



**Universitat
Pompeu Fabra**
Barcelona

**Crterios que justifican una aparente discriminación retributiva por
razón de sexo: Crítica feminista a la jurisprudencia y regulación de la
Unión Europea**

Daniela Vidal Saldías

Tutor: Eusebi Colàs-Neila

Trabajo Final de Máster

Máster Avanzado en Ciencias Jurídicas 2023 - 2024

Resumen

La presente investigación hace un análisis de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han creado y desarrollado criterios o fundamentos que han justificado una aparente discriminación salarial por razón de sexo. Se utiliza un método feminista de análisis, que considera los estereotipos, una perspectiva de género, y los patrones masculinos detrás de la creación de los conceptos laborales. Lo anterior nos permitirá demostrar que no todos los criterios que han sido admitidos por parte del Tribunal de Justicia son efectivamente neutros y podrían contener sesgos de género desapercibidos, lo que impactaría en la eficacia de la igualdad retributiva, y por ende, en el avance de la brecha salarial entre mujeres y hombres. Asimismo, proporcionará orientaciones valiosas para la implementación de la Directiva (UE) 2023/970 de 10 de mayo que incorpora a la regulación de la Unión Europea el concepto de criterios objetivos, neutros respecto al género y libres de sesgos, junto con identificar una serie de ellos.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	3
II. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIONES EN LA UE. .5	5
III. DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO EN LA UE	6
1. DISCRIMINACIÓN DIRECTA, INDIRECTA Y DISCRIMINACIÓN INSTITUCIONAL.	7
2. CRITERIOS DE RETRIBUCIÓN O VALORACIÓN DE LOS TRABAJOS QUE JUSTIFICAN UNA APARENTE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA.	10
IV. FEMINISMO, GÉNERO Y ESTEREOTIPOS.	12
1. TEORÍA CRÍTICA FEMINISTA.....	12
2. JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.....	14
3. FACTORES Y ESTEREOTIPOS EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES.	17
a. <i>Maternidad, tareas domésticas y el cuidado de menores o dependientes.</i>	19
b. <i>Educación</i>	21
c. <i>Características físicas y psicológicas de las trabajadoras</i>	21
d. <i>Participación de las mujeres en sindicatos y en puestos de liderazgo sindical</i>	23
V. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE.....	23
1. CRITERIO DE FLEXIBILIDAD, MATERNIDAD Y LABORES DOMÉSTICAS NO REMUNERADAS. ...	25
2. CRITERIO DE ANTIGÜEDAD, MATERNIDAD, Y RETRASO EN LA ENTRADA AL MUNDO DEL TRABAJO.....	27
3. CRITERIO DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y LA EDUCACIÓN DE LAS MUJERES.	29
4. RETRIBUCIONES ESTABLECIDAS A TRAVÉS DE NEGOCIACIONES COLECTIVAS Y LA BAJA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN SINDICATOS Y DIRIGENCIAS.	31
5. CRITERIO DE RENDIMIENTO PERSONAL, MATERNIDAD Y LA ADOPCIÓN DE LOS CUIDADOS DOMÉSTICOS Y FAMILIARES.....	33
6. CRITERIO DE FUERZA FÍSICA Y ESTEREOTIPOS ASOCIADOS A LAS TRABAJADORAS.....	36
7. DEL INTERÉS POR MANTENER RELACIONES LABORALES	38
VI. DIRECTIVA (UE) 2023/970 DE 10 DE MAYO	39
VII. CONCLUSIONES.....	40

I. Introducción

La brecha retributiva entre hombres y mujeres es una realidad que al día de hoy no ha podido ser revocada y sigue representando una forma de opresión directa hacia las mujeres. Cuestiones como un mayor riesgo de pobreza, la falta de autonomía económica, la precariedad en las pensiones o la restricción de oportunidades en el ámbito educacional, aumentan la dependencia y la consiguiente vulnerabilidad a la que históricamente han estado sujetas las mujeres.

De esta forma, tanto los Estados como los organismos internacionales, se han fijado como meta la necesidad de disminuir la brecha salarial. Así, el principio de igualdad retributiva constituyó la primera incursión de la Unión Europea (UE) en cuestiones de desigualdad de género, aunque su propósito inicial era evitar conflictos de naturaleza económica más que abordar cuestiones de justicia social.

No obstante, pese a los considerables progresos alcanzados por la UE y sus estados miembros — especialmente mediante la implementación del mecanismo de discriminación indirecta—, surge la inevitable pregunta de por qué el principio de igualdad retributiva no ha logrado alcanzar su propósito: reducir significativamente la brecha retributiva de género.

De acuerdo a los índices de la OECD (2017), en sus países miembros, los hombres siguen estando más cerca de conseguir un trabajo mejor remunerado que las mujeres. Asimismo, las remuneraciones de las mujeres por hora fueron en promedio un 12.7% más bajas que el salario de los hombres en la UE durante el año 2022.¹

El principio de igualdad de retribuciones no impide que el empleador pague una remuneración diferente a los trabajadores que ejecutan un mismo trabajo por motivos distintos a la diferencia de sexo. No obstante, es importante examinar si dichos motivos o criterios que tradicionalmente han

¹ *Statistics | Eurostat.* (s. f.). Recuperado 11 de junio de 2024, de https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics

justificado una diferencia salarial han retrasado el avance efectivo hacia una igualdad retributiva entre mujeres y hombres al contener estándares discriminatorios que no son perceptibles a simple vista.

Un modo de descubrir las desigualdades de poder radicados en un criterio o práctica es mediante un análisis crítico feminista. En efecto, no será posible combatir de manera efectiva la brecha de género si no se comprende que la situación de desigualdad obedece a una causalidad múltiple, y que para abordarla es necesario atacar los roles culturales, sociales y estereotipos asociados a las mujeres.² Se ha exigido, y con justa razón, la aplicación de un método feminista en el derecho laboral que cuestione profundamente las relaciones de poder y la formulación de las propias normas laborales.³

Un análisis jurisprudencial es esencial para el análisis de los criterios que justifican una diferencia salarial, atendido a que la creación y desarrollo de estos han recaído en diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), y que posteriormente fueron recogidos en la Directiva (UE) 2023/970 de 10 de mayo, que aún se encuentra en proceso de implementación.

En primer lugar, se expondrá la evolución del principio de igualdad retributiva en la UE, que nos permitirá entender el contexto económico bajo el cual se desarrolló la jurisprudencia del TJUE. Luego, se hará referencia a la normativa de la Unión Europea, estableciendo los elementos centrales que dan origen a un posible caso de discriminación salarial, y los antecedentes generales de los criterios que justifican dicha diferencia.

Seguidamente, se abordará la utilización de un método crítico del derecho desde una perspectiva feminista, y se detallarán los sesgos y estereotipos de género que impactan en el mercado del trabajo. Asimismo, se explicarán los aspectos principales para juzgar con perspectiva de género⁴, con el fin de integrar a la actividad jurisdiccional a los factores antes señalados.

² (Conaghan, 2017, p.6)

³ (Conaghan, 2017, p.6)

⁴ Nos referiremos al método propuesto por la Dra. Poyatos (2022).

Lo anterior nos permitirá realizar un análisis crítico de una serie de sentencias del TJUE que han justificado una diferencia salarial entre trabajadores y trabajadoras en la existencia de diversos criterios. Este examen nos habilita para establecer una serie de orientaciones y parámetros que deberán aplicarse en la Directiva (UE) 2023/970 de 10 de mayo, la primera regulación de la Unión Europea que introduce el concepto de criterios objetivos, neutros respecto al género y libres de sesgos (CONL), e identifica una serie de ellos.

II. Evolución del Principio de igualdad de retribuciones en la UE.

El principio de igualdad de retribuciones para trabajadoras y trabajadores se incorpora en la antigua Comunidad Europea, específicamente a través del artículo 119 del Tratado de Roma, bajo un contexto donde el objetivo de la comunidad era crear un mercado común, eliminar barreras económicas y fomentar la libre competencia.

La sentencia *Defrenne I* es un claro ejemplo del sentido económico inicial que tenía la incorporación del principio.⁵ Se intentó evitar que dentro de la Comunidad Europea se distorsionara la competencia, específicamente entre las empresas que cumplían con la igualdad retributiva, que podían verse perjudicadas frente a aquellas que practicaban discriminaciones salariales.

La transformación del principio hacia una cuestión de justicia social se fue intensificando gradualmente. Un primer paso fue la dictación de la Directiva 75/117/CEE de 10 de febrero, que reforzó la aplicación práctica del principio de igualdad de retribución, con el objeto de precisar su contenido y facilitar su aplicación por parte de los estados miembros.⁶ Asimismo, se introduce por primera vez la exigencia de establecer criterios que excluyan discriminaciones por razón de sexo respecto de los sistemas de clasificación profesional.

De forma paralela, la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio, actualmente vigente, viene a refundir la Directiva 75/117/CEE con la Directiva 97/80/CE, así como diversas pautas derivadas de la jurisprudencia del antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Destacar que dicha

⁵ Defrenne I, 43/75 (STJUE 8 de abril de 1976)

⁶ (Quintanilla Navarro, 1996, p.74)

consolidación permitió incorporar el concepto de discriminación indirecta a la regulación de la Unión Europea, sin perjuicio que el TJUE ya lo había desarrollado con bastante antelación.

De esta forma, el principio de igualdad de retribuciones se fue alejando del concepto formal de igualdad, y se entiende como un principio más genérico de “no discriminación por razón de sexo”, ligado a cuestiones relativas a la valoración del trabajo y a los criterios de clasificación profesional.⁷ Igualmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) permitió consolidar dicho principio como un derecho esencial y fundamental.

En la actualidad, la Directiva (UE) 2023/970, que deberá implementarse a más tardar el 7 de junio de 2026, intentará dar solución a las deficiencias detectadas en las disposiciones de la Directiva 2006/54/CE relativas a la falta de transparencia de los sistemas retributivos, la falta de seguridad jurídica en torno al concepto de “trabajo de igual valor” y obstáculos procedimentales.

El posterior análisis jurisprudencial permitirá evaluar si efectivamente se ha logrado consolidar el objetivo de carácter social detrás del principio, o persisten las finalidades económicas originarias que, en muchas ocasiones, impiden un avance efectivo hacia una mayor igualdad sustancial de género.

III. Discriminación retributiva por razón de sexo en la UE

Como adelantamos en el capítulo anterior, actualmente la regulación en la Unión Europea referente a la igualdad retributiva por razón de sexo se encuentra contemplada en los siguientes instrumentos: Artículo 157 del Tratado de la Unión Europea (TUE), base legal de toda la regulación de la UE al respecto, el artículo 23 de la CDFUE, la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio, y la Directiva (UE) 2023/970 de 10 de mayo.

De la integración de toda la normativa comunitaria y la jurisprudencia del TJUE, podemos extraer los siguientes elementos centrales que abordan la discriminación retributiva por razón de sexo en la UE:

⁷ (Quintanilla Navarro, 1996, p. 75)

- a) El elemento central es que cada Estado miembro deberá garantizar la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.
- a.1. Se entiende por “retribución” todo pago - salario, sueldo, o gratificaciones - que el empresario abone al trabajador en razón de la relación de trabajo.
- a.2. Se entiende por “trabajo de igual valor” aquel determinado con arreglo a los criterios no discriminatorios, objetivos y neutros, de forma tal que se excluya toda discriminación por razón de sexo.
- b) Lo anterior conlleva que para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. Es decir, en términos generales, se admite que las legislaciones de los países miembros permitan que el empleador pague una remuneración diferente a los trabajadores por un trabajo de igual valor por motivos distintos a la diferencia de sexo.
- c) Cuando existe una apariencia de discriminación, el empleador debe probar a través de ciertos criterios objetivos, neutros y libres de sesgos de género, que las actividades realmente ejercidas por los dos trabajadores afectados no son comparables o que la diferencia de retribución observada se justifica mediante razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo.⁸

Analicemos los elementos de mayor relevancia para el presente trabajo investigativo a continuación.

