

Identidad europea, brechas de género y protección social: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desnuda persistentes discriminaciones indirectas por razón de sexo

Cristóbal Molina Navarrete

Director

[...] La ruptura que precede al desengaño/El desengaño que precede al dolor/El dolor que precede la madurez/La madurez abriéndose otras puertas, otros corazones y así siempre, todo en la vida/en un ciclo inagotable, amor y desamor/todo dispuesto –tan solo– para que tú puedas crecer.

Warman. *El antes y el después* (2015)

1. Acaban de tener lugar unas nuevas elecciones al Parlamento Europeo (26 de mayo de 2019), en un contexto de gran incertidumbre sobre el «futuro de la Unión» (UE) y su «proyecto integrador», sobre todo en su dimensión social. Tradicionalmente ignoradas por gran parte de la población, en estos comicios se habría producido una mayor participación ciudadana (no sería el caso de nuestros vecinos lusos, por ejemplo), si bien en países como España ha crecido la participación a raíz de su coincidencia con otras convocatorias (municipales y autonómicas), mejor valoradas por considerarlas más «relevantes» y «próximas» para los asuntos que «de verdad» les interesan. Asimismo, vuelve a la actualidad el interminable «divorcio británico» de la Unión Europea –UE– («*brexit*»), que ha «quemado» de momento a dos «*premier*» (de ambos sexos), el que planteó el referéndum de salida, perdiéndolo, contra todo pronóstico racional, y la que debía llevarla a cabo, fracasando 3 años después (el partido más votado al Parlamento Europeo en el Reino Unido es el que postula la salida). Una de las principales razones de ese divorcio institucional sería la voluntad de recuperar la soberanía reguladora, hurtada –al juicio de la mayoría, pírrica, pero mayoría– por la (pretendida) voracidad garantista del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Paradójicamente, y ya a la desesperada, la aún *premier* británica habría llamado a la oposición laborista, única que le puede dar la mayoría, a votar su (rechazado) plan, comprometiendo una regulación sobre «[derechos a los trabajadores británicos análogos a los europeos](#)».

Dejando de lado ahora esta profunda paradoja, cuando no contradicción (ofrecer una mejora de protección sociolaboral a través de una ley nacional británica que ya se poseería desde «la ley comunitaria»), también la actualidad legislativa comunitaria evidenciaría el error de percepción de esa mayoría ciudadana que ve en la UE solo «burocracia» y alejamiento de las cosas que realmente importarían a la mayoría de las personas de ciudadanía europea (art. 20 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–](#)). En fechas recientes, el Parlamento Europeo habría dado su aprobación a sendos acuerdos con el Consejo, a fin de impulsar tanto una mayor transparencia y previsibilidad sobre las condiciones de trabajo, de un lado, cuanto una mayor y más equitativa presencia de las mujeres en el ámbito laboral, mediante la facilitación de la conciliación entre la vida laboral y familiar en régimen de corresponsabilidad, condición crucial para la igualdad de género efectiva (real, seria, creíble), no solo formal, de otro. Recuérdese que se trata no solo de principios generales del derecho social de la UE, con plasmación en los artículos 151 y 153 del [TFUE](#), sino también de derechos sociales fundamentales de toda la ciudadanía de la UE. Por lo tanto, su eficacia jurídica es general, no solo en las relaciones con los poderes públicos (efecto vertical), también en las relaciones entre particulares (efecto horizontal), como ha reafirmado la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE de [6 de noviembre de 2018, Shimizu, C-684/16](#) –para el derecho efectivo al descanso–, y de [22 de enero de 2019, Cresco, C-193/17](#) –para la prohibición de discriminación ex art. 21 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, CDFUE–](#)), por lo que su reconocimiento y garantía deberá hacerse al margen –e, incluso, contra– de la voluntad de las «leyes soberanas nacionales».

