

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL EMPLEO EN AUSTRIA*

[SEX DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT IN AUSTRIA]

Günther Löschnigg y Nora Melzer-Azodanloo

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2019

Fecha de aceptación: 21 de marzo de 2019

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. EVOLUCIÓN DEL TRATO IGUAL DE MUJERES Y HOMBRES QUE TRABAJAN EN AUSTRIA.- 1. Condiciones marco políticas.- 2. Promulgación de la Ley de trato igual de 1979.- 3. Novedades relativas al ingreso de Austria en la CE, en 1994.- 4. Igualdad no sólo entre hombres y mujeres.- 5. Más igualdad pura: la promoción de las mujeres.- III. OTROS DESARROLLOS DEL CONCEPTO «DISCRIMINACIÓN», ASÍ COMO DEL DE «SEXO».- 1. Tener en cuenta la situación familiar y los hijos.- 2. Acoso sexual ≠ acoso por razón de sexo.- 3.- Ridiculizar a personas relacionadas con el trabajador/la trabajadora.- IV. CONSECUENCIAS DE LA CREACIÓN DE UNA ADICIONAL/TERCERA CATEGORÍA DE SEXO.- 1. Mandato de trato igual en todas las fases de la relación laboral.- 2. Discriminación positiva.- 3. Ofertas de empleo neutrales en cuanto al sexo.- 4. Prevención técnica de los riesgos de los trabajadores y trabajadoras y protección en la utilización.- V. BRECHA SALARIAL ESPECÍFICA POR SEXO (GENDER PAY GAP).- VI. PANORÁMICA.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. EVOLUTION OF THE EQUAL TREATMENT OF WORKING WOMEN AND MEN IN AUSTRIA.- 1. Political framework conditions.- 2. Enactment of the Equal Treatment Act of 1979.- 3. Changes regarding Austria's adhesion to EC in 1994.- 4. Equality not only between men and women.- 5. More pure equality: the promotion of women.- III. OTHER DEVELOPMENTS OF THE CONCEPT «DISCRIMINATION», AS WELL AS THAT OF «SEX».- 1. To take into account the family situation and the children.- 2.

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Alberto Arufe Varela.
ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 73-88

Sexual harassment ≠ harassment on the ground of sex.- 3.- To ridicule people related to the worker.- IV. CONSEQUENCES OF THE CREATION OF AN ADDITIONAL/THIRD CATEGORY OF SEX.- 1. Mandate of equal treatment in all phases of the labor relationship.- 2. Affirmative action.- 3. Neutral job offers regarding sex.- 4. Occupational safety and health and protection of the using.- V. SPECIFIC WAGE GAP ON THE GROUND OF SEX (GENDER PAY GAP).- VI. PANORAMA.

Resumen: Este trabajo estudia la evolución del trato igual de mujeres y hombres en el trabajo en Austria, remontándose a 1919. Presta especial atención al fenómeno del impacto de la creación de una adicional/tercera categoría de sexo en las distintas leyes austríacas. Concluye que debe incrementarse la sensibilidad en relación con el trato desigual por razón de sexo por parte de todos los afectados.

Abstract: This paper studies the evolution of the equal treatment of women and men at work in Austria, dating back to 1919. It pays special attention to the phenomenon of the impact of the creation of an additional/third category of sex in the several Austrian statutes. It concludes that sensibility should be increased concerning the unequal treatment on the ground of sex by all those involved.

Palabras clave: Acoso sexual en el trabajo, Austria, Brecha salarial por razón de sexo, Discriminación positiva, Trato igual

Keywords: Sexual harassment at work, Austria, Gender pay gap, Affirmative action, Equal treatment

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de trato igual, nos referimos en principio a dos fenómenos diferentes. La cuestión relativa al trato igual de los iguales y la cuestión relativa al trato igual de los desiguales. En el ámbito de la problemática relativa al género, partimos de la desigualdad, pero examinamos en un segundo momento lo que es igual en los desiguales y si esta igualdad en los desiguales precisa de un trato igual.