1. Discriminación directa, indirecta y discriminación institucional.

⁸ Kenny, C-427/11 (STJUE 28 de febrero de 2013)

La **discriminación directa**, en términos de igualdad retributiva, se ocasiona cuando una persona percibe una retribución inferior a otra en situación comparable, sin que exista una justificación objetiva por esa diferencia retributiva.

Como indica el TJUE en la sentencia *Defrenne I* la igualdad de retribuciones es una expresión específica del principio general de igualdad de trato, que prohíbe que se trate de manera diferente situaciones comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado. De esta forma, cuando existe una apariencia de discriminación, corresponderá a la empresa fundamentar basándose en factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

Sin embargo, la discriminación directa enfrentó un desafío al requerir un elemento comparativo, lo que no permitió admitir denuncias cuando no había posibilidad de comparación al estar mujeres y hombres en distintas categorías profesionales.⁹ En consecuencia, se hizo necesario incorporar el concepto de “igual valor” y el mecanismo de discriminación indirecta para así ampliar los ámbitos de comparación aunque los trabajos sean distintos, dando lugar a una “concepción flexible del término de comparación”.¹⁰

Si conceptualizamos el mecanismo de **discriminación indirecta** relacionado con la igualdad retributiva, esta se origina cuando un criterio o práctica aparentemente neutra, sitúa a individuos de un sexo determinado en un nivel retributivo inferior con respecto a individuos del otro sexo, salvo que dicho criterio o práctica, pueda justificarse en una finalidad legítima y los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. Actualmente, resulta suficiente que se cause una desventaja específica a individuos de un sexo determinado conforme a la Directiva 2006/54/CE.¹¹

De esta forma, el primer paso para dar pie a un caso de discriminación indirecta es acreditar que individuos de un sexo determinado se están viendo afectados, y en este sentido, la clave estará en

⁹ (Poquet Catalá, 2021, p. 125)

¹⁰ (Poquet Catalá, 2021, p. 125)

¹¹ (Cabeza Pereiro, 2012, p. 95)

recurrir a datos estadísticos que deben ir referidos a un número suficiente de personas y no deben tener carácter “fortuito”¹².

Lo que sucede es que bajo la aplicación del mecanismo de discriminación indirecta es posible detectar que el grupo comúnmente afectado suele ser aquel que históricamente ha sido oprimido e ignorado, como es el caso de las mujeres trabajadoras. La marginación de este colectivo debido a las estructuras patriarcales de la sociedad actual se revela en el instante en que las normas, criterios o prácticas son aplicadas, dando ventajas a los trabajadores mientras perjudican a las trabajadoras.

Como señala Quintanilla Navarro (1996) ‘la pauta marcada por la jurisprudencia norteamericana ha resultado determinante, en la medida que a través de ella se han consolidado los rasgos del actual concepto de discriminación: la irrelevancia de la intención discriminatoria, la identificación de la discriminación por el resultado, la utilización de datos estadísticos para medir el resultado discriminatorio, el impacto desproporcionado sobre alguno de los colectivos especialmente protegidos, así como mecanismos relativos a la inversión de la carga de la prueba y la prueba de indicios (p.106)’.

No obstante, una nueva perspectiva plantea la necesidad de romper con el confuso binomio de discriminación directa y discriminación indirecta, considerando que, bajo la etiqueta de una disposición neutra, se pueden esconder preceptos masculinos que reproducen la discriminación estructural de las mujeres.

Como indica Barrère Unzueta & Morondo (2005), ‘la **discriminación institucional** se entiende como un fenómeno de subordinación social de carácter grupal generado por un sistema dominante de normas que tiene la virtualidad de presentar como una opción la resolución de una situación insoslayable consistente en la imposibilidad real de simultanear el desempeño de un empleo con la satisfacción de una necesidad de carácter social (p.157)’. Lo que realiza la discriminación institucional es cuestionar la desigualdad de poder instituida en una norma pero que estructura el

¹² Asunto *Kenny* en (Rodríguez Escanciano, 2018, p.14)

funcionamiento social y se reproduce tanto sistémicamente –al margen de la intencionalidad– como institucionalmente.¹³

Este mecanismo es una alternativa que nos permite incorporar factores y estereotipos de género para un análisis completo acerca de los criterios que justifican una diferencia salarial, y, asimismo, le permite al TJUE adoptar una decisión en torno al impacto de dichos factores que se suelen presentar como opciones, pero en realidad se configuran como situación inevitable.

2. Criterios de retribución o valoración de los trabajos que justifican una aparente discriminación retributiva.

Si nos situamos ante un caso aparente de discriminación, donde la trabajadora ha demostrado, a partir de un número relevante de trabajadores, que la retribución media de las trabajadoras es inferior a la de los trabajadores masculinos; a partir de esa presunción y del principio donde quien tiene la información es el empleador, será este último quien deberá probar que los trabajos no son equivalentes o que existe una justificación frente a la diferencia de retribución.¹⁴

En consecuencia, el empleador puede interponer dos tipos de defensas: (i) que las actividades realmente ejercidas por los dos trabajadores afectados no son comparables o, (ii) que la diferencia de retribución observada se justifica mediante razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo.¹⁵ De esta manera, los criterios que justifican una diferencia salarial operan en distintos niveles:

- a. La empresa argumenta que no se cumple con uno de los elementos para que opere el principio de igualdad de retribuciones, y que, por ende, que no existe un caso de discriminación salarial. Lo precedente debido a que no estamos en presencia de los mismos trabajos o trabajos de igual valor. Estos criterios de valoración de los trabajos son empleados como defensa para justificar una diferencia salarial entre trabajadores que

¹³ (Barrère Unzueta & Morondo, 2005, p.158)

¹⁴ Enderby, C-127/92 (STJUE 27 de octubre de 1993)

¹⁵ Kenny, C-427/11 (STJUE 28 de febrero de 2013)

desempeñan en roles distintos de acuerdo con su nivel de responsabilidad, condiciones de trabajo, u otros aspectos.

- b. Por otro lado, podría no existir discusión en torno a que los trabajadores ejecutan el mismo trabajo o uno de igual valor. Por ejemplo, en el caso donde ambos trabajadores ejecutan las mismas labores bajo una misma categoría profesional que no está en discusión. Sin embargo, podría existir un criterio de atribución de las remuneraciones que justifique una diferencia salarial, como una asignación adicional vinculada a la responsabilidad, puntualidad u otros factores específicos relacionados con el desempeño laboral.

Por otro lado, no configura un requisito de aplicación del principio de igualdad de retribuciones, que se cumpla con la identidad de funciones de acuerdo con lo dispuesto en la letra a. En el asunto *Enderby*, una de las defensas del Gobierno alemán era que el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre la cuestión planteada sin determinar previamente si las funciones de que se trata son equivalentes. A su juicio, las funciones que se discutían en el juicio no eran comparables, por lo que no podía existir infracción del antiguo artículo 119 del Tratado, y las diferencias de retribución no han de ser justificadas objetivamente.

El Tribunal de Justicia declaró que no existían problemas de competencia, atendido que la petición del órgano jurisdiccional nacional se refiere a la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, por lo que el Tribunal de Justicia está obligado a responder. Asimismo, declaró que las propias cortes nacionales, como autorizaba la legislación británica, habrían decidido examinar la cuestión de la justificación objetiva de la diferencia de retribución antes que la de la equivalencia de las funciones de que se trata, que puede requerir investigaciones más complejas.

Asimismo, en el asunto *Brunnhofen* el Tribunal de Justicia aclaró que el empresario tendrá la posibilidad de negar que los requisitos de aplicación del mencionado principio se cumplen, probando por cualquier medio que las actividades realmente ejercidas por los dos trabajadores afectados no son comparables; o, por otro lado, podrá justificar la diferencia de retribución observada mediante razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo, probando que el pago de un complemento mensual superior al compañero masculino de referencia respecto

a la empleada de que se trata en el asunto principal obedece a una diferencia independiente del sexo.¹⁶

IV. Feminismo, género y estereotipos.

1. Teoría crítica feminista

Desde los años setenta y ochenta, surgió y se desarrolló el campo de investigación feminista, en conjunto con la segunda ola del feminismo.¹⁷ En dicho periodo, surgieron corrientes como *el segundo sexo*, proveniente de la filosofía francesa, que sostiene que las características humanas consideradas como "femeninas" no derivan de diferencias biológicas, sino que son adquiridas mediante un complejo proceso individual y social.¹⁸

Las académicas feministas anglosajonas concretaron el concepto de género propuesto por la filosofía francesa, que se utilizó para describir la construcción social y cultural que se atribuyen a las personas de uno y otro sexo¹⁹, y que posteriormente serviría para describir las relaciones de subordinación entre hombres y mujeres. Por ejemplo se consideran atributos femeninos la delicadeza en los comportamientos, la no violencia, la inclinación por el cuidado de otros, las tareas domésticas y manuales, la sensibilidad, menor capacidad de abstracción, la belleza.²⁰ Por oposición, como masculino, se considera la brusquedad en las actuaciones, la violencia, el egoísmo, la competitividad, una mayor capacidad de abstracción, la entereza, fortaleza y tenacidad.²¹

De lo anterior nace el concepto de equidad de género, que va más allá de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, o de las oportunidades para realizar los mismos trabajos que los hombres.²² En

¹⁶ Brunnhofer, C-381/99 (STJUE 26 de junio de 2011)

¹⁷ (Alvarez et al., 2001, p.75)

¹⁸ (Alvarez et al., 2001, p.67)

¹⁹ (Alvarez et al., 2001, p. 159)

²⁰ (West, 2000, p.29)

²¹ (West, 2000, p.29)

²²(Gonzalez Robles, 2020, p.5)

efecto, la equidad de género es una propuesta para eliminar todas aquellas decisiones que discriminan y privilegian a un género por encima de otro²³.

Las relaciones laborales es uno de los ámbitos donde los conflictos de equidad de género se manifiestan con bastante intensidad. El entorno laboral, por su propia configuración, tiende a ser jerárquico y desigual, determinado por relaciones de subordinación y dependencia. Las similitudes con los asuntos de género son evidentes. Así, las empresas se convierten en una zona fértil para generar situaciones de discriminación hacia las mujeres, manifestadas en diferencias retributivas, segregaciones de toda índole, violencia laboral y sexual, el llamado “techo de cristal”, conflictos relacionados con la seguridad y salud laboral, entre otras situaciones.

Ahora bien, es indudable que las políticas de género tradicionales no han alcanzado los resultados esperados en el ámbito laboral, lo que se refleja claramente en las desigualdades retributivas. Refiriéndonos específicamente a las políticas de género de la UE, Lombardo (2002) ha sostenido que dichas políticas están atrapadas en el "Dilema de Wollstonecraft", lo que acarrea efectos negativos para las mujeres (p.226).

El concepto del "Dilema de Wollstonecraft" entiende que las dos vías que las mujeres han optado para su lucha por la plena emancipación se presentan como problemáticas e incompatibles.²⁴ Existe, por un lado, la lucha por la igualdad, que busca obtener los mismos derechos que los hombres, y por el otro, la lucha por la diferencia, que sostiene que las mujeres, al poseer características distintas a los hombres, requieren de derechos diferentes.²⁵ El problema es que ambas vías chocan e impactan negativamente en las mujeres.

