

EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

JOSÉ A. GIRÓN LARRUCEA

INTRODUCCIÓN

La CE es una organización internacional de integración establecida por un conjunto de Estados que están estructurados de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, que en sus constituciones establecen como núcleo esencial el reconocimiento y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y que todos ellos participan del sistema del Estado de bienestar, en sus diferentes concepciones, como elemento básico de sus planteamientos socioeconómicos.

Como organización internacional está creada por un tratado multilateral cuyo núcleo esencial está, a su vez, constituido por los objetivos que los Estados miembros asignan a la CE, que en función de estos objetivos, formulados esencialmente en el art. 2 TCE, ha desarrollado su actuación y el TJCE ha ido desplegando en su jurisprudencia una concepción del principio de igualdad de trato que, partiendo siempre de las disposiciones del Tratado existentes en cada momento, finalmente ha servido como punto de referencia para dar contenido a su vez a la modificación y enriquecimiento de dichas disposiciones.

En este contexto es en el que hay que entender el significado del objetivo de la igualdad de trato entre el hombre y la mujer en el ámbito de aplicación del TCE y de acuerdo con las características de las competencias y funciones de las instituciones comunitarias.

De esta forma se puede considerar que tiene un carácter complementario, puesto que de lo que se trata básicamente es de conseguir la uniformidad de las legislaciones de los Estados miembros, ya de por sí muy desarrolladas, de manera que el principio se interprete y se aplique de igual forma en la totalidad del ámbito de la CE.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, aunque la naturaleza de su significado en el TCE se haya ampliado considerablemente, mantiene la característica de es-

tar referido primordialmente a materias relacionadas con el desarrollo y el funcionamiento del mercado interior y, específicamente, con cuestiones de naturaleza laboral y social.

1. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD DEL ART. 12 TCE

Como apuntaba el profesor Vignes en la primera edición del *Commentaire Mégret*¹ «al incluir esta regla en el rango de los principios, dándole categoría de principio general, los signatarios del Tratado han consagrado formalmente el hecho de que constituya una de las normas de base, uno de los pilares de la Comunidad Económica Europea». Su carácter general es evidente y el objetivo de la integración de las personas individuales con independencia de su nacionalidad constituye, más que un objetivo, un presupuesto necesario para el funcionamiento pleno del mercado interior.

Aunque el art. 12 TCE es la norma del TCE que establece este principio en términos generales, también forma parte del contenido de los arts. 39 (libre circulación de trabajadores), 43 (derecho de establecimiento), 54 (libre prestación de servicios), 72 (PCT) o 90 (política fiscal), así como en numerosos actos de derecho derivado.

El TJCE se pronunció respecto de la aplicación de este principio por primera vez en la sentencia *Walt Wilhelm* de 13.2.69², reconociendo el efecto directo del entonces art. 7 TCEE (art. 12 actual).

Posteriormente, en reiterada jurisprudencia³, ha ido delimitando el significado de este principio en relación con las situaciones concretas, entendiendo que el principio se debe interpretar de forma extensiva, en la medida en que afecte a cuestiones que, aunque no estén consideradas específicamente como objeto de las normas o de los objetivos del TCE, den lugar a formas indirectas de discriminación en ámbitos que tienen relación con el funcionamiento del mercado interior, como ocurría en la sentencia *Cowan* de 2.2.89⁴, en relación con el ejercicio de libertades comunitarias, o en la sentencia *Mund & Fenster* de 10.2.94⁵, en relación con la aplicación de normas de derecho procesal civil de un Estado miembro.

En este sentido, el TJCE en la sentencia *Comisión-Irlanda* de 18.2.78⁶, dictada en un asunto referido a la aplicación de las normas de regulación de la conservación de recursos marinos, respecto de cuya explotación pesquera el gobierno irlandés había procedido a prohibir el acceso a la zona marítima en cuestión a los pesqueros de más de 33 metros de eslora o de más de 1.100 CV de potencia. Se daba el caso de que en la flota irlandesa no había ningún buque que sobrepasara esas especificaciones. Por

1. *Commentaire Mégret*, nº 1, 1970, p. 25.

2. TJCE, Rec. 1969, p. 1.

3. TJCE, sentencia *Comisión-Irlanda* de 18.2.78, Rec. 1978, p. 417; sentencia *Forcheri* de 13.7.83, Rec. 1983, p. 2.323; sentencia *Gravier* de 13.2.85, Rec. 1985, p. 593.