Lo que debe y puede considerarse igual y desigual es una cuestión de valores sociales y políticos, y es, en consecuencia, relativa o —expresado en positivo— dinámica, flexible, etc. Actualmente, tenemos a nivel europeo —acuñado por las correspondientes normas jurídicas de la UE— un Derecho sobre trato igual o antidiscriminatorio que está muy fuertemente marcado por específicas circunstancias discriminatorias. Sexo, edad, religión, ideología, discapacidad y origen étnico son las circunstancias protegidas esenciales. Otras características (obesidad, pelo rojo) o actividades (trabajo a tiempo parcial, pertenencia al comité de empresa) experimentan igualmente protección; pero se organiza de otro modo. Al menos en Austria, no se ha creado de momento una prohibición general de la discriminación o un Derecho discriminatorio general, que haga por completo inadmisibles las diferencias inapropiadas de cualquier tipo. Y de ahí que ciertos instrumentos jurídicos ensayados durante un siglo, como, por ejemplo, el principio general de trato igual, ofrezcan sólo parcialmente una protección adecuada.

II. EVOLUCIÓN DEL TRATO IGUAL DE MUJERES Y HOMBRES QUE TRABAJAN EN AUSTRIA

1. Condiciones marco políticas

Hace casi 100 años, el 16 febrero 1919, en las elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente, pudieron presentarse mujeres por vez primera en Austria, y resultar elegidas. Pero sobre todo, a partir de entonces, tenían derecho a votar —con independencia de su patrimonio o rendimiento

fiscal¹. Igualmente se promulgó hace 100 años la Ley de comités de empresa, por medio de la cual se logró en las empresas una representación legal obligatoria de trabajadores/as.

Junto al ámbito político, las mujeres también pudieron en consecuencia ejercer funciones y actuar en la vida económica y laboral. Además, poco antes, se llevaron a cabo las correspondientes modificaciones en el Derecho societario, de manera que a partir de entonces las mujeres también podían afiliarse a los partidos políticos. En el movimiento obrero, ya habían podido implicarse antes. Desde 1867, con base en la Constitución del Estado y la Ley de coaliciones, también se permitió que se asociasen y creasen asociaciones para la defensa de sus intereses.

La evolución fue consecuentemente —despacio pero continuadamente— en la dirección del trato igual de mujeres y hombres en el mundo laboral: se produjeron reveses, sobre todo durante el período entreguerras, por la mala situación económica. Esto afectó naturalmente a las medidas de igualdad de hombres y mujeres. Se reforzó el reparto «tradicional» de papeles, pero sobre todo volvió a empujarse a las mujeres a dirigir la casa y cuidar de los familiares, de manera que durante la segunda guerra mundial de nuevo sólo los hombres entraban en el mundo laboral, representando todos los niveles profesionales.

Al menos en Alemania y Austria, los años 50 caminaron de nuevo en la dirección de la expulsión de las mujeres del mercado laboral, y se consolidó la desigualdad de trato entre hombres y mujeres que trabajaban. Las empresas, sin embargo, contrataban mujeres como mano de obra, porque podían exigirles un salario menor que el de los hombres. La mano de obra masculina veía en las mujeres una competencia y automatismo salarial, porque ellas también debían emplearse con un salario más bajo que el de sus colegas masculinos. Estas diferencias salariales se derivaban tanto de las leyes como de los convenios colectivos. A pesar de ello, las mujeres estaban también en muchos casos predispuestas a asumir trabajos que los hombres no querían realizar, especialmente como limpiadoras y cuidadoras de personas.

¹ El 12 noviembre 1918, la Asamblea Nacional Provisional para la Austria alemana decide el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a todos los ciudadanos mayores de edad, sin diferencia de sexo.

Dado que por aquel entonces Austria no era miembro de la CEE, la norma predecesora del artículo 157 del TFUE no tuvo repercusiones especiales sobre la fijación y cuantía del salario. Esta disposición se introdujo porque Francia, que garantizaba a las mujeres desde hacía tiempo el mismo salario que a los hombres, temía la competencia de otros países, que autorizaban hasta ese momento salarios diferentes para hombres y mujeres.