En efecto, admitir el sistema patriarcal implicaría definir a las mujeres como iguales a los hombres, lo que significa aceptar una ciudadanía basada en características masculinas; por otro lado, solicitar el reconocimiento de las diferencias femeninas en una sociedad patriarcal, basada en una división jerárquica entre los sexos, conllevaría a incluir a las mujeres como miembros distintos que

²³ (Gonzalez Robles, 2020, p.5)

²⁴ (Lombardo, 2002, p. 226)

²⁵ (Lombardo, 2002, p.226)

requieren una consideración legal especial.²⁶ En este contexto, las mujeres siempre se encontrarían relegadas a una categoría de "hombres inferiores".²⁷

Una solución al problema anterior lo presenta la propuesta de Mackinnon (2018) a través de la teoría de la dominación, donde opta por un cambio radical, a través de una redistribución del poder y transformación de los estándares establecidos por los hombres, en lugar de simplemente intentar que las mujeres se ajusten a dichos estándares, lo cual, resultará imposible en la mayoría de los casos (p. 71).

En este sentido, el cambio de perspectiva desde el género entendido como "igualdad" o "diferencia" hasta el género entendido como dominación, hace un intento de desafiar y modificar la realidad, y no únicamente identificarla y analizarla.²⁸

Sumado a lo anterior, la modificación o eliminación de situaciones de desigualdad deben contemplar necesariamente la existencia de desigualdades estructurales. Así, los estereotipos de género, y las políticas institucionales o acciones individuales que se derivan de ellos, impactan en grupos específicos, privilegiando a unos y perjudicando a otros.²⁹

Serán estos nuevos enfoques feministas, junto con la identificación de los estereotipos de género, los que nos permitirán cuestionar no solo la aplicación de los criterios de retribución y valoración utilizados por la jurisprudencia del TJUE, sino también su creación y contenido.

2. Juzgar con perspectiva de género

Como hemos señalado a lo largo de este trabajo, la construcción y forma de aplicación de los criterios que justifican una diferencia retributiva entre trabajadoras y trabajadores a nivel comunitario es, hasta la actualidad, el resultado de un desarrollo jurisprudencial por parte del TJUE.

²⁶ (Lombardo, 2002, p. 227)

²⁷ (Lombardo, 2002, p.227)

²⁸ (Mackinnon, 2018, p.17)

²⁹ (Young, 2001, p.14)

De esta forma, no podemos prescindir de revisar aspectos básicos de la actividad jurisdiccional a través de un enfoque de género.

Actualmente, el TJUE se compone de 28 miembros, entre ellos, jueces, abogados generales, y secretario.³⁰ De estos, 28 son hombres y 9 mujeres. Y la composición histórica de sus miembros es aún más preocupante. Únicamente el 15% de los miembros del Tribunal de Justicia han pertenecido al sexo femenino, lo que se traduce en 32 mujeres frente a 180 miembros hombres.³¹

Frente a esta realidad, no podemos dejar de preguntarnos si las vivencias diarias que experimentan las mujeres se pueden ver reflejadas al momento en que el tribunal analiza una posible conducta o práctica discriminatoria.

No obstante, la composición femenina dentro de un organismo jurisdiccional no implica, per se, que se integre una perspectiva feminista en el proceso de juzgar. Muchos politólogos han examinado la cuestión de si las mujeres juezas deciden los casos de manera diferente a los hombres, sin embargo, hasta ahora, no existe evidencia empírica que respalde esa afirmación.³²

De esta manera, resulta necesario incorporar un método a través del cual los jueces analicen y resuelvan bajo una perspectiva de género, y que permita integrar los estereotipos de género, junto con generar un avance efectivo del principio de igualdad que cuestione las estructuras y dinámicas de poder actualmente existentes.

Juzgar con perspectiva de género es un método que va más allá de la aplicación de leyes o instrumentos internacionales que prohíban prácticas discriminatorias o consagren derechos de las mujeres. En efecto, se le exige a los jueces que en la actividad jurisdiccional identifiquen factores

³⁰ *Presentación de los miembros—Tribunal de Justicia de la Unión Europea.* (s. f.). CURIA. Recuperado 6 de junio de 2024, de http://158.167.241.123:8090/jcms/jcms/Jo2_7026/es/

³¹ De acuerdo a la información extraída en: *Antiguos miembros—Tribunal de Justicia de la Unión Europea.* (s. f.). CURIA. Recuperado 6 de junio de 2024, de http://158.167.241.123:8090/jcms/jcms/Jo2_7014/es/

³² (Kenney, 2010, p.436)

estructurales que generan desventajas políticas, económicas, sociales y estructurales para las mujeres.³³

Con el objeto de ilustrar de manera práctica la impartición de justicia con perspectiva de género, nos basaremos en el proyecto de la Dra. Poyatos (2022) quien propone un método de análisis jurídico que permitirá visibilizar en la impartición de justicia estereotipos de género, determinar diferencias de oportunidades, evidenciar relaciones de poder, junto con traspasar un abordaje formalista del caso y preguntarnos por el impacto de género diferenciado derivado de normas, políticas, convenios colectivos o prácticas de la empresa.

El método consiste en 3 fases: la primera, de detección de los prejuicios o estereotipos concurrentes e identificación de la discriminación o situación marginal; la segunda fase de corrección, que exige la aplicación de la perspectiva de género como criterio corrector al amparo de la normativa y jurisprudencia internacional de derechos humanos en conexión al principio de igualdad; y la tercera fase de “compensación”, que se traduce en una resolución judicial equitativa resultante de la integración de la perspectiva de género.³⁴

La primera fase la desarrollaremos en el próximo apartado, refiriéndonos a los estereotipos de género más relevantes y que se vinculen con los criterios que justifican una diferencia salarial.

Respecto de la fase de corrección o integración de la perspectiva de género, Poyatos (2022), propone que, después de detectar la discriminación, se debe equilibrar la desigualdad de género a través de una integración de la perspectiva de género en un ejercicio argumentativo judicial o un razonamiento con lógica jurídica (p.447). Importante destacar los siguientes puntos que tomarían relevancia para la evaluación de criterios que justifican una diferencia salarial:³⁵

- a. Se deben evitar los estereotipos al momento de realizar la valoración de los indicios que activan el mecanismo de inversión de la prueba, en orden a esforzarse por detectar y reconocer los

³³ (Palomo Caudillo, 2021, p.41)

³⁴ (Poyatos, 2022, p.391)

³⁵ (Poyatos, 2022, p. 391 - 491)

propios prejuicios que consciente o inconscientemente estén presentes al momento de dicha valoración.

- b. Cuando la perspectiva de género opera como una herramienta para interpretar normas o integrar alguna laguna legal – ausencia de una solución expresa para un determinado caso - orientada hacia una mayor efectividad de la igualdad de trato y oportunidades. Este podría ser el caso frente al cual se podría enfrentar un tribunal, considerando que no existe una solución expresa legal para evaluar si los criterios son objetivos, neutros y libres de sesgos de género.
- c. Identificar una situación desequilibrada de origen de las mujeres, que se puede generar al aplicar una norma neutra que genera un impacto adverso para la población femenina.
- d. Valorar la interseccionalidad. Deberán añadirse a la perspectiva de género otros enfoques de análisis transversales, en situaciones en las que pudiera concurrir discriminaciones derivadas de la interseccionalidad de distintos motivos que confluyen a la vez sobre la misma persona, por ejemplo: el género, edad, origen racial o étnico, orientación sexual, etc.

Finalmente, Poyatos (2022) indica como última parte del método, la necesidad de cumplir con el mandato legal de reparación integral de las consecuencias que la infracción produjo (p.491)

3. Factores y estereotipos en el ámbito de las relaciones laborales.

Luego de haber adelantado el concepto de género, resulta esencial referirnos a los estereotipos de género y cómo estos afectan la construcción de conceptos laborales y a la actividad jurisdiccional de acuerdo a lo señalado en el punto anterior.

Cuando hablamos de estereotipos hacemos referencia a aquellas creencias populares sobre los atributos que caracterizan a un grupo social, y que inevitablemente se entrelazan con prejuicios y situaciones discriminatorias.³⁶ En efecto, son creencias tan intrínsecas en el pensar de los individuos, que en la mayoría de los casos se configuran como sesgos inconscientes, es decir, determinan nuestra forma de actuar de forma inadvertida impidiéndonos ser objetivos o imparciales, sin que necesariamente exista una intencionalidad negativa.

³⁶ (González Gavaldón, 1999, p.79)

Como indica Garrido-Luque et al., (2018) ‘en el caso de los estereotipos de género, las creencias sobre la diferente caracterización psicológica de hombres y mujeres han servido históricamente para racionalizar la división del trabajo, y legitimar la exclusión de estas del mercado laboral y de la esfera pública en general (p.3)’. De esta forma, bajo una perspectiva micro, no debiese resultar sorprendente que estos estereotipos también se encuentren en los criterios que determinan la retribución de los trabajadores y trabajadoras o que asignan un determinado valor a los trabajos ejecutados por ellas o ellos.

Por otro lado, estudios de la Organización Internacional del Trabajo (2023) apuntan a que ‘la brecha salarial entre hombres y mujeres está vinculada con la segregación ocupacional por motivo de género, relacionada con una serie de factores, tales como la interrupción de la carrera profesional, la reducción de las horas de trabajo, las decisiones de contratación y ascenso con sesgo de género, la presión social que obliga a las mujeres a ser las principales cuidadoras y a los hombres a trabajar más horas como sostén de la familia, y una cultura de largas jornadas de trabajo que puede dar lugar a la estigmatización de los trabajadores que eligen modalidades de trabajo flexibles (p.166)’.

En este mismo sentido, como indica Rodríguez Escanciano (2018) la desventaja retributiva obedece en la mayoría de las ocasiones no a censurables distinciones (manifiestas o latentes) en el marco legal o convencional de referencia, sino a factores exógenos de muy variada morfología (p.14). Entre ellos, la difícil y tardía incorporación de la mujer al mundo laboral, jornadas inferiores, la segregación vertical (escasa participación en puestos directivos) y horizontal (concentración en cometidos con remuneraciones limitadas, de baja productividad y feminizados), acompañadas habitualmente de interrupciones en su vida profesional por motivos tales como la maternidad o las decisiones a favor del cuidado de la familia.³⁷

A continuación revisaremos con mayor detalle los factores, estereotipos, e ideologías de género que más impacto tienen en la construcción de criterios que determinan la retribución de los trabajadores y trabajadoras o que asignan un determinado valor a los trabajos ejecutados por ellas o ellos, para que así luego, bajo una perspectiva de género e integración de un método crítico feminista, analicemos los criterios que tradicionalmente justifican una diferencia salarial.

³⁷ (Rodríguez Escanciano, 2018, p.14)

Destacar que varios de estos factores y estereotipos han sido mencionados en las sentencias del TJUE, sin embargo, al no aplicarse un método crítico feminista o un examen con perspectiva de género, la enunciación de ellos ha sido totalmente ineficaz.

a. Maternidad, tareas domésticas y el cuidado de menores o dependientes.

En general, la maternidad y la crianza se caracterizan por factores y estereotipos que atribuyen a las mujeres una mayor capacidad natural para el cuidado de los hijos, atendidas sus supuestas características psicológicas y morfológicas.³⁸ La sociedad se ha construido en torno a la creencia de que la maternidad es única e irremplazable, y que, por ende, son las mujeres quienes deben asumir la importante tarea de criar, cuidar, y proteger a los hijos.

