

TRABAJOS DE IGUAL VALOR, DISCRIMINACIÓN SALARIAL Y JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

GLÒRIA POYATOS I MATAS

NET21 NÚMERO 6, SEPTIEMBRE 2021

"¿Por qué habría que ser iguales que los hombres blancos para tener lo que ellos tienen, si, para tenerlo, los hombres blancos no deber ser iguales a nadie?"
Catharine MacKinnon

1. El Derecho es una constelación de género (masculino)

El Derecho tiene género y no es el femenino. No es una apreciación subjetiva, las evidencias están ahí. Se nos muestran sin pudor desde los principios y *"valores sociales"* que lo sustentan, pasando por las normas de desarrollo, así como una jurisprudencia que tiende a preservar ese *"orden natural"*, a través de la interpretación. La exclusión de las experiencias, preocupaciones y aspiraciones de las mujeres, son un acto de coherencia con un concepto de *"productividad"*, impuesto por los poderes económicos, que ha despreciado históricamente la maternidad, la crianza y los cuidados familiares a pesar de ser un trabajo imprescindible para la economía, la sociedad y para la vida misma.

Además, la histórica subordinación de las mujeres en el espacio privado dentro de los Estados ha dificultado su influencia en la confección del derecho. Como consecuencia de ello, el derecho ha venido institucionalizando las experiencias y preocupaciones masculinas que ha naturalizado como el *"modelo humano"*.

Las desigualdades de género han sido una constante en una historia llamada *"del hombre"* y siguen presentes en todos los ámbitos sociales pensables. También, en los países democráticos, donde perviven arropadas bajo prejuicios inmunes a las leyes. Son los mismos estereotipos de otros siglos, que siempre han estado ahí y siguen estando, en la sociedad, la economía, el derecho, la política ...

La jurista iusfeminista, Catherine Alice Mackinnon, lo describe así:

“Quienes detentan el poder en la sociedad civil, que no son las mujeres, diseñan sus normas y sus instituciones, que se convierten en status quo. Quienes detentan el poder en unos sistemas políticos que no diseñaron las mujeres y de los que se ha excluido a las mujeres, escriben la legislación que establece los valores dominantes”¹.

El derecho actúa como un creador de conciencias, es un discurso legitimado que recoge e impone reglas de conducta y organización y las regula, desde el sesgo parcial tanto en el ámbito formal normativo como en el estructural². Es un producto social que no es ajeno a las relaciones de poder y reproduce, en sí mismo, las relaciones de género. Si las mujeres han sido históricamente relegadas a una posición subordinada de humanidad, entonces, en el discurso del derecho, no ha sido diferente³. Por ello podemos decir que una aplicación ciega o automática del ordenamiento jurídico en determinadas materias (conciliación, prestaciones de género, trabajos feminizados, delitos sexuales, etc.), puede dar lugar a discriminaciones indirectas, al aplicarse sobre el sector femenino de la población, o en su caso, a los hombres que no siguen las prescripciones normativas de género.

Pero el derecho no es estático, cambia al ritmo que lo hace la sociedad, el pensamiento y las realidades que pretende regular y con ello también cambian los conceptos, su alcance y contenido. Ello constituye un reto para quienes juzgamos. Debemos ser dúctiles a las transformaciones, comprenderlas y ajustar nuestras decisiones a las nuevas realidades sociales con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la plena protección de derechos fundamentales de toda la ciudadanía.

Aunque el derecho a la igualdad y no discriminación son principios conocidos desde hace años, volver a ellos con perspectivas de género, infancia y adolescencia implica revisarlo bajo nuevas construcciones jurídicas internacionales que derivan de estándares y obligaciones que nos vinculan, bajo el imperio de la ley.

¹ MACKINNON, Catherine., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Ed. Cátedra, Madrid, 1995. Págs. 422 a 423

² FACIO MONTEJO, Alda. *Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. Santiago: Editoras: Alda Facio y Lorena Fries, 1999. Págs. 108-109

³ RAMIREZ HUARATO, B. y LLAJA VILLENA, J. *Las lentes de género en la Justicia Internacional*. Perú: Editora Valéria Pandjarjian y M. Gabriela Filoni, 2011.

