

# DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO\*

[SEX DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT IN GERMAN LABOUR LAW]

**Holger Brecht-Heitzmann**

Fecha de recepción: 22 de febrero de 2019

Fecha de aceptación: 21 de marzo de 2019

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN.- II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.- III. LA CIRCUNSTANCIA «SEXO».- IV.- ÁMBITOS SELECTOS DE DISCRIMINACIÓN.- 1. El procedimiento competitivo.- 2. Salario.- 3. Puestos directivos.- 4. Despido.- V. CONCLUSIÓN.

*Contents: I. INTRODUCTION.- II. CONSTITUCIONAL FOUNDATIONS AND THE EUROPEAN UNION LAW.- III.- THE CIRCUMSTANCE «SEX».- IV. SELECT AREAS OF DISCRIMINATION.- 1. The competitive procedure.- 2. Wages.- 3. Executive positions.- 4. Dismissal.- V. CONCLUSION.*

**Resumen:** Este trabajo analiza los supuestos básicos de discriminación por razón de sexo en el empleo en Alemania, llegando a la conclusión de que dicha discriminación sigue representando una práctica usual en Alemania especialmente en el ámbito del salario igual.

*Abstract: This work analyses the basic assumptions of discrimination on the grounds of sex in employment in Germany, reaching the conclusion that such discrimination continues to represent a common practice in Germany, specially in the field of equal pay.*

**Palabras clave:** Alemania, Constitución alemana, Derecho alemán del Trabajo, Discriminación por razón de sexo, Igualdad salarial

---

\* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Jesús Martínez Girón.  
ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 31-45

**Keywords:** *Germany, German Constitution, German employment law, Sex discrimination, Equal pay*

\* \* \*

## I. INTRODUCCIÓN

Las discriminaciones en la vida laboral se conocen en todas las sociedades. Sin embargo, existen diferencias sobre la cuestión de qué circunstancia discriminatoria puede considerarse característico para su tratamiento jurídico en un país. En los Estados Unidos, ésta fue con seguridad la circunstancia discriminatoria «raza», pues el perjuicio de los afroamericanos fue el motivo más importante para la aprobación del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Fueron los contrarios a dicha ley antidiscriminatoria, quienes quisieron hacer fracasar todo el proyecto a través de la propuesta de su ampliación con la circunstancia del «sexo». Hay que considerar como opuesto la evolución del tema en Alemania: aquí fue preferente la lucha por el tratamiento igual de hombres y mujeres, que condujo a la acentuación del derecho antidiscriminatorio. Sólo en tiempos recientes, otras circunstancias como el origen étnico, la religión, la discapacidad, la edad o la orientación sexual pasan a un primer plano. A pesar de ello, la cuestión del perjuicio por causa de sexo no ha perdido en ningún, sin embargo, actualidad.

La presente aportación debe llevar a cabo una visión general de la situación real y jurídica de la discriminación por causa de sexo en el mundo laboral alemán. Al respecto, debe plantearse brevemente en primer lugar los fundamentos jurídico constitucionales y del Derecho de la Unión. Se añade una reflexión acerca de lo que se comprende en la circunstancia de discriminación por sexo. Finalmente, se someten ámbitos discriminatorios selectos a una reflexión precisa.

## II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La cuestión del trato igual de hombres y mujeres fue objeto de intensas discusiones específicas durante la elaboración de la Constitución Federal (GG). Hay que atribuir principalmente al compromiso de las cuatro mujeres, que eran miembros del total de 67 personas de la cámara parlamentaria existente, el que el artículo 3, apartado 2, de la Constitución Federal en vigor contuviese la siguiente expresión:

«Los hombres y mujeres son jurídicamente iguales»<sup>1</sup>.

Además de ello, el artículo 3, apartado 3, de la Constitución Federal contiene una prohibición de perjudicar y de otorgar preferencia, que menciona, entre otras, la circunstancia del sexo.

