

LA DIRECTIVA 2023/970, POR LA QUE SE REFUERZA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN A TRAVÉS DE MEDIDAS DE TRANSPARENCIA EN MATERIA RETRIBUTIVA Y DE MECANISMOS PARA SU CUMPLIMIENTO

FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras clave: Empleo; igualdad; trabajo de igual valor; retribución; transparencia

Con fecha 17 de mayo se publicó en el DOUE la Directiva 2023/970, norma cuyo objetivo es establecer medidas para reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución. Pese a que dicha norma centra su denominación en la transparencia retributiva no va a ser solamente a esta materia a la que se dedique, sino que atiende, además, a otros aspectos que se han revelado asimismo como determinantes negativos a la hora de la efectiva aplicación del principio de igualdad retributiva, a saber, la falta de un concepto claro de lo que es trabajo de igual valor y los obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las víctimas de la discriminación.

ABSTRACT

Key words: *Employment; equality; work of equal value; pay; transparency*

On May 17, Directive 2023/970 was published in the DOUE, a regulation whose objective is to establish measures to reinforce the application of the principle of equal pay. Despite the fact that said norm focuses its denomination on pay transparency, it will not only be dedicated to this matter, but also attends to other aspects that have been revealed as negative determinants to the effective application of the principle of equal pay, namely the lack of a clear concept of work of equal value and the procedural obstacles faced by victims of discrimination.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. MEDIDAS DE TRANSPARENCIA EN MATERIA RETRIBUTIVA
 - 2.1. Publicidad activa
 - 2.1.1. Información sobre la brecha retributiva
 - 2.1.2. Información sobre la política de fijación de retribuciones
 - 2.1.3. Información sobre el derecho de acceso a la información
 - 2.2. Derecho a acceso a la información
3. MEDIDAS EN RELACIÓN CON LA VALORACIÓN Y EVALUACIÓN DEL TRABAJO
 - 3.1. Estructuras retributivas neutras
 - 3.2. Evaluaciones retributivas conjuntas
4. MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO
5. MEDIDAS EN MATERIA DE TUTELA DEL DERECHO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN
 - 5.1. Acceso a los procedimientos
 - 5.2. Derecho a obtener una indemnización
 - 5.3. Medidas en materia probatoria
 - 5.4. Prescripción y caducidad
 - 5.5. Costas procesales
 - 5.6. Sanciones frente al incumplimiento
6. LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA EN RELACIÓN CON LA ACTUACIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES
7. TRANSPOSICIÓN, SEGUIMIENTO Y CONTROL

1. INTRODUCCIÓN

No es necesario recordar que la Directiva 2023/970 no es la primera norma que viene a reconocer el principio de igualdad de retribución en el ámbito de la Unión Europea. Dicho principio se encontraba ya enunciado en el propio Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 1957) como derecho a la igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo, si bien más con el objetivo de evitar lo que se ha denominado *dumping social* que con el de garantizar los derechos de las personas trabajadoras. La Directiva 75/117¹, en desarrollo de este precepto y siguiendo los postulados de los convenios de los OIT en la materia², se encargó de ampliar el concepto introduciendo la noción de *trabajo de igual valor* y conectándolo con el otro gran referente a tener en cuenta, la clasificación profesional, al añadir que “cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las

¹ Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

² Convenio n° 100 sobre igualdad de remuneración (1950) y Recomendación n° 90 (1951) que lo acompaña; Convenio n° 117 sobre política social (1962). Al respecto, vid. Saldaña Valderas, E., *Discriminación retributiva en función del género. Un análisis técnico y jurídico*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2004, pág. 55.

retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”, expresiones que se mantienen casi inalteradas en el art. 4 de la Directiva 2006/54³, en la que se refunden las directivas en materia de igualdad entre mujeres y hombres emanadas hasta ese momento.

El principio de igualdad de retribución, como parte integrante del más genérico derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, se va a erigir como uno de los pilares básico de la política social europea, en coincidencia con las normas internacionales⁴, y así se plasma en el artículo 157 del TFUE y en el Pilar Europeo de Derechos Sociales (Capítulo I, 02. b). Para su consecución en 2014 se adopta la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, en la que se dan orientaciones a los Estados miembros sobre la adopción de medidas para hacer efectivo el principio de igualdad de retribución.

A pesar del tiempo transcurrido, de los esfuerzos normativos y de la labor del TJUE, la igualdad de retribución entre mujeres y hombres está lejos de ser una realidad y la brecha retributiva no desaparece, sino que se mantiene en el conjunto de países de la Unión, como se pone de manifiesto en la evaluación de la Directiva de 2006/54 llevada a cabo en 2020. En dicha evaluación se constata que la aplicación del principio de igualdad de retribución se ve entorpecida por tres factores principales: de un lado, la falta de seguridad jurídica en torno al concepto de “trabajo de igual valor”; de otro, la falta de transparencia en los sistemas retributivos, que hace que la discriminación retributiva y los sesgos de género puedan pasar desapercibidos y/o sean difíciles de demostrar; finalmente, los obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las víctimas de discriminación.

En este contexto se plantea una nueva intervención legislativa que dé un impulso a la consecución de la igualdad de retribución y en 2021 se presenta una propuesta que ha cristalizado, finalmente, en la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia

³ Artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación: “Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución”.

⁴ Además de la ya citada acción normativa de la OIT en la materia: art. 23.2 de la Declaración Universal de Derecho Humanos de Naciones Unidas (adoptada en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948); art. 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979); art. 20 de la Carta Social Europea, adoptada en el seno del Consejo de Europa (versión revisada, abierta a la firma en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996).

retributiva y de mecanismos para su cumplimiento⁵”, norma en la que se van a abordar los tres aspectos que el citado informe de evaluación de la Directiva de 2006 señala como principales obstáculos para la consecución de la igualdad de retribución, estableciendo mecanismos de refuerzo de dicho principio.

Antes de entrar en el análisis de las medidas concretas que se incorporan en la norma europea conviene señalar los que, a nuestro juicio, son los caracteres esenciales de esta norma:

De un lado, es una Directiva compleja, pues trata materias tanto de Derecho sustantivo como de Derecho procesal, añadiendo obligaciones para los empleadores y para los propios Estados desconocidas hasta el momento, entre ellas las de publicidad activa de la situación de las empresas en materia retributiva. Muestra de esta complejidad es el mandato a los Estados de dar apoyo, en forma de asistencia técnica y formación, a aquellos empleadores que tengan una plantilla inferior a 250 trabajadores, así como a los representantes de los trabajadores, o el establecimiento de un plazo de tres años (y no los dos acostumbrados) para la transposición de la norma, o la previsión de un plazo de cumplimiento para las empresas que puede llegar hasta junio de 2031.

Se trata, sin embargo, de una norma de mínimos, como señala la propia Directiva en su artículo primero⁶ y reitera a lo largo del articulado, que permite niveles de protección más altos por parte de los Estados miembros.

Es una norma con vocación de universalidad en su ámbito de aplicación, que está integrado por todos los empleadores, públicos y privados y todos los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral, así como por las personas solicitantes de empleo o incluso por aquellas cuya relación laboral se haya extinguido (en aquellos aspectos que la norma expresamente lo establece) sin que se prevea que los Estados miembros puedan llevar a cabo exclusiones de determinados trabajadores a tenor de las características de su contrato⁷. A modo ejemplificativo, en el considerando 18 de la Directiva lleva a cabo la enumeración de trabajadores a los que debe aplicarse la norma, en un intento por abarcar todas las situaciones contractuales y sectores de actividad posibles, abundando además en la irrelevancia del *nomen iuris* a la hora de la determinación de la existencia de

⁵ DOUE L132, de 17 de mayo de 2023.

