

# Comentario a la STJCE de 3 de octubre de 2006

Asunto Cadman contra Health and Safety Executive

María Lidia Suárez Espino

Facultad de Derecho  
Universidad Carlos III de Madrid

### *Abstract*

*La sentencia del Tribunal de la Unión Europea objeto de estudio, hace referencia a la llamada discriminación indirecta dentro del ámbito laboral que afecta negativamente a las trabajadoras, cuestión que ha venido preocupando a las principales instituciones comunitarias desde hace ya varias décadas.*

*La discriminación indirecta, a diferencia de lo que ocurre con la directa que manifiesta claramente la intención discriminatoria de la diferencia de trato entre trabajadores de una misma empresa, enmascara el verdadero objetivo discriminatorio bajo otras razones aparentemente objetivas o neutras e incluso en ocasiones bajo actuaciones empresariales aparentemente proteccionistas o paternalistas. Esta característica las hace más sutiles y por lo tanto más difíciles de descubrir.*

*Para combatir este tipo discriminación de una forma más eficaz los Tribunales han optado en estos casos por una inversión de la carga de la prueba de tal manera que si el trabajador afectado consigue crear un clima de sospecha sobre la posible existencia de discriminación, será el empresario el que deberá probar que los motivos de su actuación no esconden un objetivo discriminatorio.*

*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia Cadman trata de dilucidar si existe discriminación indirecta en la decisión de primar a los trabajadores con más antigüedad, factor que, según la Sra. Cadman discriminaba a las trabajadoras que en su inmensa mayoría se habían incorporado al empleo bastante más tarde que sus compañeros varones*

*In the case Cadman v. Health and Safety Executive (decided on October 3<sup>rd</sup>, 2006), the European Court of Justice deals with negative indirect discrimination of women in employment, an issue that has been in the agenda of European institutions for several decades.*

*Indirect discrimination, unlike direct discrimination that shows clearly discriminatory purposes, masks the true discriminatory intention with measures that a priori seem to be neutral, such as protective or paternalistic aims. This makes indirect discrimination subtler and therefore more difficult to be unveiled.*

*In order to fight effectively against this kind of discrimination, several Courts have shifted the burden of proof of the discrimination from claimant to defendant. If the worker is able to show that a suspicious environment exists, it will be the employer's burden to prove that no discrimination was intended.*

*In Cadman, the European Court of Justice tries to elucidate whether indirect discrimination exists when the employer decides to reward workers based on their seniority within the firm. According to Mrs Cadman, this discriminates against female employees because the majority of women have entered the company long after their male colleagues.*

*Title: Comment on the ECJ Decision: Cadman v. Health and Safety Executive*

*Key words: Indirect Discrimination, Seniority, Principle of Equal Salary for Equal Work, Burden of Proof, Gender Discrimination.*

## *Sumario*

1. **Introducción**
2. **Circunstancias de hecho del caso**
3. **Comentario de la sentencia**
4. **Tabla de sentencias citadas**
5. **Bibliografía**

## *1. Introducción*

Indudablemente, uno de los caballos de batalla de la política social de la Unión Europea es combatir de manera efectiva la discriminación en el trabajo por razones de género, de manera especial cuando ésta redunde en diferencias salariales entre hombres y mujeres que no tienen más justificación que el género. Sin embargo, la dificultad que presenta luchar contra este tipo de discriminación es que a menudo estas medidas discriminatorias se esconden bajo el velo de decisiones empresariales aparentemente neutras, que se aplican por igual a hombres y mujeres pero que en la práctica sitúan a un sexo en posición desventajosa frente al otro sin que haya una justificación objetiva y legítima para ello, este es el caso de lo que se denomina discriminación indirecta, la cual en no pocas ocasiones exige de los Tribunales hilar muy fino para descubrir la verdadera motivación que tiene la adopción de esa medida.

Sin embargo para apreciar la existencia de cualquier tipo de discriminación laboral por razón de género, ya sea ésta directa o indirecta, es necesario que se den unos requisitos previos como la existencia de un trato menos favorable en comparación con otras personas que hayan tenido el mismo comportamiento o situación y ostenten la misma cualificación, lo que exige algo más que la mera sensación del afectado de que ha sido discriminado ya que es necesario además realizar una comparación con el trato recibido por personas que estén en la misma situación. Sin embargo esto ha sido matizado por el TJCE al resolver supuestos en los que no se pueden recurrir a acontecimientos pasados, esto fue lo que sucedió con el caso Dekker<sup>1</sup> que trataba sobre una posible discriminación a una mujer embarazada, en este asunto entendió el TJCE que la actitud del empresario de rechazar a mujeres embarazadas no dejaba de ser discriminatoria por el simple hecho de que no se hubieran presentado hombres para ocupar ese empleo, pues según lo establecido por el Tribunal, basta con que se haga patente que ninguna mujer embarazada haya sufrido esa discriminación para que se considere que existen indicios suficientes de que ningún hombre hubiera sido discriminado de haber optado a ese puesto de trabajo<sup>2</sup>.