La situación de ambos preceptos se consideró desde antiguo como equivalente. En el año 1993, sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional puso de relieve una diferencia importante: aunque el artículo 3, apartado 2, y el artículo 3, apartado 3, de la Constitución Federal contienen ambos una prohibición de discriminación, el artículo 3, apartado 2, de la Constitución Federal establece complementariamente un mandato de igualdad jurídica, y ésta se extiende también a la realidad social. Con ello, se trata de la realización fáctica de la igualdad jurídica de los sexos en el futuro, y de la equiparación de las condiciones de vida<sup>2</sup>.

Tras la unificación de Alemania, estas ideas fructificaron en una ordenación complementaria, y se añadió al artículo 3, apartado 2, de la Constitución Federal el siguiente inciso 2:

«El Estado promueve la realización efectiva de la igualdad jurídica de hombres y mujeres, y pretende conseguir la eliminación de las desventajas existentes».

En este caso, se trata de una disposición programática del Estado, que promueve especialmente la actuación del legislador<sup>3</sup>. Para llevarla a efecto, se promulgaron, entre otras, Leyes de igualdad en los planos federal, estatal y local<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre las «Madres de la Constitución Federal», por ejemplo, cfr. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Editor), *Mütter des Grundgesetzes*, 12ª ed., Berlin 2018, págs. 5 y ss., <https://www.bmfsfj.de/blob/jump/94392/muetter-grundgesetz-data.pdf> (última entrada: 20.12.2018).

<sup>2</sup> Tribunal Federal Constitucional, 16.11.1993 – 1 BvR 258/86 – NJW 1994, 647.

<sup>3</sup> *Langenfeld*, en: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, artículo 3, apartado 2, marg. 56, 74ª entrega, mayo 2015.

<sup>4</sup> Las bases jurídicas en los Estados federados se exponen panorámicamente en *Herms*, en: *Meinel/Heyn/Herms*, *Teilzeit- und Befristungsgesetz*, 5ª ed, 2015, § 23, marg. 14.

A este respecto, se regularon impulsos esenciales en el Derecho primario europeo, dado que la igualdad de sexos representó desde el principio un principio básico del Derecho comunitario. El principio del salario igual para hombres y mujeres por un trabajo igual o de igual valor, que luego se incluye en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y resulta directamente aplicable en el Derecho nacional, estaba ya contenido en el año 1957 en el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Además de ello, se regularon en el Tratado de Lisboa la igualdad, antidiscriminación e igualdad de oportunidades en relación con el puesto de trabajo, así como la igualdad de trato en el puesto de trabajo, en los artículos 2 y 9 del Tratado de la Unión Europea, así como en los artículos 8, 10, 19 y 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Además, con el Tratado de Lisboa se otorgó eficacia jurídica a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que trata de la igualdad de sexos en el artículo 21 (no discriminación), en el artículo 23 (igualdad de hombres y mujeres), en el artículo 33 (permisos de maternidad y de paternidad) y en el artículo 34 (seguridad social)<sup>5</sup>. Las reglas europeas de esta índole fueron durante muchos años el motor para contrarrestar la discriminación de hombres y mujeres en el mundo laboral alemán.

### III. LA CIRCUNSTANCIA «SEXO»

La principal Ley federal alemana para la realización de la igualdad de hombres y mujeres está representada por la AGG, que sólo entró en vigor con retraso, el 18 agosto 2006, para transponer diversas Directivas<sup>6</sup>. En el

---

<sup>5</sup> Vista general y valoración crítica de la actual política de igualdad, en *Maier*, WSI-Mitteilungen 2015, 5 y ss., [https://www.boeckler.de/wsimit\\_2015\\_01\\_maier.pdf](https://www.boeckler.de/wsimit_2015_01_maier.pdf) (última entrada: 20.12.2018).

<sup>6</sup> Ley para la transposición de Directivas europeas sobre realización del principio de igualdad de trato de 14 agosto 2006, Boletín Oficial Federal, I, 1887. Sirve para la transposición de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 junio 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 180, pág. 22), Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 303, pág. 16), 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 septiembre 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de empleo (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 269, ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 31-45

parágrafo 1 de la AGG, entre otros, se menciona el objetivo de impedir o eliminar las discriminaciones por motivos de sexo. Esto plantea la cuestión de qué hay que comprender bajo esta circunstancia.