Esta ideología de género ha sido la cuna de la discriminación de la mujer en el ámbito laboral. Se utilizó para justificar que las mujeres hicieran trabajos más precarizados y peor pagados, dando pie a la llamada segregación ocupacional. En efecto, si las mujeres son madres, la sociedad patriarcal y hetero normada asume que un hombre sostiene a la familia, y por ende, el trabajo de la mujer es visto como algo accesorio y peor pagado.

No podemos dejar de mencionar a Claudia Goldin, Premio Nobel De Economía 2023, quien en su investigación, destaca la maternidad como uno de los factores clave en la perpetuación de la brecha salarial de género, que comienza a ampliarse uno o dos años después del primer hijo.³⁹ Interesante lo que plantea acerca de que las leyes antidiscriminación no son suficientes, y que debemos realizar cambios fundamentales en la forma cómo valoramos el cuidado si se aspira a lograr una efectiva igualdad de género.⁴⁰ Lo anterior demuestra la importancia de identificar el presente factor en los criterios laborales tradicionales y ejecutar acciones para combatir el impacto desigual que genera entre hombres y mujeres.

³⁸ (Garrido-Luque et al., 2018, p.5)

³⁹ (Goldin, 2021)

⁴⁰ (Goldin, 2021)

Asimismo, la excesiva duración de la jornada laboral y la forma en que tradicionalmente se organizan los horarios dificultan la conciliación entre el trabajo y las responsabilidades de cuidado, como el cuidado de hijos y dependientes.⁴¹ Se trata de un círculo vicioso, donde la estructura de la jornada se construye en base al estereotipo de que las mujeres se hacen cargo de las tareas de cuidado, y por ende, el hombre puede trabajar largas jornadas sin la preocupación de ocuparse de dichas tareas. Pues bien, esa construcción hace imposible que las mujeres cumplan con el estándar horario, ya que, justamente, deben encargarse de las tareas domésticas y de cuidados no remunerados.

Por otro lado, el embarazo ha sido percibido tradicionalmente como una situación de invalidez vinculada a la mujer y, en consecuencia, como una “carga” para las empresas. El estereotipo asociado al embarazo es que debido a la condición biológica de las mujeres, son éstas quienes tienen que soportar las consecuencias del estado de embarazo, y con posterioridad, el cuidado del menor y de las labores domésticas.

Asimismo, la ausencia por causa de embarazo tradicionalmente se percibe como una “interrupción” y “estancamiento” en la carrera profesional de la mujer, que en varias ocasiones le impide ascender a cargos de mayor jerarquía o incluso seguir desarrollándose en el mismo trabajo. La ausencia se percibe como un abandono de las labores imputable a decisiones de la mujer, y por ende, de su cargo. Es usual el discurso donde las trabajadoras tuvieron que elegir entre desarrollar su carrera profesional o ser madres, bajo el estereotipo que ambas áreas son incompatibles.

El conflicto esencial radica en que tanto el embarazo, como la maternidad y el cuidado de dependientes, se perciben como tareas de responsabilidad individual de carga de la mujer. Sin embargo, son asuntos que deben ser parte de una política social, donde todos los actores deben adquirir algún grado de responsabilidad.

⁴¹ (Garrido-Luque et al., 2018, p.9)

b. Educación

La enseñanza escolar define el futuro profesional de los menores, pero también estructuran la personalidad de cada uno de ellos. En este sentido, los estereotipos de género se incorporan desde etapas tempranas, y especialmente en el seno familiar y en la etapa escolar. Por ejemplo, aún no superamos la creencia de que los hombres tienen mayores habilidades en matemáticas, ciencias⁴² o deportes frente a las mujeres, y que estas últimas, tienen mejores habilidades en el área artística o humanista.

Dichas creencias determinan la elección de carreras de forma sesgada y discriminatoria para las mujeres, perpetuándose los prejuicios acerca de los roles profesionales que hombres y mujeres desempeñan en nuestra sociedad.⁴³ En este sentido, hay estudios que evidencian la feminización y masculinización de carreras profesionales y técnicas,⁴⁴ y que atribuyen a las mujeres las tareas de atención y cuidado, y al rol masculino las tareas de ejecución y producción.⁴⁵

Asimismo, existen factores de género relativos al acceso a la educación que impactan en el ámbito laboral. A pesar que actualmente ha disminuido la brecha educativa, no podemos desconocer que la entrada de las mujeres a la educación fue más lenta, especialmente a la educación universitaria. Asimismo, en zonas de bajos recursos, persisten los conflictos para que las niñas accedan a la educación, especialmente en sociedades donde la opresión hacia las mujeres es significativa y el matrimonio infantil es aceptado.

c. Características físicas y psicológicas de las trabajadoras

Históricamente se han clasificado ciertos rasgos y características en un binomio femenino/masculino, que se contradicen entre sí. En el ámbito laboral, se ha entendido como características masculinas, la asertividad, la fuerza, la capacidad analítica, el mejor trabajo en

⁴² (Verdugo-Castro et al., 2019, p.382)

⁴³ (Barberá et al., 2008)

⁴⁴ (Guzmán, 2021)

⁴⁵ (Barberá et al., 2008, p.284)

equipo, la mayor adaptación al cambio, y el mejor manejo de herramientas digitales. En contraposición, a las mujeres se le han asociado características como una mayor complejidad en la toma de decisiones, un mayor sentimentalismo y menor racionalidad, debilidad, complicaciones para trabajar en equipo, problemas con adaptarse al cambio, y dificultades para actualizarse en herramientas digitales.

Lo anterior produce que las mujeres asumen que deben adoptar características asociadas al sexo masculino para acceder a puestos de trabajo o ascender a cargos de mayor responsabilidad. Sin embargo, si pierden las características tradicionalmente “femeninas” y se tornan más agresivas, fuertes, o competitivas, se les critica, y se les tilda de histéricas, manipuladoras y conflictivas.

De esta manera, el avance no será significativo a menos que modifiquemos de forma profunda las características a las que le damos valor en el ámbito del trabajo. Por ejemplo, existe una concepción inexacta en torno a que un líder debe ser agresivo, fuerte y competitivo, características generalmente asociadas al sexo masculino. Sin embargo, cualidades como la preocupación, el cuidado, la compasión, la sensibilidad y la calidez, que suelen asociarse a las mujeres, son igual o más valiosas para los puestos de liderazgo.⁴⁶

Por otro lado, las características físicas asociadas a cada sexo también han afectado la valoración de los trabajos, y el acceso a estos por parte de las mujeres. Históricamente se ha entendido que las mujeres no pueden ejecutar ciertas tareas que impliquen fuerza física, lo que las ha excluido de una serie de oficios, tales como la minería, la industria de la construcción, manejo de maquinarias, entre otros. Pero asimismo, a estos tipos de trabajos se les ha entregado una mayor valoración, y por ende, una mejor paga. Por ejemplo, en una empresa de construcción, no es raro que un obrero reciba una remuneración superior al de una secretaria que realiza tareas administrativas, a pesar de que ambos roles son igualmente indispensables para el funcionamiento del negocio.

⁴⁶ Al respecto, interesante lo que plantea (Uhde & Held, 2006). La transición hacia la ética del cuidado nos proporciona ideas acerca de cómo podemos construir un futuro más inclusivo, que integre y valore las características tradicionalmente femeninas, y los beneficios sociales, económicos y culturales de realizarlo.

d. Participación de las mujeres en sindicatos y en puestos de liderazgo sindical.

No nos debiera extrañar que la exclusión histórica de las mujeres en el ámbito laboral, se traduzca en una disminuida participación en organizaciones sindicales y especialmente en puestos de representación de dichos organismos colectivos.

A lo largo de la historia, los sindicatos se han caracterizado por resistirse a la inclusión de una agenda de género en sus actividades, porque ella necesariamente se debe acompañar de la participación de las mujeres.⁴⁷ Lo anterior socava la figura del agente sindical basada en un trabajador masculino, a tiempo completo, y a los sindicatos como un espacio propio de hombres.⁴⁸

Pero asimismo, los roles estereotipados de género que infravaloran las competencia y capacidades de las mujeres, junto con el reparto desigual de las tareas de cuidado, han sido factores que han imposibilitado la participación de las mujeres en puestos de representación sindical.⁴⁹ La imposibilidad de compatibilizar militancia, familia y trabajo es la causa fundamental cuando se reflexiona acerca de la falta de participación de las mujeres en sindicatos.⁵⁰

Finalmente, es evidente que varios de los estereotipos, prejuicios y factores desarrollados en los puntos anteriores afectan la entrada de las mujeres a posiciones superiores dentro de los sindicatos. Si trabajadoras y trabajadores no tienen una participación igualitaria en las organizaciones sindicales, especialmente en los puestos de dirigencia, los reclamos y situaciones de desigualdad que experimentan las mujeres dentro de la organización no serán debidamente representadas o batalladas.

V. Análisis de la jurisprudencia del TJUE.

Conforme a la sección quinta del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), el TJUE es el organismo encargado de garantizar que la legislación de la UE se interprete y aplique

⁴⁷(Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), 2020, p.15)

⁴⁸ (Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), 2020, p.15-16)

⁴⁹ (Bermúdez Figueroa & Roca Martínez, 2019, p.69)

⁵⁰ (Bermúdez Figueroa & Roca Martínez, 2019, p.58-59)

uniformemente en cada uno de los países miembros, junto con garantizar que se cumpla dicha legislación.

Por lo anterior, varios países miembros han recurrido al TJUE –a través del mecanismo de decisiones prejudiciales establecido en el artículo 267 del TFUE– para aclarar dudas acerca de la interpretación o aplicación de principio de igualdad de retribuciones establecido en la regulación pertinente, o si una práctica es compatible con dicho principio.

No obstante, atendidos los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad contemplados en el artículo 5 del TUE, el TJUE ha mitigado sus competencias jurisdiccionales al establecer, en la mayoría de las sentencias analizadas, que la apreciación de elementos fácticos o circunstancias de hecho que determinan la valoración de los trabajos o los factores que pudieran justificar cualquier discriminación retributiva, deba ser realizada por el órgano jurisdiccional nacional.

Lo anterior no ha impedido que el TJUE entregue orientaciones relevantes a los tribunales nacionales. A pesar de no fallar expresamente el caso, las indicaciones son bastante precisas y en varias ocasiones, evidencian la tendencia que el tribunal comunitario tiene respecto a la decisión del caso.⁵¹

De ahí la importancia de analizar jurisprudencia internacional: lo que determine el TJUE serán pautas que se transformarán en principios y prácticas globales, por lo que el alcance de las decisiones será más extenso y el impacto más profundo.

Las sentencias han sido clasificadas en base a los criterios que el Tribunal de Justicia analizó para determinar si contenían criterios discriminatorios en base al sexo, ya sea en la valoración de los trabajos o a través de una justificación objetiva frente a un caso de discriminación. Respecto de

⁵¹ Como se indica en la sentencia (*Brunnhöfer*, 2011) el Tribunal de Justicia, llamado a facilitar respuestas útiles al juez nacional, es competente para proporcionar indicaciones basadas en los autos del procedimiento principal y en las observaciones que le hayan sido presentadas, que permitan al órgano jurisdiccional remitente dictar una resolución.

cada uno de dichos criterios se han identificado factores y estereotipos, desarrollados en el capítulo anterior, que, en su aplicación, impactan especialmente en las mujeres y le impiden en muchos casos alcanzar los estándares que se han establecido. Se examinará si el TJUE tuvo presente dichos factores, y se intentará plantear un nuevo enfoque basados en estándares feministas, inclusivos y neutros.

1. Criterio de flexibilidad, maternidad y labores domésticas no remuneradas.

La sentencia *Danfoss*⁵² es considerada la decisión paradigmática del Tribunal de Justicia acerca de la existencia de criterios objetivos, teniendo presente que no existía ninguna norma en la UE que estableciera expresamente dicha exigencia o entregara orientaciones al respecto.

