

# OTRO AVANCE EN LA IGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES: ANÁLISIS DEL REAL DECRETO 902/2020, DE 13 DE OCTUBRE

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Igualdad, retribución, reforma, registro salarial

Sobre la base de la interconexión de dos principios, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor y el principio de transparencia retributiva, y con el progreso en el desarrollo normativo de cuatro instrumentos de transparencia retributiva (el registro retributivo, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo y el derecho de información de las personas trabajadoras), el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que es objeto de comentario y análisis en el presente estudio, constituye un nuevo impulso, otro avance más en la garantía de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

Se trata de una norma tan compleja, como necesaria; complejidad que se manifiesta, sobre todo, en la concreción de la obligación empresarial de pagar igual retribución por trabajo de igual valor, lo que requiere una correcta valoración de los puestos de trabajo, que atienda a tres criterios, adecuación, totalidad y objetividad, que esta norma reglamentaria define, con la finalidad de identificar y corregir discriminaciones indirectas en materia retributiva. A ello, sin duda contribuyen los mecanismos de transparencia retributiva regulados en este reglamento, que permiten obtener información suficiente y de utilidad sobre el valor que se atribuye a la retribución de las personas trabajadoras. Y es que, de ahí la necesidad de esta disposición reglamentaria, los datos ponen de manifiesto que resulta imprescindible que se desarrollen mecanismos para detectar, destapar y corregir políticas retributivas discriminatorias, tanto por las consecuencias inmediatas que acarrea este tipo de prácticas reprochables y vulneradoras de un derecho fundamental, incidiendo en la inaceptable brecha retributiva entre mujeres y hombres, como por las consecuencias que a medio y largo plazo se derivan, repercutiendo asimismo en la brecha en materia de pensiones.

## ABSTRACT

**Keywords:** Igualdad, retribución, reforma, registro salarial

On the basis of the interconnection of two principles, the principle of equal remuneration for work of equal value and the principle of remunerative transparency, and with progress in the normative development of four instruments of remunerative transparency (the remuneration register, the remuneration audit, the system of valuation of jobs and the right of information of working persons), Royal Decree 902/2020 of 13 October on equal pay for women and men, which is commented on and analyzed in this study, is a new impetus, another step forward in ensuring equal pay between women and men.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ÚLTIMO AVANCE NORMATIVO HACIA LA IGUALDAD RETRIBUTIVA
3. PRINCIPIO DE IGUAL RETRIBUCIÓN POR TRABAJO DE IGUAL VALOR
  - 3.1. Manifestaciones de discriminaciones retributivas, en especial, la incorrecta valoración de puestos de trabajo
  - 3.2. Trabajo de igual valor: concepto y criterios de valoración
  - 3.3. Trabajo de igual valor, trabajo de igual retribución
4. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA Y SUS INSTRUMENTOS
  - 4.1. Significado y objeto del principio de transparencia retributiva
  - 4.2. Los instrumentos de transparencia retributiva
    - 4.2.1. Registro retributivo
    - 4.2.2. Derecho de información de las personas trabajadoras
    - 4.2.3. Auditoría retributiva
    - 4.2.4. La transparencia en la negociación colectiva: el sistema de valoración de puestos de trabajo
5. ALCANCE DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL
6. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

“De igualdad retributiva entre mujeres y hombres”. Éste es el título del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre (en adelante, RDIR), publicado en el BOE el día 14 del pasado mes de octubre, pero con un período de una *vacatio legis* de seis meses, por lo que no entrará en vigor hasta el día 14 de abril de año 2021; quedando incluso pendiente de elaboración y aprobación dos encargos que se han de acometer en un futuro, los cuales son de gran relevancia para el cumplimiento del cometido de esta norma reglamentaria, cual es contribuir a hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva.

Estos encargos son, por un lado, la elaboración de una guía técnica con indicaciones para la realización de auditorías retributivas con perspectiva de género, en cuanto uno de los instrumentos de transparencia retributiva que se regulan en el RDIR, sin que se precise plazo o período para su elaboración. Y, por el otro, la aprobación, a través de una orden, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad, de un procedimiento de valoración de los puestos de trabajo, debiendo aprobarse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del RDIR, esto es, antes del 14 de octubre del año 2021.

Nos encontramos, pues, ante una norma que, atendiendo a su *vacatio legis* y al necesario desempeño de estos dos encargos, se anticipa de gran complejidad y dificultad técnica, sobre todo por lo que respecta al correcto cumplimiento de determinadas obligaciones empresariales que tienen como finalidad identificar y corregir discriminaciones retributivas entre hombres y mujeres. Lo que, en

cualquier caso, no es sino un reflejo de la enquistada y compleja problemática que presenta la igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

No se trata de un tema novedoso, en absoluto; pero sí de máxima actualidad y, lo que es más relevante, de imperiosa necesidad en cuanto a su tratamiento, regulación y efectiva aplicación, que definitivamente lleve a buen término. Muestra de la relevancia que adquiere el tema de la igualdad retributiva, en cuanto elemento o componente esencial del principio de igualdad real y efectiva, es la preocupante brecha retributiva y sus consecuencias<sup>1</sup>. No es este el lugar para analizar en detalle dicha brecha, sus causas y sus consecuencias; pero sí, al menos, es necesario traer a colación algunas de las numerosas, profundas e interrelacionadas causas que producen la brecha de género puesto que sólo así se pueden identificar aquéllas sobre las que quiere incidir el RDIR, contribuyendo a la lucha contra las nefastas consecuencias que la brecha retributiva provoca en la mujer trabajadora y, en general, en una sociedad que se considere justa<sup>2</sup>.

En este sentido, como se ha dicho, son muchas y variadas las causas que producen la brecha retributiva de género. Entre ellas, algunas permiten explicar, aunque no en todo caso justificar, la diferencia retributiva entre mujeres y hombres, debiendo incluirse en este grupo de causas aquéllas que son el resultado de diferentes tiempos y modos de desempeñar una actividad laboral o profesional; esto es, diferencias de los hombres y mujeres ante el mercado de trabajo. Así, el mayor número de trabajadoras que prestan sus servicios a tiempo parcial, mayor ejercicio de derechos de reducción de jornada y más interrupciones en la vida laboral<sup>3</sup>. Todo ello en comparación con el trabajador de sexo masculino.

<sup>1</sup> Según las últimas cifras de la Comisión Europea (Eurostat), la brecha de género en la UE en lo que respecta a la remuneración por hora es del 16 por ciento, aunque varía considerablemente de un Estado a otro, elevándose al 40 por ciento cuando se tienen en cuenta las tasas de empleo y la participación general en el mercado de trabajo. Al respecto, pueden verse las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2019, tituladas “Eliminar la brecha salarial entre hombres y mujeres: políticas y medidas clave”, adoptadas por el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores; así como la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género, y la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género.

<sup>2</sup> Algunos de los beneficios o ventajas de la eliminación de la brecha retributiva entre mujeres y hombres, siguiendo varios informes de la UE, son: establecimiento de una sociedad más justa; aumento de la productividad y mayor satisfacción de las empresas; mayor crecimiento económico y creación de empleo; menor número de trabajadores desmotivados; y conciliación de la vida familiar y laboral. Al respecto, puede verse a Miguel Niño, M.A., Guadián Delgado, R. y Alonso Gómez, R.: “La brecha salarial. Prohibición de discriminación por razón de sexo en materia salarial”. *Revista de Información Laboral*, número 5, 2018, Parte Artículos Doctrinales, Aranzadi, versión digital (BIB 2018/10116), pág. 10.

<sup>3</sup> Algunos datos de interés al respecto, como que las mujeres tienen cuatro veces más probabilidades que los hombres de trabajar a tiempo parcial o con contratos temporales, o que la

Detrás de esta diferente, sobre todo, cuantitativamente hablando, forma de trabajar, sin duda, se encuentra la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar y, a su vez, la desigual distribución de las tareas de cuidados de hijos y de otros familiares, puesto que la mujer trabajadora asume un mayor peso en la atención de dichas tareas de cuidado. Lo que obedece, en gran parte, a estereotipos de género sobre funciones y aspiraciones de las mujeres, agravado por las carencias de servicios y recursos para conciliar. Asimismo, una importante derivada de esta diferente forma de trabajar es la segregación vertical, las mayores dificultades de promoción profesional y la menor presencia de mujeres en puestos de gestión y dirección; en definitiva, la existencia de techos de cristal en el desarrollo profesional de las mujeres.

Ahora bien, el hecho de que estas diferencias retributivas puedan encontrar explicación en las distintas características de la prestación de servicios de los hombres y mujeres, no es óbice para tener muy presente que en no pocas ocasiones pueden ser causas potencialmente discriminatorias, a los efectos que interesan, en materia retributiva. En tales casos, puede que la diferente contraprestación económica por el trabajo desempeñado no es que no encuentre explicación, ni justificación, sino que suponga la lesión de un derecho fundamental. Son muchos los ejemplos que existen al respecto, muy especialmente en relación con diferencias retributivas que pueden producirse por vicisitudes del contrato de trabajo derivadas del embarazo y la maternidad<sup>4</sup>.

Otra causa de la brecha retributiva, de mayor interés por la materia objeto de estudio, es la segregación sectorial y horizontal, que puede igualmente obedecer a

tasa de inactividad económica de las mujeres en edad de trabajar es casi dos veces superior a la de los hombres, pueden analizarse en la investigación titulada “Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres: no sin un mejor equilibrio entre vida privada y vida laboral”, elaborada por el Instituto Europeo de la Igualdad de Género y referenciado en las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2019, tituladas “Eliminar la brecha salarial entre hombres y mujeres: políticas y medidas clave”, adoptadas por el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores.

<sup>4</sup> Dos ejemplos recientes de discriminaciones retributivas derivadas del embarazo y/o maternidad son, por un lado, la STS de 24 de enero de 2017 (RJ 2017/1615), relativa a la percepción de complementos salariales vinculados al puesto de trabajo durante la adaptación de dicho puesto por riesgo durante el embarazo; y, por el otro, la STS de 10 de enero de 2017 (RJ 2017/38), sobre la consideración del período de suspensión del contrato de maternidad o riesgo durante el embarazo como tiempo de trabajo a efectos de devengar la retribución variable. Un análisis detenido de estas dos sentencias del TS puede verse en Aragón Gómez, C.: “El imparto de la maternidad en la retribución no consolidable, a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo”. *Revista de Información Laboral*, número 6/2017, parte Artículos Doctrinales, Aranzadi, versión digital (BIB 2017/12418). Asimismo, sobre este mismo asunto, puede verse a González González, C.: “Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 2/2018 parte Jurisprudencia, Aranzadi, versión digital (BIB 2018/5849).

diferentes razones explicativas de la misma, como la mayor o menor cualificación y formación o la menor elección de determinadas titulaciones y profesiones por parte de las mujeres, tales como la ciencia, las nuevas tecnologías, las ingenierías, etc. que están mejor retribuidas. Cuantificación de la brecha digital que se observa con preocupación cuando las mujeres se enfrentan al reto de la Revolución Industrial 4.0, en la que las brechas de género se manifiestan en la infrarrepresentación de las mujeres en las disciplinas antes referidas. Y mayor aún puede ser la incidencia de la brecha digital en tiempos de pandemia pues, como es sabido, se ha incrementado de forma notable el empleo de las nuevas tecnologías para el desempeño de la actividad laboral y profesional.

Pero, y esto es lo relevante y, al mismo tiempo, preocupante, la segregación sectorial y horizontal puede ser causa de diferencias retributivas entre hombres y mujeres en tanto en cuanto los trabajos feminizados estén peor retributivos por el simple hecho de ser realizados por mujeres. En tales casos, la inaceptable explicación de esa menor retribución obedece a estereotipos de sexo y/o de género; mientras que la justificación no la hay, simplemente no existe.