Al respecto, una Decisión que abrió nuevas perspectivas del Tribunal Federal Constitucional ha considerado, en el año 2017, un tercer sexo reconocido en ella: consecuentemente, se declara la identidad sexual bajo la protección constitucional del derecho general de la personalidad a que se refiere el artículo 2, apartado 1, en conexión con el artículo 1, apartado 1, de la Constitución Federal. Esto también comprende la identidad sexual de aquellas personas que con carácter permanente no quieren asignarse ni al sexo masculino ni al sexo femenino. Al respecto, estas personas están protegidas por el artículo 3, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal, frente a discriminaciones por causa de su sexo<sup>7</sup>. Con ello, se aclara que la circunstancia del sexo también se aplica a las personas intersexuales, y ciertamente tanto por el artículo 3, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal, como por el parágrafo 1 de la AGG.

En cambio, se discute la asignación de los transexuales. En este caso, se trata de personas que no se sienten pertenecientes al sexo certificado cuando nacieron<sup>8</sup>. La discriminación de estas personas se asigna, en parte, a la circunstancia de la orientación sexual<sup>9</sup>, y en parte, a la circunstancia del sexo<sup>10</sup>. El Tribunal Federal de Trabajo considerado conforme con el Derecho de la Unión la declaración del parágrafo 1 de la AGG de que la transexualidad abarca tanto la circunstancia del «sexo» como la circunstancia de la «identidad sexual»<sup>11</sup>.

---

pág. 15), y Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 diciembre 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 373, pág. 37).

<sup>7</sup> Tribunal Federal Constitucional, 10.10.2017 – 1 BvR 2019-16 – NJW 2017, 3643.

<sup>8</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 17.12.2015 – 8 AZR 421/14 – NZA 2016, 888.

<sup>9</sup> Así, la exposición de motivos de la AGG, cfr. BT-Drs. 16/1780, pág. 31; igualmente, *Bauer/Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4ª ed., 2015, § 1, marg. 25; *Bauschke*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz im öffentlichen Dienst, 2007, § 1, marg. 12.

<sup>10</sup> Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 30.4.1996 - Asunto C-13/94 (P contra S y Cornwall County Council) – NZA 1996, 695; igualmente, *Däubler*, en: *Däubler/Bertzbach* (Editores), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4ª ed., 2018, § 1, marg. 48; *Hey*, en: *Hey/Forst* (Editores), AGG, 2ª ed., 2015, § 1, marg. 38; *Thüsing*, en: *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., 2018, § 1 AGG, marg. 22.

<sup>11</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 17.12.2015 – 8 AZR 421/14 – NZA 2016, 888.

#### IV. ÁMBITOS SELECTOS DE DISCRIMINACIÓN

Las discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo pueden aparecer en muchos ámbitos de la vida laboral. En lo que sigue, se traen a especial consideración algunos ámbitos selectos. De las especialidades del empleo público, donde se aplican reglas especiales sobre todo en el ámbito de la promoción de las mujeres, no cabe ocuparse aquí por motivos de espacio.

##### 1. El procedimiento competitivo

El procedimiento competitivo comienza la mayoría de las veces con una convocatoria, que no puede dar lugar al incumplimiento de la prohibición de discriminación a que se refiere el parágrafo 11 de la AGG. Una convocatoria no sexualmente neutral representa un indicio de discriminación por razón de sexo y conduce, según el parágrafo 22 de la AGG, a una inversión de la carga de la prueba<sup>12</sup>. De ahí que se haya extendido en las convocatorias alemanas, en lugar de las denominaciones profesionales masculinas y femeninas, el uso del masculino genérico como concepto general, completado con el añadido aclaratorio «masculino/femenino»<sup>13</sup>. En el futuro, con el reconocimiento jurídico de un tercer sexo, este complemento deberá decir «masculino/femenino/distinto», dado que en caso contrario la consecuencia sería presumir la discriminación por razón de sexo<sup>14</sup>.