En el asunto sometido a conocimiento de tribunal nacional, la federación de empleados de la empresa Danfoss sostuvo que la política de salarios de dicha empresa suponía discriminaciones basadas en el sexo. En efecto, a pesar que la empresa abonaba el mismo salario base a todos los trabajadores situados en la misma categoría salarial, haciendo uso de una facultad establecida en el convenio colectivo, la empresa aumentaba los salarios individuales en función de los criterios de flexibilidad, formación profesional y de su antigüedad.

En cuanto al criterio de flexibilidad, el TJUE hizo un análisis bastante interesante al establecer que, si se entiende la flexibilidad como la posibilidad de adaptar horarios y lugares de trabajo variables, el criterio podría ir en perjuicio de los trabajadores femeninos por la carga impuesta por las tareas domésticas que no le permiten organizar su tiempo de un modo flexible, a comparación de los trabajadores masculinos.

No obstante, pese a reconocer el factor de género que impacta en la aplicación del criterio, con posterioridad establece que el empresario puede justificar su utilización si demuestra que la adaptabilidad de horarios o lugar de trabajo reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador.

⁵² Danfoss, C-109/8 (STJUE 17 de octubre de 1989).

Es decir, al momento de ponderar el factor con las necesidades de la empresa, prevaleció esta última, lo que demuestra lo desarrollado al inicio de este trabajo: el hecho de que el principio de igualdad de retribuciones se haya creado en un contexto donde el interés principal era predominantemente económico, le restó experiencia y sensibilidad en torno a asuntos de género.

Por otro lado, pese a que a la fecha en que se dictó la presente sentencia aún no se incorporaba el mecanismo de discriminación indirecta en la normativa de la UE, unos años antes en el asunto *Bilka-Kaufhaus GmbH*⁵³ el TJUE fijó los criterios para calificar una conducta como discriminación indirecta y también los motivos que puede alegar un empresario para justificar el impacto adverso de su decisión.⁵⁴ En consecuencia, no se ven razones para que el Tribunal de Justicia no haya aplicado este mecanismo al analizar el impacto del criterio, considerando los factores correctamente identificados. Lo anterior podría haber evidenciado un aparente caso de discriminación si, al aplicar el criterio de flexibilidad, se afectaba mayormente a mujeres que a hombres.

Ahora bien, ¿La importancia para la ejecución de las tareas configura una justificación objetiva frente a un caso de aparente discriminación indirecta como el descrito?

Reflexionemos acerca de los trabajos donde es posible reconocer que el criterio de flexibilidad horaria tiene una especial importancia. Por ejemplo, aquellos donde se requieren turnos continuos, guardias o "a llamado". Como bien señala el Tribunal de Justicia, debido a las responsabilidades domésticas y de cuidado, las mujeres en muchas ocasiones no pueden cumplir con las exigencias horarias y de flexibilidad requeridas, lo que las excluye de ese tipo de trabajos. Lo anterior implicaría que "la especial importancia para la ejecución de las tareas" no constituiría una justificación objetiva, ya que discriminaría a las mujeres en este tipo de situaciones.

En consecuencia, el camino hacia un trabajo más inclusivo y libre de discriminación, es cuestionar la cultura laboral que actualmente perjudica a las mujeres. Lo que se debe valorar es la eficiencia y los resultados, en lugar de si el trabajador está disponible en los momentos que el empleador lo considere necesario. Debemos transformar la perspectiva unidireccional bajo la cual se entiende la

⁵³ *Bilka-Kaufhaus GmbH*, 170/84 (STJUE 13 de mayo de 1986).

⁵⁴ (Sierra Hernàiz, 2018)

flexibilidad, y enfocarnos hacia una conciliación entre las necesidades de la empresa y la disponibilidad del trabajador. Lo anterior permitirá instaurar un ambiente laboral más flexible que favorecerá especialmente a las mujeres que cargan con el peso de los trabajos de cuidados no remunerados. No solo aumentará la igualdad dentro de la organización, sino también su productividad.

Al respecto, un buen comienzo es integrar la Directiva (UE) 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, que establece la necesidad de adoptar fórmulas de trabajo flexible para trabajadores con hijos hasta una edad determinada y cuidadores.

2. Criterio de antigüedad, maternidad, y retraso en la entrada al mundo del trabajo.

Al igual que el criterio de flexibilidad, el TJUE en *Danfoss* identificó el impacto que el criterio de antigüedad puede tener en las trabajadoras, razonando que dicho criterio podía redundar en trato menos favorable para ellas en la medida en que las mujeres han entrado más recientemente que los hombres en el mercado de trabajo o sufren con más frecuencia una interrupción de su carrera.

No obstante, nuevamente el Tribunal se contradijo con su propio análisis y fue aún más radical en su decisión a favor del empleador. Señaló que este no tiene que justificar de modo especial el uso del criterio de antigüedad, ya que esta se relaciona con la experiencia, la cual generalmente permite que el trabajador cumpla mejor con sus tareas.

17 años después, en la sentencia *Cadman* el TJUE mitigó la tendencia previamente establecida, al indicar que en *Danfoss*, no se excluyó que puedan existir situaciones en las que el empresario deba justificar la utilización del criterio de la antigüedad.⁵⁵ Bajo dicha premisa, en caso que el trabajador facilitare datos que puedan hacer nacer dudas fundadas de la idoneidad del criterio utilizado, el empleador deberá justificarlo acreditando que la antigüedad va de la mano con la experiencia y que ésta coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, relacionado al puesto de trabajo de que se trata.

⁵⁵ *Cadman*, C-17/05 (STJUE 3 de octubre de 2006).

Lo problemático es que el criterio se considera per se válido, y se le traspa la carga al trabajador de entregar antecedentes que permitan plantear dudas acerca de su idoneidad. Un problema que surge es que, de acuerdo con los principios generales del derecho laboral, será el empresario quien en la mayoría de casos dispondrá de los medios de prueba y de los fundamentos de la decisión adoptada. Lo anterior dificulta la posibilidad de que el trabajador pueda probar la idoneidad exigida. Por otro lado, en muchos casos el criterio va a aparentar ser neutro sin que se generen dudas al respecto. Será a través del mecanismo de discriminación indirecta como el trabajador tendrá que incorporar esas dudas.

Asimismo, el razonamiento del Tribunal de Justicia presenta varios inconvenientes y puede llegar a generar consecuencias indeseadas. En primer lugar, la antigüedad y la experiencia no conllevará a que el trabajador necesariamente ejecute de mejor forma sus labores. No son pocos frecuentes los casos en que los trabajadores, debido a la comodidad y la sensación de seguridad, pierden el entusiasmo. Por ende, y a diferencia de lo dispuesto por el tribunal, es posible que ocurra el efecto contrario: los trabajadores con mayor antigüedad y/o experiencia, muestran un peor desempeño en el trabajo.

Otro de los aspectos preocupantes son las deducciones que se pueden extraer de la decisión del Tribunal de Justicia. Si (a) los trabajadores con mayor antigüedad pueden cumplir mejor sus tareas, y (b) la mayoría de los trabajadores con antigüedad son del sexo masculino debido al retraso de la entrada de las mujeres al mundo laboral; podemos concluir que (c) los trabajadores masculinos están en mejor posición de cumplir mejor sus tareas en comparación con las trabajadoras del sexo femenino.

De esta forma, no solo se afecta la retribución de las mujeres quienes no cumplen el criterio debido a factores que retrasan su entrada al mundo laboral o interrumpen sus carrera –como la maternidad– sino que además se perpetúa otro estereotipo acerca de las trabajadoras: que no tienen la misma capacidad que los trabajadores masculinos. Por lo demás, la exigencia de antigüedad también limita las oportunidades de las mujeres para alcanzar posiciones superiores, perpetuando la idea de que

no tienen la misma capacidad que los hombres para desempeñarse en sus roles debido a su menor experiencia en el cargo.

Lo anterior evidencia que, aunque la antigüedad pueda parecer un criterio objetivo y neutral a primera vista –al no diferenciar en base al sexo– su aplicación puede impactar negativamente a las mujeres debido a factores subyacentes, especialmente la maternidad, como han demostrado los estudios ya mencionados. Así, y bajo una perspectiva de género, el TJUE podría haber entregado una serie de recomendaciones para eliminar posibles impactos discriminatorios a través de los factores que correctamente se identificaron. Aunque lo cierto es que el criterio por sí mismo, debe ser replanteado y reestructurado. Si queremos avanzar hacia una igualdad efectiva, los criterios que establecen remuneraciones o que valorizan las tareas ejecutadas por el trabajador, se debiesen basar en las capacidades efectivamente demostradas por este, restándole importancia a antigüedad.

3. Criterio de formación profesional y la educación de las mujeres.

En *Danfoss* a pesar que el Tribunal de Justicia identificó que las mujeres tienen menos posibilidades de adquirir una formación profesional tan avanzada como los trabajadores masculinos, nuevamente priorizó las necesidades empresariales al establecer que es un criterio justificable si el empleador demuestra que esta reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador.

Sin perjuicio de reiterar la crítica realizada al criterio de flexibilidad, pertinente también para este caso, surge un nuevo conflicto: cuanto mayor es la responsabilidad del cargo, mayor peso podría tener el argumento de que la formación profesional es crucial para la ejecución de las tareas. En este sentido, sucede un efecto similar al desarrollado en el criterio de antigüedad.

Hasta sólo unos pocos años atrás las mujeres no tenían una alta participación en carreras universitarias, escuelas de negocios, o maestrías en dirección de empresas, por lo que su entrada a cargos de alta gerencia se hubiera visto imposibilitado bajo un criterio de formación profesional en los términos expresados por el TJUE.

Ahora bien, a pesar que en la actualidad las mujeres alcanzan una mayor participación en este tipo de estudios, resulta interesante por qué aún lo anterior no se refleja en los puestos ocupados por mujeres en los consejos directivos. Si en los próximos años no se ve un aumento de las mujeres en este tipo de cargo, se confirmará la existencia de una serie de estereotipos en torno a las características físicas y psicológicas, mencionadas en el capítulo anterior y que impactan negativamente su posición dentro del escenario laboral.

Un ejemplo de la existencia de estereotipos más profundos es la sentencia *Wiener* del Tribunal de Justicia, donde se discute si las labores efectuadas por un grupo de psicólogas, compuesto mayormente por mujeres, es el mismo trabajo o tiene el mismo valor que aquel efectuado por médicos especialistas empleados como psicoterapeutas, quienes perciben una mayor remuneración que las primeras.⁵⁶

Si bien el TJUE admite que los psicólogos y los médicos empleados como psicoterapeutas ejercen una actividad aparentemente idéntica, justifica una diferencia salarial en el criterio de formación profesional, aludiendo que utilizan, para tratar a sus pacientes, conocimientos y capacidades adquiridas en disciplinas muy diferentes, unas fundadas en estudios de psicología y otras en estudios de medicina.

Una primera crítica recae en algo patente: Si ambos grupos efectúan una misma actividad, no se ven mayores razones por las cuales no debiesen ser remunerados de la misma forma. Y la desigualdad de género se refuerza si mediante el mecanismo de discriminación indirecta se evidenció que el grupo desventajado es aquel mayoritariamente femenino. En efecto, lo anterior evidencia que las carreras tales como psicología, son mayormente femeninas debido a estereotipos o sesgos en torno a que las mujeres tienen una mayor sensibilidad, empatía, y sentimentalismo que las hacen más aptas para este tipo de carreras, y, que, al ser desempeñadas por mujeres, son peores pagadas. Por otro lado, la carrera de medicina asociada a la psicoterapia, ocupada mayormente por hombres, ha sido históricamente mejor pagada y valorada frente a áreas similares como la psicología.

