

LA GARANTÍA DE UNA POLÍTICA SOCIAL

MIGUEL GÓMEZ JENE*

SUMARIO: I. Introducción. II. Breves antecedentes históricos de la política social. III. La regulación de la política social en el Tratado de Niza y su desarrollo jurisprudencial: 1. El diálogo social. 2. El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras: A) Igualdad de retribución. B) Igualdad en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo. IV. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La política social comunitaria ha experimentado una significativa evolución en los últimos años, como consecuencia, fundamentalmente, de un importante giro en el modo de concebir el proceso de construcción de la Unión Europea. Así, si en un principio los postulados que informaban dicho proceso eran de índole eminentemente económica, con el transcurso del tiempo fueron extendiéndose a ámbitos más próximos al ciudadano europeo, como, por ejemplo, al ámbito social.

En la etapa actual de este proceso de integración es posible afirmar que el acervo comunitario en materia social constituye ya una parte relevante de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, para constatar esta afirmación y para apreciar en toda su extensión el importante peso específico de esta materia, basta con fijarse en el importante desarrollo legislativo habido en los últimos años, así como en la repercusión que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha tenido sobre este ámbito.

A los efectos de nuestra exposición, y debido a la extraordinaria amplitud del tema, vamos a distinguir entre las disposiciones en materia social de Derecho originario insertas en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y las numerosas disposiciones de Derecho derivado dispersas por diferentes sectores de nuestro ordenamiento. De tal modo, que vamos a centrar nuestra atención preferentemente en las disposiciones que se engloban en el primer grupo descrito. Y más

* Profesor Titular de Derecho internacional privado de la UNED. Texto de la ponencia presentada en las Jornadas sobre *Las políticas de la Unión Europea de protección de los ciudadanos*, Centro de Investigación de Derecho de la Unión Europea. UNED. Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CC.OO. 4 de octubre de 2006. Madrid.

concretamente, centraremos nuestra atención en las disposiciones del Título XI TCE y en su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

Desde esta perspectiva, comenzaremos con una breve consideración histórica de lo que actualmente es la política social comunitaria para, a continuación, abordar el estudio de los preceptos más relevantes que conforman el Título XI TCE.

II. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA POLÍTICA SOCIAL

El Preámbulo del Tratado de Roma, en su segundo considerando, ya ponía de manifiesto la decisión de los Estados miembros de «asegurar, mediante una acción común, el progreso económico y social, eliminando las barreras que dividen Europa». En consonancia con esta intención, el artículo 2 del mismo texto contempla como una de las misiones de la entonces Comunidad Económica Europea la de promover «una elevación acelerada del nivel de vida». Más específicamente referido a la *Política social* (Título III, Capítulo primero), el artículo 117 TCEE en su primer párrafo disponía: «Los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso». A este respecto, el artículo 118 TCEE atribuía a la Comisión un pobre papel consistente en *promover* una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social, mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas.

El Acta Única Europea incluye los artículos 118A y 118B en el citado Capítulo primero del Título III. La inclusión de estos artículos supone la introducción en el Tratado de los dos instrumentos fundamentales de regulación de las relaciones laborales: por un lado, la *reglamentación* por los poderes públicos (art. 118A), y por otro, la *autonomía privada*, a través de negociaciones colectivas (art. 118B)¹.

De tal modo, que el artículo 118A se erigiría en la *base jurídica* para la armonización comunitaria de las disposiciones sociales. Armonización que, en virtud de lo expuesto en el segundo párrafo de este artículo, debería alcanzarse mediante la adopción de Directivas. Por su parte, el artículo 118B introduce el *diálogo social autónomo* como instrumento de regulación de las relaciones laborales; esto es, un *diálogo* protagonizado por los representantes de los trabajadores y los representantes de los empresarios y distinto del *diálogo institucionalizado* en el que los interlocutores sociales participan en los trabajos de la Comunidad —vía, por ejemplo, Comité Económico y Social—².

La entrada en vigor del Tratado de Maastricht supuso una lamentable distorsión en la regulación de la *política social comunitaria*, pues auspicia dos regímenes jurídicos distintos en esta materia. De un lado, las disposiciones que conforman el Títu-

¹ Así lo ha destacado G. GARZÓN CLARIANA, «El nuevo derecho social de la Comunidad Europea: objetivos y medios», *RIE*, 1992, p. 47.

² *Ibid.* pp. 57-58.

lo VIII, Cap. I TCE y que suponen lo que podríamos denominar el régimen «general» aplicable, pues era de aplicación a todos los Estados miembros de la UE. De otro, y en virtud de la aprobación del Protocolo sobre la política social anexo al TCE, once Estados –todos los que en aquella época eran miembros, a excepción del Reino Unido–, unidos por la voluntad de alcanzar acuerdos significativos en este ámbito, convinieron recurrir a las instituciones, procedimientos y mecanismos del Tratado a fin de adoptar entre ellos y aplicar los actos y las decisiones necesarios para poner en práctica el Acuerdo sobre política social.

La entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (1-5-1999) supone un significativo avance en el ámbito de la *política social* ya que, entre otras cosas, reinstaura la unidad y coherencia en el régimen legal aplicable. En efecto, lejos de seguir amparando la fragmentación que el Tratado de Maastricht supuso –régimen del TCE y Acuerdo sobre política social–, el Tratado de Amsterdam integra en el Título XI TCE aquellas disposiciones que conformaban dicho Acuerdo. En consecuencia, con este Tratado quedan definitivamente aglutinadas bajo un mismo Capítulo todas las disposiciones de Derecho originario en materia de política social.

Como a continuación constataremos, dicha unidad y coherencia interna en el régimen legal de la política social permanece prácticamente invariable tras la entrada en vigor del Tratado de Niza.

III. LA REGULACIÓN DE LA POLÍTICA SOCIAL EN EL TRATADO DE NIZA Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL*

Al abordarse el estudio de esta política comunitaria, resulta obligado traer a colación dos disposiciones que se enmarcan en la *Primera Parte (Principios)* del TCE. Se trata, concretamente, de los artículos 2 y 13. En virtud del primero, la Comunidad tendrá por misión promover, entre otras cosas, «un alto nivel de empleo y de protección social», así como «la igualdad entre el hombre y la mujer». En virtud del segundo, «el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Podría decirse, por tanto, que estos preceptos constituyen la base jurídica de la *política social comunitaria*.