Pues bien, precisamente, esta menor retribución del trabajo, cuando responde a una infravaloración de cualidades y características que se consideran, en muchas ocasiones de forma errónea, más propias de las mujeres o, en su caso, a una sobrevaloración de cualidades más propias de los hombres, igualmente en algunos casos de forma equivocada, se traduce en una discriminación retributiva por razón de sexo y/o género. Se trata, en la mayoría de las ocasiones, tal y como han ido destapando los Tribunales de Justicia, en los términos que se analizan más adelante, de discriminaciones indirectas por incorrecta valoración de los puestos de trabajo, que es la cuestión clave de la materia que se está estudiando. Por ello, sobre la correcta valoración de los puestos de trabajo, sobre los principios básicos que han de regir dicho proceso de valoración y los instrumentos que pueden contribuir a ello, incide muy especialmente el RDIR que es objeto de comentario y análisis en el presente trabajo, en el que se diferencian varias partes.

En la primera parte se va contextualizar el RDIR en el largo recorrido normativo hacia la búsqueda de la igualdad retributiva. Se trata de conocer y analizar por qué y para qué se ha aprobado esta norma reglamentaria sobre igualdad retributiva, enmarcando su aprobación en la línea de continuar y cumplir mandatos normativos, así como recomendaciones y propuestas, sobre todo, pero no sólo, a instancias de la UE. En definitiva, se trata de conocer este otro impulso a la garantía de igualdad retributiva desde la perspectiva de la contextualización jurídica en que se enmarca, continuando con la contextualización fáctica, recién expuesta en esta introducción, aunque de forma sucinta.

A continuación, en la segunda parte de este trabajo se analiza el principio de igual retribución por trabajo de igual valor en cuanto aspecto central del RDIR, sobre el que se han de hacer grandes esfuerzos para hacer efectivo el derecho

a la igualdad de trato y no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva. Para ello, se analizan dos preceptos clave, los artículos 22 y 28 del ET, abarcando incluso el alcance de la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgente para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, pues el RDIR viene a desarrollar y complementar muchos de sus elementos más relevantes. En concreto, un lugar central en esta segunda parte lo ocupa el concepto y significado de trabajo de igual valor, de construcción jurisprudencial, de ahí que en esta parte se atiende a los numerosos pronunciamientos judiciales recaídos al respecto para conocer los criterios a tener en cuenta a los efectos de concretar el significado de los factores y condiciones que permiten determinar cuándo un trabajo tiene igual valor que otro. Y es que es necesario conocer y analizar previamente el concepto de trabajo de igual valor para determinar si la valoración de un puesto de trabajo es correcta, en cuanto objetivo del principio de transparencia retributiva.

De ahí que sea a continuación, en la tercera parte de este estudio, en la que se aborde este principio de transparencia retributiva, su concepto, su contenido, sus objetivos y, sobre todo, los instrumentos para hacerlo efectivo, cuales son el registro retributivo, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo que sea de aplicación y el derecho de información de las personas trabajadoras; instrumentos, todos ellos, fundamentales (y no exentos de enormes dificultades técnicas) para poner de manifiesto la infravaloración de puestos de trabajo por razón de sexo y/o género y, con ello, avanzar en la aplicación efectiva del principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

Y, finalmente, en la última parte de este estudio se aborda el alcance de la tutela administrativa y judicial y, en concreto, el valor de la información retributiva o, en su caso, la ausencia de la misma. Se analiza la obligación de justificación prevista en el art. 28.3 del ET, así como el valor que adquiere en el juicio la política retributiva empresarial.

## **2. EL ÚLTIMO AVANCE NORMATIVO HACIA LA IGUALDAD RETRIBUTIVA**

Más que un nuevo avance normativo hacia la consecución de la garantía de la igualdad retributiva, el RDIR es continuación del que sí fue un nuevo impulso hacia dicha garantía: el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo. Puesto que, como se analiza con detenimiento en el apartado siguiente, esta norma estableció un nuevo marco jurídico, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de trabajo de igual valor, que tanta relevancia adquiere a los efectos de hacer efectiva la igualdad de remuneración, así como instrumentos necesarios para garantizar la transparencia retributiva, básicamente, el registro retributivo y la auditoría retributiva.

Pues bien, este nuevo marco, como señala la Exposición de Motivos del RDIR, “requiere de un desarrollo reglamentario que concrete sus presupuestos y que determine el contenido de las obligaciones en diferentes aspectos”. En esta línea, el RDIR viene a desarrollar una parte del citado Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo. Es, desde esta perspectiva, desde la que se puede considerar un nuevo impulso, un nuevo avance hacia la garantía de igualdad retributiva, que ya tiene en su haber un largo recorrido normativo.

En efecto, son muchas las disposiciones, de diferente nivel, que se refieren a la igualdad salarial o retributiva entre hombres y mujeres. Desde disposiciones internacionales, como los Convenios de la OIT nº 100 sobre igualdad de remuneración (1951) y nº 111 sobre discriminación (empleo y ocupación) (1958), que ya reconocían la igualdad salarial entre hombres y mujeres, hasta documentos con un menor carácter obligatorio, como la Conferencia de Beijing (1995). A otros como el Programa de la OIT sobre Trabajo Decente (2015) y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, que incluye un objetivo específico dirigido a “Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas” (ODS nº 5) y otro sobre “Crecimiento económico” (ODS nº 8).

Por su parte, también en la Unión Europea la lucha contra la discriminación quedó plasmada en los primeros Tratados fundacionales, como se refleja en el actual artículo 157 del TFUE, teniendo incluso Directivas específicas como: la Directiva 78/2000/UE, marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y Directiva 54/2006/UE, igualdad hombres y mujeres. También se ha de destacar la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de marzo de 2014, y el “Plan de Acción de la UE 2017-2019: abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres”, que se refiere a la transparencia salarial y a las auditorías salariales obligatorias.

Más recientemente tanto las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2019, tituladas “Eliminar la brecha salarial entre hombres y mujeres: políticas y medidas clave”, adoptadas por el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, como la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género, insisten en la importancia de adoptar un planteamiento integrado destinado a colmar la brecha salarial entre hombres y mujeres, para lo que se insta a los Estados Miembros a adoptar medidas diversas, tales como aumentar la transparencia de las retribuciones y mejorar la aplicación del principio de igual retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

A ello, sin duda, contribuye el RDIR, cuyo objeto es “establecer medidas específicas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva...” (art. 1); medidas específicas que se unen al acervo normativo nacional, en desarrollo y cumplimiento del mandato del art. 9 de la CE y del derecho fundamental del art. 14 de la CE. En el recorrido

normativo interno son, al menos, dos las normas que se han de traer a colación: por un lado, la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres (en adelante, LOI), que incorpora la perspectiva de género e introduce la obligación de realizar planes de igualdad; y, por el otro el ET, básicamente, los arts. 22.3 y 28 que, precisamente, han sido reformados por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, y desarrollados por el RDIR.

Todo este marco normativo ha dado lugar a la activación de diferentes instrumentos para alcanzar la garantía de igualdad retributiva. Los primeros de ellos son puestos en marcha por la tutela antidiscriminatoria, que impide que los salarios se determinen en atención a factores de desigualdad como es el sexo, a través de la discriminación directa, la discriminación indirecta y la discriminación inversa. Estos instrumentos serán analizados en el siguiente apartado, atendiendo, en gran parte, a pronunciamientos judiciales recaídos sobre posibles discriminaciones retributivas de distinto tipo, para así poder abordar el estudio del principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Posteriormente, como es sabido, surgen las medidas de acción positiva, con las que se aspira a compensar situaciones históricas de discriminación padecidas por ciertos colectivos, entre ellos las mujeres. Esta construcción jurídica se acoge en el art. 141.4 del Tratado de la CE, habiendo sido aplicada tanto por el TJUE (STJCE de 11 de noviembre de 1997, asunto Marshall, STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto Badek, STJCE de 6 de julio de 2000, asunto Anderson, y STJCE de 19 de marzo de 2002, asunto Lommers), como por el TC (STC 128/1987, de 16 de julio<sup>5</sup>, y STC 109/1993, de 25 de marzo)<sup>6</sup>.

Tras la LOI, otro instrumento que se ha puesto en marcha es el plan de igualdad, muy reforzado tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo, que introduce, además, el registro de salario. Y, por último, en el RDIR, las auditorías retributivas obligatorias.

En definitiva, sirva este breve recorrido normativo para, como se anticipaba, ofrecer una mínima contextualización jurídica del RDIR, puesto que este marco normativo permite poner de manifiesto cómo, efectivamente, la norma objeto de

<sup>5</sup> Según el TC, no es discriminatoria la actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables. Atendiendo a ello, considera el TC que un plus de guardería para el personal femenino, cuya extensión al personal masculino se niega, es una medida de acción positiva para permitir a las madres conservar su trabajo facilitándoles el cuidado de sus hijos.

<sup>6</sup> Montoya Melgar, A.: “Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 129, 2006, parte Estudios. Editorial Civitas, versión online (BIB 2006/43), pág. 10.



comentario permite dar continuidad a otros esfuerzos previamente adoptados, suponiendo otro avance hacia la garantía de igualdad retributiva.

### **3. PRINCIPIO DE IGUAL RETRIBUCIÓN POR TRABAJO DE IGUAL VALOR**

Como es sabido, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor vincula a todas las empresas, con independencia del número de trabajadores, y a todos los convenios y acuerdos colectivos (art. 4 RDIR). Pese a que se trata de un principio de larga vigencia en el tiempo, cuya base normativa se encuentra, esencialmente, en la CE y en el ET, son cuantiosas las quebras del mismo. Y es que son muchas las circunstancias que inciden en la prestación de servicios que son susceptibles de provocar discriminaciones retributivas, muchas de las cuales han sido identificadas, destapadas y corregidas por los Tribunales de Justicia. Entre ellas, interesa destacar las discriminaciones indirectas por la incorrecta valoración de los puestos de trabajo, para cuya detección es fundamental conocer el concepto de trabajo de igual valor, a lo que ha contribuido notablemente el RDIR.

#### **3.1. Manifestaciones de discriminaciones retributivas, en especial, la incorrecta valoración de puestos de trabajo**

Como se ha dicho, son variadas las causas que producen la brecha retributiva entre mujeres y hombres, algunas de las cuales carecen, no sólo de explicación y justificación, sino incluso de base normativa que la sustenten. Y es que son varios los aspectos de una relación laboral que adquieren mayor susceptibilidad a las discriminaciones retributivas, de la misma forma que son también variadas las circunstancias, incluso personales y familiares, que inciden en la prestación de servicios, pudiendo producir igualmente discriminaciones retributivas.

Así, por lo que respecta a los aspectos de una prestación de servicios que pueden producir situaciones de discriminación retributiva, se destacan dos. Por un lado, la promoción profesional con repercusión retributiva, que ha de ajustarse a “criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres” (art. 24.2 ET). Pese a esta exigencia legal, en las empresas se han aplicado criterios y sistemas de promoción profesional que han sido declarados discriminatorios por los Tribunales de Justicia<sup>7</sup>.

Y, por el otro, la modalidad contractual, que asimismo puede tener incidencia en la retribución, actuando como una circunstancia que arrastra situaciones

<sup>7</sup> Algunos de los motivos por los que se ha llegado a la declaración de discriminación indirecta son, a modo de ejemplo, los siguientes: la existencia de una práctica no reglada de recomendaciones

discriminatorias indirectas. En concreto, especial repercusión tiene la contratación a tiempo parcial, habiendo descartado el TC que sean adecuadas las diferencias que se implantan atendiendo sólo y exclusivamente al menor número de horas trabajadas (STC 22/1994, de 27 de enero). Aunque las diferencias salariales obedezcan a un menor número de horas trabajadas, este factor diferencial recae en un porcentaje muy alto sobre la mano de obra femenina, por lo que resulta necesaria una mayor justificación en este tipo de contrato mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del tiempo de trabajo inferior<sup>8</sup>. Sin duda, entiende el TC, el número de horas trabajadas afectará al salario total a percibir, pero no a la aplicación misma de las pautas convencionales sobre retribución del trabajo<sup>9</sup>.