⁵⁶ Wiener, C-309/97 (STJUE 11 de mayo de 1999).

En efecto, el hecho de que el Tribunal de Justicia no le otorgue el mismo valor a ambas profesiones, a pesar de que ejercen una actividad aparentemente idéntica, demuestra la existencia de estereotipos en torno a que ciertas ocupaciones –que coincidentemente son mayormente desempeñadas por hombres– tienen un mayor valor, por el solo hecho de que históricamente tienen mayor prestigio.

Lo cierto es que en la práctica el valor de cada una de las profesiones dependerá de las necesidades del paciente. En ciertos casos será más importante, y por ende, más valiosa, la terapia psicológica. En otras ocasiones, la psicoterapia médica. Este hecho se condice con una de las alegaciones hechas en el juicio, en torno a la existencia de una tarifa única para los tratamientos de psicoterapia que el TJUE no tomó en consideración. En efecto, lo anterior constituía un indicio que permitía evidenciar que los trabajos efectuados por ambos grupos eran iguales o de igual valor. Si los pacientes que recibían el servicio lo consideraban así, no se entiende por qué el Tribunal de Justicia debió considerarlo de otra manera.

En conclusión, el hecho de que el TJUE asuma que, la carrera de medicina tiene un mayor valor que la carrera de psicología desempeñada mayormente por mujeres, hace sospechar de la existencia de sesgos inconscientes al momento de juzgar.

Años más tarde, el Tribunal de Justicia en la sentencia *Kenny* frente a una nueva aparente discriminación salarial indirecta por razón de sexo, vuelve a reiterar que la formación profesional no sólo constituye uno de los factores que pueden justificar objetivamente una diferencia retributiva, sino entre los criterios que permiten verificar si los trabajadores efectúan o no el mismo trabajo. No obstante, a diferencia del caso *Wiener*, omite entregar mayores orientaciones al respecto derivando el conflicto al órgano jurisdiccional remitente.

4. Retribuciones establecidas a través de negociaciones colectivas y la baja participación de las mujeres en sindicatos y dirigencias.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha evolucionado en relación con este criterio, pero sorprendentemente no ha resultado en una mayor protección de los derechos de las mujeres.

En la sentencia *Enderby* el TJUE fue claro en señalar que los convenios colectivos deben, al igual que las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, respetar el principio de igualdad retributiva. El Tribunal de Justicia aclaró que el hecho de que las retribuciones se originen a través de procesos de negociación colectiva, no impide que se verifique un caso de discriminación aparente, a pesar de que hayan participado de dichas negociaciones el grupo potencialmente oprimido.

Solo dos años después, en el asunto denominado *Royal Copenhagen*⁵⁷, el Tribunal de Justicia le otorgó mayor validez al hecho de que las retribuciones hayan sido determinadas a través de procesos de negociación colectiva. Así, habilitó que el órgano jurisdiccional nacional pudiera tomar en consideración este proceso como elemento para apreciar si las diferencias entre las retribuciones medias de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Respecto a la calificación de un mismo trabajo o trabajo de igual valor, la sentencia *Brunnhofen* determinó que la categoría profesional que se establece mediante convenio colectivo puede constituir un indicio de que los trabajadores sujetos a comparación realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, sin perjuicio de tener presente las circunstancias que ocurren en la realidad.

A primera vista sorprende que, a diferencia de lo sucedido en el asunto *Danfoss*, en estos casos – bastante más recientes– el Tribunal no haya identificado el factor que puede impactar en la determinación de retribuciones o valoración de los trabajos a través de procesos de negociación colectiva. El Tribunal de Justicia está en lo cierto al afirmar que el convenio colectivo no puede, por sí mismo, ser una justificación objetiva frente a una aparente discriminación. Sin embargo, falta un examen en torno a la baja participación de las mujeres en los sindicatos y, especialmente, en puestos de dirigencia sindical, lo cual puede impactar en los beneficios que las trabajadoras puede conseguir a través de este tipo de procesos.

⁵⁷ *Royal Copenhagen*, C-400/93 (STJUE 31 de mayo de 1995).

No obstante, no sorprende la poca proximidad del TJUE a asuntos de derecho colectivo. En la sentencia *Viking and Laval*, el Tribunal de Justicia lo reconoció como un derecho fundamental, pero priorizó el libre movimiento de mercancías, y el acceso y libertad de mercado.⁵⁸

Si profundizamos aún más, resulta bastante cuestionable que un convenio colectivo con baja representación de trabajadoras o con una escasa participación de mujeres en puestos de dirigencia, pueda constituir un indicio para determinar si la diferencia retributiva es o no discriminatoria. Si no existe una dirigencia femenina importante en esos procesos ¿Cómo podemos considerar que es un instrumento legítimo para determinar válidamente remuneraciones o valorizar los trabajos? Recordemos que los sindicatos han sido un terreno históricamente masculinizado y los estereotipos de género han tenido un gran impacto en este ámbito. Por ende, es lamentable que el Tribunal de Justicia no haya tenido en cuenta estos factores en el examen del caso.

5. Criterio de rendimiento personal, maternidad y la adopción de los cuidados domésticos y familiares

Existen casos más complejos donde las características de la retribución de las trabajadoras y trabajadores sujetos a comparación dificultan la posibilidad de visualizar la existencia de situaciones discriminatorias.

Esto sucede en los casos en que los sistemas de retribución son a destajo, es decir, por tarea u obra finalizada. En este tipo de trabajo existen casos donde el salario está compuesto por una parte fija que es fácilmente comparable, y una parte variable, donde la remuneración dependerá de la producción o esfuerzo del trabajador. En la sentencia *Royal Copenhagen* se presentó esta disyuntiva, donde el salario medio por hora a destajo de un grupo de pintoras de porcelana azul, integrado casi exclusivamente por mujeres, era inferior al del grupo de operadores de máquinas automáticas, integrado exclusivamente por hombres.

En este asunto, el Tribunal de Justicia determinó que en un sistema de retribución del trabajo a destajo, el mero hecho de que hayan estadísticas significativas que pongan de manifiesto

⁵⁸ Viking and Laval, C-438/05 (11 de diciembre de 2007)

diferencias considerables entre las retribuciones medias de dos grupos de trabajadores, no implica de por sí una situación discriminatoria. Lo anterior, dado que dichas diferencias pueden deberse a distintos resultados individuales de la labor realizada por los trabajadores que integran ambos grupos.

En la sentencia *Brunnhöfer* el TJUE aclara que se puede tener presente lícitamente la capacidad individual para influir en el desarrollo de la carrera de un trabajador con respecto a la de su compañero de trabajo y, por lo tanto, la retribución subsiguiente de los interesados, aun cuando se haya considerado al comienzo de la relación de trabajo que éstos realizaban un mismo trabajo o un trabajo de valor igual. No obstante, no resultaría lícito que al momento de la contratación se genere una diferencia de retribución entre trabajadores del mismo sexo que se justifique por razones que sólo son conocidas tras la entrada en funciones de los trabajadores afectados y que sólo pueden ser apreciadas durante la ejecución del contrato de trabajo.

Sorprende que nuevamente el TJUE no haya sido capaz de identificar factores o estereotipos que impactan en el rendimiento individual de trabajadoras y trabajadores. La diferencia remuneratoria entre grupos de distinto sexo que se evidencia en el caso *Royal Copenhagen* es un indicio claro de que existe una razón subyacente que se ha de explorar y analizar, especialmente si identifica que las diferencias se deben a diferentes elecciones del ritmo de trabajo. De cierto modo se asume que las trabajadoras no alcanzan el mismo rendimiento que los trabajadores masculinos, utilizando un estereotipo negativo hacia ellas.

De acuerdo a Hive, una plataforma de productividad que trabaja con grandes empresas, las mujeres trabajan un 10% más duro que los hombres en las oficinas actuales.⁵⁹ Esta conclusión se basa en lo siguiente: tanto hombres como mujeres completan alrededor del 66% del trabajo asignado; sin embargo, hoy en día a las mujeres se les asigna un 10% más de trabajo que a los hombres.⁶⁰ En

⁵⁹ *Women are more productive than men, according to new research*. (2018, octubre 8). World Economic Forum. <https://www.weforum.org/agenda/2018/10/women-are-more-productive-than-men-at-work-these-days/>. Consultado en: 2024-05-23 14:10:24

⁶⁰ *Women are more productive than men, according to new research*. (2018, octubre 8). World Economic Forum. <https://www.weforum.org/agenda/2018/10/women-are-more-productive-than-men-at-work-these-days/>. Consultado en: 2024-05-23 14:10:24

consecuencia, el hecho de que logren la misma tasa de finalización implica que las mujeres están siendo más trabajadoras.

Asimismo, las empresas coinciden en que las iniciativas sobre diversidad de género mejoran sus resultados comerciales.⁶¹ En efecto, las empresas con políticas de igualdad de oportunidades en el empleo y culturas inclusivas de género tienen mayor probabilidad de aumentar sus beneficios y su productividad en más de un 60 %.⁶² Es decir, cuanto mayor participación femenina, mejores resultados empresariales.

Considerando los índices expuestos, ¿Qué factores podrían incidir en que las mujeres no estén alcanzando el mismo rendimiento que los hombres en un caso particular?

Pues bien, no es una sorpresa que la carga que se le atribuye a las mujeres por las labores de cuidado no remunerados afecte su rendimiento. La jornada laboral de estas no termina al momento en que se retiran de la compañía sino que continúa con los trabajos domésticos y los cuidados de menores y dependientes. En consecuencia, realizar actos que signifiquen aumentar la productividad, como efectuar horas extraordinarias, no resulta tan sencillo para las mujeres como para los hombres.

Bajo esta perspectiva, el Tribunal de Justicia, especialmente en el asunto *Royal Copenhagen*, debió haber orientado al órgano jurisdiccional nacional mediante el factor que incide en este tipo de situaciones y evidenciar la importancia de revisar las políticas empresariales para que estas establezcan medidas de acción positiva en favor de las mujeres en caso que factores de cuidado y labores domésticas estén afectando su productividad. Únicamente a través de un análisis como el anterior será posible avanzar hacia una igualdad retributiva en casos donde parte o el total de la remuneración depende del rendimiento o resultados.

⁶¹ (Organización Internacional del Trabajo, 2019, p.19)

⁶² (Organización Internacional del Trabajo, 2019, p.19)

6. Criterio de fuerza física y estereotipos asociados a las trabajadoras.

En la sentencia *Dato-Druck*, se analiza un sistema de calificación profesional que determina las condiciones de retribución, y que se basa, en parte, en los criterios del esfuerzo de la carga muscular y en el carácter pesado del trabajo.⁶³

El Tribunal de Justicia señala que un sistema no es necesariamente discriminatorio por el hecho de que uno de sus criterios se refiera a cualidades que poseen más fácilmente los hombres, cuando, teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades, el trabajo que deba realizarse exija efectivamente cierto despliegue de fuerza física, con la condición de que, mediante la consideración de otros criterios, consiga excluir, en su conjunto, cualquier discriminación por razón de sexo.

Frente a la disyuntiva de si el trabajo manual tiene el mismo valor que el trabajo con máquinas que exige fuerza física, el TJUE en el caso *Royal Copenhagen* no entregó ningún tipo de orientación al respecto, traspasando su cometido al órgano jurisdiccional nacional quien deberá determinar si los dos tipos de trabajo tienen el mismo valor, o si puede considerarse que dichos elementos constituyen factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

La falta de coherencia del tribunal ante dos casos con características similares es inquietante, sobre todo cuando la sentencia más reciente, en la que se esperaría un mayor entendimiento sobre temas de desigualdad de género, no realiza ningún análisis sobre los factores que afectan específicamente a las mujeres en la valoración del trabajo manual, lo que potencialmente podría constituir un caso de discriminación.