2. La perspectiva de género como metodología jurídica correctora

Para subsanar las carencias de un derecho monolítico y las inequidades generadas por una aplicación mecanicista del mismo, el principio de igualdad y no discriminación evolucionó, jurídicamente, desde la igualdad formal hacia la igualdad sustancial. Ello tuvo un gran desarrollo en la UE, generándose una prolija jurisprudencia en materia de discriminación indirecta y acciones afirmativas de género. La última fase de esta mutación se llama *gender mainstreaming*⁴ o “transversalización de la perspectiva de género”, y se ha venido desarrollando en el ámbito de las instituciones internacionales y nacionales como una técnica para acabar con las desigualdades estructurales entre mujeres y hombres. La transversalidad se consolida, así, como una lógica de transformación social, garantizadora de la salvaguardia (real) de los derechos de las mujeres ante la necesidad de reconocer la diversidad de género. En coherencia con lo anterior, la actual definición internacional de discriminación de género parte de un nuevo concepto de discriminación como cualquier trato que tenga como resultado la desigualdad.

La traslación del *gender mainstreaming* al poder judicial se llama justicia con perspectiva de género. Ello no es una moda judicial, hace años que está normativizada y habita con naturalidad en los distintos sistemas judiciales del mundo, aunque avanza a velocidades diferentes, dependiendo del país desde el que observemos. Esta perspectiva, nos ayuda a descubrir la invisibilización de las asimetrías de género del derecho y la desigual protección jurídica de las experiencias asociadas a la femineidad, en relación con aquéllas que se asocian a la masculinidad.

Desde un punto de vista metodológico, juzgar con perspectiva de género, es una técnica de análisis jurídico holístico y contextualizado que obliga a los tribunales a adoptar interpretaciones conforme al principio *pro persona*, mediante soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género. Es un método de análisis jurídico para franquear los estereotipos, que apuntalan el *status quo* de las discriminaciones en tiempos de igualdad jurídica.

Jurídicamente, se ampara, sustancialmente, en los arts. 2.c), d) e), 11.1 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW); en relación con el apartado II. A- punto 15 g) de la Recomendación General nº33 sobre el acceso de las mujeres a la

⁴ El *gender mainstreaming* no es un concepto nuevo. Se incluyó, por primera vez, en el discurso de la Organización de Naciones Unidas en 1975.

Justicia del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer que es vinculante para el Reino de España al haber ratificado nuestro país el Protocolo Facultativo de la CEDAW 6 de octubre de 1999, que exigen de los poderes públicos del Estado la *“debidamente diligencia”* en la aplicación de los estándares y obligaciones internacionales en materia de género, tal y como se contiene en la Recomendación General nº16 sobre igualdad que hizo el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación nº16 sobre igualdad.

Internamente, está normativizado en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH)⁵

Por tanto, estamos ante una obligación legal vinculante para todos los poderes públicos, incluido el judicial. De otro lado, y dado que estos mandatos derivan de obligaciones internacionales contenidas en convenios internacionales ratificados por España, debe recordarse que el control de convencionalidad corresponde a quien juzga (justicia ordinaria), tal y como se recoge expresamente en la STC 140/2018⁶.

3. Brechas de género y discriminación salarial por razón de sexo

A menudo nos preguntamos como es posible que las mujeres de la UE tengan un sueldo medio un 15% inferior al de sus compañeros varones, eso no siendo directivas, porque en tal caso, la inequidad salarial se dispara al 23%⁷. Hay quien piensa que esas estadísticas son de otros hemisferios del mundo, y no se corresponden con la realidad española, donde presumimos de una veterana y sólida democracia e igualdad constitucional desde hace más de cuatro lustros.

Es cierto, que en España contamos con potentes herramientas legislativas frente a las desigualdades retributivas de género y, también, que poco a poco

⁵ Literalmente recoge: “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

⁶ “La constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario.” (FJ6).

⁷ Datos obtenidos del último Informe emitido por Eurostat e INE, “La vida de las mujeres y los hombres en Europa. Un retrato estadístico” Edición 2020.

fuimos derogando las prohibiciones legales que lastraban las capacidades jurídicas de las españolas, bajo el espejismo de las “diferencias biológicas”, en unos casos, o bajo el histórico paternalismo patriarcal, en otros. Pero la igualdad formal ha sido utilizada subrepticamente para justificar un falso pleno reconocimiento de derechos a las mujeres, garantizándoseles, solo si actúan como “hombres”, un derecho diseñado sobre valores asociados a la masculinidad normativa.