⁶ “La presente Directiva establece requisitos mínimos para reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor entre hombres y mujeres (en lo sucesivo, «principio de igualdad de retribución») consagrado en el artículo 157 del TFUE, y la prohibición de discriminación establecida en el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, en particular mediante la transparencia retributiva y el refuerzo de los mecanismos para su cumplimiento”.

⁷ Exclusión que si se permite en la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, en relación con determinados trabajadores a tiempo parcial.

una relación laboral⁸. Pese a ello, el artículo 5 de la Directiva remite la calificación del contrato de trabajo o relación laboral a la definición que de ellos se haga en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro por lo que, aunque añade la referencia a la jurisprudencia del TJUE, va a quedar un amplio margen a los Estados para determinar el ámbito de la aplicación de la norma.

El centro de imputación normativa a los efectos de las obligaciones establecidas en la Directiva es la empresa, y no el centro de trabajo, lo cual puede implicar un desajuste entre el número de empresas que van a tener obligaciones en materia de información y las que pueden tener representación de toda su plantilla en aquellos países, como el nuestro, en que el ámbito de la representación de los trabajadores es el centro de trabajo y no la empresa en su conjunto.

La norma incorpora, si bien de forma muy tangencial, referencias a la discriminación interseccional⁹ y a la que tenga su causa en el cambio de sexo¹⁰.

Finalmente, prevé que su aplicación se puede confiar a los interlocutores sociales en la medida de sus competencias, lo cual no sólo es recomendable sino absolutamente necesario en determinados aspectos, como veremos y, en otros, totalmente imposible por tratarse, precisamente, de materias excluidas de la negociación colectiva.

Con este marco general, la Directiva va a establecer medidas para tratar de paliar las dificultades que se vienen encontrando en la práctica para conseguir la igualdad de retribución entre mujeres y hombres, algunas de las cuales, ya previstas en la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, han sido incorporadas a nuestro ordenamiento¹¹. En el presente trabajo intentaremos

⁸ En nuestro sistema jurídico dicho principio está formulado en diversas resoluciones judiciales; vid., entre otras, la STS 743/2019, de 29 de octubre (Rec.1338/2017) ECLI:ES:TS:2019:3511 y las en ella citadas.

⁹ Esta se define en la Directiva (art. 3.2,e) como “la discriminación por razón de sexo combinada con cualquier otro motivo o motivos de discriminación contra los que protegen las Directivas 2000/43/CE o 2000/78/CE” y a ella se alude en distintos considerandos, si bien se aclara en el número 25 que el hecho de adoptar un enfoque interseccional para comprender la brecha retributiva de género no debe cambiar el ámbito de aplicación de las obligaciones de los empleadores con respecto a las medidas de transparencia retributiva y que no debe exigirse a los empleadores que recopilen datos relacionados con motivos de discriminación protegidos distintos del sexo.

¹⁰ Considerando 5 de la Directiva: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») ha sostenido que el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a la naturaleza de los derechos que pretende proteger, dicho principio debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo”.

¹¹ Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

hacer una aproximación de carácter general a las materias que se contienen en la Directiva y su grado de transposición al ordenamiento español, en la convicción de que la amplitud y complejidad de la norma europea la harán merecedora de futuros tratamientos en profundidad de cada uno de los aspectos que aborda.

2. MEDIDAS DE TRANSPARENCIA EN MATERIA RETRIBUTIVA

Como hemos señalado, uno de los factores que el informe sobre la Directiva de 2006 ha revelado como esencial para impedir la consecución de la igualdad de retribución entre mujeres y hombres, hasta el punto de que da nombre a la norma que estamos analizando, es la falta de transparencia, que impide conocer las diferencias retributivas que puedan existir y los criterios conforme a los cuales se adoptan las decisiones en la materia, dificultando que las personas trabajadoras puedan plantearse reclamar, o que puedan hacerlo con posibilidades de éxito. Para superar esta situación la Directiva 2023/970 va a establecer una serie de obligaciones, tanto de publicidad activa como de derecho de acceso a la información.

Antes de entrar en el contenido de estas obligaciones cabe señalar es que la Directiva que nos ocupa no es la primera norma europea en establecer el derecho a la información en materia de condiciones de trabajo; la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea¹² ya prevé el deber del empleador de suministrar información al trabajador sobre las condiciones de su relación de trabajo, entre las que se encuentra, como no podía ser de otra manera, “la remuneración, incluida la retribución de base inicial, cualesquiera otros componentes, en su caso, indicados de forma separada, y la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador”¹³. No obstante, la Directiva recién aprobada, sobre la base de la Recomendación de 2014 (aunque no en los mismos términos exactamente) va a introducir novedades importantes respecto de la de 2019.

En primer lugar, por lo que se refiere al contenido de la información en materia retributiva, se amplía de forma notable pues la Directiva 2019/1152 se refiere a la información del trabajador respecto de las condiciones de su propio contrato de trabajo, en tanto que la de 2023 establece el derecho de la persona trabajadora a tener información no sólo sobre su retribución, sino sobre la situación retributiva en su empresa, el salario de otros trabajadores comparables (medias, medianas), con el objetivo de saber si se está vulnerando su derecho a la igualdad retributiva.

¹² Vino a sustituir a la Directiva 91/533 relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral.

¹³ Sobre la misma vid. Rodríguez-Piñero Royo, M., “La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea”, *Derecho de las Relaciones Laborales* n1 11, diciembre 2019, pág. 1089 y ss.

En segundo lugar, en cuanto a los destinatarios de la información, se establece la obligación de los empleadores de facilitar información sobre su situación retributiva no sólo a los trabajadores o a sus representantes, sino a los organismos públicos, como seguidamente veremos.

Por lo que se refiere al carácter de la obligación de información, en la Directiva de 2019, a tenor los términos en que está configurada, parece una obligación de tracto único, en la medida en que sólo se prevé que el empleador suministre de nuevo información al trabajador cuando se produzca un cambio en los aspectos de la relación laboral, no considerándose como cambios que hayan de comunicarse documentalmente aquellos que se limiten a reflejar una modificación de las fuentes reguladoras de la relación laboral. Sin embargo, la Directiva 2023/970 va a establecer una periodicidad en el suministro de información e incluso de la información sobre el derecho a obtener información.

Finalmente, en cuanto al tratamiento de la información, se establecen previsiones en aras a hacer compatible la transparencia informativa con la protección de datos de carácter personal. En efecto, en la sociedad en que vivimos la transparencia se ha convertido en una garantía de la democracia; en el ámbito que nos ocupa, además, se postula como una garantía del cumplimiento de los derechos de igualdad y no discriminación retributiva pero, por otro lado, la protección de los datos de carácter personal es un derecho asimismo digno de tutela. La coexistencia de ambos valores lleva a la necesidad de establecer principios de convivencia, que en el caso de la Directiva se encuentran en el artículo 12, en el que se dispone que “en la medida en que implique el tratamiento de datos personales” toda la información que el empleador deba suministrar se facilitará de conformidad con el Reglamento europeo de protección de datos¹⁴, que en España ha sido transpuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Eso implica que los datos habrán de ser tratados conforme a los principios de licitud, lealtad y transparencia respecto del interesado, de exactitud, integridad y confidencialidad, de limitación de la finalidad, de minimización y de limitación del plazo de conservación. Conforme los mismos, la Directiva establece determinadas cautelas expresas en el tratamiento de la información:

Por un lado, se dispone que ningún dato personal podrá utilizarse con fines distintos de la aplicación del principio de igualdad de retribución.