2. Promulgación de la Ley de trato igual de 1979

En Austria, un hito del trato igual de hombres y mujeres, en el mundo económico y en el mundo laboral, fue la Ley de trato igual de 1979². Estableció un «mandato de trato igual» (cfr. párrafos 2 y 12 de la Ley citada) y exigió allí expresamente, por vez primera, que en la fijación del salario «nadie puede ser discriminado por razón de sexo».

También antes de la promulgación de la Ley de trato igual ya se habían dado instrumentos jurídicos que prohibían el trato desigual entre trabajadores/as de una empresa por motivos inadecuados, y otorgaban la posibilidad de retomar y, en consecuencia, de avanzar sobre las discriminaciones. Al respecto, se cuenta en especial el párrafo 879 del ABGB, así como el principio de trato igual desarrollado en lo laboral a partir del deber de protección³. A través de la promulgación de la Ley de trato igual, se favoreció con claridad, sin embargo, que los afectados luchasen contra las discriminaciones del empresario o la empresaria. El organismo oficial al que podían apelar en caso de discriminación fue la nueva Comisión de trato igual creada en el Ministerio de Seguridad Social, que no tenía, sin embargo, poderes muy amplios —en especial, de carácter administrativo.

3. Novedades relativas al ingreso de Austria en la CE, en 1994

² *Boletín Oficial Federal* núm. 108/1979.

³ Löschnigg, *Arbeitsrecht*, 13ª ed. (2017).

Un hito posterior fue el proyectado ingreso de Austria en la UE, en 1994. Con él, debían asumirse todas las normas de la UE, incluidas las normas sobre igualdad de trato. Con esta gran tarea presente, el ordenamiento jurídico austriaco debía asegurar, ya antes de ese momento, que Austria ingresaría adecuándose a las normas de la UE. Esto afectó sobre todo al Derecho del Trabajo, y en él, de nuevo, al Derecho sobre trato igual. En especial, a través de las enmiendas de 1990 a la Ley de trato igual,

- Se amplió el mandato de trato igual y se prohibió la discriminación por razón de sexo en todos los estadios de la relación laboral, y especialmente, durante la creación de la relación laboral, durante el acceso a la formación profesional y a la formación profesional continua, así como en el resto de condiciones de trabajo y en la extinción de la relación laboral.

- Además, se prohibió expresamente establecer en los convenios colectivos y acuerdos de empresa criterios salariales que discriminasen a las mujeres (por ejemplo, a través de complementos especiales sólo para el trabajo que requiriese un fuerte o grande esfuerzo físico, aunque esto no se tenía en cuenta detalladamente, por ejemplo, en el ámbito del cuidado de personas).

- Se introdujeron consecuencias jurídicas más duras por incumplimiento del mandato de trato igual: así, las extinciones discriminatorias de la relación laboral podían ser impugnadas ante los tribunales.

Una enmienda posterior de la Ley de trato igual⁴, publicada a la vista del inminente ingreso en la UE, provocó intensas discusiones en la doctrina científica económica y práctica. Simultáneamente, las novedades legales crearon con claridad una sensibilidad más fuerte en el ámbito del trato igual. La causa, entre otras, fue que ahora el «acoso sexual» representaba igualmente un estado de hecho discriminatorio, que conducía al acosador a las sanciones correspondientes (en especial, daños y perjuicios morales). La comprensión del alcance y el contenido de los derechos de la personalidad se acuñaba, con ello, de nuevo totalmente. Y es que, bajo el acoso sexual, se comprendían no sólo —como, por ejemplo, en el Derecho Penal tradicional⁵— las intromisiones físicas graves con una connotación

⁴ *Boletín Oficial Federal* núm. 833/1992.

⁵ Entre tanto, el acoso sexual también es una materia propia en el Código Penal.

sexual, sino también —y esto era nuevo— los daños a la dignidad sexual de una persona. Se cayó entonces en la cuenta de la inminente prohibición de calendarios con mujeres desnudas en la oficina, de los chistes obscenos o de los llamados «tocamientos de trasero». Se lanzaban advertencias ante una desoladora atmósfera laboral.