Sin embargo, con carácter excepcional, puede estar justificado limitar la convocatoria a un sexo, cuando esto representa, según el parágrafo 8, apartado 1, de la AGG, una exigencia profesional esencial y decisiva, por causa del modo en que hay que realizar la actividad, supuesto que el propósito esté justificado y la exigencia sea adecuada. Esto lo ha aceptado el

---

<sup>12</sup> *Rolfs/Wessel*, NJW 2009, 3329.

<sup>13</sup> Por ejemplo, «Abogado (femenino/masculino)», en lugar de «Abogado/Abogada».

<sup>14</sup> Así, acertadamente, *Jacobs*, RdA 2018, 263, 269; *Körlings*, NZA 2018, 282, 284.

Tribunal Federal de Trabajo en el caso de una discriminación ligada al sexo de un hombre, en la convocatoria de un puesto de «educadora/profesora de deportes/pedagoga social», de una escuela con internado de chicas. Se confirmó el sexo femenino como condición esencial de la actividad, dado que la nueva titular del puesto también tenía que realizar trabajo nocturno en el internado de chicas<sup>15</sup>.

Además de esto, tiene importancia especial qué preguntas pueden plantearse en una situación competitiva. Esto requiere una reflexión valorativa, en la que se tengan en cuenta los derechos de personalidad de las personas competidoras, frente al interés del empresario a un retrato fiable de su aptitud real y personal<sup>16</sup>. Si una pregunta admisible se responde incorrectamente, esto justifica la impugnación por causa de engaño doloso, en virtud del parágrafo 123, apartado 1, alternativa primera, del BGB. En cambio, si prevalece el interés de la persona candidata, entonces tiene «derecho a mentir»<sup>17</sup>.

Sobre todo, ha ocupado recurrentemente a la jurisprudencia la pregunta sobre el embarazo. Aunque el Tribunal Federal de Trabajo consideró admisible por principio, en un primer momento, la pregunta «en forma apropiada»<sup>18</sup>, la rechazó luego si sólo mujeres habían concursado al puesto<sup>19</sup>. Finalmente, el Tribunal Federal de Trabajo mantuvo que era admisible la pregunta, cuando servía objetivamente a la protección de la salud de la madre y su hijo no nacido, por causa de la prohibición de empleo para el puesto convocado<sup>20</sup>. En todos estos casos, fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien obligó al Tribunal Federal de Trabajo a la corrección<sup>21</sup>. De manera correcta, si existe un interés justificado, equitativo y digno de protección, entonces deben contestarse negativamente las preguntas relativas a todos los datos que puedan conducir a una

---

<sup>15</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 28.5.2009 - 8 AZR 536/08 - NZA 2009, 1016.

<sup>16</sup> *Brecht-Heitzmann*, ZTR 2006, 639, 640.

<sup>17</sup> *Benecke*, en: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 4ª ed., 2018, § 33, marg. 25a.

<sup>18</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 22.9.1961 - 1 AZR 241/60 – NJW 1962, 74.

<sup>19</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 20.2.1986 – 2 AZR 244/85 – NZA 1986, 739.

<sup>20</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 1.7.1993 – 2 AZR 25/93 - NZA 1993, 933.

<sup>21</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 8.11.1990 – Asunto C-177/88 (Dekker) – NJW 1991, 628; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 3.2.2000 – Asunto C-207/98 (Mahlburger) – NJW 2000, 1019. Sobre Tribunal Federal de Trabajo, 6.2.2003, 2 AZR 621/01, NZA 2003, 848. Además, cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 4.10.2001 – Asunto C-109/00 (Tele Danmark) – NJW 2002, 123.



discriminación derivada de los motivos del párrafo 1 de la AGG<sup>22</sup>. Tales preguntas constituyen indicios de la presunción de que se incumplió la prohibición de discriminación.