* La controvertida entrada en vigor del *Tratado por el que se establece una Constitución Europea* –de llevarse finalmente a cabo– no supondrá un cambio relevante en este ámbito, pues las disposiciones en la materia (arts. III-209 ss.), suponen, básicamente, una adaptación de su tenor literal a lo que se pretende que sean los futuros instrumentos jurídicos de la Unión (*ad. ex. ley marco europea*). Sin embargo, desde un punto de vista estructural, la división en tres capítulos del hoy Título XI desaparecerá, englobándose toda la regulación en la materia bajo la rúbrica de «Política Social». A lo largo de las siguientes líneas se señalarán las mínimas modificaciones habidas en la materia.

La *política social* esta regulada de forma general en los artículos 136 a 145 TCE (Capítulo 1 del Título XI TCE). Los **objetivos** que informan esta política se enuncian en el artículo 136 TCE y son «el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones».

La consecución de estos objetivos debe alcanzarse teniendo en cuenta los derechos sociales proclamados en la Carta Social Europea de 1961³ y, sobre todo, en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989.

Es en este último texto donde se asientan los principios básicos sobre los que se sustenta el modelo europeo del derecho laboral, articulados del siguiente modo: libre circulación, empleo y retribución, mejora de las condiciones de vida y de trabajo, protección social, libertad de asociación y negociación colectiva, formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres, información, consulta y participación de los trabajadores, protección de la salud y de la seguridad en el medio del trabajo, protección de los niños y de los adolescentes, personas de avanzada edad y personas con discapacidad.

Para alcanzar los objetivos anteriormente descritos, la Comunidad y los Estados miembros reconocen que el funcionamiento del propio mercado común favorece la armonización de los sistemas sociales. Además, emprenden dos tipos de acciones. Por un lado, utilizan los procedimientos previstos en el mismo TCE y, por otro, llevan a cabo la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas pertinentes. Todo ello, desde el respeto de la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, y teniendo en cuenta la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad.

Por lo que a la **función de la Comunidad** se refiere, el artículo 137 TCE atribuye un papel de **apoyo y complemento** a la acción de los Estados miembros en determinados ámbitos, a saber: (a) la mejora del entorno de trabajo para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; (b) las condiciones de trabajo; (c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; (d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; (e) la información y la consulta a los trabajadores; (f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión; (g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad; (h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral; (i) la igualdad de hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo; (j) la lucha contra la exclusión social; y, (k) la modernización de los sistemas de protección social⁴.

³ Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961.

⁴ Estos mismos ámbitos –sin modificación alguna– son los recogidos en el artículo III-210 del *Tratado por el que se establece una Constitución Europea*.

El modelo de **acción comunitaria** en este ámbito es relativamente complejo, pues se reparte entre diferentes Instituciones comunitarias –especialmente Consejo y Comisión– y, sobre todo, porque dependiendo del sector en cuestión la intervención del Consejo se supedita a una mayoría cualificada –*codecisión*– o unanimidad.

En este sentido, con arreglo al procedimiento de *codecisión*, el Consejo podrá adoptar **medidas destinadas a fomentar la cooperación** entre los Estados miembros. Concretamente, mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promoviendo fórmulas innovadoras y evaluando experiencias. En estos ámbitos, sin embargo, se excluye la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

Del mismo modo, también con arreglo al procedimiento de *codecisión*, y previa consulta al Comité económico y Social y al Comité de las Regiones, el **Consejo** podrá adoptar, mediante **directivas**, disposiciones mínimas sobre los ámbitos mencionados en las letras a) a i); disposiciones que habrán de aplicarse progresivamente. Tales directivas deberán tener en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros y, además, evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

Sin embargo, cuando la acción comunitaria pretenda extenderse a determinados sectores será necesaria la *unanimidad* del Consejo. En particular, se requiere unanimidad en los siguientes ámbitos: (c)⁵ seguridad social y protección social de los trabajadores; (d) protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; (f) representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión; y, (g) condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad.

La entrada en vigor del Tratado de Niza ha traído aparejada una significativa modificación en este último punto, pues el actual artículo 137.3 TCE *in fine* prevé que el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, pueda decidir que el procedimiento de *codecisión* sea aplicable a las materias comprendidas en los apartados (d), (f) y (g). Se introduce, de este modo, una «pasarela» que, sin embargo, no podrá utilizarse en el ámbito de la seguridad social.

Aún el amplio número de sectores o ámbitos sobre los que opera la acción comunitaria, es menester destacar que en materia de remuneraciones, derecho de asociación y sindicación, derecho de huelga y derecho de cierre patronal, la competencia de la Comunidad está excluida (art. 137.5 TCE). Y del mismo modo, cabe precisar que las disposiciones que adopten las Instituciones comunitarias en este ámbito no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste. A mayor abundamiento, dichas disposicio-

⁵ Por entenderlo clarificador, utilizamos aquí la misma numeración que utiliza el TCE.

nes tampoco impedirán que los Estados miembros mantengan o introduzcan medidas de protección más estrictas, siempre y cuando sean compatibles con el mismo Tratado (art. 137.4 TCE).

Por otro lado, también es destacable el importante papel que asumen los **interlocutores sociales** en la política social comunitaria. Así se deduce del artículo 137.3 TCE, a cuyo tenor, los Estados miembros podrán confiar a estos últimos la aplicación de las directivas adoptadas por el Consejo en este ámbito. Sin embargo, para que esto ocurra, es necesaria una petición conjunta al respecto de los interlocutores. Además, y si se diera el caso, el Estado miembro interesado deberá tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la directiva en cuestión (art. 137.3, párrafo segundo TCE).

Las competencias de la **Comisión** en este ámbito son importantes y de diversa índole. Tan es así, que llama la atención, desde un punto de vista estrictamente formal, la dispersión de su regulación entre las diferentes normas de este Capítulo del TCE.