La actualidad legislativa comunitaria evidenciaría el error de percepción de esa mayoría ciudadana que ve en la UE solo «burocracia» y alejamiento de las cosas que realmente importarían

2. En este complejo escenario (institucional, político, social, cultural, económico, etc.), nos ha parecido especialmente relevante, para evidenciar la centralidad del proyecto europeo en la construcción de la «ciudadanía social comunitaria» y su omnipresencia en la vida diaria de las personas y grupos de población de los diferentes Estados miembros, muy por encima de lo que a menudo creen, traer a colación dos nuevos pronunciamientos del ubícuo TJUE. No, no se trata aquí, pues lo dejamos para el [análisis de actualidad sociolaboral](#) en este mismo número, de recordar su intervención definitiva respecto de la obligación de registro de la jornada diaria ([STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/18](#)), tomando partido (a favor de la posición sindical, crítica, pues, con la empresarial) en un debate que se ha agriado –excesivamente– en España. Tampoco de cuestiones relativas a qué integra el salario de vacaciones anuales, ahora que millones de personas en toda la UE se disponen a tomarlas (por ejemplo, [STJUE de 13 de diciembre de 2018, C-385/17](#); para España, últimamente, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 23 de abril de 2019). Ahora queremos reclamar la atención sobre dos sentencias dictadas el mismo día y sobre un mismo principio jurídico (la prohibición de discriminaciones indirectas por razón de sexo) y materias

concurrentes (protección social: si bien pública, una; «acción social de empresa», otra), en relación con diversos Estados:

- España ([STJUE de 8 de mayo de 2019, C-161/18](#)).
- Francia ([STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/1](#)).

En el primer asunto (español), pese a involucrarse en una extrema complejidad técnica, el sustrato socioeconómico recurrente del mismo refleja claramente los persistentes agravios de colectivos crecientes de personas trabajadoras, como son las que prestan servicios a tiempo parcial, en general, y las mujeres bajo tal modalidad, importante mayoría, aún. La sentencia comunitaria responde a una petición prejudicial suscitada por el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 17 de enero de 2018. Se cuestiona la conformidad al principio de igual trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social del [artículo 247 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS). En su virtud, los periodos no se computan completos, sino proporcionalmente en relación con su carácter parcial como resultado de la aplicación de un coeficiente de parcialidad que refleja el porcentaje que representa la jornada realizada a tiempo parcial por el trabajador en relación con la realizada por un trabajador a tiempo completo comparable. También se duda de la conformidad del [artículo 248.3 de la LGSS](#), conforme al cual el número de días cotizados que arroje ese cálculo se incrementa con la aplicación de un coeficiente de 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al de los días por los que se cotizara efectivamente. Este sistema causaría efectos desfavorables en la mayoría de los casos para el trabajo a tiempo parcial, salvo en una minoría de supuestos, en los que resultaría neutro («cuando el coeficiente de parcialidad sea superior o igual a dos tercios del trabajo a tiempo completo»).

Pese a involucrarse en una extrema complejidad técnica, el sustrato socioeconómico de este asunto refleja claramente los persistentes agravios de colectivos crecientes de personas trabajadoras, como son las que prestan servicios a tiempo parcial

En el asunto francés (en el país galo ha ganado, por escaso margen con los liberales, la derecha extrema y nacionalista, crítica con el proyecto europeo), el conflicto jurídico versa sobre la interpretación del artículo 157 del [TFUE](#) (principio de igualdad de trato retributivo) y de la cláusula 2, apartados 4 y 6, del Acuerdo marco sobre el permiso parental (anexo a la [Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio](#)). Se trata de la norma aplicable al litigio principal afectado, aunque hoy el marco vigente no es este, sino la [Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo](#), que, a su vez, será derogada una vez se publique, entre en vigor y se trasponga a cada Estado la nueva directiva en la materia aprobada este año. La cuestión debatida es también relativa a sendos métodos de cálculo, pero en esta ocasión, tanto de la «indemnización por despido» (dimensión laboral), cuanto del «subsidio por recolocación» (dimensión de acción social), reconocidos a una persona trabajadora que presta sus servicios a

tiempo parcial por «disfrutar» de un permiso parental. Una vez más, al igual que en el caso español –y en otros países comunitarios, desde luego en Italia, otro país en el que ha ganado, aquí ampliamente, la derecha extrema y muy nacionalista que cogobierna el país–, si el trato peyorativo lo experimentan todas las personas en esa misma situación de reducción de jornada (por corresponsabilidad), resultaría mucho más doloroso para las mujeres, pues la prueba estadística enseña que son ellas las que se acogen a tal «goce» de derechos (96 %).