Un gran eco tuvieron también las normas sobre prohibición de la llamada discriminación indirecta, que se aproxima *prima facie* a la circunstancia neutral, para tratar a un grupo de trabajadores de modo diferente a otro grupo. Pero realmente, a través de dichas medidas, se discrimina principalmente sobre todo a las mujeres, respecto de sus niveles salariales, por ejemplo, con salarios horarios o la necesidad de períodos de ingresos más largos para trabajadores a tiempo parcial⁶. Ejemplos actuales de discriminación indirecta los podrían representar las normas restrictivas sobre el vestido en la empresa, por ejemplo, un *code of conduct* que prohíba un determinado cubrimiento de la cabeza.

Un efecto complementario del ingreso en la UE fue, por lo demás, la supresión de la por aquel entonces todavía vigente prohibición del trabajo nocturno de las mujeres. Austria había autorizado esta prohibición al transponer el Convenio núm. 89 de 1948 de la OIT, para proteger a las mujeres de los riesgos del trabajo nocturno. Estas obligaciones de Derecho internacional estaban, sin embargo, en contradicción con el mandato de trato igual a introducir en el trayecto del ingreso en la UE. Se observó críticamente, sin embargo, que la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres ya estaba neutralizada por numerosas excepciones. En todas partes allí donde se utilizase mano de obra de mujeres, porque la mayor parte de la plantilla —especialmente, por causa de una remuneración comparativamente menor— fuese femenina, existían dichas excepciones, esto es, sobre todo en el trabajo en hospitales, casas particulares, cines o en el sector de la hostelería. En este sentido, sólo resultó adecuado y muy retrasado que también en los sectores laborales con trabajo nocturno que hasta ese momento se reservaban a hombres y en los que a menudo, también sobre la base de pluses de nocturnidad, se pagaba más, tuviesen que abrirse a partir de entonces a las mujeres.

⁶ Entre tanto, también existen numerosas prohibiciones expresas de la discriminación en el empleo a tiempo parcial.

4. Igualdad no sólo entre hombres y mujeres

El siguiente gran paso lo representó la ampliación de la Ley de trato igual a la protección ante discriminaciones basadas en otras circunstancias distintas del sexo. Esta expansión del motivo despreciable para un trato peor se produjo a mediados de la década del 2000. Como consecuencia de las Directivas antidiscriminatorias, la Ley austriaca de trato igual fue también modificada y ampliada. Junto a la lucha contra la discriminación basada en el sexo, también desde la nueva redacción de la Ley se atacaron con los instrumentos de la Ley de trato igual las discriminaciones basadas en el origen étnico, la religión, la libertad ideológica, la orientación sexual y la edad. Las discriminaciones basadas en la discapacidad están igualmente prohibidas; pero éstas se regulan en la Ley de contratación de discapacitados.

5. Más igualdad pura: la promoción de las mujeres

Ya desde mediados de los años 90 del siglo pasado existen en la Constitución reglas que autorizan la promoción (especial) de las mujeres. Esto autoriza en todos los ámbitos administrativos (esto es, la Federación, Estados federados y entes locales) a adoptar medidas administrativas o legales para la promoción de la igualdad real de mujeres y hombres (artículo 7, apartado 2, de la Constitución Federal). En este caso, la discriminación («medidas activas») también es admisible. Ejemplos muy actuales de dicha discriminación positiva de las mujeres en el mundo económico y laboral son las normas sobre cuotas del Derecho empresarial y laboral, para los miembros de los consejos de vigilancia⁷ de las sociedades que coticen en bolsa y tengan más de mil trabajadores. En este caso, las cuotas se aplican tanto a los miembros del consejo de vigilancia que sean representantes del capital, como a aquellos miembros que sean enviados al consejo de vigilancia por el comité de empresa.

⁷ Órgano de vigilancia previsto legalmente para las sociedades anónimas, pero parcialmente también para las sociedades de responsabilidad limitada, que controla ante todo las actividades del consejo de dirección, esto es, del órgano de representación de la sociedad.