La realidad práctica nos impacta a diario, recordándonos que las históricas discriminaciones de las trabajadoras siguen estando muy presentes, aunque disfrazadas de democracia y travestidas de igualdad jurídica, que no es más que una ficción formalista muy alejada de la realidad vivida.

Se analiza, a continuación, un ejemplo práctico de cómo se esculpe esa brecha salarial de género, en un caso de dos categorías profesionales convencionales para el desempeño de trabajos de igual valor, retribuidos de forma diferente por razón de sexo, en cuya resolución se integró la perspectiva de género, por el impacto desproporcionado de género que tenía la controversia jurídica.

4. Juzgando con perspectiva de género la brecha salarial derivada de trabajos de igual valor. Análisis de la STSJ de Canarias de 27 de julio de 2021⁸

Se trataba de una demanda de conflicto colectivo planteada por la representación social de una empresa que tenía contratado, con el Ayuntamiento de Telde (Gran Canaria), el barrido de las vías públicas y recogida de residuos sólidos. Se denunciaba la discriminación retributiva que padecían las personas adscritas a la categoría profesional de “peón” (mayoritariamente mujeres) frente a los “peones polivalentes” (mayoritariamente hombres), que, siendo trabajos similares, tenían un salario diferente, de acuerdo con el convenio de empresa aplicable. La diferencia retributiva anual entre ambas categorías era de 1.490’28 euros anuales¹⁰, siendo superior la del “peón polivalente”.

⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sección Las Palmas) de 27 de julio de 2021 (Rec. 867/21).

⁹ Tal y como se hace en el texto de la sentencia, voy a usar la terminología literal del convenio aplicable, en el que solo se usa el masculino genérico en la denominación de categorías, (peón y peón polivalente a pesar de que de acuerdo con el diccionario normativo de la RAE la forma femenina de peón es peona (FJ2º punto B de la sentencia, pág. 7).

¹⁰ Según tablas salariales de 2020 (FJ2º- punto C10 de la sentencia, pág. 13)

El juzgado de lo social desestimó la demanda porque:

“la plantilla de ‘peones’ no es exclusivamente femenina siendo mayoría los varones, y porque las funciones desarrolladas por el ‘peón’ son distintas a las que realiza el ‘peón polivalente’”¹¹.

Una curiosidad resaltable de esta sentencia es que, constatada la casi inexistencia de mujeres en la categoría profesional superior de “peón polivalente” (20 varones y 2 mujeres, ascendidas con posterioridad al planteamiento de la demanda), se llega a la conclusión de que ello carece de impacto de género porque:

“la discriminación por razón de sexo, de producirse, tenía lugar para el acceso al empleo, no una vez empleado, dado que no se ascendía a “peones” hombres ni mujeres, sino que se contrataba, eso sí, exclusivamente a hombres, “peones polivalentes” como personal externo”¹².

Planteado recurso de suplicación frente a la citada sentencia, la Sala llega a distinta convicción, en base a las razones siguientes.

- En primer lugar, se estima la revisión de hechos probados, de la que se desprende un recuento desagregado por sexos de la categoría de “peón” muy diferente al que resultó probado en la sentencia recurrida. El recuento realizado desde el listado aportado por la empresa evidenciaba, sin conjeturas, la existencia de una clara mayoría de mujeres (28 mujeres y 19 varones-). Además, de los 19 hombres peones, 13 estaban sustituyendo a mujeres, en situación de baja médica. Y También se constató que todos los varones habían sido contratados tras el año 2019 (excepto 6), mientras que las mujeres estaban desde siempre. De otro lado, la categoría profesional superior de “peón polivalente” se integraba por 20 hombres y 2 mujeres.

- Una vez fijados los anteriores datos que evidencian la feminización de la categoría inferior y la masculinización de la categoría superior, la Sala aprecia la existencia de un indicio discriminatorio con impacto adverso desproporcionado de género lo que exige extremar las cautelas en la impartición de justicia, integrando la perspectiva de género como metodología de análisis correctora de las asimetrías de género concurrentes. Se sistematiza, en la fundamentación jurídica, la normativa internacional,

¹¹ FJ4º Sentencia del juzgado social nº10 de 17 de febrero de 2021 (autos 910/2020).

