el análisis detallado por auditorías de las condiciones en la empresa y sus salarios, no supondrá una vulneración a la privacidad y la ley de protección de datos de los empleados, pues sólo se trabajará sobre los cómputos, bonificaciones y el cálculo de complementos salariales, por lo que no se habla de salarios sino de retribuciones. Para calcular la brecha salarial se tratará la media del sueldo base de un número de empleados y no sobre el cálculo de los mismos individualmente.

Importante además el aplicar la perspectiva de género en las auditorías salariales para detectar especialmente dónde existe discriminación indirecta, pues pueden no ser detectadas por determinadas trabas que pueda poner la empresa. La presencia de

personal formado en igualdad de género supondrá el punto clave para hacer cumplir con la ley.

Otra manera de detectar y actuar contra la discriminación indirecta es la que Alemania o Luxemburgo han implantado para reforzar aún más la lucha contra la discriminación salarial que consiste en programas de algoritmos, que se emplean en empresas de más de 50 trabajadores y con el análisis de sus registros puede detectar discriminación por razón de sexo en un ámbito de trabajo (Cinco Días, 2018).

A fin de cuentas, aunque en proporciones diferentes, varios países de la UE han aplicado leyes muy concretas para acabar con la desigualdad retributiva, a lo que se suma España con la Ley de igualdad retributiva de Unidos Podemos, que de no acabar con la brecha salarial en poco tiempo, servirá al menos para detectar dónde están las condiciones desfavorables por razón de sexo, lo que hará que se trabaje mejor sobre ellas.

5. CONCLUSIONES

Después del detenido proceso de análisis a lo largo de este trabajo de fin de máster para determinar cuáles son los efectos de la discriminación indirecta en la brecha salarial por razón de género y qué medidas presentes o futuras son las necesarias para tratarlo, se extraen las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El análisis de la realidad según muestran las estadísticas refleja que las mujeres españolas cobran anualmente alrededor de 2.400 euros menos que los hombres. Si se analizan los elementos que favorecen la desigualdad salarial, se percibe que las mujeres ocupan predominantemente empleos de menor remuneración: los puestos que son ocupados por mujeres están peor valorados económicamente que los puestos más masculinizados. Estos indicios exigen determinar por qué los puestos feminizados sufren las peores condiciones laborales, y a determinar por qué las mujeres no son ocupadas para puestos mejor valorados o de mayor responsabilidad. Esta última de la mano de la tesitura de la conciliación familiar. Las mujeres constituyen el 73% de las personas ocupadas a jornada parcial, en su mayoría por una mejor conciliación de la

vida laboral con los cuidados de los hijos y del hogar con el empleo, escogiendo puestos que ocupen menor carga de trabajo representando un techo de cristal que divide la línea que las mujeres no llegan a sobrepasar, frente a los hombres que viven por encima de ella. Lo que cuestiona entonces si es la falta de implicación de los hombres al trabajo no remunerado, o la falta de medidas de conciliación para que las mujeres puedan hacer frente a su promoción profesional. En cifras generales, España presenta una tasa de mujeres desempleadas mucho mayor que países miembros de la UE. Por una parte, es preciso matizar que las reformas posteriores a la crisis económica causaron en el país una situación de empleo precaria que supone un agravante de la situación irregular de las mujeres empleadas, y por otro las políticas de igualdad entre mujeres y hombres que funcionan de distinta manera en Alemania, Reino Unido que en el caso de España.

SEGUNDA: La UE ha considerado que no ha sabido hacer eficientes las medidas para la igualdad de géneros en el mercado de trabajo. La directiva europea deja en mano de los legisladores de cada región la gestión propia de las legislaciones referentes a la igualdad de derechos para mujeres y hombres y España ha aplicado las leyes con reformas como la LOIEMH donde se especifica las discriminaciones más consideradas para identificar dónde hay que actuar, ya que la discriminación indirecta como tal es en ocasiones poco perceptible, y las medidas sancionadoras no parecen surtir efecto.