En estas empresas, hay que cubrir un 30% de los puestos del consejo de vigilancia con mujeres, cuando en la plantilla exista al menos un 20% de mujeres (cfr. párrafo 110 de la Ley de organización del trabajo). La formulación legal remite en este caso al concepto «sexo», de manera que la regulación legal también aplicaría a la inversa en los consejos de vigilancia en los que actualmente sólo hubiese miembros mujeres, aunque el 20% de la plantilla fuesen hombres. En caso de incumplimiento de la cuota, existen ciertas sanciones y, sobre todo, la falta de ocupación de los puestos y, con ella, la pérdida de los principales poderes de control de la plantilla.

Pero no sólo a nivel de plantilla directiva (en realidad, el nivel de control) se encuentran reglas sobre cuotas por sexo en el Derecho del Trabajo, sino también para la representación de la plantilla. Ya desde 1992, el párrafo 50, apartado 3, de la Ley de organización del trabajo prevé que en el comité de empresa deban estar representados «los trabajadores y trabajadoras en su correspondiente proporción numérica». A pesar de ello, la porción de mujeres en los comités de empresa de ámbito federal asciende en la actualidad sólo al 34% (con valores de 2016). A diferencia del incumplimiento de la cuota en el consejo de vigilancia, el incumplimiento de este mandato no conduce, sin embargo, a ninguna consecuencia jurídica negativa para la representación de la plantilla, por ejemplo, la pérdida de poderes de co-decisión. En consecuencia, ordinariamente, hay que presionar a las mujeres comprometidas en la actividad del comité de empresa, antes que actuar sobre la plantilla.

III. OTROS DESARROLLOS DEL CONCEPTO «DISCRIMINACIÓN», ASÍ COMO DEL DE «SEXO»

1. Tener en cuenta la situación familiar y los hijos

Con la nueva versión de la Ley de Trato Igual, provocada por las Directivas de trato igual de la UE, la prohibición anterior del trato desigual de hombres y mujeres («nadie puede ser discriminado por causa del sexo») se extendió adicionalmente a niveles distintos:

- Así, se prohíbe tratar peor a un trabajador/una trabajadora con referencia a la situación familiar, o con referencia a su esa persona tiene

hijos (cfr. parágrafo 3 de la Ley de Trato Igual). Tampoco se permite negar el puesto de trabajo a una candidata con varios hijos, porque la empresa debe asumir más costes, si los hijos enferman y la empresaria debe continuar pagando el salario a la trabajadora ausente, aunque pueda permanecer en casa para cuidar de sus hijos.

- Igualmente se prohíbe no contratar (sólo) mujeres más jóvenes, o negarles el acceso a formación continua más cara en la empresa, porque puedan quedarse embarazadas en el futuro. Incluso respecto de la denominada relación laboral a prueba, que hasta ahora podía extinguirse sin indicación de motivos y en cualquier momento, existe una agravación: en caso de embarazo durante el período de prueba, ya no rige la posibilidad de extinción en cualquier momento de tales relaciones laborales a prueba propia de otros ámbitos.

2. Acoso sexual ≠ acoso por razón de sexo

Junto al acoso sexual ya citado antes, también se prohíbe actualmente el «acoso por razón de sexo» (cfr. parágrafo 7, apartado 1, de la Ley de Trato Igual). Mientras que el acoso sexual hace referencia a las relaciones sexuales o al contacto sexual, en el caso del acoso por razón de sexo se crea, por la persona acosadora, un ambiente laboral hostil o humillante, en el cual el sexo de la persona acosada (sin connotación sexual) se trata de manera negativa en conversaciones, gestos o imágenes. Podrían ser ejemplos:

- comentarios críticos sobre asuntos laborales, en los que se vierta una frase como «pues sólo los hombres pueden reparar bien un automóvil»; pero a la inversa,

- también prácticas empresariales en las que determinados trabajos se asignan siempre sólo a las empleadas femeninas, porque «las mujeres son mucho más detallistas».

3. Ridiculizar a personas relacionadas con el trabajador/la trabajadora

Tanto el acoso sexual como el acoso por razón de sexo también existen, por lo demás, cuando no se ridiculiza al propio trabajador o trabajadora, sino cuando el empresario o empresaria, o los compañeros, hacen burla de un miembro de la familia o de una persona relacionada con el trabajador o la trabajadora (cfr. parágrafo 7, apartado 4, de la Ley de Trato Igual). Chistes sobre la aptitud profesional de un pariente del trabajador, que ejerce un oficio no típico de su sexo, podrían ser ejemplos de ello.