Desde esta perspectiva, cabe señalar que uno de los cometidos que afronta la Comisión es el de **fomentar la colaboración** entre los Estados miembros y **facilitar la coordinación** de sus acciones en los ámbitos de la política social, particularmente en las materias relacionadas con: el empleo, el Derecho del trabajo y las condiciones de trabajo, la formación y perfeccionamiento profesionales, la seguridad social, la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, la higiene del trabajo y el derecho de sindicación, y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores (art. 140 TCE).

En el desarrollo de esta competencia, la Comisión debe actuar en estrecho contacto con los Estados miembros, mediante estudios, dictámenes –que serán redactados previa consulta al Comité Económico y Social– y la organización de consultas. Y ello, tanto para los problemas que se planteen a nivel nacional como para aquellos que interesen a las organizaciones internacionales.

Del mismo modo, la Comisión debe elaborar un **informe anual** sobre la evolución en la consecución de los objetivos del artículo 136, que incluirá tanto la situación demográfica en la Comunidad como un capítulo especial dedicado a la evolución de la situación social (art. 143 y 145 TCE).

Con carácter opcional, el Parlamento Europeo podrá invitar a la Comisión a que elabore informes sobre problemas específicos relativos a la situación social (arts. 143.2 y 145.2 TCE). En esta misma línea, y en virtud del nuevo tenor del artículo 144 TCE (modificado por el Tratado de Niza) se ha creado un **Comité de Protección Social**, de carácter consultivo, para fomentar la cooperación en materia de protección social entre los Estados miembros y con la Comisión⁶.

Dicho Comité tiene por misión: supervisar la situación social y la evolución de las políticas de protección social de los Estados miembros y de la Comunidad, facilitar el intercambio de información, experiencias y buenas prácticas entre los Estados

⁶ Vid. Decisión del Consejo de 4 de octubre de 2004 por la que se crea un Comité de protección social y se deroga la Decisión 2000/436/CE (DO L 314, de 13.10.2004).

miembros y con la Comisión, así como elaborar informes, emitir dictámenes o emprender otras actividades en los ámbitos que sean de su competencia.

La labor del Comité debe llevarse a cabo entablando los contactos adecuados con los interlocutores sociales. El Comité en cuestión está compuesto por dos miembros de cada uno de los Estados y dos miembros de la Comisión.

Por último, otras dos competencias relevantes que asume la Comisión en este ámbito son, de un lado, el fomento de **la consulta** dirigida a los interlocutores sociales a nivel comunitario y, de otro, la **adopción** de todas las **disposiciones** necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado (art. 138.1 TCE).

Hasta aquí el desarrollo del marco legal general que contempla tanto los objetivos y función de la Comunidad como las competencias del Consejo y de la Comisión en el ámbito de la política social comunitaria. Como ha sido puesto de relieve, todas estas cuestiones se encuentran reguladas en el Capítulo 1 del Título XI TCE. Sin embargo, no acaba ahí el alcance de este Capítulo, pues también incluye tres disposiciones específicas en tres ámbitos concretos dentro de la política social: el diálogo social (art. 139), el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras (art. 141) y la equivalencia en los regímenes de vacaciones retribuidas (art. 142). La relevancia de los dos primeros –especialmente del segundo– aconseja su estudio en epígrafes diferenciados.

1. El diálogo social⁷

Como anteriormente quedara expuesto, el artículo 138 TCE prevé la participación activa de los interlocutores sociales en esta política comunitaria. Dicha participación se concreta en dos fases claramente diferenciadas. La primera fase tiene lugar cuando la Comisión se plantea presentar alguna propuesta de acción comunitaria en materia social. En efecto, antes de que esto ocurra, la Comisión debe consultar a los interlocutores sobre la orientación de esa posible acción (art. 138.2 TCE). Una segunda fase tiene lugar si, tras dicha consulta, la Comisión estimase conveniente una acción comunitaria, pues de considerarlo así, volverá a consultar a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta contemplada (art. 138.3 TCE). Llegados a este momento procesal, para los interlocutores sociales se abren dos vías. Por un lado, pueden limitarse a remitir a la Comisión un dictamen o una recomendación sobre dicha cuestión. Si por el contrario desean intervenir de forma más directa e intensa en la elaboración de esa acción comunitaria, podrán informar a la Comisión sobre su voluntad común –voluntad tanto de los representantes de los trabajadores como de los representantes de los empresarios– de iniciar el proceso de diálogo social previsto en el artículo 139 TCE. La duración de ese proceso no podrá exceder de

⁷ El *Tratado por el que se establece una Constitución Europea* no aporta ninguna variación en este punto, pues su artículo III-212 es de idéntico tenor al actual artículo 139 TCE.

9 meses, salvo si los interlocutores afectados decidieran prolongarlo de común acuerdo con la Comisión.

A partir de ahí, se iniciará un diálogo social entre interlocutores sociales que, en su caso, podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales o acuerdos (art. 139.1). En el bien entendido, sin embargo, que el procedimiento así regulado no impone a las partes la obligación de llegar a ningún tipo de acuerdo.

Por otro lado, la doctrina entiende que la puesta en marcha de este diálogo trae aparejada una importante consecuencia para la Comisión, cual es la paralización de la acción comunitaria⁸.

Si finalmente del diálogo surge un acuerdo, su aplicación puede realizarse de dos formas diferentes: bien mediante los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, bien sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión.

Respecto de esta segunda vía, es de destacar que para que el Consejo pueda adoptar dicha decisión, se requiere, por un lado, que la materia objeto del acuerdo esté comprendida en los ámbitos sujetos al artículo 137, y de otro, mayoría cualificada. Esta mayoría deberá tornarse en unanimidad cuando la materia objeto del acuerdo contenga disposiciones en alguna de las siguientes materias: seguridad social y protección social de los trabajadores; protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión; y, condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad (art. 139.2 p. 2).

En cuanto a la primera opción, y puesto que se trata de procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, debe advertirse que de su conclusión se derivan importantes riesgos, pues el convenio así adoptado «continuará teniendo el carácter de convenio marco recordatorio, sin eficacia jurídica alguna, dependiendo su aplicación de la inclusión de su contenido en la negociación colectiva nacional de cada Estado miembro, de acuerdo con su respectiva legislación reguladora»⁹.