4. TJCE, Rec. 1989, p. 2.289.

5. TJCE, Rec. 1994, p. 467.

6. TJCE, Rec. 1978, p. 417.

el contrario, la medida afectaba de pleno a las flotas francesa y holandesa. En tales circunstancias el TJCE interpretó que *«la norma de igualdad de trato establecida por el derecho comunitario prohíbe tanto las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, como cualquier forma disimulada de discriminación que, por la aplicación de otros criterios de distinción, lleguen de hecho al mismo resultado»*. El TJCE ha mantenido una línea constante de atenerse a los hechos más allá de las apariencias formales para la interpretación del alcance de este principio, lo que demuestra el carácter fundamental que le atribuye, además de entenderlo como una norma de aplicación directa en el ámbito comunitario. Al margen de cualquier construcción formal, la realidad debe mostrar que existe una igualdad de trato incuestionable, acorde con los objetivos del TCE.

En este sentido, en la sentencia Gravier de 13.2.85⁷, clásica en esta materia, tuvo que considerar una situación en la que una escuela de arte belga había impuesto una tasa suplementaria de matriculación para alumnos extranjeros que no debían satisfacer los belgas. En este contexto, el TJCE empezó por estimar que *la naturaleza del problema no concernía ni a la organización de la enseñanza ni tampoco a su financiación, sino al hecho de establecer un obstáculo financiero para el acceso a la enseñanza de estudiantes extranjeros*. Por esta razón, el TJCE consideró que *«si bien la organización de la educación y la política de enseñanza no forman parte, en sí mismas consideradas, de los sectores que el Tratado ha sometido a las competencias de las instituciones comunitarias, el acceso y la participación en los cursos de enseñanza y aprendizaje, en particular cuando se trata de formación profesional, no son ajenos al derecho comunitario»*.

«En este sentido, el artículo 7 del Reglamento 1612/68/CE del Consejo de 15.10.68⁸, relativo a la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad, prevé que el trabajador nacional de un Estado miembro que ejerza sus actividades en otro Estado miembro, se beneficie allí, con el mismo derecho y en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales, de la enseñanza de las escuelas profesionales y de los centros de readaptación o de reeducación. El mismo Reglamento, en su artículo 12, garantiza el acceso a los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro en que ejerzan sus actividades a los nacionales de otro Estado miembro».

«La imposición de cualquier otro tipo de tasa suplementaria como condición de acceso a los cursos de enseñanza profesional a los estudiantes nacionales de otro Estado miembro, cuando no se haya impuesto el mismo gravamen a los Estudiantes nacionales, constituye una discriminación por razón de la nacionalidad prohibida por el artículo 7 del Tratado (art. 12 actual)».

Por otra parte, en la aplicación del principio del principio, el TJCE distingue entre discriminación de carácter formal y discriminación de carácter material. Así, en la sentencia Italia-Comisión de 17.7.63⁹, considera que *«teniendo en cuenta que el trato*

7. TJCE, Rec. 1985, p. 593.

8. DOCE L 257 1968.

9. TJCE, Rec. 1963, p. 337.

diferente de situaciones no comparables no permite concluir automáticamente la existencia de una discriminación; que la experiencia de discriminación formal puede por lo tanto corresponder de hecho a una ausencia de discriminación material; que la discriminación material habría consistido en tratar de manera diferente situaciones similares o de manera idéntica situaciones diferentes».

Por otra parte, el principio, tal y como está formulado en el art. 12, tiene un carácter normativo general y absoluto:

- a) Los Estados miembros están obligados absolutamente a su cumplimiento. Se impone a todos sus órganos y administraciones y los particulares lo pueden alegar ante los órganos jurisdiccionales frente a cualquier norma jurídica interna que lo infrinja. El art. 12-2º establece que *«el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 12, podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones»*, y la Comisión, de acuerdo con el art. 226 TCE, puede recurrir cualquier acto de un Estado miembro que constituya una infracción del art. 12.
- b) Las instituciones comunitarias están obligadas a asegurar y garantizar la igualdad de trato de los agentes económicos, ya sean personas físicas o jurídicas, de los trabajadores y, en términos generales, de todos los ciudadanos de la UE que se encuentren en una misma situación y además tienen prohibido específicamente introducir o llevar a cabo cualquier tipo de discriminación por razón de la nacionalidad.

1.1. El contenido del principio de igualdad de trato

El contenido del principio de igualdad de trato está planteado, en términos generales, en el art 39 TCE, en relación con la libre circulación de trabajadores, pero se ha ido definiendo con más precisión a través de normas de derecho derivado como el reglamento 1612/68 (vid. supra, nota 731) y de la jurisprudencia del TJCE:

- a) En la sentencia Comisión-Italia de 14.1.88¹⁰, el TJCE considera que el trabajador que procede de otro Estado miembro distinto de aquel en el que lleva a cabo su actividad, tiene que encontrarse en igualdad respecto de todas las condiciones de empleo y de trabajo, *«en particular en materia de remuneración, despido y reintegración profesional o recolocación si entra en el paro»*. El TJCE interpreta en sentido amplio el concepto de condiciones de empleo y de trabajo, refiriéndolas a todos los aspectos que pueden redundar en la protección de los derechos del trabajador comunitario.
- b) El reglamento 1612/68 dispone igualmente que el trabajador comunitario se beneficie de las mismas ventajas sociales y fiscales que tengan los nacionales del Estado miembros en el que desarrolle su profesión. Las ventajas sociales deberán interpretarse en sentido amplio, aun aquellas que son inherentes a la

10. TJCE, Rec. 1988, p. 29.

condición de trabajador en términos estrictos. Como señalaba el TJCE en la sentencia *Cristini* de 30.9.75¹¹, «*si bien es cierto que determinadas disposiciones (del reglamento 1612/68) se refieren a relaciones derivadas del contrato de trabajo, hay otras que son ajenas a estas, como la reintegración profesional y la recolocación en caso de paro, que suponen la finalización de un empleo anterior*». Es decir, mantiene la interpretación de que el trabajador, aun cuando haya concluido su contrato por la razón que sea, sigue siendo considerado como sujeto de actividad económica y ello le hace acreedor a disponer, en la misma medida que los nacionales del Estado miembro en el que se encuentre, de los derechos que se puedan derivar de haber ejercido una actividad profesional.

- c) De igual manera, como pusiera de manifiesto el TJCE e la sentencia *Gravier* antes citada (vid. supra, nota nº 7), tiene acceso a la formación profesional, que es una materia que entra en el ámbito de aplicación del TCE, en las mismas condiciones que el trabajador nacional del Estado miembro en que se encuentre.
- d) De igual forma, la igualdad de trato se reconoce en el art. 8 del reglamento 1612/68 respecto de la sindicación del trabajador de otro Estado miembro. Tiene los mismos derechos a la afiliación y al ejercicio pleno de los derechos sindicales, comprendido el de voto, siendo asimismo elegible para los órganos de representación sindical en la empresa¹².
- e) Respecto de la regulación de las prestaciones de la seguridad social, el derecho comunitario, en términos generales, se limita a conferir la competencia a la legislación del lugar de trabajo, como el TJCE considera en la sentencia *Pinna* de 1.1.86¹³, que normalmente se encuentra muy desarrollada en todos los Estados miembros.

A nivel comunitario, el art. 42 TCE es la norma general en esta materia y dispone que el Consejo adoptará en cuestiones de seguridad social las medidas necesarias para crear un sistema que permita garantizar a los trabajadores que desarrollen su actividad en un Estado miembro distinto del que proceden y a sus derechohabientes, la acumulación de todos los periodos de cotización tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para su cálculo y el pago de las prestaciones. Se trata de asegurar unas condiciones básicas que permitan al trabajador comunitario mantener su estatuto como tal y como ciudadano europeo y no encontrarse simplemente en la situación de componente económico del mercado de trabajo en los Estados miembros de la CE. En este sentido, el TJCE, en la sentencia *Barber* de 17.5.1990¹⁴, entendía que las prestaciones concedidas al trabajador con ocasión de su despido constituyen una forma de retribución a la que tiene derecho el trabajador en razón de su rela-

11. TJCE, Rec. 1975, p. 1.085.

12. Druésne, G., *Droit matériel et politiques de la Communauté Européenne*, 2ª ed., 1991, p. 117.

13. TJCE, Rec. 1986, p. 1.

14. TJCE, Rec. 1990, p. 1.944.

ción de trabajo, que le es pagada en el momento de cesar su relación de trabajo, que permite facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de la pérdida de su empleo y que le garantiza una fuente de ingresos durante el periodo de búsqueda de un nuevo trabajo.

2. EL OBJETIVO GENERAL DE LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES

A) *Carácter inicial*

La igualdad de trato entre hombres y mujeres es una de las concepciones que ha evolucionado en el sistema jurídico de la CE en la medida en que ésta ha ido ampliando sus competencias y consolidando un espacio común europeo que, teniendo en principio una naturaleza predominantemente económica, ha tenido que incorporar y regular sectores de actividad y situaciones que originalmente se entendían como pertenecientes a la competencia exclusiva de los Estados pero que la configuración de un efectivo mercado común ha puesto de manifiesto que era necesario incorporar al ámbito de aplicación del TCE.

En el Tratado de Roma, se regulaba en el art. 119 (141 actual), limitando su referencia a la igualdad de retribución, con el objetivo de evitar distorsiones en la competencia entre empresas, puesto que una desigualdad de retribución en trabajos de igual valor o significación económica podía dar lugar a que se abusara en la contratación de mujeres, en aquellos mercados de trabajo en que fuera posible, para adquirir la ventaja proporcionada por una mano de obra más barata.