También en las consecuencias jurídicas de las no contrataciones discriminatorias, fue el Derecho europeo el que obligó en última instancia a reglas eficaces. El original párrafo 611a, apartado 2, del BGB había sido motejado en la doctrina científica como «párrafo de franqueo», dado que la concursante discriminada únicamente podía accionar por daños y perjuicios por los gastos infructuosos de su solicitud<sup>23</sup>. Luego, el párrafo 6, apartado 1, inciso 2, de la AGG aclaró que también las candidatas o, en su caso, candidatos se consideraban trabajadores, y de este modo, se comprenden en el ámbito de aplicación de la Ley. Ciertamente, en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación del párrafo 7 de la AGG, no tienen derecho después a la creación de una relación laboral, en caso, según el párrafo 15, apartado 6, de la AGG. Sin embargo, según el párrafo 15, apartado 2, de la AGG pueden exigir una indemnización adecuada en dinero. Los límites máximos de tres meses de salarios, regulados en el párrafo 15, apartado 2, inciso 2, de la AGG se aplican en ese caso exclusivamente a las candidatas o, en su caso, candidatos que tampoco hubieran sido contratados en una selección sin discriminación<sup>24</sup>.

## 2. Salario

Aunque el Tribunal Federal de Trabajo había establecido como directamente vinculante, ya en el año 1955, también para las partes del convenio colectivo, el principio de salario igual para hombres y mujeres en caso de trabajo igual o de igual valor<sup>25</sup>, las diferencias salariales entre

---

<sup>22</sup> Sobre la opinión dominante, *Däubler*, en: *Däubler/Bertzbach* (Editores), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4ª ed., 2018, § 7, marg. 35; y *Schlachter*, en *Erfurter Kommentar*, 19ª ed., 2019, § 2, marg. 4a AGG, cada uno con indicaciones adicionales.

<sup>23</sup> *Junker*, NZA-Beil. 2012, 27, 29; sanciones, en cuanto que insuficientemente reclamado, en Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 10.4.1984 – Asunto 14/83 (von Colson y Kamann) – NJW 1984, 2021.

<sup>24</sup> *Oetker*, en: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 4ª ed., 2018, § 17, marg. 73.

<sup>25</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 15.1.1955 – 1 AZR 305/54 – NJW 1955, 684.

hombres y mujeres siguen siendo acusadas, al igual que tradicionalmente<sup>26</sup>. En el año 2017, las mujeres ganaron en Alemania un salario hora bruto promediado de 16,59 euros, un 21% menos que los hombres (21,00 euros). Si no se computan las circunstancias salarialmente relevantes de la llamada «brecha salarial de género aclarada», entonces las mujeres ganaron en promedio en el año 2014 un 6% menos que los hombres por hora, teniendo en cuenta también la exigencia de actividad comparable y de cualificación equivalente<sup>27</sup>.

En julio de 2017, entró en vigor la Ley de transparencia salarial (EntgTranspG), cuyo objetivo es hacer efectivo el mandato de salario igual para hombres y mujeres en un trabajo igual o de igual valor<sup>28</sup>. A este efecto, el parágrafo 3 de la EntgTranspG prohíbe la discriminación directa o indirecta por causa de sexo, en relación con todas las circunstancias salariales y condiciones salariales en caso de trabajo igual o de valor igual. En centros de trabajo con ordinariamente más de 200 trabajadores para el mismo empresario, los trabajadores tienen un derecho individual de información en relación con el salario bruto mensual promediado, según las disposiciones de los parágrafos 10-16 de la EntgTranspG. A los empresarios privados con ordinariamente más de 500 trabajadores se les exige, por medio de los parágrafos 17-20 de la EntgTranspG, con ayuda de procedimientos de comprobación empresariales, que verifiquen regularmente sus regulaciones salariales y todas las circunstancias salariales para el cumplimiento del mandato de igualdad salarial. Si estos empresarios están obligados a informar sobre su situación, según el Código de Comercio, entonces tienen que realizar un informe sobre igualdad y sobre igualdad salarial.