La LISOS contempla como infracción las condiciones que produzcan discriminación salarial entre sexos en el acceso al empleo, promoción, formación u otras condiciones laborales, en sus artículos 8 y 16, y son consideradas infracciones muy graves. Pero el art.39 sobre Criterios de Graduación, estipula las infracciones según el grado intencionalidad de las discriminaciones; Por tanto el empresario no es sancionado por su intención de discriminar sino a partir de esta se estipulará la valoración de la infracción.

Además las sanciones suponen la pérdida de bonificaciones a las que tuviere acceso por los sujetos implicados hasta un máximo de dos años, o la sustitución de esta por un plan de igualdad para la empresa, aunque el art.64 LISOS formula la posibilidad de condenar con una sanción principal y una accesoria cuando se vulneren varios

derechos en la misma circunstancia. Por lo que el plan de igualdad no es una práctica obligatoria, sino una vía de escape para quien vulnere la igualdad de condiciones por sexo en el empleo. Aun así, los tribunales son conscientes de la relación de poder entre empresario/trabajadora y se considera la situación a la que las trabajadoras harían frente en una demanda en la que la empresa sólo debiera demostrar la inexistencia de discriminación indirecta de manera justificada.

Destacar por otro lado los factores que producen la brecha salarial como principales el acceso al empleo, donde se produce un sesgo de género que dificulta la entrada de mujeres a los puestos mejor valorados. La ocupación por tanto, genera la brecha en tanto que los puestos feminizados sufren más la explotación y reciben peor salario. La jornada de trabajo, que perjudica las condiciones de promoción, antigüedad y salario de las mujeres por ser predominantes en este modelo de contrato y falta de recursos para la conciliación de la vida familiar y laboral de su mano, que es la que obliga a estas mujeres a dedicarse sólo parcialmente a su vida profesional para hacer frente al trabajo no remunerado del hogar y los cuidados. Las condiciones laborales actuales por las que los convenios colectivos de las subcontratas ponen en entredicho ciertos derechos adquiridos de las trabajadoras. Y finalmente, como condición derivada de todas ellas, las pensiones contributivas de la seguridad social, las cuales serán peores para las mujeres que para los hombres como ocurre en la actualidad por la falta de implicación de medidas en todos estos factores mencionados.

TERCERA: Aunque la aplicación de las leyes para la igualdad retributiva en otros países ya ha sido aplicada, España se suma a la lista para reforzar aún más sus principios de no discriminación por razón de sexo en el empleo. Tanto los países miembros como España misma, van en el camino correcto en la implantación efectiva de las medidas antidiscriminatorias. Sin embargo, un elemento diferenciador entre países es la intensidad en la que se aplican, dicho de otra forma, la amonestación para las prácticas discriminatorias se manejan en distinto grado según el país y si España se encuentra entre los primeros en porcentajes de brecha salarial es por la falta de severidad en la aplicación de sus buenas medidas legislativas.

CUARTA: En definitiva, es indiscutible tanto en el marco europeo como a nivel nacional, que la discriminación indirecta y la brecha salarial están detectadas y la lección aprendida. Las medidas para erradicarlo existen y las que no ya han sido aprobadas por el gobierno español. El inconveniente por ende, se encuentra en la falta de implicación de los estados para llevarlo a cabo.