B) *La evolución a través de la jurisprudencia del TJCE*

Sin embargo, esta disposición permite al TJCE iniciar una línea de interpretación jurisprudencial que le permitirá ampliar la aplicación y el significado del mencionado artículo 119 (141 actual):

- a) Manteniendo el significado inicial del art. 119 (141 actual), primordialmente económico, para evitar unas distorsiones en la competencia entre empresas que podrían generar discriminaciones salariales abusivas.
- b) Introduciendo un significado marcadamente social, en función de la mejora de las condiciones de vida y de trabajo.
- c) En función de esa doble finalidad debía considerarse como un principio esencial en el sistema jurídico de la CE, considerando en la sentencia Defrenne II de 8.4.76¹⁵ que el art. 119 (141 actual) debía tener eficacia directa.

15. TJCE, Rec. 1976, p. 455.

En los 80, el TJCE, en reiterada jurisprudencia¹⁶, integra en la igualdad de trato entre hombre y mujer el concepto de igualdad de oportunidades. Estos desarrollos jurisprudenciales tienen el reflejo correspondiente en la legislación comunitaria con la adopción de la directiva 86/378/CEE del Consejo de 24.7.86¹⁷ (modificada por la directiva 96/97/CE¹⁸), relativa a la puesta en práctica de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la seguridad social, que ha contribuido a precisar el ámbito de aplicación del principio, así como a especificar las discriminaciones que excluye su aplicación.

El apartado 1 del art. 5 de la mencionada directiva dispone que «*en las condiciones establecidas en las disposiciones siguientes, el principio de igualdad de trato implicará la ausencia de cualquier discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar*». En esta disposición se establece explícitamente la distinción entre discriminación directa e indirecta, aunque no se definen sus contenidos, por lo que, según el sentido que les da el TJCE en la sentencia Comisión-Irlanda (vid. supra, nota nº 6), se puede considerar:

- Discriminación directa, como aquella que se fundamenta expresamente en el criterio del sexo para establecer diferencias en la situación o en los derechos de los trabajadores afectadas.
- Discriminación indirecta, que sería aquella que, sin hacer referencia explícita a este criterio, produciría esencialmente los mismos efectos respecto de los trabajadores de un sexo determinado.

La prohibición de discriminación directa se aplica a cualquier régimen profesional de seguridad social de trabajadores asalariados cualquiera que sea el riesgo asegurado, ampliando la gama de prestaciones garantizadas hasta ese momento.

Por otra parte, el art. 7 de la directiva dispone que «*los Estados miembros adaptarán las medidas necesarias para que:*

- a) sean nulas, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos legalmente obligatorios, los reglamentos de empresas o cualquier otro acuerdo relativo a los regímenes profesionales;
- b) los regímenes que contengan tales disposiciones no pueden ser objeto de medidas administrativas de aprobación o de extensión».

C) Consolidación y desarrollo del principio en el Tratado de Amsterdam

Finalmente, el TA, en la revisión que realiza en el TCE, introduce en el art. 2 la igualdad entre el hombre y la mujer como uno de los objetivos generales del Trata-

16. TJCE, sentencia Marshall de 26.2.86, Rec. 1986, p. 726; sentencia Roberts de 26.2.86, Rec. 1986, p. 703; sentencia Beets-Propser de 26.2.86, Rec. 1986, p. 773; sentencia Bilka de 13.5.86, Rec. 1986, p. 160.

17. DOCE L 225 1986.

18. DOCE L 46 1997.

do, añadiendo un apartado 2 al art. 3, según el cual *«en todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad»*, con lo cual confirma su naturaleza de objetivo general y además añade la cualidad de elemento que afecta de forma transversal a la práctica totalidad de las acciones previstas en el TCE. Además el art. 13 dispone que el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al PE, 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, reconociendo así su naturaleza fundamental.

Por otra parte, con respecto a su aplicación en el ámbito estrictamente laboral, el TA introduce varias modificaciones en el art. 141, que inicialmente se limitaba a definir el concepto de retribución y disponer la igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo, al que se añade un apartado 3 que establece que *«el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 (ex 189 B) y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor»*. De igual manera, añade un apartado 4, introduciendo el concepto de discriminación positiva, que hasta ese momento la CE se había resistido a incorporar, disponiendo que *«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 prevean ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales»*.

2.1. La igualdad de retribución

El art. 141 TCE en sus apartados 1 y 2 establece el principio de la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. El contenido de este artículo lo precisa la directiva 75/117/CEE del Consejo de 10.2.75¹⁹, en la que se dispone la eliminación en todos los sistemas de remuneración de cualquier discriminación basada en el sexo.