Por otro, se prevé que los Estados miembros puedan limitar el acceso a la información en aquellos casos en que la divulgación de la información pueda

¹⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

suponer la divulgación, directa o indirecta, de la retribución de un trabajador identificable, de forma que sólo tengan acceso los representantes de los trabajadores, el organismo de fomento de la igualdad o la inspección de trabajo. Los dos primeros pueden asesorar a los trabajadores sobre la posibilidad de interponer una demanda al amparo de la Directiva, sin revelar los niveles retributivos efectivos de cada uno de los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

La información estará disponible, sin restricciones, para el organismo de seguimiento que el Estado designe para velar por la aplicación de la Directiva que, obviamente, como responsable del tratamiento de los datos suministrados por los empleadores, deberá actuar conforme a los principios señalados.

2.1. Publicidad activa

Una de las grandes novedades de la Directiva 2023/970 es el establecimiento para los empleadores de obligaciones de publicidad activa, es decir, obligaciones de suministrar información sin estar condicionadas a que haya una petición previa por parte de un sujeto interesado, siendo esta una de las materias en que, creemos, será necesaria una más intensa labor de transposición en el ordenamiento español, dado que, hasta el momento, no encontramos previsiones en el mismo que permitan entender cumplido los mandato de la norma comunitaria.

2.1.1. Información sobre la brecha retributiva

Por lo que se refiere al contenido, el art. 9.1 dispone que los Estados garantizarán que los empleadores faciliten la siguiente información sobre su organización (art. 9.1):

- a) Brecha retributiva de género, entendiéndose por tal la diferencia entre los niveles retributivos medios de las mujeres y de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como un porcentaje del nivel retributivo medio de los trabajadores de género masculino.
- b) Brecha retributiva de género en los componentes complementarios o variables. En este caso parecen confundirse los conceptos, ya que no todos los componentes complementarios son variables, pero a tenor de lo que persigue el precepto cabe entender que sólo se excluiría el salario base.
- c) Brecha retributiva de género mediana, entendiéndose por tal la diferencia entre el nivel retributivo mediano de las mujeres y el nivel retributivo mediano de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como un porcentaje del nivel retributivo mediano de los trabajadores de género masculino.
- d) Brecha retributiva de género mediana en los componentes complementarios o variables.
- e) Proporción de trabajadoras y de trabajadores que reciben componentes complementarios o variables.

- f) Proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada cuartil de la banda retributiva, esto es, en cada uno de los cuatro grupos iguales de trabajadores en los que estos se dividen en función de sus niveles retributivos, del más bajo al más alto.
- g) Brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables.

La Directiva impone esta obligación sólo para las empresas de más de 100 trabajadores, con un calendario de implantación y una periodicidad diferente según su volumen de plantilla¹⁵, pero contiene dos previsiones expresas en relación con las empresas que no lleguen a ese umbral:

De un lado, que los Estados miembros pueden establecer la obligación de que faciliten información (no necesariamente la misma que se acaba de reseñar, entendemos) sobre las remuneraciones, términos más amplios y menos exigentes, en la línea de intentar evitar cargas para las pequeñas empresas que sean difíciles de asumir.

De otro lado, los Estados no pueden establecer disposiciones que impidan que aquellos empleadores que así lo deseen faciliten información que acabamos de listar, con carácter voluntario.

Señala la Directiva que la información en cuestión debe ser elaborada por la empresa (se encarga de establecer que sea el equipo de dirección de la misma) previa consulta con los representantes de los trabajadores, que deben conocer la metodología utilizada (art. 9.6), sin que se establezca un modo concreto de hacerlo. No obstante, parece razonable pensar que debe hacerse a través de algún método similar al registro retributivo previsto en el art. 28.2 del Estatuto de los Trabajadores y desarrollado en el RD 902/2020¹⁶.

Pese a lo que pudiera parecer lógico a tenor del objetivo declarado y reiterado de la Directiva, los trabajadores y sus representantes no van a ser los destinatarios del conjunto de la información listada en el apartado 1 del artículo 9, o no al menos de forma directa. El artículo 9, en sus apartados 7 a 10, establece un complejo panorama de sujetos destinatarios que debe contemplarse en su conjunto para ver el alcance de la obligación empresarial de información.

¹⁵ Empresas de entre 100 y 149 trabajadores, plazo límite el 7 de junio de 2031 facilitar la información relativa al año anterior natural, y a partir de ahí cada tres años; empresas de entre 150 y 249 trabajadores, plazo límite con el 7 de junio de 2027 para facilitar la información relativa al año anterior natural, y a partir de ahí cada tres años; empresas de más de 250 trabajadores, plazo límite con el 7 de junio de 2027 para facilitar la información relativa al año anterior natural, y a partir de ahí anualmente.

¹⁶ Acceso a la herramienta de registro retributivo en <https://www.igualdadenlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/home.htm>

Así, en primer lugar, toda la información deberá comunicarse al organismo de seguimiento de la Directiva establecido por cada país; no obstante, la propia norma establece que los Estados pueden compilar por sí mismos (no se alude al órgano competente para ello, pero lo lógico sería entender que es el organismo de seguimiento) la información, salvo la relativa a la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables, atendiendo a los datos presentados por los empleadores a las autoridades fiscales o de seguridad social.

Señala la Directiva que el empleador *podrá* publicar la información relativa a los apartados a) a f) (es decir, todos, salvo la relativa a la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables) en su sitio web o divulgarla por otros medios, expresión condicional que es razonable pensar que se refiere al medio de hacer efectiva la publicidad de la información, y no a la obligación misma de suministrarla.

Por otro lado, los empleadores deberán suministrar a los trabajadores y sus representantes la información relativa a la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables (9.1g). Esta información deberá ser facilitada a la inspección de trabajo y a los organismos de fomento de la igualdad si estos organismos la solicitan. Señala la Directiva que cualquiera de los sujetos que acabamos de señalar tiene derecho a solicitar al empleador aclaraciones y pormenores adicionales sobre los datos *publicados* (entendemos que no sólo sobre los que hayan sido objeto de publicación, sino también sobre aquellos que la empresa les haya suministrado directamente) incluidas las explicaciones oportunas sobre cualquier diferencia retributiva de género y que el empleador debe dar una respuesta motivada en un plazo razonable (no se dice cuál sería este, pero por analogía con lo dispuesto en relación con el derecho de información de los trabajadores podríamos estimar que es el de dos meses).

Lo más relevante del precepto es el efecto que tiene el conocimiento de la situación de la empresa que puede extraerse de toda esta información, que al fin y a la postre es lo que persigue la Directiva: cuando las diferencias retributivas no estén justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros los empleadores deben corregir la situación en un plazo razonable en estrecha cooperación con los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de fomento de la igualdad. La cuestión, en la práctica, será quién decide si las diferencias retributivas están basadas o no en criterios objetivos y neutros respecto al género, dando paso, en este último caso, a la necesidad de adoptar medidas correctoras y, en última instancia, a llevar a cabo una evaluación retributiva conjunta, en los términos que examinaremos más adelante.

2.1.2. Información sobre la política de fijación de retribuciones

Dispone el artículo 6 de la Directiva que los empleadores deben poner a disposición de su personal los criterios que se utilizan para determinar la retribución de los trabajadores, los niveles retributivos y la progresión retributiva, si bien en su apartado segundo prevé que los Estados miembros puedan eximir de la obligación de informar sobre la progresión retributiva a las empresas de menos de 50 trabajadores. Estos criterios, añade el precepto, serán objetivos y neutros con respecto al género.

No se define en la Directiva qué es la progresión retributiva, concepto que en nuestro ordenamiento pudiéramos referir al de “promoción económica”, contemplado en el artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores, en virtud del cual “el trabajador, en función del trabajo desarrollado, *podrá tener derecho* a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual”.

2.1.3. Información sobre el derecho de acceso a la información

El artículo 7. 3 de la Directiva establece la obligación de que el empleador informe anualmente a todos los trabajadores del derecho que tienen de acceder a la información retributiva, en los términos que veremos a continuación, y de los pasos que debe seguir el trabajador para ejercer ese derecho.