IV. CONSECUENCIAS DE LA CREACIÓN DE UNA ADICIONAL/TERCERA CATEGORÍA DE SEXO

Tanto el Tribunal Federal Civil alemán, como el Tribunal Constitucional austríaco, tuvieron que ocuparse en 2017 y 2018 de si resulta necesaria la creación de una adicional/tercera categoría de sexo en las distintas leyes. Ambos tribunales han contestado afirmativamente a la cuestión, de manera que, en lo sucesivo, junto a «masculino» y «femenino», también debe caber la posibilidad de la inscripción positiva del sexo, por ejemplo, como «diverso», «intersexual», «otro», etc. Sin embargo, esta tercera categoría de sexo no llevará sólo a modificaciones en el Derecho del estado civil o en el Derecho matrimonial; repercutirá también en el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social.

1. Mandato de trato igual en todas las fases de la relación laboral

Para unos, esto afecta al extenso ámbito del Derecho antidiscriminatorio, ante todo, las circunstancias ya mencionadas antes en varios lugares, que prohíben el trato desigual de hombres y mujeres. Todo ello hay que aplicarlo igualmente a las personas cuyo sexo es «diverso», «intersexual», etc. Mirándolo desde una perspectiva legislativa, pueden resultar necesarias adiciones parciales a los textos legales; en especial, ello sucede cuando en el tenor literal sólo se habla expresamente de «hombres» y/o «mujeres». En otros lugares, ya se asegura ahora el trato igual también en relación con los trabajadores y trabajadoras intersexuales; en especial, sucede cuando el término «sexo» se utiliza en la ley para incluir a todas las categorías de sexo.

Las discriminaciones en la contratación, en el pago del salario, en el acceso a la formación continua o en la extinción de las relaciones laborales con invocación de la característica sexual «diverso», en la actualidad, están tan prohibidas como el acoso sexual o el acoso por razón de sexo.

2. Discriminación positiva

También respecto de la promoción específica de grupos antes perjudicados, por ejemplo, por medio de la aprobación de normas sobre cuotas por sexo, que posiblemente pueden conducir rápido a la igualdad material, cabe encontrar referencias a la mejor inclusión de personas intersexuales. Esto se refiere tanto a las más recientes cuotas introducidas en el consejo de vigilancia de las empresas, como también a las cuotas ya existentes desde 1992 para la composición de los comités de empresa.

- En las empresas más grandes, hay que cubrir el 30% de los puestos del consejo de vigilancia con mujeres, cuando la plantilla se compone al menos del 20% de mujeres. Dado que la redacción legal usó el término neutral «sexo», teóricamente están comprendidas las tres categorías de sexo. Visto el número más pequeño de personas intersexuales en la población total, en la práctica se considera que esta regulación de cuotas aumentará ante todo la porción de las mujeres en el consejo de vigilancia, mientras que la regulación de cuotas apenas surtirá efecto para las personas intersexuales.

- En el comité de empresa, deben estar representados «los trabajadores y las trabajadoras en relación con su proporción numérica». No obstante, hasta ahora esta disposición ha resultado ser más bien roma, porque la infracción de este mandato no conduce a ninguna consecuencia jurídica negativa para la representación del personal negligente, en especial la pérdida de poder de colaboración. Primariamente, la regulación de 1992 causó el fortalecimiento de la parte de las mujeres en los órganos de representación del personal. Sin embargo, en la práctica, conforme a la interpretación de la constitucionalidad de la disposición, puede existir la obligación efectiva, en plantillas pequeñas, de que al menos un miembro del comité de empresa pertenezca a la categoría de sexo «diverso».