Cuestiones que aun hoy día permanecen fuertemente interiorizadas como establecer las tareas del hogar y los cuidados al colectivo femenino, o los roles de género establecidos en los sectores de empleo, son las circunstancias más repetidas y las más complicadas de eliminar. Por consecuencia, si el esfuerzo por hacer desaparecer las desigualdades de género en ámbitos como la educación y lo social aún no se han conseguido, las voluntades por lograr eliminar la discriminación salarial, debe dar sus frutos de inmediato desde una justicia española firme y eficiente que aplique con el mejor criterio posible los principios y los valores que ya posee.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, A. (2007). “Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz en el Proyecto español de Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres”. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona. Indret, 2-15.
- Amorós, C. (1991). “Hacia una crítica de la razón patriarcal” De la ideología de la división sexual del trabajo. Barcelona. Anthropos, 226-251.
- Ballester, A. (2017a).” La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017”. *Lan Harremanak, Revista de relaciones laborales de la Universidad de País Vasco*, 69-75.
- Ballester, A. (2017b). “La vulneración del derecho efectivo a la no discriminación laboral en las empresas externalizadas”. *Revista Galega de Dereito Social* 2º Edición, 75-99.
- CCOO (2018). Nos movemos contra la brecha salarial. CCCOO Servicios, 8-9.
- Comisión Europea (2017) Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los veintisiete en 2025.
- Countouris, N. (2015). “Aplicación de la legislación europea contra la discriminación”. University College London.
- Del Mar, M (2016). “El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género”. *Femeris* Vol 2 Nº1, 9-21.
- De Pablos, L. (2000). *Desigualdad laboral y desde la perspectiva de género*. Madrid. Universidad complutense de Madrid.
- Durán. A. (2012). “El trabajo no remunerado en la economía global”. Fundación BBVA. España, 37-207.
- INE (2018). 2.1. “Salario anual medio, mediano y modal. Salario por hora. Brecha salarial de género (no ajustada) en salarios por hora. Mujeres y hombres en España 2018”, 3-4.
- Kjaerum, M. (2011). “Manual de la Unión Europea contra la discriminación”. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: 11-71.

- Lousada, F. (2014). “La transposición en España de la directiva 76/207/CEE”. AFDUC, 461-478.
- Meléndez, L. (1978). “Los sujetos responsables en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 93-109.
- Parlamento Europeo (2015). “Informe sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015”. Recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0163+0+DOC+XML+V0//ES#_part1_def24
- Rodríguez, M.J. (2004). “La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales Ministerio de trabajo y asuntos sociales”. Madrid, España, 639-655.
- Sala, T. (2008). “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva De Mujeres Y Hombres”. Las Rozas. Madrid. España.
- Sapena, Iborra, Ochando (2018). “Informe brecha salarial entre mujeres y hombres en el país. Valencia”. CCOO. España.
- Vázquez, L. (2007). “Discriminación indirecta por razón de sexo: sentencia que no analiza la dimensión constitucional de una solicitud de reducción de jornada por razones de guarda legal de un menor. STJ 3/2007, de 15 de enero de 2007”. Liberlex, 79-101.
- Vicesecretaria General de UGT (2018). “La brecha salarial persiste porque se infravalora el trabajo de las mujeres”. Departamento conferencia de la mujer trabajadora. España.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, España.
- Convenio número 100. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951. Organización Internacional del Trabajo.
- Convenio número 111. Convenio sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación. Organización Internacional del Trabajo.

- Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de acoso y violencia en el trabajo.
- Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Comunidad Europea, 20 de enero de 1998.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Unión Europea, 26 de julio de 2006.
- Ley Orgánica 3/2007 de 22 de Marzo, Para La Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Boletín Oficial del Estado, 23 de marzo de 2007, España.
- Naciones Unidas (2015). Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015.
- Proposición de Ley de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Boletín Oficial de las Cortes Generales, 10 de noviembre de 2017. Congreso de los Diputados.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, España.
- Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, España.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Boletín Oficial del Estado, 8 de agosto de 2000.
- Resolución 217 A (III) Declaración Universal de los Derechos Humanos. Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. 12 de junio de 1985.
- Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 7 de junio de 2012.

SENTENCIAS CONSULTADAS

Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1981. Asunto C-96/80. Reino Unido.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 1986. Asunto C-170/84. Reino Unido.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989. Asunto 171/88. Alemania.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1993. Asunto C-1/95. Alemania.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 1993. Asunto C-189/91. Alemania.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2001. Asunto C-381/99. Austria.

Sentencia del Tribunal de Justicia de Cantabria de 14 de noviembre de 2005. Asunto Solvay S.L. España.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2006. Asunto C-17/05. Reino Unido.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2007. Asunto Alcampo. España.