¹² FJ4º Sentencia del juzgado social nº10 de 17 de febrero de 2021 (autos 910/2020).

regional e interna aplicable al caso, destacándose la última normativa en materia discriminación retributiva por razón de sexo derivada de trabajos de igual valor¹³.

- La definición literal contenida en el convenio de empresa establece que:

“peon polivalente” es aquel que se dedica a las funciones de recogida o barrido a criterio del encargado, en horario nocturno o diurno y para cuya ejecución se requiere únicamente la aportación de esfuerzo físico y atención” y “peón” es aquel “operario que se dedica a las funciones concretas y determinadas y para cuya ejecución se requiere únicamente la aportación de esfuerzo físico y atención, en jornada diurna”.

- Finalmente se analizan las diferencias y similitudes existentes entre ambas categorías a los efectos de determinar si estamos ante trabajos de igual valor retribuidos de forma diferente y, en este caso, discriminatoria para las trabajadoras peonas. Sobre este extremo, la Sala llega a la convicción de que sí estamos ante trabajos sustancialmente idénticos retribuidos inequitativamente por las siguientes razones:

1ª) Por el incontrovertido hecho de ser la formación, experiencia y capacidades exigidas para el desempeño de ambas categorías, idéntica: *“aportación de esfuerzo físico y atención”.*

2ª) Ambas categorías efectúan funciones de barrido, y aunque el “peón polivalente” también desempeña la función de “recogida de trastos”, tal tarea no quedó concretizada cualitativa ni cuantitativamente en el juicio, por parte de la empresa, a quien le correspondía la carga de la prueba ante los indicios discriminatorios detectados.

3ª) Las bajas temporales de los “peones polivalentes” eran cubiertas habitualmente por “peones”, lo que evidencia la gran similitud de los trabajos a realizar por ambas categorías.

4ª) En relación a la nocturnidad, invocada como elemento justificador del salario superior, fue descartado de inmediato, al retribuirse igual al peón polivalente diurno que al nocturno, lo que deja claro que no estamos ante un trabajo nocturno en el que tal elemento, sea consustancial.

¹³ RD-Ley 6/2019 de 1 de marzo y RD 902/2020 de 13 de octubre (FJ2º, apartado B y C de la sentencia, págs. 8 a 13)

En base a ello el Tribunal declara la nulidad de la categoría inferior de “peón” y condena a que se les retribuya como “peones polivalentes”.

No obstante, la Sala desestimó la pretensión indemnizatoria que también se solicitaba en la demanda, consistente en la condena a la empresa a abonar 2.000 euros por vulneración de derechos fundamentales (daño moral), a cada una de las personas adscritas a la categoría de “peón”. A este respecto, el Tribunal apreció falta de legitimación de la parte actora en la reclamación de un “daño moral” generalizado para todas las personas (mayoritariamente mujeres) afectadas, pues pudiera ser tal daño diferente dependiendo de cada persona, y un enjuiciamiento generalizado sobre el fondo impediría, por el instituto de la cosa juzgada, la viabilidad de reclamaciones individuales.

Además, señala la sentencia, que tampoco fue aportada:

“autorización expresa para alzarse en la representación colectiva que ostenta el comité, en esta petición indemnizatoria. Como situación asimilable a la presente, aunque no idéntica, podemos observar como el art. 20 de la LRJS, exige a los sindicatos que actúen judicialmente en interés de las personas trabajadoras afiliadas, haber comunicado a la persona afiliada previamente su voluntad de iniciar el proceso”¹⁴.

5. Conclusiones

Este es uno de los múltiples ejemplos prácticos que evidencian el largo camino que nos queda para lograr la igualdad real retributiva entre mujeres y hombres, pero, sobre todo, es un ejemplo muy visual de la difícil tarea de detectar las brechas salariales.

Los pilares estereotípicos que sostienen las discriminaciones están tan arraigados a nuestro tejido perceptivo, que no somos conscientes de los continuos ajustes de nuestro pensamiento y aún cuando llegamos a ser conscientes, los justificamos, porque, en muchas ocasiones, coincidimos con lo que establecen.

La cultura de la violencia y discriminación basada en el género tienen carácter estructural y sistémico, cohabita de forma naturalizada y nos pasa desapercibida. Por ello desde el ámbito judicial debemos sospechar permanentemente del ordenamiento jurídico, que tiene su propio género, y desde luego no es el femenino.

¹⁴ FJ5º de la sentencia.