Se trata, pues, de aplicar el principio de igualdad retributiva de las personas trabajadoras a tiempo parcial, las cuales tienen los mismos derechos, incluidos los retributivos, que las personas trabajadoras a tiempo completo. Al respecto, el art. 11 del RDIR exige, a los efectos de aplicar el principio de proporcionalidad en las retribuciones, dos requisitos: por un lado, que así lo requiera la finalidad o naturaleza del concepto retributivo de que se trate; y, por el otro, que se disponga en una disposición normativa, sea ley, reglamento o convenio colectivo. Sin que, según jurisprudencia del TJUE, el principio *pro rata temporis* sea aplicable a la determinación de la fecha de adquisición de un derecho a un componente de la

que beneficiaba a los hombres (STS de 1 de junio de 1999, RJ 1999/5057); el secretismo en el procedimiento de promoción profesional, que actúa como indicio de discriminación, con una supuesta mayor disponibilidad de jornada de los hombres, que no puede ser causa justificada de la diferencia (STS 18 de julio 2011, RJ 2011/6560); y la antigüedad en cuanto criterio preferente a tener en cuenta en el sistema de promoción profesional establecido en el convenio colectivo, debido al posible impacto adverso por la tardía incorporación de la mujer a la empresa y a la falta de justificación del factor antigüedad como esencial a los efectos de promoción (STSJ de Cataluña, de 16 de diciembre de 2013, AS 2014/218). Sobre todas estas sentencias que declaran prácticas discriminatorias en el proceso de promoción profesional puede verse a Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181/2015, parte Estudios, Aranzadi, versión online (BIB 2015/167286), págs. 7 y 8.

<sup>8</sup> Al respecto, puede verse a Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit., pág. 9; y Miguel Niño, M.A., Guadián Delgado, R. y Alonso Gómez, R.: “La brecha salarial. Prohibición de discriminación por razón de sexo...”, op. cit., pág. 6.

<sup>9</sup> En el convenio colectivo aplicable al supuesto planteado ante el TC, al regularse la tabla salarial, no se establecían diferencias por razón del menor número de horas trabajadas, de ahí que pueda implícitamente considerarse existente un mandato equiparador de los trabajadores en materia salarial, con el sólo respeto del principio de proporcionalidad entre tiempo de trabajo y retribución.

retribución, en la media en que esta depende exclusivamente de la duración de la antigüedad adquirida por el trabajador<sup>10</sup>.

Por su parte, en relación con las circunstancias, familiares y personales, que pueden incidir en la prestación de servicios provocando discriminaciones retributivas, se destacan, por un lado, el embarazo y la maternidad, y, por el otro, el ejercicio de otros derechos de conciliación de la vida laboral y personal. Así, el embarazo y la maternidad de la trabajadora pueden ser causa de discriminación por razón de sexo, habiendo sido los Tribunales de Justicia los que en cuantiosas ocasiones han detectado y declarado tales discriminaciones<sup>11</sup>. Así, por poner un par de ejemplos, la STC 66/2014, de 5 de mayo, calificó como discriminación directa la pérdida salarial originada porque no promociona como consecuencia de la maternidad; y la STC 162/2016, de 3 de octubre, que otorga el amparo constitucional en un supuesto de denegación a una magistrada del reconocimiento de derechos económicos y profesionales que le correspondían hasta que no tomase posesión del nuevo destino al que había concursado por encontrarse disfrutando del permiso por maternidad<sup>12</sup>.

En esta línea, se encuentran sentencias del TS que constituyen claros exponentes de su aportación a favor de la igualdad retributiva por razón de sexo, tales como la STS de 24 de enero de 2017 (RJ 2017/1615), que reconoce la percepción de complementos salariales vinculados al puesto de trabajo cuando se produce la adaptación del mismo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural; y la STS de 10 de enero de 2017 (RJ 2017/38), que considera el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad o por riesgo durante el embarazo como tiempo trabajado a los efectos de devengar retribución variable<sup>13</sup>.

Igualmente, los derechos de conciliación pueden ser también origen de discriminaciones retributivas. En concreto, y también a modo de ejemplo, se ha

<sup>10</sup> Esta antigüedad se corresponde con la duración efectiva de la relación laboral y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación, por lo que, en virtud del principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, la duración de la antigüedad a tener en cuenta, a los efectos de la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para percibir un trienio, se ha de calcular para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo. Véase la STJUE de 10 de junio de 2010, Asunto Bruno y otros, apartado 66. Siguiendo esta doctrina, puede verse también el ATJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados n° C-439/18 y C-472/18.

<sup>11</sup> Una recopilación de pronunciamientos judiciales de interés al respecto puede verse en Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit., págs. 9 y 10.

<sup>12</sup> Sobre esta sentencia del TC puede verse a González González, C.: “Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad ...”, op. cit. págs. 8 y ss.

<sup>13</sup> Un análisis detenido de estas dos sentencias del TS puede verse en Aragón Gómez, C.: “El imparto de la maternidad en la retribución no consolidable...”, op.cit. Asimismo, sobre este mismo

considerado discriminatoria una prima salarial de presencia abonada en cuantía fija a los trabajadores que no superen un límite de inasistencias, abonándose en cuantía proporcional a su jornada reducida a los trabajadores con reducción de jornada por motivo de cuidados familiares. Se considera que este abono en cuantía proporcional encierra una discriminación pues dicho plus está ligado a la actitud ante la puntualidad, por lo que no se ha de aplicar la reducción proporcional (STSJ de Cataluña, de 11 de abril de 2000, AS 2000/1915)<sup>14</sup>.

Asimismo, junto a estas discriminaciones retributivas, los Tribunales de Justicia también han venido destapando discriminaciones directas por razón de sexo, tales como dobles escalas salariales. Así, puede citarse la STC 145/1992, de 13 de octubre, que determinó discriminación directa pues al segregar los sexos en dos categorías profesionales diferentes (una para los hombres y otra para las mujeres), las diferencias salariales venían dadas por el sexo del trabajador. También se han considerado discriminatorias determinadas prácticas como el abono de un complemento salarial personal cuyo promedio era de cuantía inferior para las mujeres trabajadoras en comparación con los hombres, sin justificación alguna (STSJ de Castilla y León de 19 de junio de 2013, AS 2013/2704), y la absorción de un complemento salarial sólo a las mujeres trabajadores, y no a los hombres (STSJ de Madrid, de 26 de febrero de 2007, AS 2007/2622)<sup>15</sup>.

Pero, sin duda, a los efectos que interesan, atendiendo a la finalidad esencial del RDIR objeto de análisis, conviene destacar y denunciar las discriminaciones indirectas por la incorrecta valoración de los puestos de trabajo derivada de la consideración de factores o criterios no neutros, basados en estereotipos de sexo y/o género. Al respecto, se ha tener presente que el sexo, como factor de desigualdad, hace referencia a condiciones biológicas que puedan provocar diferencias de trato entre hombres y mujeres, como es el embarazo; pero también otras condiciones

asunto, puede verse a González González, C.: “Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad,...”, op. cit; y a López Vidal, P.: “Discriminación por razón de sexo en los sistemas incentivos. Nota a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10 de enero de 2017”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927/2017. Thomson Reuters.

<sup>14</sup> En esta misma línea, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 27 de enero de 2014 (AS 2014/808) conoce de una situación en la que, de una parte, todo el personal del que se deja constancia que ha reducido su jornada de trabajo por guarda legal en el centro de trabajo de la empresa son mujeres, y, de otra parte, la empresa no les reconoce a las mismas ni el exceso teórico de jornada anual, ni por tanto su compensación con días libres, a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores que no gozan de jornada reducida por guarda legal. Sin que existan trabajadores masculinos, en igualdad de circunstancia contractual que las mujeres mencionadas, también con jornada reducida, que estén en la situación de falta de compensación de exceso de jornada. Sobre esta sentencia, puede verse a Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit., pág. 10.

<sup>15</sup> Sobre estos ejemplos y otros más puede verse a Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit., págs. 3 y 4.

biológicas son tuteladas, como el hecho de que, en términos generales, hombres y mujeres tienen una diferente complejidad y fuerza física. Es diferente el concepto de género, que como factor de desigualdad protege frente a estereotipos sociales que pueden incidir generalmente de manera negativa en la valoración del trabajo de la mujer. De ahí que los estereotipos sociales puedan provocar una diferente valoración del trabajo por el hecho de ser hombre o mujer.

Al respecto, pronunciamientos judiciales, a todos los niveles, han identificado y destapado discriminaciones indirectas de carácter retributivo por incorrecta valoración de puestos de trabajo. Es lo que sucedió con las diferencias retributivas entre limpiadoras y peones, enjuiciada por la STC 145/1991, de 1 de julio, que consideró discriminatoria una diferencia retributiva establecida en convenio colectivo entre la categoría de peón (mayoritariamente hombres) y la categoría profesional de limpiadores (mayoritariamente mujeres) cuando ambas categorías realizaban trabajos de igual valor. Como se analiza con detenimiento en el siguiente apartado, con esta sentencia se dio un paso importante desde el criterio de igual salario por igual trabajo, a igual salario por trabajo de igual valor, abarcando la prohibición de discriminación no sólo las discriminaciones directas sino también las indirectas en cuanto tratamientos formalmente no discriminatorios pero que provocan un trato desfavorable a colectivos, como el de las mujeres<sup>16</sup>. Pero también es relevante este pronunciamiento del TC porque analiza el esfuerzo físico como factor de diferenciación, que se ha utilizado en muchas ocasiones para la diferenciación retributiva; factor que en la citada STC 145/1991, de 1 de julio, se consideró discriminatorio por tratarse de una ventaja para los trabajadores varones que se correspondía única y exclusivamente con un estándar del trabajador varón.

Sin embargo, en la STC 58/1994, de 28 de febrero, se admitió, como factor de diferenciación retributiva, aunque de forma restrictiva, cuando el esfuerzo físico es un elemento esencial en la actividad de que se trate y siempre que se combine dicho criterio con otros más neutros; doctrina de difícil aplicación cuando el trabajo a valorar consista prácticamente en esfuerzo físico<sup>17</sup>. Asimismo, la STC 250/2000, de 30 de octubre, entendió que un intenso esfuerzo físico con riesgo dorsolumbar justificaba las diferencias retributivas en tareas masculinizadas<sup>18</sup>. Sin embargo, es cierto que otro factor, como la peligrosidad, se ha admitido para asignar una

<sup>16</sup> Véase al respecto a Miguel Niño, M.A., Guadián Delgado, R. y Alonso Gómez, R.: “La brecha salarial. Prohibición de discriminación por razón de sexo...”, op. cit., pág. 6.

<sup>17</sup> Sobre esta compleja cuestión puede verse a Montoya Melgar, S.: “Convenio colectivo y tablas salariales de trabajos de hombres y mujeres; una disgregación económica sobre la determinación del valor trabajo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 108/2001, parte Jurisprudencia. Editorial Civitas, versión online (BIB 2001/1744), págs. 2 y 3.

<sup>18</sup> Por el contrario, en relación con un plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad abonado sólo a los trabajadores, pero no a las trabajadoras de su igual categoría profesional, el criterio del esfuerzo físico como único explícito y relevante para justificar la diferencia salarial, por no ir

mayor retribución, sin necesidad de conjugarlo con otro criterio de carácter neutro, siempre que los trabajos se desarrollen con los riesgos o con las incomodidades no inherentes al puesto de trabajo<sup>19</sup>.

Otros factores de diferenciación retributiva que han sido enjuiciados por Tribunales de Justicia son: responsabilidad y concentración en la realización de tareas, que sirvió para justificar la superior retribución del departamento de producción, ocupado por hombres, frente al departamento de empaquetado, ocupado por mujeres (STC 286/1994, de 27 de octubre); grado de iniciativa, autonomía, mando, responsabilidad, experiencia y formación, que justificaron un salario diferente, sin considerarse la diferencia discriminatoria (STS de 27 de marzo de 1996, RJ 1996/2498). Si bien es cierto que la autonomía y responsabilidad, como justificación de diferencias salariales entre departamentos integrados sólo por mujeres frente a departamentos integrados sólo por hombres, según ha señalado el TS, son deberes de los trabajadores de conformidad con las reglas de buena fe y diligencia, y no obligaciones concretas de un puesto de trabajo (STS de 14 de mayo de 2014, RJ 2014/2808). Otros factores más han sido objeto de valoración por los Tribunales de Justicia en cuanto justificación o no de diferencias retributivas entre mujeres y hombres, tales como solución de problemas, iniciativa, colaboración, innovación y dedicación. Éstos, si no son medidos con arreglo a criterios objetivos, sino puramente subjetivos de la dirección de la empresa, siendo inferiores para las mujeres trabajadoras, se han considerado discriminatorios (STSJ de Cataluña, de 14 de septiembre de 1992, AS 1992/4340).