REFERENCIAS WEB

Catón, E. (2018). Francia quiere acabar con la brecha salarial en tres años. El Periódico. España. Recuperado de:
<https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20180307/francia-quiere-acabar-con-la-brecha-salarial-en-tres-anos-6675001>

Cinco Días (2018). ¿Acabará un algoritmo con la brecha salarial? Cinco días. El País. Recuperado de:
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/02/09/fortunas/1518208241_750408.html

Cuadrado D. (2011). La carga de la prueba en el orden administrativo. Recuperado de:
http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAATNzUwsLtbLUouLM_DxbIwNDQwNLAyOQ_QGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAGjuytzUAAAA=WKE

- El Mundo (2018). Las alemanas podrán conocer el sueldo de sus compañeros y exigir cobrar lo mismo que ellos. El Mundo. España. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/internacional/2018/01/04/5a4e2533468aebab1b8b462c.html>
- ES noticia (20 de febrero de 2018). Irene Montero (Podemos) – Discurso feminista en el congreso [Archivo de video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=pKxHVpAwZD8>
- Expansión (2008). El 80% de los contratos temporales son ocupados por mujeres. Expansión, empresa y mujer. Madrid. Recuperado de: <http://www.expansion.com/2008/07/14/mujer-empresa/1145817.html>
- Flotats, A. (2017). La lucha de las camareras de piso para que no sean dolencias laborales solo los esfuerzos de los hombres. Público. Recuperado de: <http://www.publico.es/politica/lucha-camareras-piso-no-sean-dolencias-laborales-esfuerzos-hombres.html>
- Ley de igualdad retributiva 2018. Expansión. <http://www.expansion.com/economia/2018/02/22/5a8e999ee5fdeaa73f8b4649.html>
- La Vanguardia (2018). Islandia, el primer país en prohibir por ley la brecha salarial entre hombres y mujeres. La Vanguardia. España. Recuperado de: <http://www.lavanguardia.com/internacional/20180104/434059237797/islandia-mujeres-brecha-salarial-ley.html>
- Martin, E. y Fernández, V. (presentadores). (30, enero, 2017) La brecha de género ¿afecta a las pensiones? Radio 5. RTVE. Recuperado de: <http://www.rtve.es/radio/20170130/brecha-salarial-genero-se-acentua-tras-jubilacion/1482061.shtml>
- ONU WOMEN (1995). La cuarta conferencia mundial de las naciones unidas sobre la mujer. Recuperado de: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/economy.htm>
- Pérez M. (2017). Los tribunales reconocen la discriminación de las “kellys” en un hotel del sur de Tenerife. La Provincia. Recuperado de:

<http://www.laprovincia.es/economia/2017/11/15/tribunales-reconocen-discriminacion-kellys-hotel/997818.html>

Requena, A. (2017). Así intentará cerrar Reino Unido la brecha salarial entre hombres y mujeres. El Diario. España. Recuperado de:

https://www.eldiario.es/economia/Brecha-salarial-Reino- Unido_0_689431365.html

ANEXOS

TABLA 1. SALARIO MEDIO MENSUAL POR TIPO DE JORNADA Y SEXO, ESPAÑA, 2016 (Euros)

SALARIO MEDIO MENSUAL POR TIPO DE JORNADA Y SEXO, ESPAÑA (euros) 2016		
	Hombres	Mujeres
Jornada a tiempo completo	2.192,49	1.989,81
Jornada a tiempo parcial	765,65	723,32

[FUENTE: INE, EPA. Elaboración propia]

TABLA 2. OCUPADOS POR OCUPACION Y SEXO, ESPAÑA, 2017 (Miles)

OCUPADOS POR OCUPACION Y SEXO (Miles)		
	Hombres	Mujeres
1 Directores y gerentes	260,9	136,4
4 Empleados contables, administrativos y otros empleados de oficina	619,1	1.210,4
6 Trabajadores cualificados en el sector agrícola, ganadero, forestal y pesquero	160,9	17,8
9 Ocupaciones elementales	958,5	1.422,2