Aún el riesgo que lleva aparejada esta última vía, lo cierto es que el procedimiento que diseña el TCE en torno al diálogo social ya ha dado sus frutos en el ámbito de la política social. Particularmente significativos son aquellos acuerdos que han logrado plasmarse en una decisión del Consejo. Y es que, los cuatro Acuerdos marcos más relevantes alcanzados hasta el momento se han traducido en sendas Directivas del Consejo: Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental; Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial;

⁸ Vid. N. E. RAMOS MARTÍN, «El diálogo social en la Unión Europea», *Actualidad Laboral*, Nº. 33, 2000, p. 561.

⁹ M. COLINA ROBLEDO/J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ/T. SALA FRANCO, *Derecho Social Comunitario*, Valencia, 1994, p. 560. También en este sentido, N. E. RAMOS MARTÍN, *cit.*, en nota anterior.

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada; y, la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar¹⁰.

Por otro lado, puede traerse a colación en este contexto del dialogo social la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo (Cumbre)¹¹. Tiene como cometido principal garantizar la concertación permanente entre el Consejo, la Comisión y los interlocutores sociales, haciendo posible que estos últimos puedan participar, en el marco del diálogo social, en los distintos componentes de la estrategia económica y social integrada. La Cumbre se reúne, al menos, una vez al año, antes del Consejo Europeo de primavera.

2. El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras

A) *Igualdad de retribución*

El artículo 141 TCE consagra el *principio de igualdad de retribución* entre trabajadores y trabajadoras. Ahora bien, no debe olvidarse que el mismo artículo 2 TCE recoge como una de las misiones de la Comunidad la de promover «la igualdad entre el hombre y la mujer». Es por ello que no puede considerarse extraño que tanto diversas disposiciones de Derecho derivado como un importantísimo número de sentencias del TJCE hayan desbordado el estricto ámbito de igualdad de retribución, prolongando el principio de igualdad a otros ámbitos como son la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, a la formación y a las condiciones de trabajo.

En efecto, en un primer momento el principio de igualdad de retribución fue concebido desde una perspectiva eminentemente económica, de tal forma que el precepto en cuestión tendría como función la de garantizar la transparencia en la contratación laboral, lo que a la postre también supondría mayor transparencia en el funcionamiento del mercado común.

Sin embargo, a medida que el TJCE ha ido teniendo ocasión de pronunciarse sobre esta materia, se ha ido consolidando una importante jurisprudencia en torno a la configuración del principio de igualdad de retribución, de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo como auténticos derechos fundamentales comunitarios¹².

¹⁰ DO L 145 de 19.6.1996 (*vid.* también DO L 10 de 16.1.1998), DO L 14 de 20.1.1998, DO L 175 de 10.7.1999 y DO L 167 de 2.7.1999 respectivamente.

¹¹ DO L 70, de 14.3.2003.

¹² Así puede deducirse de determinadas Sentencias. Entre las pioneras pueden destacarse: Sentencia de 8 de abril de 1976, asunto 43/75; Sentencia de 20 de marzo de 1984, asunto 75/82; Sentencia de 20 de marzo de 1984, asunto 117/82; Sentencia de 24 de junio de 1986, asunto 150/85.

Un importante ejemplo de la *vis expansiva* de la jurisprudencia del TJCE en aplicación del artículo 141 TCE lo encontramos en la reciente Sentencia *K. B.*¹³ En su virtud, el TJCE ha declarado que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro –en el supuesto de autos, el del Reino Unido– que no permite contraer matrimonio entre una persona transexual y otra de su sexo anterior es contrario al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950*¹⁴.

El concepto comunitario de discriminación por razón de sexo –que se contempla implícitamente en los principios de igualdad de retribución y de igualdad de trato– se impone en el marco de las actuaciones de las autoridades públicas y se extiende a **todos** los convenios colectivos relativos al trabajo por cuenta ajena¹⁵. Se caracteriza, además, por hacer recaer sobre la parte demandada –de ordinario, el empresario– la carga de la prueba; esto es, será el demandado quien deba demostrar que no ha existido vulneración alguna de dicho principio¹⁶.

Desde un punto de vista teórico abarcaría dos tipos de conductas discriminatorias: las *directas* y las *indirectas*¹⁷. Estaríamos ante una discriminación *directa* por razón de sexo cuando ésta traiga causa de un acto u omisión basado en la diferencia de sexo. A su vez, estaríamos ante una discriminación *indirecta* por razón de sexo cuando ésta traiga causa de un acto u omisión aparentemente neutro; esto es, no basado precisamente en la diferencia de sexo¹⁸. En el bien entendido, sin embargo, que este último tipo de discriminación puede ser compatible con el artículo 141 TCE cuando esté justificado por razones objetivas¹⁹.

¹³ Sentencia de 7 de enero de 2004, asunto C-117/01.

¹⁴ Sobre esta sentencia, con más detenimiento *vid.* ADRIÁN ARNAIZ, «La sentencia K. B. del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de enero de 2004: un paso fundamental para la perspectiva de la ciudadanía europea y la construcción de una Europa social», *Información Laboral, Jurisprudencia*, Lex Nova, núm. 10, 2004, LN 3-21).

¹⁵ Citando más jurisprudencia, *vid.* sentencia de 9 de diciembre de 2004, asunto C-19/02.

¹⁶ Sentencia de 10 de marzo de 2005, asunto C-196/02.

¹⁷ *Vid.* el concepto de discriminación *directa* y discriminación *indirecta* que acoge el artículo 2 de la *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)* (DO L 204 de 26.7.2006).

¹⁸ Sobre estas discriminaciones, *vid.* T. PÉREZ DEL RÍO, «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario», en J. CRUZ VILLALÓN/ T. PÉREZ DEL RÍO (COORS.), *Una aproximación al Derecho social comunitario*, Madrid, 2000, pp. 92-94; M.A. ROBLES CARRILLO, «La política social comunitaria», en M. LÓPEZ ESCUDERO/J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (COORS.), *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, p. 273.

¹⁹ Especialmente representativa a este respecto es la Sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-79/99, donde el Tribunal reconoce la existencia de una discriminación indirecta en determinadas disposiciones del ordenamiento alemán y, a su vez, declara que tales disposiciones no son contrarias al ordenamiento comunitario.