A) *El efecto directo del art. 141*

Este artículo establece la obligación para los Estados miembros de asegurar la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre los trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor. Se trata de

19. Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, DOCE, L 45 1975.

suprimir cualquier tipo de discriminación respecto de la retribución. En este sentido, es una norma incondicional y suficientemente precisa como para ser directamente aplicable tanto respecto de discriminaciones directas, fundadas en el sexo del trabajador, como indirectas, que sin fundarse expresamente en el criterio del sexo, sin embargo producen esencialmente los mismos efectos con respecto a trabajadores de uno u otro sexo, en tanto puedan ser constatadas mediante la aplicación de criterios como el de la identidad de trabajo o igualdad de remuneración, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros la protección de los derechos que esta disposición confiere a los sujetos del derecho comunitario, excepto en el caso en que esa misma jurisdicción exija la aplicación de otras normas más específicas, nacionales o comunitarias, para apreciar la discriminación.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el art. 141 tiene efectos *«erga omnes»*, de acuerdo con la interpretación del TJCE en las sentencias Defrenne II de 8.4.76²⁰, Kowalska de 27.6.90²¹ y Benne de 28.9.94²². Es decir, puede ser alegado por un particular ante un órgano jurisdiccional nacional en un litigio con el Estado o con otro particular, y no sólo contra sus empleadores, sino también contra los administradores encargados de ejecutar las obligaciones del propio empleador, según establece expresamente la sentencia Coloroll de 28.9.94²³.

B) *El concepto de retribución*

El propio art. 141 en su apartado 2 define el concepto de retribución como *«el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo»*. Por una parte, se establece dentro de una relación de dependencia entre el trabajador y el empleador. Por otra, se entiende en un sentido amplio y comprende también las ventajas de todo tipo que el trabajador pueda percibir del empleador en razón de la relación de empleo que les une.

En este sentido, el TJCE ha ido introduciendo cambios en el concepto en su interpretación de la aplicación del art. 119 (141 actual). Así, en la sentencia Defrenne I de 25.5.71²⁴ excluía de la noción amplia de retribución los regímenes o prestaciones sociales, sobre todo las pensiones de jubilación, que están reguladas por la ley con exclusión de todo elemento de concertación y que obedecen más que a la relación de empleo a políticas sociales.

Pero ya en la sentencia Bilka de 13.5.86²⁵, el TJCE entiende que entran en el ámbito de aplicación del art. 141 aquellos regímenes convencionales de empresa en tanto en cuanto constituyan elementos pactados componentes de la remuneración de un trabajador, siempre que reúnan las siguientes características:

20. TJCE, Rec. 1976, p. 1.365.

21. TJCE, Rec. 1990, p. I-2.591.

22. TJCE, Rec. 1994, p. I-4.389.

23. TJCE, Rec. 1994, p. I-389.

24. TJCE, Rec. 1975, p. 445.

25. TJCE, Rec. 1986, p. 1.607.

- que tengan su origen en un acuerdo entre el empleador y los trabajadores;
- que formen parte del contenido del contrato de trabajo;
- que tenga por efecto completar las prestaciones sociales establecidas por la legislación nacional con prestaciones que son financiadas exclusivamente por el empleador;
- posteriormente, en las sentencias Barber de 17.5.90²⁶ y Ten Over de 6.10.93²⁷, se introdujo como característica adicional la ausencia de intervención pública en la financiación de las retribuciones.

En la misma sentencia Barber, el TJCE considera que a diferencia de las prestaciones concedidas por los regímenes legales nacionales de Seguridad Social, las pensiones pagadas por los regímenes profesionales privados se caracterizan por:

- a) Haber sido instituidos como consecuencia de una concertación entre interlocutores sociales.
- b) Haber sido instituidos como consecuencia de una decisión unilateral del empresario.
- c) Estar financiados únicamente por el empresario o por éste junto con los trabajadores.
- d) Porque la Ley admita que con el acuerdo del trabajador sustituyan en parte al régimen legal.
- e) Porque sólo afecten a los trabajadores empleados por determinadas empresas.

En todo caso, el TJCE considera que constituyen gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo y, por consiguiente, están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del art. 119 (141 actual).

C) La prohibición de toda discriminación en materia de retribución

El TJCE en la sentencia Barber (vid. supra, nota 749), considera que el art. 119 (141 actual) *prohíbe toda discriminación en materia de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, cualquiera que sea el mecanismo que determine esta desigualdad, aplicándose directamente a todas las formas de discriminación que puedan ser comprobadas únicamente con ayuda de los criterios de identidad de trabajo y de igualdad de retribución seguidos por el artículo citado, sin que para la aplicación de estos sean necesarias medidas comunitarias o nacionales que determinen dichos criterios*. El órgano jurisdiccional nacional ante el que se invoque dicho artículo, debe garantizar la protección de los derechos que esta disposición concede a los sujetos afectados.