2.2. Derecho de acceso a la información

Los trabajadores tendrán derecho a solicitar y recibir información por escrito sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios¹⁷, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. La dificultad que vemos en el ejercicio de este derecho en la práctica es que, si bien resulta fácil para la persona trabajadora conocer qué categorías de trabajadores realizan un mismo trabajo, no lo es el saber qué categorías de trabajadores realizan un trabajo de igual valor que no esté reconocido como tal en el organigrama de la empresa o en el convenio colectivo de aplicación¹⁸, por lo que no tendría elementos de juicio para poder siquiera solicitar la información pertinente.

¹⁷ Dado que el término “nivel retributivo medio” no se define en el listado contenido en el art. 3, habremos de acudir a los conceptos de la Estadística, según la cual la media es el valor promedio del grupo datos, es decir, la cifra que se obtiene al sumar todos los datos y dividir el resultado entre la cantidad de los mismos.

¹⁸ El reconocimiento de que un trabajo, no siendo el mismo, es de igual valor, se produce cuando dicho trabajo tiene la misma retribución asignada en la clasificación profesional, aun perteneciendo a categorías o grupos diferentes.

Prevé la Directiva que este derecho de acceso a la información puede ejercerse de forma directa por la persona trabajadora o bien puede ejercerse a través de los representantes de los trabajadores o a través de un organismo de fomento de la igualdad, sujetos ambos que, entendemos, pueden tener más datos que la persona trabajadora para poder solicitar la información pertinente.

Establece la norma, asimismo, una especie de “derecho de aclaración” al disponer que si la información recibida es inexacta o está incompleta los trabajadores tienen derecho a solicitar aclaraciones y detalles adicionales y razonables con respecto a los datos facilitados, y a recibir una respuesta motivada. Lo que sucede es que quizá sea fácil (y no siempre) poder saber que la información es incompleta, pero no que es inexacta, salvo que se refiera a la información sobre su propia retribución. Llama la atención que se disponga que estas aclaraciones pueden pedirse por el trabajador o sus representantes sin aludir a los organismos de igualdad a través de los cuales puede solicitarse la información misma, pero entendemos que se trata de una omisión por error, dado quien está habilitado para solicitar la información debe estarlo también para solicitar aclaraciones sobre la misma.

La información debe facilitarse por el empleador “en un plazo razonable” (se establece un máximo de dos meses para hacerlo) y suministrarse en un formato que sea accesible a las personas con discapacidad y que tenga en cuenta sus necesidades específicas (art. 8).

Respecto del deber de reserva respecto de la información recibida se contienen dos previsiones en la Directiva:

En primer lugar (art. 8.5), la prohibición de que los empleadores impidan a los trabajadores revelar su retribución a los efectos del cumplimiento del principio de igualdad de retribución, dando a los Estados la función de establecer medidas que impidan el establecimiento de cláusulas contractuales que impidan a los trabajadores divulgar información sobre su retribución.

En segundo lugar (art. 8.6), la posibilidad de que los empleadores puedan exigir que los trabajadores no utilicen la información que hayan podido obtener (que no sea la relativa su retribución) para fines distintos al ejercicio de su derecho a la igualdad de retribución. Que este deber de reserva no se formule como una obligación del trabajador con carácter general, sino que se haga depender de que el empleador así lo exija resulta extraño, pero además nada se establece respecto de la forma de expresar esta exigencia, lo cual plantea la duda de si es necesario que se haga de forma específica en la respuesta a la solicitud de información, o se puede hacer de forma genérica, por ejemplo, en el momento de informar a los trabajadores del derecho de acceso que tienen; desde nuestro punto de vista, esta última opción sería perfectamente viable, si bien sería más cuestionable que pudiera hacerse a través de la mención de esta exigencia en una cláusula genérica del convenio colectivo de aplicación en la empresa.

En nuestro ordenamiento jurídico el acceso de las personas trabajadoras a la información retributiva de su empresa está reconocido en el art. 28 del ET, como derecho a acceder al registro salarial, si bien debe ejercerse a través de la representación legal de los trabajadores en la misma, que podrá el conocer el contenido íntegro del registro; el RD 902/2022 prevé que cuando se solicite el acceso al registro por parte de la persona trabajadora por inexistencia de representación legal, la información que se facilitará por parte de la empresa se limitará a las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable. Previsiones que no se ajustan a la regulación de la norma europea, por lo que será necesaria, también en esta materia, una intervención legislativa que permita una adecuada transposición.

3. MEDIDAS EN RELACIÓN CON LA VALORACIÓN Y EVALUACIÓN DEL TRABAJO

3.1. Estructuras retributivas neutras

Otro de los problemas que apunta el informe sobre la aplicación del Directiva 2006/54 como perpetuador de la desigualdad retributiva va a estar en la falta de seguridad jurídica en el concepto de “trabajo de igual valor”, si bien la propia Directiva no va a resultar muy esclarecedora al respecto, al señalar, con una expresión un tanto tautológica, que lo es “un trabajo que se considere de igual valor con arreglo a los criterios no discriminatorios, objetivos y neutros con respecto al género a que se refiere el artículo 4, apartado 4” (art. 3.1.g), esto es, criterios que no se basen, ni directa ni indirectamente, en el sexo de los trabajadores, señalando dicho precepto que estos criterios deben incluir las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, y, si procede, cualquier otro factor que sea pertinente para el puesto o empleo específico, especificando que “en particular, no subestimarán las aptitudes interpersonales pertinentes”.

Más clara nos parece la norma española, art. 28.1¹⁹, al disponer que “un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”, previsión desarrollada por el Reglamento

¹⁹ En la redacción dada por el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE nº 57, de 7 de marzo de 2019).

902/2020, en el que llega a un alto grado de concreción²⁰ que resulta muy de agradecer cuando ha de llevarse a la práctica la determinación del valor de un trabajo.

Pues bien, además de la definición contenida en el art. 3, la Directiva, bajo la rúbrica “mismo trabajo y trabajo de igual valor”, va a contener en el art. 4 varias previsiones en orden a reforzar la efectiva consecución de la igualdad de retribución mediante la correcta valoración del trabajo.

La primera, la obligación de que los empleadores dispongan de estructuras retributivas que garanticen la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, a cuyos efectos los Estados adoptarán las medidas necesarias (art. 4.1). Varios son los elementos a tener en cuenta en este mandato:

De un lado, que el término “retribución” de la expresión “igualdad de retribución” se define en la Directiva (en similares términos a como lo hace la Directiva 2006/54) como “el salario o sueldo base o mínimo ordinario y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en efectivo o en especie («componentes complementarios o variables»), por el empresario al trabajador *en razón de la relación de trabajo*”. El considerando 21 realiza una enumeración de conceptos que deben estar incluidos y otro que pueden estarlo, señalando, finalmente, que el concepto «retribución» debe incluir todos los elementos de la remuneración exigibles con arreglo al Derecho, los convenios colectivos o las

²⁰ Un trabajo es de igual valor que otro cuando sean equivalentes: la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, entendiéndose por tal “el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada” (4.2.a RD); las condiciones educativas, las que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad (4.2.b RD); las condiciones profesionales o de formación exigidas para su ejercicio: aquellas que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad (4.2.c); los factores estrictamente relacionados con el desempeño y las condiciones laborales en que las actividades se llevan a cabo diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad (4.2.d). A tales efectos, podrán ser relevantes, entre otros factores y condiciones, con carácter no exhaustivo, la penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, la responsabilidad tanto económica como relacionada con el bienestar de las personas, la polivalencia o definición extensa de obligaciones, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos o la capacidad de organización, en la medida en que satisfagan las exigencias de adecuación, totalidad y objetividad a que se refiere el apartado siguiente en relación con el puesto de trabajo que valoran (4.3 RD). La valoración de puestos de trabajo debe atender a los criterios de adecuación (los factores relevantes en la valoración deben ser aquellos relacionados con la actividad y que efectivamente concurren en la misma, incluyendo la formación necesaria), totalidad (para constatar si concurre igual valor, deben tenerse en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore) y objetividad (deben existir mecanismos claros que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género).

prácticas de cada Estado miembro. Por lo que respecta al ordenamiento español, no cabe duda que han de incluirse todos los conceptos retributivos, al disponer el artículo 28.1 ET que el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, *salarial o extrasalarial*, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.