De hecho, la redacción actual del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE²⁰ se hace eco de la jurisprudencia del TJCE en este ámbito y entiende por *discriminación directa* la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo. Por su parte entiende por *discriminación indirecta* la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Como ejemplo de lo establecido en la jurisprudencia del TJCE, cabe destacar que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación *directa* por razón de sexo²¹. Del mismo modo, también constituye una discriminación *directa* por razón de sexo el hecho de que un empresario tenga en cuenta el embarazo de una trabajadora para negarle la reincorporación a su puesto de trabajo antes de finalizar el permiso parental para crianza. La particular circunstancia de que la trabajadora pretendiera mediante esta incorporación percibir los subsidios de maternidad—superiores a los subsidios para crianza— no puede justificar legalmente una discriminación por razón de sexo en lo que respecta a las condiciones de trabajo²².

Por otro lado, una disposición que pueda conllevar una reducción del importe de la pensión de los funcionarios que han desempeñado sus funciones a tiempo parcial durante una parte de su carrera, y que afecte a un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres puede, en principio —salvo razones objetivas—, llevar a una discriminación *indirecta*²³. Y para aquellos supuestos en los que el grupo de trabajadores a tiempo *parcial* comprenda un número de mujeres considerablemente superior al de hombres, se vulnera el principio de no discriminación —por existir discriminación *indirecta*— cuando «una legislación nacional tenga como consecuencia limitar hasta su horario laboral individual la compensación que los miembros de comités de empresa empleados a tiempo parcial deben obtener de su empresa en concepto de su participación en cursos de formación en los que se impartan conocimientos necesarios para la actividad de los comités de empresa, organizados durante la jornada laboral completa vigente en la empresa, pero que exceden de su horario individual de trabajo a tiempo parcial, mientras que los miembros de comités de empresa que trabajan en jornada completa obtienen una compensación por su participación en estos mismos cursos, hasta el límite correspondiente a su horario laboral»²⁴. También en relación con el trabajo a tiempo parcial, el TJCE ha sentenciado que una normativa nacional que establece que tanto trabajadores a *tiempo completo* como a *tiempo parcial* tienen derecho a la retribución de horas extraordinarias cuando éstas sean más de tres al mes, no supone un trato igual para unos y otros, pues mientras que para los primeros

²⁰ Vid. *infra* nota núm. 53.

²¹ Sentencia de 4 de octubre de 2001, asunto C-438/99.

²² Sentencia de 27 de febrero de 2003, asunto C-320/01.

²³ Sentencia de 23 de octubre de 2003, asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02.

²⁴ Sentencia de 6 de febrero de 1996, asunto C-457/93. Vid. también Sentencia de 9 de septiembre de 1999, asunto C-281/97.

esto supone tanto como trabajar el 3% de su horario mensual, para los segundos supone el 5% de ese horario. Además, si esa diferencia de trato (3% frente al 5% del horario mensual) afecta a muchas más mujeres que a hombres sin que existan motivos objetivos ajenos a la pertenencia a un sexo determinado, existirá una discriminación *indirecta*²⁵.

Por fin, y por más que el mismo TJCE haya establecido que corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros determinar si la diferencia de trato afecta a muchas más mujeres que hombres y si además dicha diferencia responde a un objetivo ajeno a la pertenencia a un sexo determinado²⁶, es lo cierto que viene interpretando de forma especialmente estricta el concepto *razones objetivas que puedan hacer una discriminación compatible con el artículo 141 TCE*. Y es que, al decir de su jurisprudencia, aun reconociendo que en principio consideraciones de índole presupuestaria —neutralidad de costes, cargas relativas a la planificación y distribución del trabajo— puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que desea adoptar, resulta que por sí mismas no constituyen un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una discriminación en detrimento de uno de los sexos²⁷. En el mismo sentido, tampoco puede esgrimirse el objetivo de recortar el gasto público para justificar una diferencia de trato basada en el sexo²⁸.

Es desde esta perspectiva desde la que hay que analizar el actual artículo 141 TCE. En este sentido, su primer apartado conmina a cada Estado miembro a garantizar la aplicación del *principio de igualdad de retribución* entre los trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor; principio, que en palabras del mismo TJCE, constituye una expresión particular del principio general de no discriminación por razón de sexo²⁹.

A los efectos de la interpretación de este precepto, el apartado segundo aporta una definición de lo que debe entenderse por *retribución*. Así, se entiende por *retribución* el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras significaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

Partiendo de este concepto, la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: «a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo».

El alcance de este último precepto es precisado por la *Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones*

²⁵ Sentencia de 27 de mayo de 2004, asunto C-285/02.

²⁶ Entre otras, sentencia de 27 de mayo de 2004, asunto C-285/02.

²⁷ Como uno de los últimos referentes *vid.* sentencia de 11 de septiembre de 2003, asunto C-77/02.

²⁸ *Vid.* sentencia de 23 de octubre de 2003, asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02.

²⁹ Sentencia de 9 de diciembre de 2004, asunto C-19/02.

de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos³⁰. Así, su primer artículo establece que: «El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos... implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya el mismo valor, la eliminación en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo».

Por lo que respecta al ámbito de aplicación del artículo 141 TCE, el TJCE ha precisado que este precepto debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a las relaciones de empleo de Derecho público y a las relaciones de empleo entre empleadores privados³¹. Del mismo modo, incluye el derecho a participar en un Plan de Pensiones de Empresa³².

El concepto de *retribución* que acuña el citado artículo 141.2 TCE también ha sido interpretado por el TJCE. Consecuencia de esta interpretación es que dicho concepto debe entenderse en sentido *amplio*. Así, están incluidos dentro de este término todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo³³. De tal modo, que, en particular, deben considerarse incluidas –entre otras– bajo este término aquellas asignaciones de transición –pagadas en el marco de una fusión de empresas³⁴–; las prestaciones complementarias convencionales recibidas con motivo de una jubilación anticipada³⁵; las prestaciones concedidas con motivos de las fiestas de Navidad, aun en el caso de que el empresario las otorgue exclusivamente como incentivo al trabajo futuro y a la fidelidad de la empresa³⁶; las asignaciones otorgadas por el empresario, aun sin estar legalmente obligado a ello, a favor de antiguos empleados una vez jubilados³⁷; así como la indemnización concedida en virtud de una decisión judicial por la vulneración del derecho a no ser despedido³⁸.