26. TJCE, Rec. 1990, p. I-1.889.

27. TJCE, Rec. 1993, p. I-4.879.

En materia de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, *sólo se garantiza la transparencia necesaria para permitir al órgano jurisdiccional nacional el ejercicio de un control eficaz, si el principio de igualdad de retribución se aplica a cada uno de los elementos de la retribución concedida respectivamente a los trabajadores masculinos y femeninos y no globalmente al conjunto de las gratificaciones concedidas a unos y a otros.* En este sentido, el TJCE en la citada sentencia Barber estima que la fijación de un requisito de edad, distinto según el sexo, para causar derecho a una pensión en el marco de un régimen profesional privado que sustituya en parte al régimen legal es contraria al art. 119 (141 actual), aunque la diferencia entre las edades de jubilación de los hombres y de las mujeres correspondan a la prevista en el régimen legal nacional.

2.2. La igualdad de trato en materias de acceso al empleo y de condiciones de trabajo

Después de las sentencias Defrenne I y Defrenne II (vid. supra, notas 24 y 20 respectivamente), se sintió la necesidad de regular esta materia en el marco del sistema jurídico comunitario. Como no existía en aquel momento ninguna disposición específica en el Tratado en la que se pudiera fundar un acto en este sentido, el Consejo utilizó como base el art. 235 (308 actual) para adoptar la directiva 76/207 de 9.2.76²⁸, 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, que considera la igualdad como un derecho básico y un principio autónomo del derecho comunitario, haciendo referencia tanto a la discriminación directa como a la indirecta y suponiendo la ausencia de cualquier tipo de discriminación por razón del sexo, en cualquier manera que se lleve a cabo, respecto de las materias que regula, en las que se deben garantizar las mismas condiciones a hombres y mujeres.

En este sentido, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para la supresión de las medidas legales, reglamentarias y administrativas contrarias a este principio y para proceder a la modificación o anulación de las disposiciones opuestas a dicho principio que figuren en convenios colectivos, contratos o reglamentos de empresas. Por otra parte no impide la adopción de medidas de discriminación positiva, aunque específica, respecto de la protección de la mujer en caso de embarazo o maternidad, o de medidas dirigidas a rectificar las desigualdades de hecho que pudieran afectar a las mujeres en las materias reguladas por la directiva.

El TJCE ha tenido ocasión de aplicar e interpretar en numerosas ocasiones la directiva 76/207, precisando el alcance y el significado de sus disposiciones. Así en la sentencia Herz de 8.11.90²⁹, considera que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres, por lo que constituye una discriminación fundada en el sexo. Sin embargo, no considera discriminación el despido de una mujer trabajadora por una

28. DOCE L 39 1976.

29. TJCE, Rec. 1990, p. I-3.979.

incapacidad laboral sobrevenida después del descanso por maternidad, aunque la enfermedad hubiera sido originada por el parto. Por otra parte, en la sentencia Habermann-Bertelmann de 5.5.94³⁰, consideró como discriminación el hecho de anular un contrato de trabajo como consecuencia de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, de la misma forma, que en la sentencia Brown de 30.6.98³¹, ha considerado como discriminación el despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo.

Ahora bien, el TJCE al entender, como hace en la sentencia Birds Eye Walls de 9.11.93³², que la garantía de igualdad de trato entre hombres y mujeres supone que las categorías de trabajadores en todos los niveles profesionales se deben encontrar en las mismas circunstancias de hecho y de derecho, había considerado como contrarias al derecho comunitario las disposiciones estatales que establecen una situación de discriminación positiva a favor de la mujer, para compensar carencias que se podrían haber producido respecto de ciertos trabajos, tal y como estima en la sentencia Kalanke de 17.10.95³³. Sin embargo, en la sentencia Marshall de 11.11.97³⁴, se produce un giro en su línea de interpretación al admitir como compatible con la directiva 76/207 a una norma jurídica de un Estado miembro que daba preferencia a la promoción profesional de las mujeres, aunque no de forma automática e incondicional sino teniendo en cuenta los méritos previos de los candidatos de ambos sexos.

En el mismo sentido de ampliación del ámbito material del principio de igualdad de trato, se ha ido pronunciando el Consejo desde que adopta la directiva 79/7 de 19.12.78³⁵, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, dirigida a implantar dicho principio en los regímenes legales de seguridad social que garantizan una protección contra los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, accidente de trabajo, enfermedad profesional, desempleo y ayuda social³⁶, pasando por las antes citadas directivas 86/378/CEE y 96/97/CE (vid. supra, notas 740 y 741), así como la directiva 86/613/CEE de 11.12.86³⁷, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el caso de los trabajadores independientes.