## *2. Circunstancias de hecho del caso*

La sentencia objeto de estudio tiene como finalidad responder a las cuestiones prejudiciales planteadas a raíz de un litigio laboral presentado ante los Tribunales británicos por la Sra. Cadman contra la Health and Safety Executive (en adelante HSE), centro en el que la citada señora venía ocupando un cargo directivo (en adelante HSE).

La Sra. Cadman considera injusta la diferencia salarial entre ella y cuatro colegas masculinos que tienen el mismo grado pero que sin embargo perciben un salario bastante más elevado que el de la recurrente. Dicha diferencia salarial es justificada por el empleador, la HSE, por la aplicación de un sistema de complementos salariales que premiaba la antigüedad del trabajador en la

---

<sup>1</sup> TJCE, sentencia de 8 de noviembre de 1990, As. C-177/88, Rec.1990, p. I 3941.

<sup>2</sup> AGUILERA RULL, A., "Discriminación directa e indirecta" *InDret* 1/2007.

empresa. Por el contrario, la Sra. Cadman argumenta a favor de su postura que la aplicación de dicho criterio resulta perjudicial para las mujeres que trabajan para el HSE ya que en términos generales éstas han empezado su vinculación laboral mucho más tarde que sus compañeros hombres.

El TJCE, en la resolución del asunto planteado establece que si bien es cierto que el criterio de antigüedad puede redundar en un trato más desfavorable para las trabajadoras al incorporarse más tardíamente al mundo laboral, también entiende que el tomar en consideración este factor es un modo idóneo de recompensar la experiencia de los trabajadores, la cual coloca generalmente a un trabajador en una posición más idónea para realizar sus tareas. Ahondando en este razonamiento, el Tribunal de Luxemburgo estima que el empresario no está obligado a explicar el empleo de la antigüedad como forma de recompensar una mayor experiencia, excepto en aquellos casos en los que el trabajador aporte los datos suficientes como para crear dudas acerca de la verdadera intención del empresario al emplear este criterio. Por ejemplo, acreditando junto con el efecto perjudicial de las medidas sobre las mujeres que en el trabajo en cuestión la experiencia no resulta un factor tan necesario para la realización correcta de las funciones que se desempeñan en la empresa.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia también exonera al empresario de la obligación de probar que cada trabajador individualmente ha adquirido realmente en la práctica, la experiencia necesaria para desempeñar mejor su trabajo.

### 3. Comentario de la sentencia

Aún reconociendo que esta sentencia supone un avance respecto a la jurisprudencia anterior al dejar la puerta abierta a la posibilidad de que el trabajador perjudicado por la aplicación del criterio de antigüedad pueda demostrar que hay sospechas justificadas de que existen motivos discriminatorios, especialmente si la comparamos con la sentencia Danfoss (C-109/88, Rec. P. 3199). en la que el TJCE establecía de un modo más general y tajante *“que la antigüedad es paralela con la experiencia y ésta, en general, coloca al trabajador en la situación de cumplir mejor sus tareas, el empresario puede retribuirlo sin tener que demostrar la importancia que reviste para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador”*, lo cierto es que parece que el Tribunal de Luxemburgo ha perdido una buena oportunidad para dar un paso importante en la lucha contra la discriminación por razón de género en el trabajo<sup>3</sup>.

Es indudable que la utilización de este criterio de antigüedad sin necesidad de justificarlo aún cuando ello suponga incrementar las diferencias salariales entre hombres y mujeres que desempeñan un mismo puesto de trabajo para la empresa, puede enmascarar prácticas de discriminación indirecta que son las más sutiles y por lo tanto las más difíciles de descubrir. Este tipo de medidas discriminatorias se caracterizan por una aparente neutralidad, ya que en principio se aplican indistintamente a hombres y mujeres, pero que en la práctica perjudica a un

---

<sup>3</sup> DILLA CATALÁ, M<sup>a</sup>. J., “Igualdad de retribución y antigüedad”, *Actualidad laboral*, nº 10, mayo 2007, pp. 1222 y ss.

mayor número de mujeres. Un ejemplo de este tipo discriminación indirecta que ha sido ya tratado en varias ocasiones por el TJCE es la diferencia de remuneración entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo ya que estadísticamente es comprobable que el trabajo a tiempo parcial está fundamentalmente desempeñado por mujeres.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tratado la discriminación indirecta centrándose en la idea de discriminación fáctica, no teniendo en cuenta tanto el propósito del empresario de tratar de un modo más desfavorable a sus trabajadoras sino el hecho mismo de que se está produciendo un trato desigual, aunque esa no hubiera sido la intención del empleador.

Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con la discriminación directa, que en ningún caso resultaría admisible, es posible que existan causas objetivas que legitimen o justifiquen la adopción de medidas que perjudiquen en un porcentaje mayor a las mujeres. Además, no resulta suficiente que se persiga con esa medida un fin legítimo sino que además es necesario que estos medios escogidos para conseguir el objetivo sean necesarios y adecuados. En este aspecto, la tónica general seguida por el TJCE para resolver las situaciones de posible discriminación indirecta es que el trabajador debe demostrar que hay sospechas fundadas sobre la existencia de efectos discriminatorios detrás de la medida aparentemente neutral adoptada por el empleador, sospecha que deberá destruir el empresario probando que en la medida adoptada no hay efectivamente ningún elemento discriminatorio.

No obstante, cuando se refiere a la aplicación del criterio de antigüedad para recompensar la experiencia adquirida por los trabajadores, el TJCE ha tomado una actitud mucho más flexible al considerar que aquella constituye un criterio idóneo para retribuir la experiencia, así considera el Tribunal que el empresario no tiene obligación de demostrar la importancia de la experiencia si quiere recompensarla a menos que el trabajador consiguiera aportar pruebas suficientes para convencer al Tribunal de que la preponderancia que se ha dado a la misma es totalmente desproporcionada en relación con el trabajo efectivamente desempeñado.

En cuanto a la legislación aplicable al asunto que plantea, sobre todo viene enmarcada por el artículo 141 del tratado Comunidad Europea que es el que consagra en el ámbito de la Unión Europea el principio de igual de retribución entre hombres y mujeres que desempeñan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Pero no menos importante es la Directiva 97/80 que en su artículo 4 determina a quien le corresponde la carga de la prueba en los supuestos de discriminación indirecta, a tal efecto dispone que cuando el trabajador presente hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta corresponderá al empleador demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

En definitiva, y como ya se ha citado en líneas anteriores desde mi punto de vista creo que se ha perdido una valiosa oportunidad para acabar con una posible puerta abierta a la discriminación indirecta, pues bastaría, siguiendo la doctrina asentada con la sentencia Danfoss, que un empresario utilizara el elemento de la antigüedad para ahondar en las diferencias retributivas entre hombres y mujeres trabajadoras, para no verse obligado a justificar la adopción de esa

medida. Es cierto que con la sentencia Cadman se da un paso adelante al dar la oportunidad al trabajador de que pueda demostrar que el uso de este criterio es desproporcionado, pero creo que se debió dar un paso más allá, apoyándose en la claridad de lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 97/80 que dispone que si bien es cierto que el trabajador debe probar en un primer momento que la medida adoptada produce un impacto desfavorable sobre las mujeres es al empresario a quien le corresponde justificar el fin legítimo de la misma así como su carácter necesario y desproporcionado. Todo ello independientemente de la verdadera intención del empleador, pues como ya se ha adelantado en líneas anteriores para apreciar la existencia de discriminación indirecta habrá que tener en cuenta sólo elementos fácticos y no subjetivos.

Lo más acorde con lo previsto en el citado artículo 4 de la Directiva 97/80 hubiera sido en mi opinión, una vez demostrada que esa medida efectivamente afecta a un número mayor de mujeres que de hombres, que el empresario en el caso concreto tuviera que destruir ese ambiente de posible discriminación, momento en el cual habría que acudir al caso concreto. La HSE, se vería en la obligación de probar ante los Tribunales británicos que están resolviendo el caso de que la experiencia resulta un valor de gran importancia en el trabajo desempeñado y que la única medida idónea para ello es primar la antigüedad ya que ésta va estrechamente unida a la experiencia.

#### 4. *Tabla de sentencias citadas*

##### Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
8.11.1990	177-88	Dekker v. el Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus
17.10.1989	109-88	Federación de empleados v. Confederación patronal de Danfoss

#### 5. *Bibliografía*

AGUILERA RULL, A. (2007), "Discriminación directa e indirecta" *InDret* 1/2007.

DILLA CATALÁ, M<sup>a</sup>. J. (2007), "Igualdad de retribución y antigüedad", *Actualidad laboral*, n<sup>o</sup> 10, mayo 2007, pp. 1222 ss.