Sin embargo, corresponde al juez nacional determinar si el término *retribución*, tal como lo define el Derecho interno, incluye las indemnizaciones por despido improcedente³⁹.

³⁰ DO L 45 de 19.2.1975. Sobre la futura derogación de esta Directiva por la Directiva 2006/54/CE *vid. infra* Ep. B) *Igualdad en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo*

³¹ Sentencia de 2 de octubre de 1997, asunto C-1/95; Sentencia de 9 de septiembre de 1999, asunto C-281/97.

³² Sentencia de 24 de octubre de 1996, asunto C-435/93. Como uno de los últimos referentes, citando más jurisprudencia, *vid.* la sentencia de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01.

³³ Sentencia de 9 de septiembre de 1999, asunto C-281/97.

³⁴ Sentencia de 9 de diciembre de 2004, asunto C-19/02.

³⁵ Sentencia de 13 de julio de 2000, asunto C-166/99.

³⁶ Sentencia de 21 de octubre de 1999, asunto C-333/97.

³⁷ Sentencia de 9 de febrero de 1982, asunto 12/81.

³⁸ Sentencia de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97. En semejante sentido, *vid.* sentencia 8 de junio de 2004, asunto C-220/02.

³⁹ Y de ser así, dichas indemnizaciones están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de

Ahora bien, cuando según la normativa nacional de que se trate, los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente, reconocidos en sentencia o resolución administrativa, estén comprendidos en el concepto de «retribución», los créditos idénticos, establecidos en un acto de conciliación, deben considerarse créditos de trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o relaciones laborales y relativos a la retribución en el sentido de la Directiva 80/987. El juez nacional no debe aplicar una normativa interna que, vulnerando el principio de igualdad, excluye estos últimos créditos del concepto de retribución en el sentido de dicha normativa⁴⁰. Desde la perspectiva española –origen de la sentencia citada– lo anterior quiere decir que las prestaciones que debe pagar la institución de garantía –FOGASA– están supeditadas al respeto de los derechos fundamentales, entre los que figura el principio general de *igualdad y no discriminación*. Y así, en la medida en que el FOGASA sólo se hace –hacia– cargo de los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente si éstas habían sido reconocidas en *sentencia o resolución administrativa*, de no mediar argumentos objetivos, situaciones comparables no deben recibir un trato diferente. Por ello, lo anteriormente dicho: los créditos idénticos, establecidos en un acto de conciliación, deben considerarse créditos de trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o relaciones laborales y relativos a la retribución en el sentido de la Directiva 80/987. Es más, pues en aplicación de ese principio general de *igualdad*, la institución de garantía debe hacerse cargo, en caso de insolvencia del empresario, tanto de las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo establecidas por sentencia judicial, como de las indemnizaciones de la misma naturaleza reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial⁴¹.

Por fin, el concepto en cuestión no incluye regímenes o prestaciones de seguridad social y, en particular, no incluye las pensiones de jubilación⁴² y tampoco incluye una bonificación fiscal establecida en función de la edad del trabajador, relativa a la tributación de una indemnización por cese voluntario⁴³.

También ha sido ampliamente interpretado por el Tribunal de Justicia el mandato de *igualdad de retribución* y prohibición de toda discriminación por razón de sexo consagrado en el artículo 141 TCE.

El punto de partida para interpretar una posible vulneración del principio de *igualdad de retribución* para trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor pasa porque la entidad responsable de esa posible desigualdad sea la misma. Esto es, el principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 141

los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su redacción anterior a la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987.

⁴⁰ Sentencia de 16 de diciembre de 2004, asunto C-520/03.

⁴¹ Sentencia de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05.

⁴² Así, Sentencia de 17 de mayo de 1990, asunto C-262/88; Sentencia de 25 de mayo de 2000, asunto, C-50/99. Sin embargo, *vid.* la sentencia de 12 de septiembre de 2002, asunto C-351/00.

⁴³ Sentencia de 21 de julio de 2005, asunto C-207/04.

TCE únicamente es aplicable a situaciones en las cuales los hombres y mujeres trabajen para el mismo empresario⁴⁴.

A partir de aquí, el TJCE ha considerado contrario al *principio de igualdad de retribución* aquellos regímenes de pensiones complementarias de jubilación que establezcan una discriminación entre trabajadores y trabajadoras en relación con la edad en que su cónyuge puede percibir una pensión de supervivencia tras el fallecimiento de dichos trabajadores⁴⁵. También es contrario al *principio de igualdad de retribución* una disposición nacional que concede el derecho a obtener de inmediato una pensión de jubilación únicamente a las funcionarias cuyo cónyuge padece una incapacidad o una enfermedad incurable que le impide ejercer una profesión, excluyendo de dicho derecho a los funcionarios que se encuentran en la misma situación⁴⁶.

Del mismo modo, es contrario al principio de *igualdad de retribución* aquel supuesto en el que en el momento de la contratación de los trabajadores interesados, el empresario paga a un empleado determinado una retribución inferior a la atribuida a su compañero de trabajo del sexo opuesto, justificando posteriormente esta diferencia invocando la mejor calidad del trabajo efectuado por éste o basándose en la circunstancia de que la calidad del trabajo realizado por el primero no ha cesado de disminuir tras su entrada en funciones, cuando conste que los interesados ejercen efectivamente el mismo trabajo o, al menos, un trabajo de igual valor⁴⁷.

Sin embargo, este principio no impide que una diferencia de retribución pueda estar justificada, por circunstancias que el convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados no tiene en cuenta, siempre que constituyan razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo y conformes al principio de proporcionalidad⁴⁸. Tampoco impone la obligación de mantener la retribución íntegra de las trabajadoras durante su permiso de maternidad, ni establece criterios específicos con vistas a determinar el importe de las prestaciones que son abonadas durante dicho período⁴⁹. Del mismo modo, el citado principio no exige una regla de baja por enfermedad específica para las mujeres que enfermen a causa de su embarazo y, por tanto, diferente en cuanto sus prestaciones de la baja común por enfermedad⁵⁰.

En sentido similar, **no** es contrario al citado principio el pago de una asignación a tanto alzado reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre que dicha asignación esté destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas⁵¹. Y por fin, tampoco

⁴⁴ Sentencia de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01.