2.3. La igualdad de trato en materia de Seguridad Social

A) *Las disposiciones del TCE*

El TCE, en los arts. 136 a 145 regula en términos generales la política social comunitaria. En este sentido, el art. 136, teniendo en cuenta los derechos sociales fun-

30. TJCE, Rec. 1994, p. I-1.657.

31. TJCE, Rec. 1998, p. I-4.185.

32. TJCE, Rec. 1993, p. I-5.579.

33. TJCE, Rec. 1995, p. I-3.051.

34. TJCE, Rec. 1997, p. I-6.363.

35. DOCE L 6 1979.

36. Robles Carrillo, M.A., La política social comunitaria, en «Derecho comunitario material», ed. López Escudero, M. y Martín y Pérez de Nanclares, J., 2000, p. 274.

37. DOCE L 359 1986.

damentales que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18.10.61, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, define los objetivos generales de esta política, estableciendo como tales el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada y la lucha contra las exclusiones. Por su parte, el art. 137 dispone que para la consecución de los objetivos del art. 136, la CE apoyará y completará la acción de los Estados miembros procurando realizar, entre otros objetivos concretos, la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, atribuyendo competencias al Consejo para que, decidiendo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al PE, al CES y al CR, adopte las medidas que considere necesarias en materia de seguridad social y protección social de los trabajadores, respecto de cuya regulación, según lo dispuesto en el apartado 2 del art. 3, de acuerdo con la modificación introducida en Amsterdam, la CE se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.

B) *El derecho derivado*

Como ya se ha expuesto anteriormente, inicialmente, en el Tratado de Roma, la igualdad de trato sólo se había contemplado en el art. 119 en referencia a la igualdad de retribución. Fueron las reformas introducidas en el AUE, en el Tratado de Maastricht y en el de Amsterdam las que introdujeron las disposiciones del TCE que ahora están vigentes.

Sin embargo el Consejo había adoptado ya la directiva 79/7/CEE de 19.12.78³⁸, relativa a la aplicación progresiva del principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad social, que continúa constituyendo una norma clave en la regulación de esta materia en el sistema de la CE. Esta directiva, en su artículo 1, establece que «*la presente directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de seguridad social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social*». Esta finalidad es recogida por el apartado 1 del art. 4 de la directiva, que prohíbe en materia de seguridad social toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes de seguridad social y de las condiciones de acceso a los mismos.

C) *La jurisprudencia del TJCE*

El TJCE ha procedido a fijar su alcance en una amplia jurisprudencia que ha contribuido en buena medida a establecer los términos en que la regulación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres se ha integrado en el TCE, en términos generales y, en particular, en lo que atañe a la regulación de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico de la CE.

38. DOCE L 6 1979.

En este sentido, en la sentencia Países Bajos-Federatie Nederlandse Vakbeweging de 4.12.86³⁹, considera, en primer lugar, que el art. 1 de la directiva 79/7 es una norma que no está sujeta a condición y que es suficientemente precisa, por lo que puede ser invocada por los particulares en defecto de medidas de aplicación en los plazos establecidos, en contra de toda disposición nacional que no esté de acuerdo con ella, en la medida en que defina derechos que los particulares puedan hacer valer respecto del Estado. Por otra parte, *entiende que el apartado 1 del art. 4, en sí mismo considerado, teniendo en cuenta la finalidad de la citada directiva y de su contenido, excluye toda discriminación por razón de sexo de manera general y en términos inequívocos*. La disposición es así lo suficientemente precisa como para ser invocada por un justiciable y aplicada por el juez.

De igual forma, en la sentencia Roks de 24.2.94⁴⁰, el TJCE considera que, *a falta de medidas de aplicación adecuadas, el apartado 1 del art. 4 de la directiva 79/7 puede ser invocado por los particulares ante los tribunales nacionales para evitar la aplicación de cualquier disposición nacional incompatible con dicho artículo*. De acuerdo con sus disposiciones, las mujeres tienen derecho a ser tratadas de la misma forma y a que se les aplique el mismo régimen que a los hombres que se encuentren en la misma situación, régimen que, a falta de una aplicación correcta de la directiva, sigue siendo el único sistema válido de referencia.

Con arreglo a este criterio, entiende el TJCE que las medidas de ejecución nacionales adoptadas extemporáneamente deben respetar por completo los derechos que en virtud del apartado 1 del art. 4 se generen a favor de los particulares, a partir del vencimiento del plazo concedido a los Estados miembros para cumplir la directiva (que en este caso era de seis años, de acuerdo con lo establecido por la propia norma).