De esta forma, cuando se aprecie un trabajo de igual valor y la diferencia retributiva no presente una justificación suficiente, se considera que existe una práctica discriminatoria, siendo esencial, pues, que se acredite que el trabajo es de igual valor. Y, precisamente, en ello radica la complejidad de la presente cuestión pues en no pocas ocasiones se ocultan prejuicios de género, minusvalorándose el trabajo desempeñado por mujeres, bajo el caparazón de otras razones que pretenden justificar la diferencia retributiva, tales como: la diferencia, meramente formal, de funciones; criterios subjetivos adoptados por la empresa; la diferencia de categorías; el compromiso de igualdad; o la viabilidad de la empresa<sup>20</sup>.

De ahí la relevancia que adquiere la detección y eliminación de las incorrectas valoraciones de puestos de trabajo, lo que ocurre cuando desempeñado un trabajo

acompañada de una prueba cualificada, se ha considerado irrelevante para justificar la diferencia de trato, considerándose, pues, discriminatoria (STSJ de Las Palmas, de 25 de febrero de 2014, rec. 1304/2013).

<sup>19</sup> STC de 28 de noviembre de 1994 (RTC 286/1994) y STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2010 (AS 2010/1007)

<sup>20</sup> Una recopilación de argumentos analizados por Tribunales de Justicia que no se han considerado justificativos de la diferencia retributiva puede verse en Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit., págs. 5 y ss.

de igual valor se perciba una retribución inferior “sin que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios” (art. 3.2 RDIR). El RDIR no ha aportado mayor concreción acerca de la justificación objetiva que permita salvar la diferencia retributiva de la calificación de discriminatoria, a diferencia de lo que ha hecho en relación con la delimitación y concreción del concepto de trabajo de igual valor, por lo que se ha tener presente, a los efectos de justificar la diferencia, la doctrina del TJUE y del TC sobre el canon o control de mínimos como punto de partida para examinar si se vulnera el principio de igualdad y no discriminación<sup>21</sup>.

Es cierto que algunas orientaciones o criterios de mayor concreción, como la antigüedad, la formación profesional y la flexibilidad, se han barajado a modo de justificación de la diferencia retributiva (STJCEE de 17 de octubre de 1989, asunto Danfoss); sin embargo, en nuestra opinión, más que una justificación de la diferente retribución, se trata de factores o condiciones a tener en cuenta a los efectos de abordar la compleja tarea de determinar si el trabajo es de igual valor, que constituye, pues, la premisa de partida. Y es que, si la justificación se halla en la existencia de condiciones o factores diferentes entre los trabajos que se están comparando, a nuestro juicio, no es que esté justificada la diferencia retributiva, sino que los trabajos no son de igual valor, por lo que no tienen que retribuirse de igual forma. En este sentido, uno de los grandes avances en la garantía de igualdad retributiva que ha llevado a cabo el RDIR se manifiesta en el desarrollo y concreción del concepto de trabajo de igual valor, que es fundamental para detectar discriminaciones retributivas por la incorrecta valoración de puestos de trabajo.

### 3.2. Trabajo de igual valor: concepto y criterios de valoración

Como es sabido, los conceptos de igualdad retributiva y trabajo de igual valor se han construido mediante pronunciamientos de TJUE y del TC, como los dictados por la STJCE de 13 de mayo de 1986 (C-170/84) *Bilka*, STC 145/1991, de 1 de julio de 1991 o la STC 58/1994, de 28 de febrero<sup>22</sup>; todos ellos, ya referidos con anterioridad. Antes del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, los preceptos

<sup>21</sup> En este sentido, la STJCEE de 13 de mayo de 1986, Asunto *Bilka*, introduce algunos criterios interpretativos al señalar que “cuando el Juez nacional constate que los medios elegidos por *Bilka* responden a una efectiva necesidad de la empresa, son idóneos para alcanzar el objetivo que ésta persigue y son necesarios a tal fin, la circunstancia de que las medidas de que se trate afecten a un número muy superior de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos no será suficiente para llegar a la conclusión de que implican una infracción del artículo 119”.

<sup>22</sup> Otras sentencias de interés en las que se aborda la discriminación salarial por razón de sexo en la realización de trabajos diferentes, pero de igual valor, son la STC 286/1994, de 27 de octubre y la STC 147/1995, de 16 de octubre.

del ET que trataban la garantía de igualdad retributiva eran pocos y escasamente desarrollados<sup>23</sup>.

Precisamente, el citado Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, ha supuesto importantes avances en la materia, entre los cuales interesa destacar los siguientes. Primero, una mayor precisión en relación con la propia definición del grupo profesional, como se extrae de la relevante frase que nos indica la necesidad de realizar un análisis correlacional entre “sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones” (art. 22.3 del ET); definición de los grupos profesionales que, como se analiza más adelante, tanta relevancia adquiere a los efectos de garantizar la ausencia de discriminación retributiva entre mujeres y hombres. Segundo, una mayor concreción del concepto trabajo de igual valor, precisando los diversos factores y condiciones que deben considerarse. Y tercero, una regulación más inclusiva de los diferentes conceptos retributivos, de manera que el empresario ha de 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” (art. 28.1 del ET).

Podría decirse que de estos tres avances en la garantía de la igualdad retributiva uno de ellos, la concreción del concepto de trabajo de igual valor, es el elemento clave, del que deriva una consecuencia (cuál es la igualdad retributiva) y que favorece la correcta, desde el punto de vista de la ausencia de discriminación entre mujeres y hombres, definición de los grupos profesionales. Y es que la mayor precisión de la definición del grupo profesional contribuye de forma notable a garantizar la igualdad retributiva, debiendo ajustarse a los criterios y sistemas previstos en el art. 28.1 del ET a los efectos de determinar cuándo un trabajo tiene igual valor que otro; mientras que la regulación más inclusiva de los conceptos retributivos actúa como consecuencia derivada de la determinación de un trabajo de igual valor, en cuanto que ha de ser igualmente retribuido. En definitiva, tres avances, conectados unos con otros, que pretenden hacer efectivo el principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Por ello, es necesario comenzar con la determinación del concepto de trabajo de igual valor, contenido en el art. 28.1, párrafo segundo, del ET. A tenor de la letra este precepto, son cuatro los aspectos o elementos que se han de analizar para determinar si un trabajo tiene igual valor que otro: la naturaleza de las funciones o tareas; las condiciones educativas, profesionales o de formación; los factores relacionados con el desempeño del trabajo; y las condiciones laborales en las que se realiza la actividad. Pese a la diferenciación, al menos desde un punto de vista teórico, de estos cuatro aspectos, lo cierto es que no es fácil identificar y diferenciar,

<sup>23</sup> Concretamente, el art. 4.2. ET realizaba una alusión general a la igualdad retributiva; el art. 17 del ET incidía sobre la discriminación; el art. 22.3 del ET que lo proyectaba al grupo profesional; y el art. 28 que disponía el respecto a la igualdad retributiva.



sobre todo, los factores estrictamente relacionados con el desempeño del trabajo de las condiciones laborales en las que se lleva a cabo la actividad de que se trate. Siendo, además, muy complejo diferenciar estos dos últimos elementos desde un punto de vista práctico. Ante la necesidad de aportar certeza y seguridad jurídica sobre el alcance del concepto de trabajo de igual valor, el RDIR viene a desarrollarlo y concretarlo. Así, el art. 4.2 del RDIR desarrolla, en las letras a) a d), qué se ha de entender por cada uno de los elementos recién señalados que han de ser tenidos en cuenta a los efectos de determinar si un trabajo tiene igual valor que otro.

*1.- Naturaleza de las tareas o funciones.-* En concreto, la letra a) dispone que se entiende por naturaleza de las funciones o tareas “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”. Así, el primero de los rasgos o características de un trabajo que se ha de analizar, a los efectos de conocer si se trata de un trabajo de igual valor que otro con el que se está comparando, es, pues, “el contenido esencial de la relación laboral”; pese a que, como se ha dicho, el RDIR ha venido a dar certeza y seguridad jurídica al concepto de trabajo de igual valor, lo cierto es que no es tarea fácil concretar cuál es el “contenido esencial” de una relación laboral y delimitar, sobre todo en la práctica, qué forma parte del contenido esencial de la relación y qué va más allá de dicho contenido. Esta otra parte del contenido de una relación laboral, al no conformar su contenido esencial, implicaría que no se considerase trabajo de igual valor que otro y, en consecuencia, podría quedar justificada una distinta retribución.

Para conocer el contenido esencial, no basta con atender sólo a lo dispuesto en la ley o convenio colectivo que sea de aplicación en cada caso, sino que se ha de tener presente la efectiva actividad desempeñada, tal y como el art. 28.1 del ET exige, al disponer que se han tener en cuenta las funciones o tareas “efectivamente encomendadas”. Se trata, pues, de un criterio que debe tener en cuenta, sobre todo, lo dispuesto en el convenio colectivo que sea de aplicación, pues se ha de conectar esta valoración con la definición de los grupos profesionales establecida en la norma convencional, aunque debiéndose atender, como se ha dicho, a las tareas efectivamente encomendadas.

Así ya se indicaba en la STC 145/1991, de 1 de julio, en relación con la discriminación indirecta, que rechazaba la adscripción formal a una categoría como justificación para la diferencia de trato<sup>24</sup>. No es admisible, pues, una clasificación

<sup>24</sup> Puede verse otras sentencias de interés al respecto, como la STSJ Castilla y León, de 19 de junio de 2006 (AS 2006, 2079), según la cual no basta justificar la diferencia salarial con la artimaña de la diferenciación de categoría cuando en realidad se están realizando idénticas funciones; y la STSJ del País Vasco, de 11 de mayo de 2004 (AS 2004, 2678), según la cual no vale justificar la diferencia salarial con la mera diferenciación de categoría y de funciones, si se desconoce el motivo por el que el empresario ha asignado ciertas categorías y funciones solo a los varones. Véase a

meramente formal que no atienda al igual valor material del trabajo realizado por los grupos que se estén comparando pues ello podría encubrir, como ya se expuso, una discriminación indirecta por incorrecta valoración de puestos de trabajo<sup>25</sup>. De la misma forma que, en principio, las mismas definiciones en relación con las mismas categorías profesionales debería hacer pensar que se trata de trabajos de igual valor, por lo que la existencia de dos grupos, uno mejor retribuido (grupo masculinizado) respecto del otro (grupo feminizado), podría encubrir una posible discriminación retributiva, salvo que en realidad se tratase de dos grupos que realizan una actividad distinta y con distinta cualificación profesional<sup>26</sup>.

De esta forma, es muy importante que la definición de los grupos profesionales contenida en los convenios colectivos, “se ajuste a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribución, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres” (art. 22.3 ET). Debiendo dichos criterios y sistemas cumplir con lo dispuesto en el art. 28.1 del ET en cuanto a los criterios a tener en cuenta para la determinación de un trabajo de igual valor que otro. Son, pues, dos previsiones normativas que se complementan y se necesitan mutuamente para cumplir su cometido: evitar las discriminaciones por razón de género.

De manera que, para determinar cuándo un trabajo tiene igual valor que otro, se ha de atender al convenio colectivo aplicable y, en concreto, a la definición de los grupos profesionales; definición que, a su vez, ha de hacerse con ausencia

Miguel Niño, M.A., Guadián Delgado, R. y Alonso Gómez, R.: “La brecha salarial. Prohibición de discriminación por razón de sexo...”, op. cit., pág. 7.