Las primeras experiencias prácticas con la Ley acreditan que apenas se ha hecho uso del derecho de información individual<sup>29</sup>. Esto es

---

<sup>26</sup> Sigue valiendo la pena leer la Tesis Doctoral de *Winter*, *Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit: Ein Prinzip ohne Praxis*, 1998, que incluye además una notable parte de Derecho comparado.

<sup>27</sup> *Statistisches Bundesamt*, *Verdienstunterschied zwischen Frauen und Männern in Deutschland 2017 bei 21 %*, Comunicación de prensa núm. 99 de 15.3.2018,

<sup>28</sup> Cfr. el artículo panorámico sobre la Ley de transparencia salarial, entre otros, de *Franzen*, *NZA* 2017, 814; *Kocher*, *ArbuR* 2018, 8; *Oberthür*, *NJW* 2017, 2228; críticamente, *Wank*, *RdA* 2018, 34.

<sup>29</sup> *Hagelüken / Öchsner*, *Gehaltsunterschiede: Wer verdient was?* *Süddeutsche Zeitung*, 26.5.2018, <https://www.sueddeutsche.de/karriere/gehaltsunterschiede-wer-verdient-was-1.3991882> (última entrada: 23.12.2018).

poco sorprendente, pues la realización de la igualdad salarial se carga en última instancia, según la concepción legal, sobre los trabajadores afectados<sup>30</sup>. En este caso, es reconocido desde hace tiempo, por la sociología jurídica, el comprensible temor de las trabajadoras y de los trabajadores al ejercicio contencioso de sus derechos en el marco de las relaciones laborales existentes<sup>31</sup>. De ahí que un paso más consecuente sería posibilitar la realización en un procedimiento colectivo y, a tal efecto, introducir el derecho asociativo de accionar<sup>32</sup>.

### 3. Puestos directivos

La insuficiente realización de la igualdad de las mujeres también se muestra especialmente en su reducida representación en puestos directivos. Ciertamente, con Angela Merkel, gobierna en Alemania por vez primera una Canciller, aunque hasta el momento las 30 empresas más importantes cotizadas en el Índice Bursátil Alemán (DAX) han tenido siempre un presidente del consejo de administración<sup>33</sup>. De ahí que para modificar la infrarrepresentación de las mujeres en puestos directivos resultase útil la introducción de reglas vinculantes sobre cuotas, lo que por lo demás sólo se ha logrado en pocos ámbitos.

En el año 2015, se aprobó la Ley para la participación igualitaria de mujeres y hombres en puestos directivos en el sector privado y en el empleo público<sup>34</sup>. Ésta prevé para los consejos de vigilancia de las empresas con cogestión, en virtud del parágrafo 96, apartado 2, de la Ley de sociedades de capital (AktG), una cuota para hombres y mujeres de al menos un 30% en cada caso<sup>35</sup>. Además de ello, el consejo de administración y el consejo de

---

<sup>30</sup> También, *Göpfert / Giese*, NZA 2018, 207, 210, que examinan la nueva Ley desde la perspectiva del empresario, y no esperan olas de reclamaciones.

<sup>31</sup> Cfr. sólo *Brecht*, *Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene*, 2003, pág. 151.

<sup>32</sup> *Kocher*, *ArbuR* 2018, 8, 17.

<sup>33</sup> *Buchter*, *Frauen in Führungspositionen: Ganz oben*, ZEIT ONLINE, 14.11.2018, <https://www.zeit.de/2018/47/frauen-fuehrungspositionen-finanzchefs-unternehmen-gleichberechtigung/komplettansicht> (última entrada: 23.12.2018).

<sup>34</sup> Ley de 24.4.2015, Boletín Oficial Federal, I, 642.