⁴⁵ Sentencia de 25 de mayo de 2000, asunto C-50/99.

⁴⁶ Sentencia de 13 de diciembre de 2001, asunto C-206/00.

⁴⁷ Sentencia de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99.

⁴⁸ Sentencia de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99.

⁴⁹ Sentencia de 13 de febrero de 1996, asunto C-342/93. Sin embargo, *vid.* sentencia de 30 de marzo de 2004, asunto C-147/02.

⁵⁰ Sentencia de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03.

⁵¹ Sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto C-218/98.

es contrario al *principio de igualdad de retribución* que en el cálculo de la indemnización por despido se computen, a efectos de la duración de la relación de empleo, los períodos de prestación del servicio militar o del servicio civil sustitutorio, efectuados mayoritariamente por los hombres, pero no se computen los períodos de excedencia por cuidado de hijos a los que se acogen fundamentalmente las mujeres⁵².

B) Igualdad en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo

Como anteriormente advertíamos, la evolución del principio de *igualdad de retribución* entre trabajadoras y trabajadores ha encontrado prolongación en otros ámbitos especialmente significativos como son la *igualdad de trato* en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo.

De hecho, el artículo 141.3 TCE otorga al Consejo capacidad para actuar en este ámbito, al establecer que con arreglo al procedimiento de *codecisión*, y previa consulta al Comité Económico y Social, aquél «adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo igual».

Pero aún este importante papel del Consejo, los Estados miembros ostentan una responsabilidad decisiva en este sector. Así lo recuerda expresamente el artículo 141.4 TCE a cuyo tenor «con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

La normas de derecho derivado más importantes en el ámbito de la *igualdad de trato* en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo lo constituyen una serie de Directivas, a saber: la *Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo*⁵³, la *Directiva 96/97/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1996 por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social*, la *Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de*

⁵² Sentencia 8 de junio de 2004, asunto C-220/02.

⁵³ Modificada por la *Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo* (DO L 269, de 5.10.2002, pp. 15 ss). Sobre esta Directiva, *vid.* TORRENTE GARI, S.: «¿Hay un Derecho comunitario sobre igualdad y no discriminación por razón de sexo? La Directiva 2002/73, de 23 de septiembre», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003, pp. 185-209.

2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁵⁴.

La reciente *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)* (DO L 204, de 26.7.2006) deroga (art. 34), con efecto a partir del 15 de agosto de 2009, las Directivas 75/117/CEE, **76/207/CEE**, 86/378/CEE y 97/80/CE.

Mediante la primera Directiva citada se asienta de forma firme el principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres. La tercera Directiva garantiza una proyección contra las discriminaciones que cita –origen racial o étnico– en el ámbito del empleo y la ocupación. Y por fin, la cuarta Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.

También deben tenerse en cuenta en este contexto determinados programas comunitarios, como, por ejemplo, el programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005)⁵⁵.

Por último, y del mismo modo que ha ocurrido con la interpretación del *principio de igualdad de retribución*, la función del TJCE para interpretar el alcance del *principio de igualdad de trato* ha sido –y sigue siendo– decisiva. El elevado número de sentencias sobre este particular así lo demuestra, como también demuestra que el tema referido a la discriminación positiva a favor de la mujer es un tema especialmente estudiado.

Por lo que hace al principio de *igualdad de trato*, el TJCE ha determinado que no vulnera dicho principio el ordenamiento de un Estado miembro en virtud del cual se considera de manera general que los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo no son comparables a efectos de la selección social que el empresario debe efectuar en caso de supresión de un empleo a tiempo parcial por causas económicas⁵⁶. Tampoco es contrario a este principio, un despido –reconocido por el empresario como improcedente– debido exclusivamente a una causa de enfermedad⁵⁷. Sí existe, en cambio, una vulneración del principio de *igualdad de trato* cuando un ordenamiento nacional –en el supuesto de autos, el francés– reserva la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público (de ordinario, 45 años) a las viudas

⁵⁴ DO L 39 de 14.2.1976, DO L 46 de 17.2.1997 (rectificación DO L 151, de 18.6.1999), DO L 180 de 19.7.2000 y DO L 303 de 2.12.2000 respectivamente.

⁵⁵ Establecido por la *Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000* (DO L 17, 19.1.2001).

⁵⁶ Sentencia de 26 de septiembre de 2000, asunto C-322/98.

⁵⁷ Sentencia de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05.

que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación⁵⁸. También constituye una vulneración del principio de *igualdad de trato* negar a un transexual que cambia del sexo masculino a femenino el disfrute de una pensión de jubilación a partir de la edad correspondiente a las mujeres (en el supuesto de autos, 60 años frente a los 65 necesarios para los hombres)⁵⁹. Y en aparente contradicción con esta última afirmación, sí constituye, en cambio, una desigualdad de trato la aplicación de un gravamen a un tipo reducido sobre la cantidad abonada con motivo del cese de una relación laboral, aplicado a las trabajadoras que hayan cumplido los 50 años de edad y a los trabajadores que hayan cumplido los 55⁶⁰.

El tema de la *discriminación positiva* se aborda frecuentemente en la jurisprudencia del Tribunal. En este sentido, el TJCE entiende que la Directiva 76/207/CEE y el artículo 141 TCE se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato de sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos. Sin embargo, no se opone a las citadas normas una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos. Del mismo modo, la apreciación de la conformidad de las normas nacionales que establecen una discriminación positiva para el acceso al empleo en la enseñanza superior no puede depender del nivel del puesto que se deba proveer⁶¹.

Tampoco se opone al art. 141 TCE una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente puede tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sis-

⁵⁸ Sentencia de 30 de septiembre de 2004, asunto C-319/03. No deja de sorprender las peculiaridades de los ordenamientos de los diferentes Estados miembros. Resulta que el ordenamiento francés prevé —preveía— una edad máxima para presentarse a las oposiciones públicas (45 años). Una excepción a esta regla es que se fuera viuda; es decir, las viudas mayores de 45 años sí podrán presentarse a las oposiciones públicas. Incomprensiblemente, los viudos no podían acogerse a esta exención.

⁵⁹ Sentencia de 27 de abril de 2006, asunto C-423/04.