A pesar de que en la sentencia *Dato – Druck* observamos un enfoque hacia la igualdad formal más que sustantiva –que se justifica por la fecha de la sentencia– el TJUE reconoce la necesidad de considerar otros criterios para eliminar cualquier forma de discriminación basada en el sexo. El Tribunal de Justicia fue capaz de reflexionar sobre cómo el criterio de esfuerzo o carga muscular podría tener un impacto negativo en la remuneración de las mujeres si no se toman en cuenta otros

⁶³ Dato-Druck, C-237/85 (STJUE 1 de julio de 1986).

criterios que podrían compensar las posibles diferencias entre los géneros en cuanto a capacidad física o muscular.

Por ende, 10 años después, en el asunto *Royal – Copenhagen*, ya era esperable que el Tribunal de Justicia pudiera evaluar de manera más profunda los elementos que impactan particularmente a las mujeres en la valoración del trabajo manual versus el trabajo físico, lo que finalmente no sucedió.

Los estereotipos de género en el ámbito laboral han vinculado a las mujeres con una supuesta falta de capacidades físicas para desempeñar trabajos que requieren fuerza, mientras que se ha considerado que tienen un mejor rendimiento en trabajos manuales. Además, históricamente se ha otorgado un mayor valor económico a los trabajos que requieren fuerza en comparación con los manuales, lo que ha resultado en que las mujeres reciban una menor remuneración por un trabajo que, en la práctica, tiene el mismo valor.

En base a lo anterior, ¿Deberíamos favorecer que más mujeres realicen trabajos físicamente exigentes o se adapten a esa norma, o es mejor empoderar y revalorizar la calidad del trabajo manual que realizan las mujeres?

Una perspectiva feminista que evite recaer en el Dilema de Wollstonecraft, sería abordar la problemática bajo una redistribución de la valoración que le entregamos a los trabajos. En efecto, en vez de intentar que las mujeres se ajusten a los estándares de fuerza, lo que en muchos casos debido a la propia naturaleza y características físicas de ellas será imposible, se debe exigir que se reevalúe el estereotipo.

Lo cierto es que en la actualidad no existen mayores justificaciones para sostener que el trabajo físico o de fuerza sea mejor valorado que el trabajo manual, especialmente en la situación planteada en el asunto *Royal – Copenhagen*, donde se comparan a pintoras de porcelana azul y a un grupo de operadores de máquinas automáticas. Sin perjuicio de la decisión que posiblemente podía adoptar el órgano jurisdiccional nacional, resultaba esencial que el Tribunal lo orientara en torno a la existencia de estereotipos que le han otorgado un menor valor a los trabajos efectuados por mujeres, como los trabajos manuales.

Son problemas estructurales los que explican la existencia de trabajos feminizados, que han sido invisibilizados y degradados. Las tareas domésticas y la segregación de las mujeres al hogar, ha significado que estas se especialicen en el trabajo manual. Como el trabajo manual se ha asociado a las tareas domésticas, y estas últimas históricamente han sido poco valoradas, se ha generado un estereotipo que también desvaloriza este tipo de trabajos. De esta manera, cuando se ejecutan tareas manuales en el ámbito empresarial, se extrapola el estereotipo generado en el seno de la familia. Asimismo, el trabajo físico ejecutado por el hombre siempre se ha considerado principal, mientras que el trabajo manual realizado por las mujeres se ha visto como accesorio o complementario al trabajo masculino. Todo lo anterior impacta en la poca valorización, especialmente económica, del trabajo manual.

Lo cierto es que esperamos una mayor aproximación de Tribunal de Justicia a las problemáticas de las mujeres, y que sea éste, en su calidad de garante del principio de igualdad de retribuciones, quien pueda expresar los factores subyacentes que conllevan a situaciones de desigualdad.

7. Del interés por mantener relaciones laborales

En el asunto *Kenny* el Tribunal de Justicia indica que el interés por mantener las relaciones laborales no puede constituir, por sí mismo, el único fundamento que justifique una discriminación, pero sí puede ser tomado en consideración entre otros elementos para apreciar si las diferencias entre las retribuciones de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo y conformes al principio de proporcionalidad.

El caso en comento se presentó por parte de funcionarias policiales adscritas al desempeño de tareas administrativas quienes sostenían que efectúan un trabajo equivalente al de otros empleados varones igualmente adscritos al desempeño de dichas tareas.

Lo cierto es que si analizamos en profundidad el concepto del “interés por mantener las relaciones laborales” podemos encontrar una serie de prejuicios que se encuentran intrínsecos en él. En primer lugar, se asume el hecho de que las mujeres que ejecutan tareas administrativas tengan el derecho a percibir igual remuneración que sus compañeros varones podría alterar las relaciones laborales.

No obstante, lo más preocupante, es que el Tribunal de Justicia priorice dicha circunstancia frente a una injusticia social, y de esta manera, valide que dentro de la institución este tipo de situaciones pueda ocurrir, especialmente dentro de una entidad donde históricamente han existido problemas de género.

Frente a su posición de garante de los derechos contemplados en el TUE y en la CDFUE, el TJUE debió haber descartado este criterio, considerando que no constituye un fundamento objetivo y proporcional frente a un potencial caso de discriminación retributiva por razón de sexo. No es admisible que subsanar situaciones de desigualdad histórica genere problemas dentro de una organización. Y en caso de suceder, la tarea principal debiese consistir en educar a los empleados para que superen sus prejuicios y comprender los principios detrás de las políticas que buscan suprimir la brecha retributiva. Aceptar un criterio como el descrito implica priorizar el beneficio empresarial sobre el bienestar de los trabajadores.

En efecto, pese a que no es posible identificar un factor o estereotipo que impacte particularmente en este criterio, la preeminencia de un fundamento como el descrito demuestra la poca sensibilidad del Tribunal de Justicia frente a cuestiones de género y la escasa relevancia que se les otorga.

VI. Directiva (UE) 2023/970 de 10 de mayo

la Directiva UE) 2023/970 de 10 de mayo que refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución (Directiva), prácticamente recogió los criterios que el TJUE validó en las sentencias analizadas. De esta manera, el análisis jurisprudencial previo nos proporciona una serie de conclusiones que debemos integrar con lo dispuesto en dicha normativa.

No obstante, es crucial mencionar previamente las principales disposiciones y orientaciones que entrega la Directiva referente a los criterios que justifican una diferencia salarial:

- La Directiva, en el considerando 17 establece los criterios objetivos, neutros respecto al género y libres de sesgos (CONL) que podrían justificar objetivamente un caso de discriminación directa o indirecta en el caso que el empleador pague de forma diferente a

trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, entre ellos, el rendimiento y la competencia.

- Por otro lado, el considerando 26 la Directiva ejemplifica los CONL para evaluar y comparar el valor del trabajo, entre ellos, los requisitos educativos, profesionales y de formación, las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo. Interesante lo que indica acerca de la necesidad de incluir los últimos cuatro factores que serían esenciales y suficientes para evaluar las tareas desempeñadas en una organización, independientemente del sector económico al que pertenezca. No obstante, el empleador deberá ponderarlos en función de la pertinencia de dichos criterios para el empleo o puesto específico de que se trate. Asimismo, también pueden tenerse en cuenta criterios adicionales, cuando sean pertinentes y estén justificados.

Lo anterior resulta concordante con lo establecido en el artículo 1 letra g) y h), y artículo 4.4. de la Directiva, que reiteran la necesidad de utilizar CONL para calificar si los trabajadores ejecutan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

- La Directiva introduce en el considerando 35 una serie de elementos novedosos que son de interés para el análisis realizado en este trabajo. En primer lugar, al referirse a los criterios que se utilizan para determinar los niveles retributivos, la Directiva establece que es posible incluir el rendimiento individual, el desarrollo de competencias y la antigüedad que determinen la progresión de un trabajador a un nivel retributivo superior.
- Finalmente, se incorpora un enfoque interseccional al concepto de discriminación, entendido como la combinación de distintos motivos de discriminación contra los que protegen las Directivas 2000/43/CE o 2000/78/CE.

VII. Conclusiones

El análisis efectuado evidencia como la falta de una perspectiva feminista en la actividad jurisdiccional influye al momento de evaluar el impacto que puede producir cierto criterio o

práctica en las mujeres trabajadoras, especialmente a través del mecanismo de discriminación indirecta.

Las sentencias analizadas demuestran que en una serie de casos el TJUE no logró identificar los factores o estereotipos que podrían imposibilitar a las mujeres cumplir con los criterios que justifican una diferencia salarial. No obstante, incluso cuando se identificaron estos factores, la falta de experiencia del Tribunal de Justicia en el ámbito de lo social, le impidió proporcionar orientaciones que evitaran generar un impacto negativo en las mujeres. Es posible visualizar una dicotomía entre las afirmaciones que benefician al principio de igualdad, y la posterior interpretación y aplicación del Tribunal que no incorpora sus propias reflexiones.

Lo mencionado anteriormente se intensifica en el caso de los criterios utilizados para valorar los trabajos. En ciertos casos, el TJUE no solo omitió considerar los factores que impactan especialmente en las trabajadoras, sino que además realizó una valoración basada en una serie de estereotipos. No se adoptó una concepción objetiva, neutra respecto al género, y libre de sesgos, lo que demuestra la necesidad de implementar un método que permita al Tribunal de Justicia incorporar, aplicar y, especialmente, tomar conciencia de los estereotipos existentes.

Aplicar de manera constante el mecanismo de discriminación indirecta nos ayudará a evaluar el impacto de los criterios analizados, que en ocasiones pueden parecer neutros al no incluir estándares explícitos de discriminación por sexo. Esto debe complementarse con la discriminación institucional que cuestiona la desigualdad de poder instituida en un criterio, práctica o norma. El objetivo es lograr una perspectiva de discriminación integral que efectivamente impulse hacia una igualdad salarial.

Aunque algunas de las sentencias analizadas son de larga data, varios de sus principios aún se aplican en asuntos más recientes. No obstante, lo esencial era realizar un examen previo para proyectar como los Estados miembros y el Tribunal de Justicia podrán aplicar la Directiva (UE) 2023/970 del 10 de mayo.

En síntesis, si integramos el análisis jurisprudencial realizado con la normativa de la Directiva, es posible entregar las siguientes orientaciones útiles para su implementación:

- a. Se debe reflexionar acerca de la característica “neutra” que deben cumplir los criterios que justifican una diferencia salarial. En efecto, si entendemos la neutralidad como indiferencia o no tomar posición o partido ante alguna situación, esto podría impactar negativamente a las mujeres, quienes requieren en muchos casos de acciones positivas.

De esta forma, y de acuerdo al examen previamente realizado, es posible que en ciertas circunstancias resulte necesario que el criterio establezca parámetros que favorezcan a las trabajadoras para que el criterio, en su aplicación, no genere situaciones de desigualdad. En esos casos se necesitará generar una diferencia a favor de ellas con el objeto de regular la desigualdad de base que se genera por los factores las impactan.

- b. Resulta esencial que tanto los empleadores, como los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales, incorporen en el análisis e impacto de los CONL, los factores que repercuten en las trabajadoras, los estereotipos que las perjudican, y los sesgos inconscientes tanto en hombres como en mujeres. En particular podemos indicar:

- Respecto a los requisitos educativos, profesionales, de formación, y las competencias, se debe tener especialmente presente los factores que impactan a las mujeres en el aspecto educativo y que retrasaron su entrada a ciertas carreras universitarias y al mundo del trabajo, junto con los estereotipos respecto a las capacidades físicas y psicológicas que también han afectado su participación en ciertas carreras. Nos remitimos a lo indicado en el apartado V.3.