En definitiva, y a modo de resumen de esta primera aproximación a ambos asuntos, el TJUE desvela (o «desnuda») sendas discriminaciones indirectas por razón de sexo, que tienen una notable incidencia en la devaluación o inestabilidad de la seguridad económica de grupos muy nutridos de personas trabajadoras tanto en virtud de condiciones de empleo precarizadas (el tiempo parcial), cuanto atendiendo a su sexo-género (condición de mujer y/o madre), y que se perpetúan en las legislaciones «soberanas nacionales». Justamente, como recordábamos anteriormente, ambas cuestiones (la mayor transparencia de las condiciones de trabajo, incluido el tiempo parcial, como condición de trato justo y de progreso ex art. 151 TFUE; la igualdad entre hombres y mujeres ex art. 157 TFUE y ex arts. 20 y 21 CDFUE) tendrán un nuevo espacio de regulación, más garantista, sin perjuicio de las persistentes insuficiencias para un proyecto integrador social más ambicioso, en el seno de la UE. En consecuencia, las nuevas directivas sobre transparencia y corresponsabilidad parental abren significativas nuevas expectativas de mejora protectora en los distintos Estados miembros, incidiendo, de un modo sea indirecto, sea directo, en la igualdad retributiva y en el tan necesario

El TJUE desvela (o «desnuda») sendas discriminaciones indirectas por razón de sexo, que tienen una notable incidencia en la devaluación o inestabilidad de la seguridad económica de grupos muy nutridos de personas trabajadoras

Las nuevas directivas sobre transparencia y corresponsabilidad parental abren significativas nuevas expectativas de mejora protectora en los distintos Estados miembros

como urgido cierre de las múltiples «brechas de género» que subsisten en la UE, y en especial en los países del sur, pero también del norte, este y oeste de la UE. De este modo, comienza a dar ciertos frutos jurídico-sociales y a hacerse realidad, por encima de sus dificultades y limitaciones, el denominado «Pilar europeo de derechos sociales».

Desde esta perspectiva, y con la mayor capacidad reflexiva que da el paso del tiempo, podemos y debemos valorar positivamente aquellas decisiones que en su día tomaron ambos Estados miembros –primero Francia, originariamente, bastante más tarde España– de ceder soberanía a una escala supraestatal de gobernanza, la UE. Pues en ellas reside realmente hoy la fuente que desvela y desautoriza tales vicios jurídicos, concretados en agravios sociales y laborales, contrarios también a sus respectivas Constituciones nacionales, solo que el tiempo ha revelado que estos niveles resultan, hasta el momento, más ineficaces para resolverlos. La primacía del derecho social de la UE, que no es puro dogma, pura abstrac-

ción, sino un modelo práctico de regulación y aplicación diferente y diferenciado respecto de los nacionales en la cultura del derecho continental, va más allá en la defensa de principios generales y derechos sociales fundamentales de las personas de ciudadanía comunitaria imponiendo su corrección, remitiendo, eso sí, a decisiones de conformidad comunitaria de las legislaciones nacionales, siempre vigiladas, por supuesto, sea por el TJUE, sea por los órganos judiciales ordinarios, que pueden imponerlas en tanto no hay una decisión acorde legislativa. Nuestra legislación es inequívoca ya al respecto, al menos en el principio, otra cosa será la práctica, más deficiente.

3. Ahondando algo más en el asunto español es útil recordar que «llueve sobre mojado». La normativa nacional que ahora se desautoriza, por discriminatoria, es fruto de otra condena del TJUE, por disconformidad a la prohibición comunitaria de discriminaciones indirectas por razón de sexo a trabajadoras a tiempo parcial, también verificada como tal en la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) ([asunto Elbal Moreno](#)). El TJUE descarta la discriminación directa. Ahora bien, por un hecho, la prevalencia del trabajo femenino parcial, sí constatará otro tipo de vicio jurídico (antinomía), una discriminación indirecta por razón de sexo (art. 4.1 [Directiva 79/7/CEE](#) y art. 21 [CDFUE](#)). Consciente del dato estadístico –si bien el TJUE recuerda que no es la única prueba eficaz–, el Gobierno español sostiene, sin embargo, que, del total de los expedientes tramitados favorablemente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social durante los años que van desde 2014 hasta 2017, cerca del 60 % se referían a mujeres y del 40 % a hombres. Además, la reducción proporcional de la pensión de jubilación en caso de trabajo a tiempo parcial constituiría la expresión lógica de la naturaleza contributiva del sistema de Seguridad Social, tiene una justificación objetiva y responde a un legítimo objetivo de política social, también de sostenibilidad.