<sup>25</sup> En este sentido, puede verse la STSJ de Andalucía, Málaga, de 29 de diciembre de 1995 según la cual “el menor salario percibido por las trabajadoras actoras frente a los trabajadores que realizan un trabajo equivalente o de igual valor (se deriva de su clasificación) no como limpiadoras sino como mozos, sin que medie una justificación objetiva y razonable de la desigualdad salarial”. También es el caso de la STSJ de País Vasco de 1 de julio de 1999, donde “nos encontramos con dos especialistas, de primera (ocupada por mujeres) y de segunda (ocupada por hombres), con el mismo salario base, y que sin embargo perciben importes retributivos distintos por prima de producción (y el estamento de primera, a su vez, cobra igual que los aprendices y peones (categoría inferior ocupada por hombres)”. Ambas sentencias son analizadas, como ejemplos de pronunciamientos judiciales en los que la diferencia de categoría profesional, meramente formal, no es una justificación suficiente de la diferente retribución entre las mujeres trabajadoras y los hombres, por Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit., pág. 6.

<sup>26</sup> Sobre un asunto así se pronunció la STS de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2009/383), que denegó la existencia de discriminación retributiva en las tablas salariales del convenio estatal del sector de la conserva de pescados, donde, con las mismas definiciones en relación a las mismas categorías profesionales, se contemplan dos grupos, uno mejor retribuido (el de personal de oficios varios, masculinizado) respecto al otro (el trabajo propio de la conserva, feminizado).

de criterios discriminatorios pues, si no, la valoración del puesto de trabajo será igualmente discriminatoria. De ahí la relevancia de la utilización de criterios neutros en cuanto al género en la definición de los grupos profesionales y en la evaluación de los puestos de trabajo, adquiriendo un papel fundamental al respecto los negociadores de convenios colectivos, que han de estar debidamente formados en la materia. Todo ello, se insiste, sin obviar el contenido efectivo de la actividad desempeñada que no puede servir para encubrir, bajo la formal adscripción a una categoría o grupo profesional, una discriminación retributiva basada en estereotipos de género y en la infravaloración de trabajos desempeñados mayoritariamente por mujeres.

2.- *Condiciones educativas, profesionales o de formación.*- Junto a la naturaleza de las tareas o funciones efectivamente encomendadas, otra de las características que ha de tenerse en cuenta para determinar si un trabajo tiene igual valor que otro se refiere a las “condiciones educativas, profesionales o de formación” exigidas para el ejercicio del trabajo. A los efectos de concretar qué se ha de entender por dichas condiciones, el art. 4.1 del RDIR diferencia, por un lado, las condiciones educativas, que son las que se corresponden “con la cualificación reglada” pero siempre que “guarden relación con el desarrollo de la actividad”. De manera que, pese a la diferente condición educativa, sea del nivel académico que sea, si la misma no guarda relación con el desarrollo de la actividad, no puede servir para justificar una diferencia retributiva.

Y, por el otro, las “condiciones profesionales y de formación”, entendiéndose por tales aquéllas que puedan servir para “acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada”, siempre que, igualmente, tenga “conexión con el desarrollo de la actividad”. Por lo que tampoco una diferente condición profesional y de formación, si no tiene incidencia en el desempeño de la actividad, puede servir para justificar una retribución diferente<sup>27</sup>.

3.- *Factores y condiciones laborales.*- Como se dijo, el art. 28.1 del ET, al determinar cuándo un trabajo tiene igual valor que otro, atiende también a los factores estrictamente relacionados con el desempeño del trabajo y a las condiciones laborales en las que las actividades se llevan a cabo; sin que, como ya se advirtiera, resulte fácil diferenciar dichos factores de las condiciones laborales. Es, quizás por ello, por lo que el art. 4.1 d) del RDIR regula de forma conjunta qué se entiende por tales condiciones laborales y factores; pero lo hace con una definición de carácter residual, en el sentido de que se ha de entender por dichas condiciones laborales y por tales factores “aquellos diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad”. De esta forma, no se ofrece una especificación de

<sup>27</sup> En todo caso, es, pues, necesario, que las condiciones educativas, profesionales o de formación estén relacionadas con la actividad, como ya recogían la STC 511/1999, de 22 de marzo, y la STS de 4 de mayo de 2000 (RJ 4266/2000).

qué se ha de entender por condiciones laborales y factores; pero sí se insiste en la necesidad de que, en todo caso, “sean relevantes en el desempeño de la actividad”. Si no, tampoco podrá servir de excusa para justificar una distinta retribución<sup>28</sup>.

Pero la ausencia de una mayor especificación de estos dos elementos a valorar para determinar el valor de un trabajo se suple con la enumeración, en una lista no cerrada, de cuantiosos factores y condiciones. Así, con carácter no exhaustivo, podrán ser relevantes, entre otros, “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”.

Se trata de un listado de factores y condiciones laborales que en muchas ocasiones caracterizan trabajos realizados mayoritariamente por mujeres, sin que se haya hecho referencia expresa a otros factores que han generado conflictividad judicial, como el esfuerzo físico o la resistencia muscular, que son predominantes en los hombres y considerados discriminatorios, salvo que sean necesarios para el desempeño de la actividad concertada por el empresario, tal y como ya se expuso con anterioridad<sup>29</sup>. Basta con recordar el caso enjuiciado en la STC 145/1991, de 1 de julio, donde se presuponía una “mayor penosidad y esfuerzo físico” a los peones, mientras que las limpiadoras tenían menor retribución porque no se consideraban, según la Sala, factores como “atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad”.

Por ello, se puede entender que la gran aportación del RDIR en esta materia radica en el llamamiento expreso a la visualización y correcta valoración de condiciones laborales y factores que son relevantes en el desempeño de la actividad laboral y que, en muchas ocasiones, se aprecian en trabajos feminizados, permaneciendo ocultos o infravalorados. Lo que acarrea incorrectas valoraciones de puestos de trabajo y, con ello, discriminaciones retributivas. Nos remitimos, pues, al análisis realizado en el apartado anterior, en el que, siguiendo diversos pronunciamientos judiciales, se examinaron distintos factores y condiciones laborales en relación con la valoración de los puestos de trabajo. Lo que ha servido para destapar dobles escalas salariales y desmontar artimañas de discriminaciones

<sup>28</sup> A modo de ejemplo, puede verse la STSJ de Canarias, de 30 de junio de 2008 (AS 2008/2188) que destapó la existencia de discriminación en un plus voluntario, por no estar vinculado a circunstancias laborales, que era abonado en diferentes cuantías a camareros y cocineros.

<sup>29</sup> STJCE de 1 de julio de 1986 (C-237/85), Gisela Rummler; STJCE de 17 de octubre de 1989 (C-169/88), Danfoss; STJCE de 7 de febrero de 1991 (C-184/89), Nimz; STC de 1 de julio de 1991 (RTC 145/1991); STC de 28 de febrero de 1994 (RTC 58/1994); STC de 27 de octubre de 1994 (RTC 286/1994); STC de 16 de octubre de 1995 (RTC 147/1995); STC de 3 de diciembre de 1996 (RTC 198/1996); STC de 30 de octubre de 2000 (RTC 250/2000).

indirectas, abonándose una mayor retribución a los trabajadores varones, pese al desempeño de trabajos de igual valor que los realizados por las trabajadoras.

Precisamente, sobre esta relevante cuestión profundiza el RDIR, en el sentido de que exige que todos estos factores y condiciones laborales, así como, en general, la correcta valoración de los puestos de trabajo, se haga aplicando tres criterios: adecuación, totalidad y objetividad, señalando en el apartado 3 de su art. 4, qué implica cada uno de estos criterios.

En primer lugar, la adecuación “implica que los factores relevantes en la valoración deben ser aquellos relacionados con la actividad y que efectivamente concurren en la misma, incluyendo la formación necesaria”. Se trata de un criterio que se incluye en la propia definición de todos los elementos a tener en cuenta para determinar cuándo un trabajo tiene igual valor que otro pues, como se ha expuesto, tanto la naturaleza de las funciones o tareas, como las condiciones educativas, profesionales y de formación, así como las demás condiciones y factores que se han de valorar, han de tener, según los términos empleados por el art. 4.1 del RDIR, “conexión”, “relación” o han de ser “relevantes en el desempeño de la actividad”. Si no es así, la condición o factor en cuestión no se ha de tener en cuenta para la valoración del puesto de trabajo de que se trate; o, en otras palabras, su utilización carece de justificación, lo que puede hacerse para encubrir una discriminación retributiva, valorando de diferente forma los puestos de trabajo objeto de comparación sin una razón, siguiendo el término literal de este primer criterio, “adecuada”.

El segundo criterio para proceder a una correcta valoración de los puestos de trabajo es la totalidad que “implica que, para constatar si concurre igual valor, deben tenerse en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto de trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore”. Manifestación práctica de la aplicación de este criterio puede ser también el caso resuelto en la referida STC 145/1991 de 1 de julio, donde, al presuponerse una mayor penosidad y esfuerzo de los peones, se infravaloraban o se invisibilizaban otros factores, como la atención, cuidado, asiduidad y responsabilidad que caracterizaban al trabajo de las limpiadoras y que, por ello, recibían una menor retribución. Como se ha dicho, precisamente, con esta clara intención de evitar la invisibilización o infravaloración de determinados factores o condiciones laborales se ha aportado un listado, a modo de ejemplo, de tales factores o condiciones que pueden ser relevantes a los efectos de determinar cuándo un trabajo es de igual valor que otro. E, igualmente, como ya se dijo, para conocer otros muchos ejemplos o manifestaciones prácticas de la aplicación de este criterio nos remitimos al análisis de discriminaciones indirectas por incorrecta valoración de puestos de trabajo que, a tenor de pronunciamientos judiciales recaídos al respecto, se hizo en el apartado anterior.

Y, en tercer lugar, la objetividad, como criterio de aplicación para la correcta valoración de puestos de trabajo, que implica “que 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” (art. 4.4 RDIR). Así, son múltiples las sentencias que han detectado discriminación en ciertos pluses asignados a trabajadores, o en mayor cuantía a éstos, sin criterios conocidos, ni justificaciones objetivas, como determinó la STSJ Andalucía, de 18 de diciembre de 2009 (JUR 2009/143721). También se puede destacar la STSJ de Castilla y León de 19 de junio 2013 (AS 2013/2704), que entendió que era discriminatorio un complemento personal que, atendiendo al promedio abonado a las trabajadoras, era inferior al promedio abonado a los trabajadores, sin justificación objetiva, por parte de la empresa, de la diferencia de criterios. Sin que tampoco valga justificar la diferencia salarial con la mera diferenciación de categoría y de funciones, si se desconoce el motivo por el que el empresario ha asignado ciertas categorías y funciones sólo a los varones, tal y como concluyó la STSJ del País Vasco, de 11 de mayo de 2004 (AS 2004/2678)<sup>30</sup>.

En definitiva, se puede concluir que, en términos generales, el art. 4 del RDIR viene a recoger las reglas elaboradas por el TJCE, que hace ya tiempo fueron sintetizadas por el TC, recogiénolas en tres grupos de reglas, que integran las diversas facetas de este complejo juicio de igualdad. Entre estas tres reglas, en estos momentos interesa recordar dos de ellas: una, en virtud de la cual, el parámetro de igualdad en la materia referida “no es la identidad de tareas, sino la igualdad de valor del trabajo, único elemento que es relevante a estos efectos para captar la razonabilidad o no de una diferencia retributiva”; y dos, en la valoración del trabajo “deberá evidenciarse que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros, que garanticen la igualdad de condiciones de los trabajadores de ambos sexos, salvo que en circunstancias excepcionales y por razón de la específica naturaleza del trabajo, se requieran criterios diversos para la referida evaluación. Todo ello porque la prohibición de discriminación por sexo en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que sólo han sido tomados en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos, en detrimento del otro (STC 145/1991; Directiva C.E. 75/117 cit. art. 1, párrafo 2)”.