3. Ofertas de empleo neutrales en cuanto al sexo

La creación de la nueva categoría de sexo podría representar un gran desafío para los empresarios y las empresarias, en relación con las ofertas de empleo. Según el parágrafo 9 de la Ley de Trato Igual, ya desde hace tiempo, ésta tiene que resultar «neutras en cuanto al sexo». La mención sólo femenina o masculina para un oficio crea una atmósfera que normalmente impide superar los roles y las jerarquías típicamente sexuales. De aquí que hasta ahora estuviese prohibido buscar sólo un hombre o sólo una mujer para un puesto de trabajo determinado; además, la neutralidad en cuanto al sexo debía acreditarse también por medio de menciones a la profesión neutrales en cuanto al sexo. De aquí que estuviesen mal vistas los anuncios de empleo en las que sólo se encontrasen menciones como «médico», «enfermera», «jefe de sección», «ingeniero civil», o «secretaria». En su lugar, tenían que haberse utilizado conjuntamente las formas masculina y femenina o, en general, una referencia neutral a la profesión, en la respectiva oferta de empleo.

Todavía está abierta la cuestión de qué redacciones de las ofertas de empleo satisfacen las nuevas exigencias, en relación con la tercera categoría de sexo. Ello depende también de la terminología elegida en el ordenamiento jurídico en su conjunto o en cada ley. También aquí se está destinado a esperar todavía los diferentes términos posibles, así como su desarrollo y recepción en el lenguaje jurídico. En el marco de procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de Alemania y de Austria se solicitaron modificaciones del registro del sexo, por ejemplo, como «inter», «otro», «X», «indeterminado», «diverso», o términos similares. En consecuencia, una oferta de empleo siguiendo el patrón «Catedrático (m/f/i)», satisfaría perfectamente las nuevas exigencias legales.

4. Prevención técnica de los riesgos de los trabajadores y trabajadoras y protección en la utilización

La necesidad de adaptación de la legislación laboral también existe en todos los lugares en que, para la protección de los derechos de la personalidad por razones de salud, los empresarios y empresarias deben adoptar medidas especiales, y así, por ejemplo, en el derecho de prevención de los riesgos de los trabajadores y trabajadoras:

- Según el parágrafo 27 de la Ley para la Prevención de Riesgos de los Trabajadores y las Trabajadoras, el empresario y la empresaria están obligados a habilitar retretes y servicios para lavado separados, cuando «haya al menos cinco trabajadores de cada sexo». «Si se establecen servicios para lavado y lavabos ... conjuntos, entonces hay que asegurar el uso separado por sexo». En la práctica laboral, el número de empleados cuyo sexo es «diverso» no alcanza ordinariamente el número de cinco empleados. Sin embargo, si fuese éste el supuesto —más de cinco empleados masculinos y cinco empleadas femeninas, respectivamente—, entonces se deberían habilitar espacios propios para estos grupos. Si se produce el uso conjunto de las instalaciones, por falta de los cinco empleados, entonces hay que prever —en los casos de los retretes, duchas o vestuarios— la posibilidad de «uso separado», por ejemplo, por medio de cabinas opacas para los retretes o las duchas.

- Dependiendo de si un trabajador o trabajadora pueda dar a luz hijos, también con la característica de sexo «diverso», existe asimismo la correspondiente necesidad de adaptación en las leyes, para la protección del embarazo, así como para la protección tras el nacimiento del hijo.

V. BRECHA SALARIAL ESPECÍFICA POR SEXO (*GENDER PAY GAP*)

Aunque la Ley de Trato Igual establece expresamente que las normas jurídicas de la autonomía colectiva (en especial, convenios colectivos y acuerdos de empresa) tienen que hacer efectivo el principio de «salario igual para un trabajo de igual valor», y que nadie puede ser perjudicado en la determinación del salario por razón del sexo (cfr. parágrafo 11 de la Ley de Trato Igual), Austria cuenta, igual que antes, con la más mayor brecha salarial entre mujeres y hombres en los países de la UE. Esta diferencia específica por sexo asciende a cerca del 22%. Un

estudio de Statistik Austria⁸ muestra, en realidad, que sólo alrededor de un tercio del Gender Pay Gap conjunto (esto es, un 8,6% del total del 22,2%) puede explicarse por razones de características como el sector, la profesión, el nivel de formación, la edad, la duración de la pertenencia a la empresa, la jornada completa/a tiempo parcial, el tipo de contrato de trabajo, el lugar y el tamaño de la empresa. De aquí que las diferencias o desigualdades estructurales entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo sean un factor importante para la cuantía de la brecha salarial específica por sexo; pero no pueden motivar la brecha en su totalidad. En sentido contrario, no obstante, se demuestra que casi dos tercios del Gender Pay Gap total no puede explicarse por características como el sector, la edad, la dimensión de la jornada de trabajo, etc.