<sup>35</sup> Conforme, *Jung*, DStR 2014, 960; *Zimmer*, en: *Däubler/Bertzbach* (Editores), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4ª ed., 2018, § 5, margs. 39 y ss.; expresa dudas sobre las cuotas, en cambio, *Schleusener*, NZA-Beilage 2016, 50, 52.

vigilancia de las empresas que coticen en bolsa o estén sujetas a cogestión, en virtud del párrafo 76, apartado 4, y del párrafo 111, apartado 5, de la AktG, en el marco de sus deberes propios, deben establecer objetivos ambiciosos para la participación de las mujeres en el consejo de administración, en el consejo de vigilancia, así como en ambos niveles de dirección dentro del consejo de administración. Sobre la base de su voluntariedad, no obstante, es posible que el objetivo ambicioso pueda establecerse en el 0%. Según el primer informe del Gobierno Federal sobre la participación de hombres y mujeres en niveles directivos, aproximadamente el 41% de las empresas comprendidas no ha establecido objetivos ambiciosos en todos los niveles<sup>36</sup>.

Una regulación de mayor alcance se aplica desde 2001 en el ámbito de la organización de la empresa. Según el párrafo 15, apartado 2, de la Ley de organización de la empresa (BetrVG), el sexo que está en minoría en la plantilla debe estar representado en el comité de empresa, al menos en la correspondiente proporción numérica. Esto ha conducido a que en el actual período de vigencia de los mandatos, en la representación conjunta en la plantilla con un 42% de mujeres, ocupen el 39% de todos los puestos de representación en los comités de empresa<sup>37</sup>.

Con relación a los ascensos, la jurisprudencia ha establecido listones altos, cuando se dan indicios de falta de equilibrio discriminatorio de las mujeres. Así, según una decisión del Tribunal Federal de Trabajo, no justifica la provisión de un puesto de ascenso con un trabajador masculino, en lugar de una trabajadora embarazada, que desempeñaba en la empresa un puesto comparable, la presunción de una discriminación ligada al sexo<sup>38</sup>. Además, la jurisprudencia mantiene que es perfectamente posible que surjan de las estadísticas indicios de discriminación ligada al sexo, aunque en la práctica se exigen otros puntos de conexión más allá de lo estadístico. La sola circunstancia de que en el nivel jerárquico comparable, la proporción de mujeres sea más alta en el mismo sector que en relación con el empresario afectado, o que exista una proporción de mujeres más reducida en los niveles jerárquicos más altos del empresario que en el conjunto de la

---

<sup>36</sup> Informe del Gobierno Federal sobre la proporción de mujeres y la proporción de hombre en los niveles de dirección y en los órganos del sector privado y del sector público, de 10.8.2017, BT-Drs. 18/13333, pág. 15.

<sup>37</sup> *Baumann / Brehmer / Hobler / Klenner / Pfahl*, Frauen und Männer in Betriebsräten, WSI-Report Nr. 34, 01/2017, [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_wsi\\_report\\_34\\_2017.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_34_2017.pdf) (última entrada: 23.12.2018).

<sup>38</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 24.4.2008 – 8 AZR 257/07 – NZA 2008, 1351.

empresa, no tiene ninguna eficacia indiciaria, en opinión del Tribunal Federal de Trabajo<sup>39</sup>. También es dudosa la afirmación de que la mera exposición de una situación social (discriminatoria) en la empresa no supone ninguna discriminación jurídicamente relevante, dado que el empresario no está obligado ni en la posición de equilibrar, a través de su política de personal, circunstancias sociales que obstaculizan la actividad laboral y/o el ascenso profesional de las mujeres<sup>40</sup>. Cabe esperar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea lleve aquí a una corrección duradera<sup>41</sup>.

#### 4. Despido

En el ámbito de aplicación de la AGG existe una regla sorprendente: según el parágrafo 2, apartado 4, de la AGG, las disposiciones sobre protección general y especial contra el despido se aplican exclusivamente a los despidos. Esta regla se consideró reiteradamente un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea<sup>42</sup>, y que era posible mantener una interpretación de conformidad parcial con las Directivas del Derecho alemán del despido<sup>43</sup>.