De otro lado, que, por el contrario, no se define (aunque hubiera sido deseable) qué se ha de entenderse por estructura retributiva²¹, noción cuyo referente más cercano en la tradición laboral española sería el de “estructura del salario”. Sobre el encaje del precepto de la Directiva con el ordenamiento español cabe apuntar, sin embargo, que, siendo el concepto retribución es más amplio que el de salario, como acabamos de señalar, la noción de la estructura retributiva debe ser más amplia que la de estructura salarial, incluyendo asimismo las percepciones extrasalariales. Por otro lado en nuestro país, derogado desde hace tiempo el Decreto de ordenación del salario²², la fijación de la estructura salarial se deja en manos de la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual (art. 26.3 ET), limitándose la intervención estatal en materia de estructura del salario a enunciar que esta deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa. Los criterios para el cálculo de estos complementos se dejan en manos asimismo del pacto que a tal efecto se lleve a cabo, así como el carácter consolidable o no de los mismos.

En este contexto y en esta materia cobra sentido la previsión de la Directiva de confiar su aplicación a los interlocutores sociales, pudiendo el Estado en el caso español, si no se pretende intervenir en la configuración de la estructura salarial, reforzar el principio de igualdad mediante la revisión del contenido de los convenios colectivos por parte de la autoridad laboral en el trámite de depósito, con remisión a la autoridad judicial de aquellos que puedan vulnerar el mandato de contener estructuras retributivas neutras, así como mediante el posterior control por parte de la Inspección de Trabajo.

Estas estructuras retributivas, dispone el artículo 4.4, deberán permitir evaluar si los trabajadores se encuentran en una situación comparable, sobre la

²¹ Señala Sánchez Marín, G. “Dispersión retributiva, estructura salarial y resultados de la organización: un modelo de investigación”, Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa Vol. 14, N° 3, 2008, pp. 91, que “la estructura retributiva supone el establecimiento de unas diferencias salariales entre puestos que responden a factores relacionados con la organización formal que tienen detrás”.

²² Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario, Disposición derogatoria de la Ley 11/1994.

base de criterios objetivos y neutros con respecto al género, acordados con los representantes de los trabajadores, si es que estos existen. Estos criterios, como veíamos, deben incluir las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, y cualquier otro factor pertinente para el puesto o empleo específico, sin subestimar las aptitudes interpersonales.

Para facilitar su tarea a los sujetos responsables de la clasificación profesional y de la valoración de puestos de trabajo, empleadores o interlocutores sociales en la negociación colectiva, se establece la obligación de que los Estados adopten, en consulta con los organismos de fomento de la igualdad, las medidas necesarias para asegurar que se facilitan herramientas o metodologías analíticas de fácil acceso para proporcionar ayuda y orientación a la hora de evaluar y comparar el valor del trabajo con arreglo a los criterios que se establecen en el citado artículo. En el ordenamiento español esta obligación puede considerarse atendida con la Herramienta de Valoración de Puestos de Trabajo y su correspondiente Guía de uso, elaboradas por los ministerios competentes en colaboración con los interlocutores sociales²³.

3.2. Evaluaciones retributivas conjuntas

Todo el complejo entramado de información que ha de hacerse visible por parte de los empleadores ha de servir, obviamente, para que las personas trabajadoras puedan reclamar sobre una base sólida si se sienten objeto de un tratamiento discriminatorio en materia salarial. Pero ese no ha de ser el único objetivo, sino que, además, tiene que servir a la propia empleadora para detectar se si se están produciendo sesgos de género y, en caso afirmativo, poder corregirlos. Por ello, la Directiva dispone que los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los empleadores que tiene obligación de informar lleven a cabo una evaluación retributiva conjunta, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

Que de la información presentada se desprenda una diferencia en el nivel retributivo *medio* de las trabajadoras y los trabajadores de, al menos, el 5% en cualquier categoría. Quizá hubiera sido más correcto utilizar como referencia el nivel retributivo mediano, ya que la media, como sabemos, no da una imagen clara de la situación (unos pocos casos pueden distorsionar la imagen).

Que el empleador no haya justificado esa diferencia sobre la base de criterios objetivos y neutros.

Que el empleador no haya subsanado esa diferencia injustificada en el nivel retributivo medio en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la

²³ Herramienta en la que han participado el Ministerio de Igualdad, el Ministerio de Trabajo, CEOE, CEPYME, CC.OO. y UGT y que puede encontrarse en https://www.mites.gob.es/es/portada/herramienta_valoracion_puesto/index.htm

información sobre las retribuciones, plazo que nos parece poco realista, sobre todo teniendo en cuenta que muchas de las diferencias retributivas van a venir de la aplicación de los conceptos salariales contenidos en el convenio colectivo, cuya modificación no puede hacerse de forma unilateral por cada empleador.

Dicha evaluación retributiva conjunta ha de incluir la siguiente información: análisis de la proporción de trabajadoras y trabajadores en cada categoría; niveles retributivos medios de trabajadoras y trabajadores; componentes complementarios o variables para cada categoría; diferencias en los niveles retributivos medios de las trabajadoras y trabajadores en cada categoría; razones, si las hay, de tales diferencias en los niveles retributivos medios sobre la base de criterios objetivos y neutros, determinadas de forma conjunta por el empleador y los representantes de los trabajadores; porcentaje de trabajadoras y trabajadores que han recibido una mejora en su retribución tras su reincorporación después de un permiso de maternidad o paternidad, un permiso parental o un permiso para cuidadores, si esa mejora se produjo en la categoría en la que estaban integrados durante el período de disfrute del permiso. (a los efectos que nos interesan nos parece que hubiese sido más procedente analizar si ha habido merma en la retribución, y no mejora de la misma); medidas para resolver las diferencias en la retribución, si no están justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros; por último, evaluación de la eficacia de las medidas de anteriores evaluaciones retributivas conjuntas que se hayan podido hacer.

En nuestro ordenamiento, la figura equivalente sería la de la “auditoría retributiva”, introducida por el RDL 6/2019 al modificar el art. 46 de la ley de Igualdad y regulada en el RD 902/2022. En ambos casos se trata de hacer un análisis de la situación en materia retributiva y, en caso de detectarse diferencias no basadas en criterios objetivos, establecer medidas de corrección de estas desigualdades. Se dan, sin embargo, dos diferencias importantes, a favor de mayor cobertura de la norma española, desde nuestro punto de vista:

La norma europea establece la obligación para empresas de más de 100 trabajadores, y siempre que se den las condiciones que hemos señalado, en tanto que en la norma española se prevé la auditoría retributiva como parte del diagnóstico del Plan de Igualdad, de obligada elaboración para todas las empresas de más de 50 trabajadores.

El contenido de la evaluación que prevé la norma europea se corresponde *grosso modo* con el contenido del registro retributivo exigido en nuestro país a cualquier empresa, mientras que la auditoría retributiva exige hacer una valoración de los puestos de trabajo y el análisis de otros factores que pudieran desencadenar la diferencia retributiva.

4. MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO

En relación con el acceso al empleo, la Directiva prevé mecanismos de refuerzo del principio de igualdad, pero no sólo retributiva, que deberán ser incorporados al ordenamiento español mediante la correspondiente labor de transposición.