[FUENTE: INE, EPA. Elaboración propia]

TABLA 3. OCUPADOS POR TIPO DE JORNADA, SEXO Y OCUPACION, ESPAÑA, 2017. (Porcentaje respecto del total de la ocupación)

OCUPADOS POR TIPO DE JORNADA, SEXO Y OCUPACION (Porcentaje respecto del total de la ocupación)						
	JORNADA A TIEMPO COMPLETO			JORNADA A TIEMPO PARCIAL		
	Hombres	Mujeres		Hombres	Mujeres	
1. DIRECTORES Y GERENTES	97,4	92,9		1. DIRECTORES Y GERENTES	2,6	7,1
4. EMPLEADOS CONTABLES, ADMINISTRATIVOS Y OTROS EMPLEADOS DE OFICINA	92,9	81,6		4. EMPLEADOS CONTABLES, ADMINISTRATIVOS Y OTROS EMPLEADOS DE OFICINA	7,1	18,4
5. TRABAJADORES DE LOS SERVICIOS DE RESTAURACION, PERSONALES, PROTECCION Y VENDEDORES	88,1	70,8		5. TRABAJADORES DE LOS SERVICIOS DE RESTAURACION, PERSONALES, PROTECCION Y VENDEDORES	11,9	29,2
6. TRABAJADORES CUALIFICADOS EN EL SECTOR AGRICOLA, GANADERO, FORESTAL Y PESQUERO	93,8	83,1		6. TRABAJADORES CUALIFICADOS EN EL SECTOR AGRICOLA, GANADERO, FORESTAL Y PESQUERO	6,2	16,9
9. OCUPACIONES ELEMENTALES	87,7	56,7		9. OCUPACIONES ELEMENTALES	12,3	43,3

[FUENTE: INE, EPA. Elaboración propia]

TABLA 4. TASA DE PARO POR SEXO Y GRUPOS DE EDAD, ESPAÑA, 2017 (Porcentaje)

TASA DE PARO POR SEXO Y GRUPOS DE EDAD (Porcentaje)		
	HOMBRES	MUJERES
De 16-24 años	90,30	89,29
De 25-54 años	86,90	111,05
De 55-más años	35,22	38,79

[FUENTE: INE, EPA. Elaboración propia]

TABLA 5. PARADOS POR SEXO Y GRUPOS DE EDAD POR PAIS, EUROPA, 2017 (Miles)

PARADOS POR SEXO Y GRUPOS DE EDAD POR PAIS (Miles)			
Country	Sex	Age	2017
Germany	Female (Sex)	25-54 (Aggregate age bands)	426,1
France	Female (Sex)	25-54 (Aggregate age bands)	931,5
United Kingdom	Female (Sex)	25-54 (Aggregate age bands)	364,1
Spain	Female (Sex)	25-54 (Aggregate age bands)	1503,6

[FUENTE: OIT, ILOSTAT. Elaboración propia]

TABLA 6. OCUPADOS POR TIPO DE JORNADA Y SEXO. VALORES ABSOLUTOS. 2017. ESPAÑA.

Ocupados por tipo de jornada Y sexo y grupo de edad. Valores absolutos 2017		
	2017	
	Hombres	Mujeres
Jornada a tiempo completo	9.514,3	6.491,6
Jornada a tiempo parcial	752,0	2.066,9
Total	10.266,3	8.558,5

[FUENTE: INE, EPA. Elaboración propia]

TABLA 7. INDICADOR DE HORAS DE TRABAJO REMUNERADAS Y NO REMUNERADAS DE LAS PERSONAS OCUPADAS. ESPAÑA. 2015.

INDICADOR DE HORAS DE TRABAJO REMUNERADAS Y NO REMUNERADAS. 2015		
Horas/semana	Total	
	Hombres	Mujeres
Trabajo no remunerado	14,0	26,5
Empleo principal	39,7	33,9

[FUENTE: INE, EPA. Elaboración propia]