«Llueve sobre mojado». La normativa nacional que ahora se desautoriza, por discriminatoria, es fruto de otra condena del TJUE

Ahora bien, el TJUE acepta la adecuación de lograr ese fin con la técnica de reducción de la base reguladora que supone la menor remuneración efectivamente percibida en función de menores horas de trabajo (apdo. 53). Sin embargo, considera desproporcionado el coeficiente de parcialidad, que refleja la relación entre el tiempo de trabajo a tiempo parcial efectivamente realizado por el trabajador de que se trate y el tiempo de trabajo realizado por un trabajador a tiempo completo comparable. Aunque acepta que queda atenuado ex [artículo 248.3 de la LGSS](#) (aplicación de un coeficiente de parcialidad aumentado sobre el número de días cotizados), entiende que:

La aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario

[...] la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis* (apdo. 55).

En consecuencia, [ahora es tiempo de la intervención legal, tras el debido diálogo social](#). En tanto, la «patata caliente» para la sala que preguntó al oráculo y logró la respuesta que pretendía. Dado que estamos ante un principio general del derecho de la UE, también un derecho social fundamental, su eficacia directa es innegable –en todo caso, son relaciones de índole vertical, no horizontal–.

A la sala incumbe decidir cómo calcular finalmente el porcentaje de jubilación que debe aplicar. Probablemente la solución será, en espera de la debida ley de rectificación –también de la sentencia del TC que resuelva la anunciada cuestión interna de inconstitucionalidad–, la que diera el juez de instancia en el momento inicial de este asunto, a su vez alumbramiento de un nuevo tiempo en el modo de creación del derecho nacional: equiparar a la trabajadora a tiempo parcial con un trabajador a tiempo completo, aplicando un porcentaje del 80 % a fin de que los periodos a tiempo parcial no penalizaran respecto del tiempo pleno, que es lo que se pide en la demanda.

4. En lo concerniente al principio de igualdad retributiva en sentido amplio, abarcando tanto la indemnización por despido, cuanto el subsidio a cargo de la empresa por el periodo de recolocación que se acompaña, en el derecho del trabajo francés, como medida de acción social empresarial a favor de la seguridad en el empleo, la [STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/1](#), reconocerá una doble disconformidad de la normativa nacional francesa a la comunitaria. A tal fin, tras recordar su consolidada jurisprudencia según la cual toda persona trabajadora que, a tiempo completo, disfrute de un permiso parental a tiempo parcial, debe considerarse que la resolución unilateral por el empresario se refiere al contrato de trabajo a tiempo completo ([STJUE de 22 de octubre de 2009, Meerts, C-116/08](#), apdo. 55), identificará dos vicios jurídicos de discriminación. Una discriminación retributiva directa por ejercicio de la corresponsabilidad parental, porque:

[En lo concerniente al principio de igualdad retributiva en sentido amplio, la STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/1, reconocerá una doble disconformidad de la normativa nacional francesa a la comunitaria](#)

[...] una legislación nacional [como la francesa] que lleve a una reducción de los derechos derivados de la relación laboral [indemnización por despido –forma de

retribución diferida para el TJUE– y prestación relativa al subsidio por permiso de recolocación –también incluida dentro del concepto amplio de retribución, pese a percibirse finalizada la misma y a modo de acción de mejora social voluntaria–] [debe determinarse íntegramente en función de la retribución correspondiente a las prestaciones laborales efectuadas a tiempo completo por ese trabajador] en caso de permiso parental podría disuadir al trabajador de tomar tal permiso e incitar al empresario a despedir, de entre los trabajadores, preferentemente a aquellos que se encuentren en situación de permiso parental. Esto iría directamente en sentido opuesto a la finalidad del Acuerdo marco sobre el permiso parental, uno de cuyos objetivos es mejor conciliar la vida familiar y profesional [...] (apdo. 57).

Y otra discriminación indirecta por razón de sexo, en la medida en que esta normativa incide de forma notablemente más perniciosa en las mujeres que en los hombres. De nuevo cumple su función de denuncia–desautorización jurídica la prueba estadística, ya comentada.