Ahora bien, la aportación del RDIR, en el impulso a la garantía de igualdad retributiva, va más allá. Así, siendo conscientes de la complejidad de la tarea de proceder a la correcta valoración de puestos de trabajo, la disposición final primera del RDIR se remite al desarrollo de esta materia por medio de una orden ministerial referente al procedimiento de valoración de los puestos de trabajo. Habrá, pues, que esperar para conocer este desarrollo normativo, que de tanta utilidad puede ser para el correcto cumplimiento de esta difícil tarea. Sí se anticipa, aunque sea

<sup>30</sup> Todas estas sentencias, a modo de ejemplos de discriminaciones retributivas, pueden verse en Miguel Niño, M.A., Guadián Delgado, R. y Alonso Gómez, R.: “La brecha salarial. Prohibición de discriminación por razón de sexo...”, op. cit., págs. 7 y 8.

a modo de propuesta y no de imposición, cuál puede ser una de las virtudes del cumplimiento de tal procedimiento de valoración de los puestos de trabajo, en el sentido de que la orden podrá prever que la valoración de los puestos de trabajo efectuada cumple con los requisitos formales exigidos en el RDIR, cuando para su realización se haya aplicado el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo. Importante, pues, esta precisión, sobre todo de cara a la demostración de que la valoración de los puestos de trabajo se ha ajustado a lo dispuesto en la norma, lo que, en consecuencia, debería presuponer, aunque no concluir, la ausencia de discriminación retributiva.

### **3.3. Trabajo de igual valor, trabajo de igual retribución**

Si, tras la compleja tarea consistente en la valoración de puestos de trabajo, se concluye que los trabajos en cuestión tienen igual valor, la consecuencia inevitable es que dichos trabajos han de tener igual retribución. Es, pues, obligación del empresario 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” (art. 28.1 ET).

Se comprenden, pues, todas las percepciones, ya retribuyan “directa” o “indirectamente” el trabajo realizado, ya se trate de percepción “salarial” o “extrasalarial”. Lo que, en definitiva, afecta al salario base, al cálculo de las horas ordinarias y extraordinarias, al trabajo a tiempo completo y al parcial, comprendiendo los complementos salariales, que es, como se ha expuesto, donde se origina la parte más importante de la brecha retributiva. Asimismo, abarca también a otras percepciones, como incentivos o los beneficios sociales que se incluyen, en el apartado de retribuciones, en la hoja estadística del plan de igualdad (Anexo 2.V del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, que regula los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo de 2010, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo).

De esta forma, la obligación empresarial de pagar igual retribución por un trabajo de igual valor tiene un amplio alcance, abarcando todos los conceptos retributivos, sean salariales o no. Esta perspectiva amplia, que deriva del empleo del término “retribución” pretende evitar que se puedan ocultar diferencias retributivas, quedando encubiertas determinadas partidas salariales, como si fuera extrasalariales, que es lo que sucedería si no se hubiesen incluido, en el contenido de esta obligación empresarial, las partidas de esta naturaleza. Es, pues, muy importante hacer un control riguroso y efectivo de las diferencias retributivas, para lo cual el RDIR ha arbitrado unos instrumentos que, en aras de la transparencia retributiva, han de permitir identificar y destapar diferencias retributivas y, en su caso, detectar posibles discriminaciones, especialmente las que derivan de una incorrecta valoración de puestos de trabajo.

Ahora bien, esta ecuación, trabajo de igual valor, trabajo de igual retribución, presenta una quiebra en los supuestos en los que se ejercen derechos derivados del embarazo y maternidad; quiebra que adquiere plena justificación puesto que, con ella, precisamente, lo que se persigue es evitar que el ejercicio de estos derechos pueda producir discriminaciones retributivas. En este sentido, son cada vez más los pronunciamientos judiciales, incluidos los del TS, que contribuyen a conformar lo que se puede llamar indemnidad retributiva ante el ejercicio de estos derechos relacionados, sobre todo, con la maternidad<sup>31</sup>. De manera que, para evitar una merma retributiva derivada de la gestación o, en su caso, del cuidado del lactante, contribuyendo a reducir el impacto de la maternidad en la retribución, se ha considerado que se han de mantener determinados complementos que remuneran el ejercicio de funciones específicas, tales como guardias, nocturnidad y días festivos (y también obviamente, los complementos inherentes a la condición, cualificación y categoría profesional, cuyo abono es indiscutible), pese a que la prestación de servicios no responde a tales funciones. Es, pues, la prohibición de discriminación retributiva lo que justifica esta quiebra del principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Igualmente, para poder detectar estas posibles discriminaciones retributivas, cuya superación exigiría una quiebra o ruptura del principio de trabajo de igual valor, trabajo de igual retribución, el RDIR ha arbitrado instrumentos de transparencia retributiva, los cuales, pese a que, como se analiza a continuación, tienen como objetivo directo identificar las incorrectas valoraciones de los puestos de trabajo, también van a permitir detectar otro tipo de diferencias retributivas, como las vinculadas al embarazo y maternidad, a partir de cuya detección se tendrá que analizar si están o no justificadas y, en su caso, si constituyen o no discriminaciones retributivas por razón de sexo.

#### **4. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA Y SUS INSTRUMENTOS**

Junto al principio de igual retribución por trabajo de igual valor, el otro principio clave sobre el que se sustenta el RDIR es el principio de transparencia

<sup>31</sup> A modo de ejemplo, se destaca la STS de 24 de enero de 2017 (RJ 2017/1615), que reconoce la percepción de complementos salariales vinculados al puesto de trabajo cuando se produce la adaptación del mismo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia naturales, reconociéndose el derecho a percibir la misma cantidad que recibía antes, pese a la no realización de guardias médicas. Un análisis detenido de esta sentencia del TS puede verse en Aragón Gómez, C.: “El imparto de la maternidad en la retribución no consolidable, ...”, op. cit. Asimismo, sobre este mismo asunto, puede verse a González González, C.: “Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad, ...”, op. cit; y a López Vidal, P.: “Discriminación por razón de sexo en los sistemas incentivos. Nota a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10 de enero de 2017”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927/2017. Thomson Reuters.



retributiva; ambos principios están estrechamente conectados, hasta el punto de que el objeto del principio de transparencia retributiva requiere y exige una correcta aplicación del concepto de trabajo de igual valor. O, dicho con otras palabras, para aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igual retribución, con la finalidad de luchar contra las discriminaciones retributivas, se ha de integrar y aplicar el principio de transparencia retributiva a través de diversos instrumentos.

#### **4.1. Significado y objeto del principio de transparencia retributiva**

El art. 3.1 del RDIR especifica qué significado tiene el principio de transparencia retributiva, entendiéndose como un principio “que, aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se atribuye a dicha retribución”. En la propia definición del principio de transparencia retributiva se contiene su principal cometido, cual es obtener información, que ha de ser suficiente y significativa (para lo cual se regulan varios instrumentos, que se analizan más adelante), sobre el valor que se atribuye a la retribución de las personas trabajadoras. Asimismo, se señala su ámbito de aplicación, cual es la retribución y sus diferentes elementos, en sentido amplio, en los términos ya referidos en relación con el contenido de la obligación empresarial de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor, la misma retribución. La finalidad última parece clara: evitar discriminaciones retributivas.

En efecto, insistiendo en el cometido del principio de transparencia retributiva, el apartado 2 del art. 3 del RDIR, determina que su objeto es “la identificación de discriminaciones, en su caso, tanto directas como indirectas, particularmente las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo...”, lo que concurre cuando desempeñando un trabajo de igual valor, se perciba una retribución inferior sin que, como se analizó, dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. De ahí, la relevancia de conocer cuándo un trabajo tiene igual valor que otro en aplicación de los ya considerados criterios de adecuación, totalidad y objetividad.

La transparencia salarial ha de permitir conocer las estructuras salariales de una empresa y, en su caso, detectadas discriminaciones retributivas, poder adoptar las medidas necesarias para, en última instancia, reducir la brecha retributiva entre mujeres hombres<sup>32</sup>. Este principio de transparencia salarial adquiere relevancia en

<sup>32</sup> Según la Resolución de la CES sobre la Directiva relativa a la transparencia salarial entre hombres y mujeres, adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo de 22-23 de octubre de 2019, la transparencia salarial significa “que los sesgos y la discriminación de género, incluso inconscientes, son eliminados, ya que todo el mundo puede ver sus efectos numéricamente dispuestos a plena luz. La transparencia salarial significa que los trabajadores y sus sindicatos reciben información sobre

la lucha contra las diferencias salariales entre mujeres y hombres, contribuyendo a poner de manifiesto la menor valoración del trabajo desempeñado por mujeres, bien sea en puestos de trabajo concretos, bien sea en sectores de actividad. En este sentido, la transparencia salarial puede desempeñar “un papel fundamental para garantizar que se produzcan progresos significativos cuando se aborde la brecha salarial de género, ya que ayuda a poner de manifiesto la infravaloración del trabajo de las mujeres y a subrayar la segmentación generalizada del mercado de trabajo, en particular mediante el uso de herramientas que proporcionan criterios objetivos para una evaluación y una comparabilidad neutrales en cuanto al género del valor del trabajo en diferentes empleos y sectores”<sup>33</sup>.

Se trata, pues, de un principio que, en buena lógica, han de integrar y aplicar no sólo las empresas sino también los convenios colectivos, lo que enlaza con la relevancia de la correcta definición de los grupos profesionales, que ha de ajustarse a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres. De ahí la importancia de la negociación colectiva como instrumento de relevancia para superar desigualdades retributivas, tal y como se analiza en el siguiente apartado.

#### **4.2. Los instrumentos de transparencia retributiva**

Como recuerda la Exposición de Motivos del RDIR, la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de marzo de 2014, establece que los Estados deben optar por, al menos, una de las siguientes medidas: una, derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por género a requerimiento del trabajadora o trabajadora; dos, atribución del derecho a esta información con carácter periódico, en beneficio de las personas trabajadoras y de sus representantes, en las empresas de al menos cincuenta personas trabajadoras; tres, obligación de que las empresas de al menos doscientos cincuenta personas trabajadoras elaboren auditorías salariales que deben ponerse a disposición de los y las representantes; y cuatro, garantía de que la cuestión de igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debata en el nivel adecuado a la negociación colectiva<sup>34</sup>. El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, ha configurado en

todos los salarios, primas y beneficios adicionales pagados en toda la organización, proporciona información sobre las tareas y habilidades relevantes para la evaluación de los puestos de trabajo con el fin de establecer la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, garantiza que los trabajadores son libres de discutir sus salarios y que no existen las cláusulas mordaza y las amenazas contra los trabajadores que hablan de sus salarios”.

<sup>33</sup> En estos términos se pronuncia el considerando O) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género.

<sup>34</sup> En esta línea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género, tras manifestar su satisfacción con el compromiso de la presidenta de la Comisión y de la Comisaria de Igualdad de presentar propuestas para la introducción de medidas de

España un sistema que mejora la referida recomendación, combinando varias de las opciones recién señaladas. Pero este marco necesitaba de un desarrollo que concretase sus presupuestos y que determinase el contenido de determinadas obligaciones en diferentes aspectos.

En este sentido, el capítulo III del RDIR desarrolla los instrumentos que hacen posible el principio de transparencia retributiva, para lo cual se divide en tres secciones; pese a ello, dicho principio se aplicará, al menos, a través de cuatro instrumentos: los registros retributivos, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo que sea de aplicación y el derecho de información de las personas trabajadoras. Son, pues, cuatro los instrumentos de transparencia retributiva, pero regulados en tres secciones, puesto que la regulación del último de los señalados, el derecho de información de las personas trabajadoras, se integra en la sección primera, relativa al registro retributivo, si bien en este trabajo se va a analizar aparte, como un instrumento más de transparencia retributiva.

#### *4.2.1. Registro retributivo*

El art. 28.2 del ET determina quién está obligado a llevar un registro retributivo (el empresario, sin mayor precisión), así como el contenido (valores medios de los salarios, complementos salariales y las percepciones extrasalariales de la plantilla) y la forma de hacerlo (valores medios desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías o puestos de trabajo iguales o de igual valor). Estas tres precisiones legales han sido desarrolladas por el RDIR, que regula las normas generales sobre el registro retributivo, así como las peculiaridades que rigen para las empresas que lleven a cabo auditorías retributivas. Por lo que respecta a las normas generales, el art. 5 del RDIR determina quién el sujeto obligado a llevar el registro retributivo; cuál es el objeto del mismo; cuál es el contenido y cómo ha de organizarse; cuál es el período de referencia temporal del registro retributivo; y, finalmente, aporta una precisión acerca de su procedimiento de elaboración.

transparencia salarial vinculantes en los primeros cien días del mandato de la Comisión, solicita a la Comisión que considere la posibilidad de adoptar medidas concretas basada en la su Recomendación, de 7 de marzo de 2014 tales como: a) la definición clara de criterios para evaluar el valor del trabajo, b) sistemas no sexistas de evaluación y clasificación de empleos, c) auditorías e informes sobre la igualdad salarial entre hombres y mujeres para garantizar la igualdad salarial, d) el derecho de los trabajadores a solicitar información completa sobre el salario y el derecho a una reparación, y e) unos objetivos claros para el rendimiento de las empresas en materia de igualdad. Así mismo, pide a la comisión que la futura legislación sobre transparencia salarial promueva el papel de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva a todos los niveles (nacional, sectorial, local y empresarial). Sin embargo, en la observación general 6 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género, se lamenta que la propuesta de medidas vinculantes de transparencia salarial no se introdujera en el año 2020, tal y como estaba previsto.