De acuerdo a índices publicados en Marzo del año 2024, en España, las tasas de mujeres sobre el total de personas matriculadas en grados universitarios STEM no llega al 50% en ningún caso, en Matemáticas (36%), Física (27%), Telecomunicaciones (23%), o Informática (13%) son especialmente bajas.⁶⁴

⁶⁴ (Cobrerros et al., 2024, p.3)

Además, ha descendido la presencia en las siguientes carreras: en Matemáticas era un 51% en 1990; 6.257 mujeres, vs. 4.836 en la actualidad; en Física, 5.074 (31%) frente a 3.171; y en Informática alcanzó 16.900 en el año 2000 (21%), no llegando a 5.000 en 2020.⁶⁵ En los posgrados se reproduce el patrón: 31% matriculadas en másteres de Ingeniería y Construcción, 25,5% en Matemáticas y estadística, y no alcanzan el 23% en los de Informática.⁶⁶

- En cuanto al esfuerzo, la responsabilidad, y el rendimiento individual, es necesario considerar las tareas relacionadas con la maternidad y la adopción de los cuidados domésticos y familiares, que pueden impactar especialmente en el rendimiento de las trabajadoras conforme a lo desarrollado en el apartado V.5.

De acuerdo a índices de EUROSTAT, en 2021, el 77% de las mujeres de entre 25 y 54 años sin hijos estaban empleadas en la UE; por otro lado, las mujeres de dicha edad con hijos tuvieron una tasa de empleo más baja (72%; -5 puntos porcentuales).⁶⁷ A contrario sensu, los hombres sin hijos tuvieron una tasa de empleo más baja que los hombres con hijos (81% en comparación con 90%; +9 pp).⁶⁸

Integrar la Directiva (UE) 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores es un buen comienzo.

- c. Para que los criterios sean realmente objetivos, neutros respecto al género y libres de sesgos, es esencial realizar un cambio profundo tanto en el contenido de dichos criterios

⁶⁵ (Cobrerros et al., 2024, p.3)

⁶⁶ (Cobrerros et al., 2024, p.3)

⁶⁷ *Statistics | Eurostat.* (s. f.). Recuperado 11 de junio de 2024, de https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/lfst_hheredy/default/table?lang=en

⁶⁸ *Statistics | Eurostat.* (s. f.). Recuperado 11 de junio de 2024, de https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/lfst_hheredy/default/table?lang=en

como en los elementos que valoramos, ya que en muchos de ellos están arraigados en rasgos tradicionalmente masculinos.

En este sentido, en vez de intentar que las mujeres se ajusten a los estándares que tradicionalmente han entregado valor a los trabajos o han justificado una diferencia retributiva en casos de una aparente discriminación, se deben evaluar los criterios y reestructurar con el fin de que sean verdaderamente inclusivos y libres de sesgos.

- d. El enfoque interseccional que establece expresamente la Directiva debe ser incorporado en el análisis de los CONL. Así, cuando en el caso concreto concurren dos o más causales protegidas que aumentan la vulnerabilidad de las mujeres, se deberán analizar cada uno de los factores y estereotipos que impactan en dichas causales, y la combinación de ellos, para así evaluar el verdadero impacto que el criterio puede generar en este tipo de situaciones.

Por ejemplo, en el caso de las mujeres migrantes, es importante analizar cuáles son los factores y estereotipos que impactan en este colectivo en su calidad de mujer, en su calidad de migrante, y como la combinación de ambas pueden generar nuevos factores y estereotipos que, en el caso concreto, podrían generar una desventaja para alcanzar los estándares fijados en el criterio particular.

- e. Sorprende que la Directiva haya incluido el criterio de antigüedad entre aquellos que pueden determinar la progresión de un trabajador a un nivel retributivo superior. Lo anterior reafirma la posición sostenida por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Danfoss* y *Cadman* que asocia a la antigüedad con una mejor capacidad de ejecutar las labores, lo que no es efectivo en todos los casos. Debe replantearse dicho criterio en base a la eficiencia, con el objeto de que los factores que interrumpen o atrasan la entrada de las mujeres al mundo laboral no las impacten negativamente, especialmente cuando requieren avanzar a un nivel retributivo superior.

No obstante, el propósito de este trabajo no es evitar que se utilicen criterios retributivos que puedan favorecer a los y las trabajadoras que sean eficientes, competentes, responsables, o que inviertan

en su formación. Lo cierto es que la experiencia demuestra que en muchas ocasiones serán las mujeres quienes se verán recompensadas bajo dichos estándares. Con todo, del examen realizado podemos evidenciar que es crucial que se tengan presentes los elementos de vulnerabilidad o prejuicios que influyen especialmente en las trabajadoras, junto con la necesidad de reestructurar los estándares laborales tradicionales que históricamente han favorecido a los trabajadores masculinos al amparo de las estructuras sociales creadas por una sociedad patriarcal.

En definitiva, para alcanzar los objetivos propuestos, la Unión Europea debe evolucionar hacia una perspectiva solidaria, que genere una cohesión social y que permita conectar de manera más directa con los derechos y libertades contemplados en el TUE y en la CDFUE. Lo anterior le permitirá adoptar una perspectiva de género más integral y avanzar hacia disminuir la brecha salarial.

Bibliografía

Alvarez, S., Sánchez, C., & Beltrán, E. (2001). *Feminismos: Debates teóricos contemporáneos*. Alianza Editorial.

Barberá, E., Candela, C., & Ramos, A. (2008). Elección de carrera, desarrollo profesional y estereotipos de género. *Revista de Psicología Social*, 23(2), 275-285. <https://doi.org/10.1174/021347408784135805>

Barrère Unzueta, M. A., & Morondo, D. (2005). La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: El asunto Gruber del TJCE. *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*, 143-160.

Bermúdez Figueroa, E., & Roca Martínez, B. (2019). Participación de mujeres en el movimiento sindical. Análisis desde la perspectiva de los recursos de poder. *Sociología del Trabajo*, 53-72. <https://doi.org/10.5209/stra.66435>

Cabeza Pereiro, J. (2012). La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica. *Lan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, 25, 79-98. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.6174>

Cobrerros, L., Galindo, J., & Raigada, T. (2024). *Mujeres en STEM: Desde la educación básica hasta la carrera laboral*. EsadeEcPol - Center for Economic Policy. <https://www.esade.edu/ecpol/wp-content/uploads/2024/03/Mujeres-en-STEM-2024-1.pdf>

Comisión Interamericana de Mujeres (CIM). (2020). *La participación de las mujeres en el ámbito sindical: Desde un enfoque de derechos humanos y con perspectiva de género*.

Conaghan, J. (2017). Labour Law and Feminist Method. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 33(Issue 1), 93-114. <https://doi.org/10.54648/IJCL2017005>

Garrido-Luque, A., Álvaro-Estramiana, J. L., & Rosas-Torres, A. R. (2018). Estereotipos de género, maternidad y empleo: Un análisis psicosociológico. *Pensando Psicología*, 14(23). <https://doi.org/10.16925/pe.v14i23.2261>

Goldin, C. (2021). *Women's Century-Long Journey toward Equity*. Princeton University Press. <https://doi.org/doi:10.1515/9780691226736>

González Gavaldón, B. (1999). Los estereotipos como factor de socialización en el género. *Comunicar*, 12. Redalyc. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15801212>

Gonzalez Robles, A. (2020). *Equidad de género: La construcción del concepto mediante tertulias literarias. I*. <https://digitalcommons.fiu.edu/led/vol11/iss6/4>

Guzmán, D. (2021). Brechas de género en la educación superior en Chile y su impacto en la segregación laboral. Una revisión sistemática de la literatura. *International Journal for 21st Century Education*, 8(1), 47-67. <https://doi.org/10.21071/ij21ce.v8i1.13650>

Kenney, S. J. (2010). Critical Perspectives on Gender and Judging. *Politics & Gender*, 6(03), 433-441. <https://doi.org/10.1017/S1743923X10000310>

Lombardo, E. (2002). *Género y derechos humanos* (A. García Inda, Ed.; 1. ed). Mira Editores.

Mackinnon, C. A. (2018). *Feminismo inmodificado: Discursos sobre la vida y el derecho* (1a reimpression). Siglo XXI.

OECD. (2017). *The Pursuit of Gender Equality: An Uphill Battle*. OECD. <https://doi.org/10.1787/9789264281318-en>

Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Las mujeres en la gestión empresarial: Argumentos para un cambio* (1a ed). OIT.

Organización Internacional del Trabajo. (2023). *Alcanzar la igualdad de género en el trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo, 111ª Reunión.

Palomo Caudillo, C. (2021). Juzgar con perspectiva de género: De la teoría la práctica. *Revista Saber y Justicia*, 1 (19). <https://saberyjusticia.enj.org/index.php/SJ/article/view/92>

Poquet Catalá, R. (2021). ¿Avances en la lucha contra la discriminación salarial por razón de sexo? *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 6(2), 118. <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6138>

Poyatos, G. (2022). *Un método manejable para juzgar con perspectiva de género en el orden de lo social* [Doctoral]. de Murcia.

Prieto Molinero, R. José. (2023). *El laberinto de la responsabilidad contractual: Ensayo crítico sobre su función y razón de ser*. Tirant lo Blanch.

Quintanilla Navarro, B. (1996). *Discriminación retributiva: Diferencias salariales por razón de sexo*. Marcial Pons.

Rodríguez Escanciano, S. R. (2018). La discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Factores desencadenantes y pautas de solución. *Documentación Laboral*, I(113), 7-30.

Sierra Hernàiz, E. (2018). El concepto de discriminación indirecta: Su delimitación y aplicación en el derecho social comunitario europeo y español. En B. Blázquez Agudo (Ed.), *ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino* (1st ed). Dykinson.

Uhde, Z., & Held, V. (2006). Virginia Held: The Ethics of Care. Personal, Political, and Global. *Sociologický časopis / Czech Sociological Review*. <https://doi.org/10.1093/0195180992.001.0001>

Verdugo-Castro, S., Sánchez-Gómez, M. C., García-Holgado, A., García-Peñalvo, F. J., & others. (2019). Revisión y estudio cualitativo sobre la brecha de género en el ámbito educativo STEM por la influencia de los estereotipos de género. *Atas-Investigação Qualitativa em Ciências Sociais/Investigación Cualitativa en Ciencias Sociales*, 3, 381-386.

West, R. (2000). *Género y teoría del derecho*. Ed. Uniandes [u.a.].

Young, I. M. (2001). Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice. *Journal of Political Philosophy*, 9(1), 1-18. <https://doi.org/10.1111/1467-9760.00115>

Jurisprudencia

Brunnhofer, C-381/99 (STJUE 26 de junio de 2011).

Bilka-Kaufhaus GmbH, C-170/84 (STJUE 13 de mayo de 1986).

Cadman, C-17/05 (STJUE 3 de octubre de 2006).

Danfoss, C-109/8 (STJUE 17 de octubre de 1989).

Dato-Druck, C-237/85 (STJUE 1 de julio de 1986).

Defrenne I, C-43/75 (STJUE 8 de abril de 1976).

Enderby, C-127/92 (STJUE 27 de octubre de 1993).

Kenny, C-427/11 (STJUE 28 de febrero de 2013)

Royal Copenhagen, C-400/93 (STJUE 31 de mayo de 1995).

Viking and Laval, C-438/05 (STJUE 11 de diciembre de 2007).

Wiener, C-309/97 (STJUE 11 de mayo de 1999).