Facilitar a los solicitantes de empleo información sobre “la retribución inicial o la banda retributiva inicial, basadas en criterios objetivos y neutros con respecto al género, correspondientes al puesto al que aspiran”. En realidad, la obligación formulada es la de facilitar información sobre la retribución que recibiría el trabajador en el puesto al que aspira, y ello será en todo caso, aunque la misma no esté basada en criterios objetivos y neutros con respecto al género, pues el inciso que hace la Directiva es su redacción debe entenderse exclusivamente como un refuerzo de la idea de que toda retribución ha de estar basada en estos criterios.

Se alude en el precepto a la banda retributiva, concepto que no se define, pero que remite a la idea de existencia de un rango máximo y mínimo, dentro del cual se fija el nivel retributivo concreto de cada persona trabajadora.

Sí que se contiene el término entre las definiciones que hace la Directiva en su artículo 3, al enunciar el concepto de “cuartil de la banda retributiva”, si bien parece poco adecuado. en la medida en que los cuartiles se podrán establecer respecto de retribuciones concretas, en tanto que el, concepto de banda retributiva se refiere, como hemos señalado, a rangos dentro de los cuales puede moverse el salario efectivamente percibido.

Asimismo, ha de darse información sobre “las disposiciones pertinentes del convenio colectivo aplicado por el empleador respecto al puesto”. Esta obligación de información, que no estaba prevista en el texto inicial de la propuesta de Directiva, debe entenderse como adicional a la relativa a la información concreta enunciada en el apartado anterior, y no sustitutiva (la conjunción “y” no deja dudas al respecto), por lo que se completa el ámbito material del derecho de información del aspirante al empleo.

Esta información, señala la Directiva, se facilitará de tal forma que garantice una negociación informada y transparente sobre la retribución, poniendo como ejemplo “el anuncio de la vacante que se publique o por otro medio”. Desaparecen del texto final de la Directiva dos elementos que aparecían en la propuesta y que, desde mi punto de vista, contribuían a la efectividad del derecho de información; en primer lugar, que esta debía ser facilitada por el empleador antes de la entrevista de trabajo; en segundo lugar, que debía ser facilitada sin que el solicitante de empleo tuviera que pedirla. La redacción finalmente adoptada no impide que esta información se suministre antes, obviamente, pero no lo exige, dejando abierta la posibilidad de que se facilite en el mismo momento de la entrevista y, puede incluso interpretarse que, a demanda del trabajador, al configurarse el derecho de

información como un derecho de éste (ejercitable o no) y no como una obligación del empleador.

Se establecen, adicionalmente, obligaciones referidas al proceso selectivo: obligación de no hacer preguntas a los solicitantes sobre su historial retributivo en sus relaciones laborales actuales o anteriores; obligación de garantizar que los anuncios de las vacantes de trabajo y las denominaciones de los puestos de trabajo sean neutros respecto al género y obligación de garantizar que los procesos de contratación se desarrollen de un modo no discriminatorio. Aunque la Directiva vincula estas dos últimas obligaciones con el derecho a la igualdad retributiva (“a fin de no socavar el derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o trabajo de igual valor”) parecería más lógico que estas previsiones se vinculasen con la prohibición de discriminación en el acceso al empleo enunciada en el artículo 14 de la Directiva 2006/54.

5. MEDIDAS EN MATERIA DE TUTELA DEL DERECHO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN

Con carácter general debe señalarse que en los preceptos de la Directiva contenidos en el Capítulo III, relativo a “Vías de reparación y cumplimiento efectivo”, vamos a encontrar mandatos dirigidos a los Estados miembros en orden a garantizar la tutela de los derechos de los trabajadores en materia de igualdad retributiva de forma genérica, y no específicamente respecto de los derechos consagrados en la propia Directiva, si bien estos pueden considerarse integrados en aquellos, lo cual no sólo se desprende del articulado sino que se explicita en el artículo 26 de la propia Directiva, al señalar que dicho capítulo se aplicará a los procedimientos referentes a cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2006/54²⁴ que, no obstante, no se van a extender a la tutela de otros posibles derechos relativos a la igualdad de trato.

Siendo uno de los factores que el informe de 2020 sobre la aplicación de la Directiva 2006 entendía como problemático, la Directiva 2023 va a establecer determinadas disposiciones, que en ocasiones no son sino recordatorio de medidas ya previstas en Directivas anteriores, y ya incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico, pero en otras van a suponer novedades que requerirán una intervención legislativa de transposición.

²⁴ “Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”.

5.1. Acceso a los procedimientos

Dispone el art. 14 de la Directiva que los Estados velarán por que todos los trabajadores tengan a su alcance procedimientos judiciales para reclamar el cumplimiento de los derechos y obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución. Dichos procedimientos deberán ser de fácil acceso para los trabajadores y quienes actúen en su nombre, incluso después de terminada la relación laboral en que se haya producido la presunta discriminación. La facilidad en el acceso a la vía judicial no significa que el procedimiento establecido no pueda establecer la posibilidad de acudir con carácter previo a la interposición de la demanda a un medio de solución no jurisdiccional, que la propia Directiva indica como “conciliación”, pero que entendemos puede ser de igual manera la mediación. En el ordenamiento español el acceso a la tutela judicial en caso de lesión del derecho a la igualdad retributiva se lleva a cabo mediante el proceso de tutela de los derechos fundamentales previsto en los artículos 177 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), respecto del cual se exceptúa la necesidad de conciliación o mediación previas como requisito de admisibilidad de la demanda (art. 64).

Asimismo, los Estados deben velar por que los organismos (públicos o privados) que tengan interés legítimo en garantizar la igualdad entre hombre y mujeres y los representantes de los trabajadores puedan participar en cualquier procedimiento administrativo o judicial respecto de una presunta infracción en materia de igualdad de retribución, especificando la Directiva que podrán actuar en nombre o en favor de la persona trabajadora, con la autorización de ésta. Posibilidad que ya se contempla en el ordenamiento procesal español, tanto por lo que se refiere a la figura del representante²⁵ como a la del coadyuvante²⁶.

Finalmente, como medida de garantía del acceso a la tutela del derecho a la igualdad retributiva en el artículo 25 de la Directiva se contempla la garantía de indemnidad tanto respecto de las personas trabajadoras como de los representantes de estas, garantía que goza de pleno reconocimiento en el ordenamiento jurídico

²⁵ Art. 20 de la LRJS: “Los sindicatos podrán actuar en un proceso, en nombre e interés de los trabajadores y de los funcionarios y personal estatutario afiliados a ellos que así se lo autoricen, para la defensa de sus derechos individuales, recayendo en dichos afiliados los efectos de aquella actuación”.

²⁶ Art. 177.2 de la LRJS: 2. En aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado”.

español²⁷, el que se va a considerar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional²⁸.

5.2. Derecho a obtener una indemnización

Los Estados miembros deben asegurarse de que todo trabajador que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de la infracción de cualesquiera derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución tenga derecho a reclamar y obtener una indemnización o reparación íntegra, que deberá ser efectiva por los daños y perjuicios sufridos, disuasoria y proporcionada.

La Directiva especifica que la indemnización o reparación restituirá a la persona trabajadora que se haya visto perjudicada a la situación en que se encontraría si no hubiese sido discriminada por razón de sexo o no se hubiera producido ninguna infracción de los derechos u obligaciones relativos a la igualdad de retribución. Esto incluirá la recuperación íntegra de los atrasos y las primas o pagos en especie correspondiente, el resarcimiento por la pérdida de oportunidades, los daños morales, cualquier perjuicio causado por otros factores pertinentes (entre lo que se puede incluir la discriminación interseccional, dice la Directiva), así como los intereses de demora, sin que la cuantía resultante pueda estar sujeta a ningún límite máximo fijado previamente.