Así, en primer lugar, el art. 5.1 del RDIR dispone que “todas las empresas” han de cumplir con la obligación de tener un registro retributivo. De manera que “el empresario”, en cuanto sujeto obligado, es cualquier empresa, con independencia, pues, del número de trabajadores y al margen, por tanto, de su tamaño.

Dicho registro tiene por objeto “garantizar la transparencia en la configuración de las percepciones, de manera fiel y actualizada, y un adecuado acceso a la información retributiva de las empresas”. A tal efecto, el registro retributivo tiene que tener, por exigencia legal, un determinado contenido: los valores medios de los salarios, complementos salariales y las percepciones extrasalariales de toda la plantilla de la empresa. Se trata de un contenido amplio desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, en cuanto a los valores medios que se han de registrar, debiendo incluirse todas las partidas retributivas, sea cual sea su naturaleza. De ahí, la denominación del registro, que no es “salarial”, sino “retributivo”. Y, por el otro, en cuanto a que se han de incluir dichos valores medios de todos los trabajadores, “incluido el personal directivo y los altos cargos”. Se han de registrar, pues, los valores medios de toda la plantilla, al margen del tipo de relación laboral, tipo de contrato de trabajo o del grupo o categoría profesional. Si bien en caso de contrato a tiempo parcial o contrato con jornada reducida, pese al silencio de la norma, en nuestra opinión, se deberá dejar constancia expresa del tiempo de trabajo en cada supuesto o, en su caso, hacer un cálculo proporcional al tiempo trabajado, para poder obtener una información ajustada a la realidad.

Para cumplir con las exigencias antes señaladas, sobre la forma “fiel y actualizada” de la configuración de las percepciones retributivas y, asimismo, de concretar qué ha de entenderse por “valores medios”, el RDIR exige que se elabore un documento de los datos promediados y desglosados por sexo. De manera que en el registro retributivo de cada empresa ha de establecerse “convenientemente desglosadas por sexo, la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable” (art. 5.2, párrafo 2º RDIR). Son varias las precisiones que requieren las líneas transcritas: una, la media aritmética es el promedio de lo recibido y la mediana consiste en separar el valor más alto del más bajo; dos, tal media aritmética y mediana se obtienen de lo “realmente percibido”, debiendo atenderse, pues, a la retribución efectivamente percibida (y no a la corresponda en aplicación de la ley y del convenio colectivo de aplicación); y tres se ha de diferenciar detallando según el sistema de clasificación que resulte de aplicación.

Pero no es suficiente con el desglose por sexos, sino que esta información ha de estar desagregada en atención a la naturaleza de la retribución, debiendo especificarse, “de modo diferenciado”, cada percepción, incluyendo, como se ha dicho, salario base, complementos salariales y percepciones extrasalariales. Con lo que se pretende evitar discriminaciones salariales que se ocultan bajo el

reconocimiento de percepciones de carácter no salarial, de ahí el contenido amplio del registro retributivo.

De esta forma, atendiendo al contenido del registro retributivo, así como a la forma de organizarlo, y siguiendo las exigencias previstas en el art. 5.2 del RDIR, los valores medios de las retribuciones han de venir desglosados, primero, por sexo y, segundo, desagregados en atención a la naturaleza de la retribución. Así se ha de entender de la redacción de este precepto, así como de la expresión “a su vez”, una vez hecho el desglose por sexo. Lo relevante, atendiendo al contenido y estructura del registro, es que ofrezca una información real y fiel de las percepciones retributivas efectivamente percibidas por la plantilla de la empresa, que permita con facilidad detectar diferencias retributivas según el sexo y, en consecuencia, poder descubrir posibles discriminaciones ocultas.

El “período temporal de referencia” del registro retributivo es, con carácter general, el año natural. De manera que, a partir de esta previsión, se entiende que los datos incluidos en el registro toman como referencia el año natural, debiendo actualizarse a medida que se retribuyan determinadas partidas, sobre todo de carácter extraordinario, pues sólo así se deja constancia de las percepciones retributivas que ofrezcan una información, en palabras del RDIR, “fiel y actualizada”. Desde esta necesaria actualización de datos se ha de entender, aunque el supuesto genera ciertas dudas, la precisión del inciso final del art. 5.4 del RDIR, según la cual, dicho período de referencia es el año natural, “sin perjuicio de las modificaciones que fuesen necesarias en caso de alteración sustancial de cualquiera de los elementos que integran el registro”. Puede que se esté haciendo referencia a modificaciones de datos que conforman el registro derivadas de incorrecciones previas que la empresa corrige, a iniciativa propia o a partir de actuaciones administrativas o, en su caso, judiciales. A nuestro, es necesaria una mayor claridad al respecto.

Finalmente, las dos últimas precisiones que el art. 5 del RDIR contiene sobre el registro retributivo son referentes, una, al documento en que ha de constar el registro, que “podrá” (por lo tanto, no tiene que ser así necesariamente) tener el formato establecido en las páginas web oficiales del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad. Y dos, sobre el procedimiento de elaboración del registro, debiendo ser consultada la representación legal de las personas trabajadoras, con una antelación de al menos diez días, con carácter previo a la elaboración del registro. Igualmente, se ha de cumplir con dicha obligación de consulta cuando el registro sea modificado en caso de alteración sustancial de cualquiera de sus elementos.

Junto a las referidas normas generales del registro retributivo, el art. 6 del RDIR contempla dos especialidades que presenta el registro de las empresas que llevan a cabo auditorías retributivas. En tal caso, el registro retributivo ha de contener, además, las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, conforme a los resultados de la valoración de puestos de trabajo, aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación

profesional. De manera que, aunque formalmente se trate de puestos de trabajo adscritos a diferentes categorías profesionales, si son trabajos de igual valor, en aplicación del concepto de trabajo de igual valor y de los criterios de adecuación, totalidad y objetividad que contribuyen a hacer una correcta valoración de los puestos de trabajo, en el registro se han de reflejar también las medias aritméticas y las medias de las agrupaciones de tales trabajos de igual valor. Esta información ha de ofrecerse igualmente desglosada por sexo y desagregada en atención a la naturaleza de la retribución. Con esta específica y relevante información se pretende detectar diferencias retributivas ocultas bajo una formal (e incorrecta) adscripción a determinadas categorías, que responden a una errónea, intencionada o no, valoración de puestos de trabajo, especialmente, de trabajos feminizados.

Y la segunda especialidad es referente a la necesaria inclusión en el registro de la justificación prevista en el art. 28.3 del ET cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales de la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro sexo en, al menos, un veinticinco por ciento. Una justificación que se exige a las empresas con al menos cincuenta trabajadores (las mismas que han de elaborar un plan de igualdad en el que han de incluir una auditoría retributiva) y que sirve para justificar que la diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras. Esta especialidad contribuye, en buena lógica, a detectar discriminaciones retributivas, siendo necesario que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, siendo los medios para alcanzar tal finalidad adecuados y necesarios. A tal efecto, serán de utilidad los ya analizados criterios de valoración de los puestos de trabajo pues, como ya se ha dicho, es frecuente que su incorrecta aplicación esté en el origen de la diferencia retributiva de carácter discriminatorio.

#### *4.2.2. Derecho de información de las personas trabajadoras*

Otro de los instrumentos de transparencia es el derecho de información de las personas trabajadoras, cuya regulación se contiene en la sección 1ª del Capítulo III, conjuntamente con la regulación del registro retributivo. Y ello es así porque el art. 5.3 del RDIR ha concretado este derecho de información en el derecho de acceso al registro retributivo. Dicho derecho, sin mayor precisión en cuanto al alcance del contenido al que se puede acceder, se reconoce a la persona trabajadora en el art. 28.2 del ET. Ahora bien, tal precepto legal, aunque no concreta el contenido del registro retributivo al que puede acceder el trabajador, sí especifica que se ha de ejercer a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, con independencia de su número de trabajadores<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Como se indica en la Exposición de Motivos del RDIR, el sistema español de registro mejora la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 pues permite el acceso de la representación legal de las personas trabajadoras a la información retributiva desglosada y promediada en todas las

Sin embargo, el desarrollo de este derecho de acceso al registro retributivo se hace diferenciando según exista o no representación legal en la empresa de que se trate. Así, por un lado, 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 no serán los datos promediados respecto de las cuantías efectivas de las retribuciones que consten en el registro, “sino que la información a facilitar 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”. No se informa, pues, de las cuantías efectivamente percibidas que consten en el registro, sino sólo de las diferencias porcentuales de las retribuciones entre hombres y mujeres. Sin embargo, en el caso de empresas que cuenten con representación legal de las personas trabajadoras, el acceso al registro se facilita a tales personas a través de la representación legal, teniendo derecho a conocer el contenido íntegro del mismo.

De esta forma, el conocimiento, íntegro o no, del contenido del registro retributivo, en cuanto forma de ejercitar el derecho de información de las personas trabajadoras, depende de si la empresa tiene o no representación legal. Siendo más limitado el alcance de este derecho en el caso de que el acceso al registro se solicite directamente por la persona trabajadora. De manera que la falta de representación legal, en cuanto cauce fijado por la ley para el ejercicio del derecho de acceso al registro, no es impedimento para conocer su contenido, aunque sea limitado. Al margen de las razones que hayan llevado a establecer esta diferencia en cuanto al nivel de información del contenido de las retribuciones archivadas en el registro retributivo<sup>36</sup>, en nuestra opinión, lo relevante es detectar la diferencia retributiva entre hombres y mujeres y, a partir de ahí, determinar si es o no discriminatoria. Para ello, puede bastar con conocer la diferencia porcentual en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres.

#### *4.2.3. Auditoría retributiva*

El art. 46.6 de la LOI dispone que reglamentariamente se desarrollarán, entre otros aspectos relevantes del contenido de los planes de igualdad, las auditorías salariales. Y es que, como es sabido, entre las materias que ha de contener el diagnóstico negociado, que se ha realizar con carácter previo para la elaboración de un plan de igualdad, destaca, a los efectos que ahora interesan, “las condiciones

empresas, y no sólo en aquellas con al menos cincuenta personas trabajadoras, tal y como establece la referida recomendación.

<sup>36</sup> Entre ellas puede que se encuentre, en relación con la cultura del secretismo de este tipo de información, la dimensión reducida de la empresa, con pocos trabajadores que, además, se conocen entre ellos.

de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres” (art. 46.2 e) LOI). En cumplimiento, pues, del mandato contenido en el art. 46.6 de la LOI, desarrollando el concepto y contenido de la auditoría retributiva, los arts. 7 y 8 del RDIR regulan este otro instrumento de transparencia retributiva. En este sentido, en la Sección 2ª del Capítulo III del RDIR se regula la auditoría retributiva, en concreto, se determina quiénes son las empresas obligadas a elaborarla, se concreta cuál es su objeto y su período de vigencia, así como su contenido.

Así, en el art. 7 del RDIR se determina, en primer lugar, quiénes son las empresas que tienen que elaborar una auditoría retributiva, las cuales son, precisamente, las mismas que tienen que elaborar un plan de igualdad. Éstas, tras la aplicación paulatina que se prevé en la disposición transitoria décima segunda de la LOI, serán las empresas de cincuenta o más trabajadores, siendo aplicable lo dispuesto en dicha disposición a los efectos de lo previsto en el RDIR referente a la auditoría retributiva (Disposición transitoria única del RDIR). De manera que, transcurrida esta aplicación paulatina, las empresas de cincuenta o más trabajadores han de elaborar un plan de igualdad, en el cual se incluye la auditoría, como una de las materias que conforman el contenido del diagnóstico negociado que previamente se ha de elaborar.