⁶⁰ Sentencia de 21 de julio de 2005, asunto C-207/04.

⁶¹ Sentencia de 6 de julio de 2000, asunto C-407/98. *Vid.* también Sentencia de 17 de octubre de 1995, asunto 450/93 y Sentencia de 28 de marzo de 2000, asunto C-158/97.

tema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de sus hijos⁶².

Pero además, existen otros ámbitos en los que el TJCE aborda el tratamiento discriminatorio que recibe la mujer. Se trata, en concreto, del ámbito referido a los oficios especialmente delicados y al ámbito relativo al estado de gestación. Respecto del primero, el TJCE ha declarado que la Directiva 76/207/CEE se opone a la aplicación de disposiciones nacionales, como las del Derecho alemán, que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar⁶³. En igual sentido, la citada Directiva se opone a un Decreto del Derecho austriaco que contiene una prohibición general –con tasadas excepciones– del empleo de mujeres para trabajos en medios hiperbáricos y de buceo⁶⁴.

Respecto del segundo, la Directiva 76/207/CEE se opone el despido de una trabajadora por causa de embarazo cuando esta última fue contratada por un período determinado, no informó a su empresario de su embarazo –a pesar de que ya lo conocía en el momento en que se celebró el contrato de trabajo–, y, que debido a dicho estado, no pudo trabajar durante una parte significativa de la duración de dicho contrato. Además, el hecho de que la trabajadora hubiese sido contratada por una empresa «muy grande» que recurre con frecuencia a personal temporal, carece de incidencia sobre esta interpretación⁶⁵. En sentido similar, el TJCE ha declarado que tanto en virtud de aquella Directiva como en virtud de la Directiva 92/85/CEE, una trabajadora «deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla»⁶⁶.

A modo anecdótico, puede apuntarse que la sentencia en cuestión tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid. Como destacaba este Juzgado, existía en ese momento una constante jurisprudencia del mismo TS y de ciertos Tribunales Superiores de Justicia en virtud de la cual el respeto a lo pactado –convenio colectivo– debía prevalecer sobre el derecho individualizado al disfrute de vacaciones por parte de la trabajadora.

Pero como agudamente señaló aquel Juzgado –amparando su interpretación en una constante jurisprudencia del TJCE–, el *principio de igualdad de trato y no discriminación de la mujer* por razón de su embarazo implica que una trabajadora debe tener derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto no coinciden-

⁶² Sentencia de 19 de marzo de 2002, asunto C-476/99.

⁶³ Sentencia de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98. *Vid.* también en términos similares, Sentencia de 26 de octubre de 1999, asunto C-273/97.

⁶⁴ Sentencia de 1 de febrero de 2005, asunto C-203/03.

⁶⁵ Sentencia de 4 de octubre de 2001, asunto C-109/00.

⁶⁶ Sentencia de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01.

te con el de su descanso maternal. Y ello, aunque la fecha de las vacaciones anuales previamente fijadas por acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores coincida con la fecha del disfrute del permiso de maternidad de la trabajadora, pues admitir el solapamiento de ambos períodos de descanso supondría la anulación de uno de ellos. Este razonamiento fue felizmente admitido por el TJCE, y la proyección a futuro de esta jurisprudencia implica que los convenios colectivos deberían contener una cláusula contemplando la especial situación de las trabajadoras embarazadas.

Por fin, una mujer embarazada que apruebe una oposición pública podrá tomar posesión de su plaza una vez haya vencido el permiso de maternidad que esté disfrutando; con la particularidad, además, de que la antigüedad como funcionaria empezará a computarse desde la fecha de su nombramiento y no desde la fecha de su toma de posesión efectiva al término de su permiso de maternidad⁶⁷.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como recordará el lector, una de las críticas más relevantes que padeció el *Tratado por el que se establece una Constitución Europea* antes de que su ratificación fuera sometida a referéndum giraba en torno al déficit que –supuestamente– adolecía el texto en materia social. Así pudo escucharse en la mayoría de los debates celebrados en el seno de diferentes organizaciones y medios de comunicación.

Pues bien, de lo anteriormente expuesto puede concluirse con rotundidad que aquellas críticas –basadas principalmente en un profundo desconocimiento de la jurisprudencia del TJCE en la materia– estaban totalmente infundadas.

Y es que, si bien es cierto que las disposiciones del TCE en este ámbito pueden parecer escasas e incluso irrelevantes, no lo es menos que tanto la acción legislativa de las instituciones comunitarias⁶⁸ como la trascendental jurisprudencia del TJCE

⁶⁷ Sentencia de 16 de febrero de 2006, asunto C-294/04. A modo anecdótico señalar también que el supuesto tiene su origen en cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid.

⁶⁸ *Ad. ex.*: Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 283, de 20.10.1980) [modificada, *vid. infra*]; Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como la protección de la maternidad (DO L 359, de 19.12.1986); Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO L 183, de 29.6.1989); Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores cuya relación laboral es de duración determinada o de carácter temporal (DO L 206, de 29.7.1991); Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación de que el empresario informe al trabajador de las condiciones aplicables al contrato o a la relación laboral (DO L 288, de 18.10.1991); Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras em-

han configurado la política social como una política prioritaria en el seno de la Comunidad.

barazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia (DO L 348, de 28.11.1992); Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo (DO L 216, de 20.8.1994); Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios (DO L 18, de 21.1.1997); Directiva 96/97 del Consejo de 20 de diciembre de 1996 por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (DO L 46, de 17.2.1997) [rectificación en DO L 151 de 18.6.1999]; Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO L 201, de 17.7.1998); Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO L 225, 12.8.2000); Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, por la que se modifica la Directiva 93/104/CE del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, para incluir los sectores y las actividades excluidos de dicha Directiva (DO L 195, de 1.8.2000); Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, de 19.7.2000); Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, de 2.12.2000); Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DO L 82, de 22.3.2001); Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y las promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 269, de 5.10.2002); y, Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 270, de 8.10.2002).

Vid. también la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DO L 204, de 26.7.2006). Esta última Directiva deroga, con efecto a partir del 15 de agosto de 2009, las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE y 97/80/CE (*vid.* su art. 34). No afectará, sin embargo, ni a la Directiva 92/85/CEE ni a la Directiva 96/34/CE.