Obligaciones ambas que podemos entender atendidas por estar incorporadas las previsiones de la Directiva en los preceptos correspondientes del proceso de tutela de los derechos fundamentales, tanto en el relativo a la sentencia (art. 182 LRJS) como en el específicamente dedicado a las indemnizaciones (art. 183 LRJS).

5.3. Medidas en materia probatoria

Son varias las medidas que contiene la Directiva en materia probatoria.

En primer lugar, dispone que los Estados miembros deben adoptar las medidas oportunas para que en aquellos procedimientos judiciales en los que se reclame por vulneración del principio de igualdad de retribución y el demandante demuestre hechos que permitan presumir una discriminación directa o indirecta, se traslade a la parte demandada la carga de probar que no se ha producido dicha

²⁷ Art. 17.1 ET: “Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

²⁸ Vid., entre otras, SSTC 7/1993, 14/1993 o 101/2000. En relación con esta rema vid. Castro Argüelles, M.A., Derechos fundamentales en el proceso laboral. Universidad de Navarra, 2014, pág. 67 y ss., en https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10906/Maria_Antonia_Castro.pdf?sequence=1

discriminación. No queda claro el tipo de procedimiento al que se refiere el precepto dado que, si bien en un primer momento señala que esta medida deberá adoptarse por los Estados de acuerdo con sus sistemas judiciales nacionales, en un momento posterior se refiere a que los hechos se hayan demostrado ante *una autoridad competente* u órgano jurisdiccional nacional. Los Estados miembros pueden, sin embargo, no aplicar estas previsiones en materia probatoria cuando la investigación de los hechos corresponda a las autoridades competentes o a los órganos jurisdiccionales nacionales.

Dicha traslación de la responsabilidad, tanto en sede judicial como administrativa, de probar que no se ha producido discriminación, operará de forma automática en los supuestos en que el empleador no haya cumplido con sus obligaciones de transparencia en materia retributiva (las que sean que le correspondan a tenor de su tamaño y de sus circunstancias, a excepción, incomprensiblemente, de la obligación relativa a la accesibilidad de la información para personas con discapacidad), salvo que el empleador demuestre que el incumplimiento de sus obligaciones fue involuntario y de carácter menor; en la práctica el problema será llegar a concretar qué significa que incumplimiento sea de carácter menor y, sobre todo, si de debió o no a una actuación voluntaria del empleador.

En el ordenamiento español, este mecanismo de inversión o traslación de la carga de la prueba está contemplado en el artículo 96.1 de la LRJS, al disponer que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

En segundo lugar, para la determinación de si una persona trabajadora realiza un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, la evaluación de la situación comparable se ve reforzada de varias formas en la Directiva (art. 19), de acuerdo con la doctrina del TJUE:

de un lado, no se limita a los supuestos en que se trabaje para un mismo empleador, sino que se amplía a la fuente única que determine las condiciones de retribución, si es que esta existe, como sería el caso de fijación de las retribuciones por convenio colectivo o, como señala la Directiva, cuando esas condiciones se establezcan de forma centralizada para más de una dentro de un grupo de empresas; de otro lado, la comparación no se limita a trabajadores que estén trabajando al mismo tiempo; finalmente, si no hay ningún referente de comparación real se podrá utilizar cualquier otra prueba, incluidas las estadísticas o una comparación de cómo se trataría a un trabajador comparable.

Por lo que se refiere al acceso a las pruebas dispone el art. 20.1 de la Directiva que los Estados miembros velarán por que en los procedimientos de reclamación de igualdad retributiva los órganos competentes puedan ordenar a la parte reclamada que exhiba cualquier prueba pertinente que obre en su poder. El apartado 2 del precepto contempla, de forma específica, al supuesto de que la información necesaria para la reclamación sea de carácter confidencial, en cuyo caso se aclara que las autoridades que reclamen dicha información han de disponer de medidas eficaces para protegerla. Entendemos que el concepto información confidencial no es idéntico al de información sobre datos de carácter personal, al que nos referimos al tratar las medidas sobre transparencia retributiva, sino que parece referirse más bien a datos sobre estructura organizativa de la empresa, sobre desarrollo de productos, etc.; en definitiva, un concepto más cercano al de información de carácter reservado que se contiene en el art. 65.2 del ET a la hora de regular el deber de sigilo de los representantes de los trabajadores.

5.4. Prescripción y caducidad

Interesantes son las disposiciones del art. 21 de la Directiva en cuanto a la prescripción de las acciones relativas a la igualdad de retribución, en las que se prevé que las normas reguladoras habrán de establecer el plazo para reclamar y las circunstancias en las que este puede suspenderse o interrumpirse; debe determinarse, asimismo el momento de inicio del plazo, que debe ser aquel en que la parte reclamante tenga conocimiento de la infracción o quepa esperar razonablemente que lo tenga. La norma deja en manos de los Estados miembros que, en su regulación, establezcan que el plazo de prescripción no se inicie mientras una infracción esté en curso o antes de que se finalice la relación laboral.

En cualquier caso, dispone la norma europea, los plazos de prescripción no serán inferiores a tres años, previsión que va a hacer necesaria una modificación del art. 59 del Estatuto de los Trabajadores, en el que el plazo de prescripción de las reclamaciones salariales se sitúa en un año desde que la acción pudiera ejercitarse.

Además, se prevé que el plazo de prescripción se suspenda o se interrumpa, dependiendo de lo que disponga la legislación nacional, tan pronto como la persona trabajadora reclame al empleador, directamente o en vía judicial, bien de forma personal o a través de los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de fomento de la igualdad.

Estas disposiciones no van a ser aplicables, sin embargo, a las normas nacionales relativas a la caducidad de la demanda, por lo que este refuerzo en la vía de tutela del derecho va a depender del cómo el legislador califique un plazo para ejercer la acción. En el caso español la interposición de una demanda por despido en la que se invoque, además, lesión del principio de igualdad de retribución, es un plazo de caducidad que no se va a ver, por tanto, afectado por la ampliación que lleva a cabo la Directiva.

5.5. Costas procesales

Finalmente, como mecanismo para facilitar la interposición de reclamaciones en vía judicial y que la posible imposición de costas procesales no suponga un desincentivo para la persona trabajadora, la Directiva prevé que los Estados miembros habrán de garantizar la posibilidad de que, en caso de que la demanda no prospere, los órganos jurisdiccionales puedan evaluar si la parte demandante tenía motivos fundados para interponerla y, en caso afirmativo, se proceda a eximirla del pago de las costas procesales. Medida que en nuestro ordenamiento jurídico se contempla de forma inversa, pues estando el proceso laboral regido por el principio de gratuidad, se prevé que puedan imponerse sanciones y el abono por el empleador condenado de los honorarios de abogado o graduado social sólo en los casos en que se litigó de mala fe o con temeridad o no se acudió al acto de conciliación (debe entenderse que también de mediación) previa injustificadamente (art. 97 LRJS).

5.6. Sanciones frente al incumplimiento

El conjunto de medidas de refuerzo de la tutela del derecho a la igualdad de retribución se completa con el mandato a los Estados miembros de prever un régimen de sanciones frente los incumplimientos de las obligaciones relativas a dicho derecho; sanciones que habrán de ser efectivas, debiendo los Estados establecer medidas para garantizar su aplicación (art. 23.1, reiterada en el 23.5 de la Directiva), proporcionadas y disuasorias. En relación con el efecto disuasorio que se pretende, la Directiva señala de forma imperativa que “dichas sanciones incluirán multas, que se fijarán sobre la base del derecho nacional”; esto no quiere decir que no puedan establecerse otro tipo de sanciones, como las accesorias que se prevén en el art. 46.bis de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), pero sí que no puede sustituirse la multa por otro tipo de sanción.