Es de reseñar, por su utilidad para la óptica de análisis jurídico-social aquí primada, la desidia del Gobierno francés a la hora de hallar, siquiera formalmente, alguna justificación para tamaña discriminación. Si para el órgano judicial francés remitente de la cuestión habría una marcada discriminación contra la mujer (96 % «beneficiarias» *de facto* del permiso), sin una justificación objetiva que la legitimara, el Gobierno francés ni se toma la molestia –el español al menos sí lo intentó, incluso con datos estadísticos– de alegar razón alguna en lo tocante a una diferencia de trato de este tipo, de modo que no invoca en sus observaciones escritas factores objetivamente justificados por razones ajenas a toda discriminación por razón de sexo. En tal situación, el TJUE declarará que la normativa nacional francesa no resulta conforme con el principio (hoy en boga, legislativa y jurisprudencialmente, en España, pese a la negación de sus violaciones a que tienden los partidos de derecha extrema y nacionalista en los distintos países de la UE, incluido España) de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (art. 157 **TFUE**).

Es de reseñar la desidia del Gobierno francés a la hora de hallar, siquiera formalmente, alguna justificación para tamaña discriminación

5. En definitiva, la UE, a través de sus fuentes jurídicas, no solo sirve para fomentar la mayor gobernanza económica, sobre principios e imperativos que procuran más el crecimiento económico que el bienestar de la ciudadanía (la componente de primado de la Europa de los mercados), sino que también devuelve mayores expectativas de gobernanza sociolaboral, sobre principios e imperativos que atienden a las razones de las personas, en especial de las más vulnerables («leyes de las personas más débiles», como ahora gusta tanto el TJUE de traer de nuevo a colación, desempolvándolo del baúl de los recuerdos del derecho del trabajo más clásico y garantista). La nueva legislación comunitaria y la jurisprudencia que la interpreta y trata de asegurar su primacía parecen abrir nuevos tiempos

para que este tipo de situaciones discriminatorias, y otras análogas, encuentren una solución adecuada, real, no solo simbólica, con exhibiciones de pretendido feminismo, pero vacuo en la realidad. Ciertamente, estas sentencias resolverán la discriminación de las mujeres trabajadoras con trabajo parcial que han recurrido, pero, en modo alguno, el conjunto en situaciones análogas en ambos países. Por lo que un tipo de intervención jurisprudencial comunitaria, como el de los ejemplos analizados, no es suficiente.

En efecto, los sistemas de derecho del trabajo –y de la Seguridad Social– nacionales siguen adoleciendo de vicios jurídicos de esta y otras análogas naturalezas (por ejemplo, el número de años usados para el cálculo de la base reguladora implica una situación de desigualdad en relación con los trabajadores a tiempo completo). En consecuencia, para mayor equidad en los sistemas nacionales se precisarán nuevas y «definitivas» reformas legislativas –del sistema de pensiones, de la regulación laboral– para adecuarlos a las legítimas demandas de las trabajadoras –también de los trabajadores– a tiempo parcial. Con ello se conseguirá contribuir a mercados de trabajo más equilibrados, en cada Estado miembro y en el conjunto de la UE.

Los sistemas de derecho del trabajo –y de la Seguridad Social– nacionales siguen adoleciendo de vicios jurídicos de esta y otras análogas naturalezas. En consecuencia, para mayor equidad en los sistemas nacionales se precisarán nuevas y «definitivas» reformas legislativas

Ahora bien, no menos verdad resulta ahora ya, justo cuando más se duda de ello por ciertos sectores, hoy con fuerte implantación en el Parlamento Europeo, aunque menor de la que ellos esperaban y los demás temíamos, que sin la pertenencia a la UE, con todos sus vicios y críticas, correcciones de este tipo en aras de una ciudadanía social más protegida, solidaria y equitativa, en todos los Estados de la UE, no serían posibles. En consecuencia, el debate relativo a identidades nacionales versus identidad comunitaria es, como todos los que se forjan en relación con conceptos grandilocuentes, cargados de ideología y simbolismo mitológico, falso, pues cuando se mira de cerca qué puede aportarnos a todas las personas que vivimos y que trabajamos –o aspiramos legal y legítimamente a ello– son muchas más las ventajas que los inconvenientes. Convendría tenerlo en cuenta en las próximas elecciones al Parlamento Europeo, y también en el eventual nuevo referéndum al que parecen estar abocados, aunque la minoría mayoritaria lo ignore aún, y en todo caso se resista a ello, los británicos. En definitiva, parafraseando al autor del libro de poemas con que encabezé este editorial, creo que, aun críticamente, UE, «todos nuestros futuros –que merezcan la pena– son contigo».

En definitiva, UE, «todos nuestros futuros –que merezcan la pena– son contigo»

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2019). Identidad europea, brechas de género y protección social: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desnuda persistentes discriminaciones indirectas por razón de sexo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 435, 5-12.