El Tribunal Federal de Trabajo ha escogido el camino de la interpretación de la conformidad con las Directivas, aunque debiendo realizar para ello algunos cambios. Ante todo, valoró el incumplimiento de la prohibición de discriminación como una circunstancia que puede conducir a la injustificación social del despido, en virtud del parágrafo 1, apartado 1, de la Ley de protección contra el despido (KSchG)<sup>44</sup>. Los despidos en una pequeña empresa, o antes del transcurso del plazo de espera de seis meses, que no están cubiertos por la Ley de protección contra el

---

<sup>39</sup>Tribunal Federal de Trabajo, 22.7.2016 – 8 AZR 1012/08 – NZA 2011, 93.

<sup>40</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 27.1.2011 – 8 AZR 483/09 – NZA 2011, 689, 692.

<sup>41</sup> Críticamente, también, *Bertzbach/Beck*, en: *Däubler/Bertzbach* (Editores), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4ª ed., 2018, § 5, margs. 39 y ss., con remisión a Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 27.10.1993 – Asunto C-127/92 (Enderby) – NZA 1994, 797.

<sup>42</sup> *Däubler*, en: *Däubler/Bertzbach* (Editores), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4ª ed., 2018, § 2, margs. 292 y ss., con indicaciones adicionales.

<sup>43</sup> *Preis*, en: *Ascheid / Preis / Schmidt*, Kündigungsrecht, Primera Parte, J, marg. 71 y ss.; *Schlachter*, en *Erfurter Kommentar*, 19ª ed., 2019, § 2, marg. 17 AGG.

<sup>44</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – NZA 2009, 361.

despido, se incluyen por el Tribunal Federal de Trabajo, en cambio, directamente en la prohibición de discriminación de la AGG<sup>45</sup>. Además de ello, los despidos que incumplen la prohibición de discriminación del párrafo 7 de la AGG, pueden conducir a una indemnización de daños y perjuicios, en virtud del párrafo 15, apartado 2, de la AGG<sup>46</sup>.

Un ejemplo de ello es el caso enjuiciado por el Tribunal Federal de Trabajo en una pequeña empresa, en la que se notificó a una trabajadora embarazada la prohibición médica de trabajar. Como supo a través de una prueba que el feto había muerto, se lo comunicó al empresario. Éste notificó inmediatamente el despido por motivos empresariales. Dado que, en el momento de la declaración del despido, la intervención para eliminar el feto muerto no se había producido todavía, existía un incumplimiento de la prohibición absoluta de despido de las embarazadas. Ello justificó la presunción de una discriminación por causa de sexo. En este sentido, el embarazo tampoco tenía que haber sido el motivo exclusivo del despido, sino que bastaba que era parte del conjunto de motivos. De ahí que el Tribunal Federal de Trabajo confirmase el derecho a indemnización de la despedida, al amparo del párrafo 15, apartado 2, de la AGG<sup>47</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Las discriminaciones por razón de sexo están prohibidas, aunque siguen representando una práctica usual. Especialmente en el ámbito del salario igual, así como en el de la representación de las mujeres en puestos directivos, existe una importante necesidad de actuación adicional. La protección de las mujeres ante la discriminación en el mundo laboral se otorga, ante todo, por normas del Derecho de la Unión. En este sentido, el legislador alemán y la jurisprudencia se mostraban frecuentemente vacilantes, y debieron ser reconducidos a una protección integralmente eficaz de la discriminación, sólo a través de las normas de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión

---

<sup>45</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372; Tribunal Federal de Trabajo, 23.7.2015 – 6 AZR 457/14 – NZA 2015, 1380.

<sup>46</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 12.12.2013 – 8 AZR 838/12 – NZA 2014, 722; Tribunal Federal de Trabajo, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372, 376.

<sup>47</sup> Tribunal Federal de Trabajo, 12.12.2013 – 8 AZR 838/12 – NZA 2014, 722 y ss.

Europea. La necesidad de dicha presión por parte de la Unión Europea en la práctica jurídica alemana se da todavía.