En relación con la proporcionalidad, se establece que las sanciones tengan en cuenta cualquier factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias de la infracción, señalando expresamente la discriminación interseccional que, aunque enunciada de forma indistinta, desde nuestro punto de vista sólo puede ser considerada como agravante. Asimismo, se prevé que habrán de aplicarse sanciones específicas para los casos de reincidencia.

En esta materia entendemos que debe llevarse a cabo una labor de transposición de la norma europea, dado que si bien se prevé en la LISOS que son infracciones muy graves las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas en materia de retribuciones “por circunstancias de sexo”, no hay regulación específica para la infracción de los derechos en materia de transparencia retributiva, por lo que no cabría integrarlos más que en el tipo previsto como infracción leve en el art. 6.6. “cualesquiera otros incumplimientos

que afecten a obligaciones meramente formales o documentales”²⁹, lo cual no responde al mandato de la norma europea.

Disposición en materia de sanciones puede considerarse, asimismo, el art. 24 de la Directiva que (tras recordar que los Estados miembros deben garantizar que, en la ejecución de contratos o concesiones públicas los operadores cumplan con el principio de igualdad de retribución) da la posibilidad a los Estados miembros (creemos que sólo así puede interpretarse el término “considerarán”) de exigir a los poderes adjudicadores que introduzcan sanciones o condiciones de rescisión que garanticen el cumplimiento del principio de igualdad de retribución; se prevé asimismo la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan excluir a cualquier operador económico de participar en una licitación pública si pueden demostrar, bien que ha incumplido las obligaciones en materia de transparencia retributiva, bien que tiene una brecha retributiva de más del 5% en cualquier categoría que no esté justificada sobre la base de criterios objetivos y neutros. Medidas estas que pueden incluso ser más efectivas de cara al cumplimiento de las obligaciones derivadas de principio de igualdad de retribución que las consistentes en meras sanciones pecuniarias.

6. LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA EN RELACIÓN CON LA ACTUACIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES

Tres son las previsiones contenidas en la Directiva en relación con el papel de los interlocutores sociales.

La primera, bajo la rúbrica “Diálogo Social”, se enmarca en el Capítulo II, relativo a la transparencia retributiva, y, con todas las cautelas posibles (“sin perjuicio de la autonomía de los interlocutores sociales”, “de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales) mandata a los Estados a que garanticen la participación efectiva de los interlocutores sociales a través del diálogo sobre los derechos y obligaciones que se establecen en la Directiva (de nuevo las cautelas, “si procede”, “cuando estos así lo soliciten”). La utilización del término “diálogo” y no negociación parece indicar que lo que está pidiendo la Directiva es que los interlocutores sociales participen en la actividad normativa en relación con esta materia, idea que se refuerza al someter esta participación a dos condicionantes (que dicha participación proceda y que los interlocutores sociales así lo soliciten) que no serían tales si se estuviera refiriendo a negociación colectiva en sentido estricto.

²⁹ Señala Ballester Pastor, M.A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Femeris*, Vol. 4, No. 2, pp. 14-38 / doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4763> <http://www.uc3m.es/femeris>, que una de las carencias del RDL 6/2019, que introdujo la obligación de llevar un registro retributivo pero no estableció una sanción específica para su incumplimiento.

La segunda previsión, contenida en el mismo precepto que la anterior, se refiere, esta vez sí, específicamente a la negociación colectiva, señalando que los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para promover el papel de los interlocutores sociales y fomentar la negociación colectiva sobre las medidas para “luchar contra la discriminación retributiva y su repercusión negativa en la valoración de los puestos de trabajo desempeñados predominantemente por trabajadores de un mismo sexo”. Pese a que la Directiva se expresa en los términos que aparecen entrecomillados nos parece que la idea está expresada incorrectamente, en la medida en que no es la discriminación retributiva la que repercute negativamente en la valoración de puestos de trabajo, sino que es al revés, la discriminación que se produce a la hora de valorar determinados puestos de trabajo (los feminizados, con carácter general) la que va a influir negativamente en la retribución.

La tercera previsión se contiene en el artículo 30 de la Directiva, en el que se especifica que la misma no afectará en modo alguno al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos o a emprender acciones colectivas de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales.

7. TRANSPOSICIÓN, SEGUIMIENTO Y CONTROL

Además de los mandatos contenidos a lo largo de la Directiva para que los Estados miembros pongan los medios necesarios para garantizar la efectividad de los derechos y obligaciones que se establecen en la misma, como corresponde a una norma de este tipo y para cuyo cumplimiento (transposición) se establece como fecha tope el 7 de junio de 2026, se van a establecer una serie de disposiciones dirigidas al seguimiento y control de la norma:

En relación con los organismos públicos a los que se asignan estas funciones puede haber cierta confusión, al otorgar genéricamente las funciones en relación con la Directiva a un órgano (organismo de fomento de la igualdad) para, a continuación, asignar funciones específicas a otro órgano (organismo de seguimiento) que puede, o no, coincidir con el primero.

Así, se establece que los organismos competentes para las cuestiones que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva serán los organismos de fomento de la igualdad que los Estados miembros tengan establecidos conforme a la Directiva 2006/54, a los que deberá dotarse de los recursos necesarios a tal fin. Ello sin perjuicio de la competencia que pueda corresponder a la inspección de trabajo o a los representantes de los trabajadores conforme a las normas de cada Estado miembro, debiendo, en todo caso, garantizarse la cooperación entre todos ellos.

Asimismo, se dispone que cada Estado deberá designar un organismo para el seguimiento y apoyo de la ejecución de las medidas previstas en la Directiva,

que puede ser novedoso o formar parte de un organismo o estructura ya existente, y adoptará las medidas necesarias para su buen funcionamiento. Entre sus funciones deben incluirse: la sensibilización sobre el objetivo de promover la igualdad de retribución, abordando la discriminación interseccional, y el derecho a la transparencia retributiva: el análisis de las causas de la brecha retributiva de género y creación de instrumentos de evaluación de las desigualdades retributivas; la recopilación de los datos recibidos de los empleadores, en los términos que hemos visto, y publicación de los mismos en un formato de fácil acceso y manejo y que permita la comparación entre empleadores, sectores y regiones. Deberán publicarse los de los cuatro años anteriores, si están disponibles: la recopilación de los informes de las evaluaciones retributivas conjuntas; finalmente, la recopilación de datos sobre número y tipos de denuncias por discriminación retributiva interpuestas ante los organismos competentes.

Se establecen, asimismo, determinadas obligaciones de transmisión de información a la Unión Europea:

Informar a la Comisión de la transposición de la Directiva. De forma simultánea se debe presentar un resumen de los resultados de la evaluación de impacto de las medidas de transposición respecto de los trabajadores y de los empleadores con una plantilla de menos de 250 trabajadores, haciendo referencia al lugar de publicación de dicha evaluación (art. 34).

Comunicar a la Comisión el régimen de sanciones previstas frente a los incumplimientos de los derechos y obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución (art. 21).

Facilitar a la Comisión cada dos años los datos sobre brecha retributiva de género, nivel retributivo mediano y brecha retributiva de género mediana. El primer informe deberá trasladarse a la Comisión como muy tarde el 7 de junio de 2028 (art. 29. 4).

Facilitar a la Comisión anualmente datos nacionales actualizados, sin ajustar, para el cálculo de la brecha retributiva de género. Estas estadísticas deberán estar desglosadas por sexo, sector económico, jornada laboral (tiempo completo o parcial), control económico (propiedad pública o privada) y edad. Los datos se transmitirán a partir del 31 de enero de 2028 para el año de referencia 2026 (art. 31).

Informar a la Comisión sobre el cumplimiento de la Directiva y sus repercusiones en la práctica, como muy tarde el 7 de junio de 2031 (art. 35.1).

Finalmente, se establece la obligación de la Comisión de presentar un informe al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva, sobre la base del cual propondrán, si correspondiera, las modificaciones legislativas pertinentes (35.2).