También en esta sentencia entra el TJCE en la consideración de la discriminación indirecta, al considerar que el apartado 1 del art. 4 de la directiva 79/7 se opone a la aplicación de una normativa nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje mayor de mujeres que de hombres. Esta cuestión ya la había manifestado en la sentencia Ruzius-Wilbrink de 15.12.89⁴¹, considerando que *«en caso de discriminación directa las mujeres tienen derecho a ser tratadas de la misma manera y a que se les aplique el mismo régimen que a los hombres que se encuentren en la misma situación, régimen que, en defecto de correcta ejecución de la Directiva (79/7), continúa siendo el único sistema válido de referencia. De forma análoga, en un caso de discriminación indirecta...los miembros del grupo desfavorecido, hombres o mujeres, tiene derecho a que se les aplique el mismo régimen que a los demás beneficiarios»*.

Por otra parte, el TJCE admite la posibilidad que la norma nacional pueda ser discriminatoria, siempre que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón del sexo, entendiendo que así sucede cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro cuya legislación está controvertida, son adecuados para

39. TJCE, Rec. 1986, p. 1.995.

40. TJCE, Rec. 1994, p. I-587.

41. TJCE, Rec. 1989, p. 4.321.

alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin, como declara en la sentencia Roks antes citada.

Por esta razón, en la sentencia Wolfs de 22.10.98⁴² estima que la directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que cuando una normativa nacional ha mantenido una diferencia en la edad de jubilación entre los trabajadores y las trabajadoras, el Estado miembro interesado puede calcular la cuantía de la pensión de modo distinto, según el sexo del trabajador.

En tal caso, la fijación de la edad para conceder la pensión de jubilación determina efectivamente la duración del periodo durante el cual los interesados pueden cotizar al sistema de pensiones. Si se mantiene una diferencia en la edad de jubilación, cuestión de hecho que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional, una discriminación respecto al modo de cálculo de las pensiones está necesaria y objetivamente vinculada a esta diferencia y, por consiguiente, está incluida en el ámbito de aplicación de la excepción que autoriza la citada disposición.

3. CONCLUSIONES

Se puede considerar que la configuración del objetivo de la igualdad de trato entre hombres y mujeres previsto en el art. 2 TCE tiene las siguientes características:

- a) Establecido inicialmente en el art. 119 únicamente en referencia con las retribuciones correspondientes al trabajo asalariado, se desarrolla por la jurisprudencia del TJCE y por las disposiciones del Consejo en combinación con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad del art. 7 del Tratado de Roma (después art. 6 TCEE y actual art. 12 TCE), en un proceso progresivo de elaboración típico de la dinámica de evolución de la CE.
- b) El TJCE procede mediante un sistema de interpretación finalista, en conexión con los fines y objetivos del TCE, que tiene como efecto conferirle un sentido amplio, extendiéndole a situaciones que, aunque no constituyen exactamente materias reguladas por el TCE, tienen relación con el desarrollo y el funcionamiento del mercado interior.
- c) En este sentido, el principio del art. 12 TCE tiene un carácter normativo general y absoluto, alcanzando eficacia directa, estando obligados los Estados miembros de la CE a su cumplimiento y las instituciones comunitarias a asegurar y garantizar la igualdad de trato que especifica su contenido.
- d) Asimismo, prevalece la consideración material del principio de prohibición de discriminación, que constituye el punto de partida, ateniéndose a los hechos y procediendo a diferenciar entre el tipo de discriminación directa, realizada expresamente en relación con el sexo, y el de discriminación indirecta, en el que si bien no hay una referencia directa al sexo como causa de la misma, esencialmente se producen los mismos efectos.

42. TJCE, Rec. 1988, p. I-6.184.

- e) Posteriormente, la igualdad de trato entre hombres y mujeres termina de desprenderse, en todos sus componentes, de su vinculación con el principio general del art. 12 y del concepto de igualdad de trato del art. 39.
- f) Una vez consolidado como objetivo con entidad propia, adquiere una naturaleza transversal, puesto que se considera aplicable en la ejecución de todas las materias reguladas por el TCE, al disponer el apartado 2 del art. 3 que «*en todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*».
- g) Normalmente, el principio de la igualdad de trato entre el hombre y la mujer se encuentra muy desarrollado en las legislaciones de todos los Estados miembros, por lo que la acción de la CE se dirige esencialmente a uniformizar el sentido de las disposiciones en vigor o a complementar aquellas lagunas que pudieran tener lugar.
- h) Aunque en un principio el TJCE había realizado una interpretación estricta de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, a partir de la sentencia Marshall de 11.11.97 (vid. supra, nota 34) empieza a admitir la posibilidad de que los Estados miembros establezcan condiciones de discriminación positiva, aunque no de forma inmediata y automática, sino fundadas en razones objetivas.
- i) También por razones de carácter objetivo, el TJCE admite en la sentencia Wolfs de 22.10.98 (vid. supra, nota 42) la legitimidad de las normas nacionales que, para el desarrollo de políticas sociales, deban establecer puntualmente algún tipo de discriminación, si bien ésta no debe fundarse en el sexo (discriminación directa).