En Austria, cerca del 98% de los empleados están sujetos a salarios mínimos convencionales imperativos, que no pueden ser empeorados, sino sólo mejorados por el contrato de trabajo. Los (notoriamente superiores) salarios más altos de los hombres puedan, en consecuencia, producirse en el nivel de las negociaciones contractuales individuales entre el trabajador o trabajadora individual y el empresario o empresaria. De aquí que la más reciente legislación se dirija —además de animar a las mujeres jóvenes a decantarse por profesiones técnicas fuertes—, ante todo, a hacer más transparentes las negociaciones sobre salarios y los parámetros para la determinación de los salarios en las empresas individuales.

- Todos los empresarios y empresarias que oferten empleos están obligados, tanto a poner en el anuncio el correspondiente salario mínimo para el puesto de trabajo, como también a indicar expresamente la eventual probabilidad para un salario más alto (cfr. parágrafo 9, apartado 2, de la Ley de Trato Igual).

- Todos los empresarios y empresarias que empleen más de 150 trabajadores o trabajadoras están obligados a elaborar cada dos años el denominado informe salarial. En éste, hay que exponer los salarios medios (o medianos) de los diferentes grupos de personas —clasificados según el sexo y el grupo funcional, así como la antigüedad— en las empresas (cfr. parágrafo 11a del informe salarial)⁹.

⁸ Del año 2017, sobre la base de los datos sobre Gender Pay Gap de 2014.

⁹ Al respecto, detalladamente, *Melzer-Azodanloo*, *Arbeitsrechtliche Instrumente und ihr Verhältnis zum geschlechtsbedingten Einkommensunterschied*, en Ulrich/Neuwirth ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 73-88

VI. PANORÁMICA

Las afirmaciones previas prueban que en conjunto se ha producido, en realidad, un gran desarrollo en el ámbito del trato igual entre sexos, y en relación con la sensibilidad para con el sexo (expresión clave: tercera categoría de sexo). Pero también prueban que, de ninguna manera, puede y debe hablarse de una pausa en relación con de las medidas del legales y administrativas para la lucha contra la discriminación, en especial de la brecha salarial por causa del sexo¹⁰.

Medidas como la ampliación actual de las reglas antidiscriminatorias, no obstante, pueden al menos ser el «motor» para que se retomen los temas de sexo importantes en las empresas de una manera diferente. Así, ante todo, puede hablarse de que los comités de empresa intensifiquen las cuestiones de sexo en la plantilla, por ejemplo, en las reuniones de centro de trabajo, y también en las consultas ante el empresario y empresaria, o en las negociaciones sobre la conclusión de los correspondientes acuerdos de empresa (por ejemplo, sobre promoción de la mujeres, o mejoras de las instalaciones para el cuidado de hijos)¹¹.

Medidas legales más recientes, por ejemplo, el informe salarial o la indicación obligatoria del salario mínimo en las ofertas de empleo, se dirigen además a hacer más transparente la estructura salarial. Debe incrementarse el conocimiento por los trabajadores. Debe conseguirse más sensibilidad en relación con el trato desigual por razón de sexo, por parte de todos los afectados, trabajadores y trabajadoras y empresarios y empresarias, de la misma manera.

(Editor), Zum Verhältnis von Reproduktion, Erwerbsarbeit und fairer Budgetpolitik, (2015) 87.

¹⁰ En el período más reciente (y en especial, referido en el informe salarial), véase ante todo *Firlei*, Entgelttransparenz ultralight – der Einkommensbericht gem § 11a GIBG, DRdA 2011, 238.

¹¹ Conociendo en general las dificultades prácticas para la constitución del órgano de representación de la plantilla en la empresa, también hay que pensar en pretender medidas legislativas futuros para el aumento de la porción de mujeres en los órganos de representación de la plantilla.