En segundo lugar, el art. 7 del RDIR determina cuál es el objeto de la auditoría retributiva, siendo tres las finalidades que persigue: una, obtener la información necesaria para comprobar si se cumple o no con el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres; dos, conocer las necesidades a las que se ha de atender para garantizar la igualdad retributiva; y tres, asegurar la transparencia y seguimiento del sistema retributivo de la empresa. En última instancia, estas tres finalidades confluyen en el fin último, que da sentido y contenido a la auditoría salarial, que no es otro que la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia retributiva.

Y, en tercer lugar, el art. 7.2 del RDIR especifica cuál es la vigencia de la auditoría retributiva, que es la misma que tenga el plan de igualdad. Ahora bien, dicho precepto permite que se determine otra vigencia inferior, sin que se concrete o mencione el motivo o motivos que podrían justificar la reducción de la vigencia. De esta forma, en buena lógica, con carácter general, la auditoría retributiva tendrá la vigencia del plan de igualdad en el que se integra, sin perjuicio de que, si se considera conveniente, pueda tener una vigencia inferior (y no superior, pues la norma sólo permite reducir el período de vigencia). En nuestra opinión, dicha reducción del período de vigencia puede estimarse necesaria en atención al diagnóstico de la situación retributiva de la empresa o, en su caso, como parece más probable, en atención al plan de actuación que se establezca en la propia auditoría retributiva (en función de algunas concretas actuaciones, que puedan requerir un menor tiempo de implantación o seguimiento).



De esta forma, a partir de estos tres aspectos que regula el art. 7 del RDIR, y en conjunción con los arts. 45 y 46 de la LOI, se puede aportar una definición de la auditoría retributiva que, como tal, pese al título de dicho precepto reglamentario, éste no ofrece. Así, la auditoría retributiva, en cuanto instrumento de transparencia retributiva, es un documento de carácter temporal que forma parte del contenido de los planes de igualdad, integrándose en el diagnóstico que, con carácter previo, ha de negociarse, y que tiene como objeto cumplir con la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia de retribución.

Para la consecución del objeto de la auditoría retributiva, ésta tiene un determinado contenido que, según se prevé en el art. 8 del RDIR, requiere del cumplimiento de concretas obligaciones para la empresa. Así, las obligaciones que ha de cumplir la empresa y que dan contenido a la auditoría retributiva son dos.

Por un lado, la realización del diagnóstico de la situación retributiva en la empresa, que requiere la evaluación de los puestos de trabajo, debiendo hacerse tanto en relación con el sistema retributivo como en relación con el sistema de promoción. La valoración de los puestos de trabajo tiene por objeto “realizar una estimación global de todos los factores que concurren o pueden concurrir en un puesto de trabajo”. Para proceder a hacer dicha estimación, el RDIR aporta algunas pautas a seguir en relación con los factores a tener en cuenta, así como en relación con el proceso de valoración: una, tener presente cómo inciden los factores en el puesto de trabajo, para lo cual incluso se ha de cuantificar dicha incidencia, asignando una puntuación o valor numérico; dos, objetividad de los factores que concurren en los puestos de trabajo (aplicación del criterio de objetividad); tres, vinculación “necesaria y estricta” de los factores con el desarrollo de la actividad laboral (aplicación del criterio de adecuación); y cuatro, la valoración ha de referirse a cada una de las tareas y funciones de cada puesto de trabajo de la empresa, ha de ofrecer confianza respecto de sus resultados y ser adecuada al sector de actividad, tipo de organización de la empresa y otras características que puedan ser significativas, con independencia de la modalidad de contrato de trabajo con el que vayan a cubrirse los puestos de trabajo (aplicación conjunta del criterio de totalidad y adecuación).

Estas pautas vienen a insistir en cómo hacer una correcta valoración de los puestos de trabajo, para lo cual se han de aplicar, tal y como se analizó en detalle en el apartado tres de este trabajo, los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, a los que expresa o implícitamente se alude en las referidas pautas. La valoración de los puestos de trabajo, cuya realización correcta es la base para el cumplimiento de la obligación empresarial de igual retribución por trabajo de igual valor, se vuelca en la auditoría retributiva, siendo, pues, una parte importante del contenido de la misma.

Junto a la evaluación de los puestos de trabajo, el diagnóstico de la situación retributiva en la empresa requiere que se deje constancia de otros aspectos. Primero,

de la relevancia de otros factores desencadenantes de la diferencia retributiva (como podrían ser, a modo de ejemplo, la modalidad contractual o la reducción de jornada), los cuales, en principio, no tendrían por qué ser discriminatorios y podrían servir para explicar y justificar la diferencia retributiva; pero que, de ahí la necesidad de que se destaque en el diagnóstico retributivo de la empresa, podrían servir para ocultar posibles discriminaciones retributivas. Segundo, se ha de dejar constancia en el diagnóstico de las posibles deficiencias o desigualdades que pudieran apreciarse en el diseño o uso de las medidas de conciliación y corresponsabilidad en la empresa que, en la misma línea antes indicada, permitan identificar y destapar posibles actuaciones discriminatorias. Y tercero, las dificultades que las personas trabajadoras pueden encontrar en su promoción profesional o económica derivadas de otros factores como las actuaciones empresariales discrecionales en materia de movilidad o las exigencias de disponibilidad no justificadas (éstas, en muchas ocasiones, vinculadas a situaciones de embarazo y cuidado de hijos); actuaciones empresariales que, como se analizó en el apartado tres de este trabajo, al carecer de justificación y de la necesaria adecuación y razonabilidad, serían discriminatorias.

Y, por otro lado, la otra obligación de la empresa, que conforma la segunda parte del contenido de la auditoría retributiva, es el establecimiento de un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas. Dicho plan de actuación ha de tener un determinado contenido: determinación de objetivos, actuaciones concretas, cronograma y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento. Asimismo, ha de contener un sistema de seguimiento y de implementación de mejoras a partir de los resultados obtenidos. Se trata, pues, de un contenido similar al de los planes de igualdad en los que, como se ha dicho, se integra la auditoría retributiva. Lo que quizás resulte menos coherente es que la auditoría retributiva se integra en el diagnóstico que se ha de realizar antes de la elaboración de un plan de igualdad, a pesar de lo cual también contiene medidas y actuaciones concretas. Coherente con la ubicación de la auditoría retributiva es la primera parte de la misma, esto es, el diagnóstico de la situación retributiva de la empresa; pero no tanto el otro componente de la auditoría puesto que el plan de actuación parece que encajaría mejor entre las medidas y acciones que se contengan en el plan de igualdad en materia retributiva. De ahí que, al margen de que el contenido de la auditoría deba respetar estas dos partes que lo conforman, se entiende que las medidas contenidas en el plan de actuación de la auditoría retributiva, por exigencia del art. 46 de la LOI, también se han de contemplar en el propio plan de igualdad.

#### *4.2.4. La transparencia en la negociación colectiva: el sistema de valoración de puestos de trabajo*

En la Sección 3ª del Capítulo III del RDIR se regula el último de los instrumentos de transparencia retributiva, cual es la transparencia en la negociación colectiva, con la que se hace referencia al sistema de valoración de puestos de

trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo de aplicación. Pese a la relevancia que adquiere este otro instrumento de transparencia retributiva, si se parte de que el convenio colectivo se puede considerar como el instrumento práctico por excelencia para la determinación del valor de cada puesto de trabajo<sup>37</sup>, tan sólo un precepto, el art. 9 del RDIR, regula este instrumento. Ahora bien, esta mínima regulación en esta sección concreta del RDIR no quita que, como se indica a continuación, gran parte de lo previsto en otra parte de esta norma reglamentaria le resulte de aplicación.

En efecto, según se dispone en el art. 9 del RDIR, de acuerdo con lo previsto en el art. 22.3 del ET, en relación con los criterios y sistemas a los que se ha de ajustar la definición de los grupos profesionales, con el objetivo de comprobar que dicha definición se ajusta a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor, “las mesas negociadoras de los convenios colectivos deberán asegurarse de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de trabajo de igual valor...”.

El mandato a los negociadores de los convenios colectivos es claro, aunque no nuevo<sup>38</sup>: comprobar y asegurar que la evaluación de los puestos de trabajo se hace aplicando criterios neutros en cuanto al género, atendiendo a factores y condiciones de trabajo para cuya correcta valoración se han de aplicar los criterios de adecuación, totalidad y objetividad. De ahí la relevancia de traer a colación todo cuanto se expuso en el apartado tres del presente trabajo, al que se hace una remisión.

La negociación colectiva es, pues, un ámbito muy apropiado para la efectiva puesta en práctica del principio de igualdad de trato y no discriminación en materia

<sup>37</sup> Así se califica la labor del convenio colectivo en este ámbito en Montoya Melgar, A.: “Convenio Colectivo y tablas salariales de trabajos de hombres y mujeres; con una digresión económica sobre la determinación del valor del trabajo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 108/2001, parte Jurisprudencia. Editorial Civitas, versión online (2001/1744), pág. 3.

<sup>38</sup> A modo de ejemplo lejano en el tiempo, ya el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (ANCE-2005) proponía, entre otros asuntos, la implantación de sistemas de valoración de puestos de trabajo a través de los que se evalúe periódicamente el encuadramiento profesional. Recientemente, y a nivel comunitario, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género, se pide a la Comisión que considere la posibilidad de adoptar medidas concretas basadas en su Recomendación de 2014, como, por ejemplo: la definición clara de criterios para evaluar el valor del trabajo; y los sistemas no sexistas de evaluación y clasificación de empleos. Asimismo, se pide a la Comisión que en la futura legislación sobre transparencia salarial promueva el papel de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva a todos los niveles (nacional, sectorial, local y empresarial).

retributiva entre mujeres y hombres. Para lo cual es fundamental, teniendo en cuenta la dificultad técnica que presenta el proceso de valoración correcta de los puestos de trabajo, la adecuada y ajustada formación en materia de género de quienes formen parte de las mesas negociadoras de los convenios colectivos o, en su caso, de quienes asesoren sobre el asunto. Pero, igualmente, es relevante el papel de la Administración Pública al ejercer el control de legalidad de los convenios colectivos, que, a los efectos que interesan, ha de ser riguroso en materia de igualdad retributiva.

## 5. ALCANCE DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

El último de los capítulos del RDIR, el Capítulo IV, regula, en su art. 10, el alcance de la tutela administrativa y judicial en la materia que nos ocupa. En concreto, en su apartado primero dispone que la información retributiva o la ausencia de la misma derivada de la aplicación del RDIR podrá servir para llevar a cabo las acciones administrativas y judiciales oportunas, sean individuales o colectivas. Para ello, obviamente, es imprescindible que concurran los presupuestos necesarios previstos, según el caso, en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS, en adelante), o en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS, en adelante).

Así pues, la gran aportación del RDIR es facilitar, a partir del efectivo cumplimiento o, en su caso, incumplimiento empresarial de las obligaciones que derivan de esta norma reglamentaria, información retributiva suficiente o, en su caso, insuficiente, para poder determinar si una actuación es discriminatoria, directa o indirectamente, y, en consecuencia, constitutiva de infracción administrativa<sup>39</sup>. Lo relevante es que el cumplimiento o, en su caso, el incumplimiento de las obligaciones previstas en el RDIR permita obtener, o no, información retributiva a partir de la cual se pueda determinar la comisión de una infracción muy grave en el caso de discriminación, directa o indirecta, favorable o adversa, en materia de retribuciones, tal y como se tipifica en el art. 8.12 de la LISOS. Y, si fuera el caso, poder iniciar el procedimiento preferente y sumario regulado en los arts. 177 a 184 de la LRJS e incluso el procedimiento de oficio del art. 148 c) del mismo texto legal.

Asimismo, el apartado 2 del art. 10 del RDIR, viene a concretar y despejar las dudas que habían surgido en relación con el alcance de la obligación de justificación del art. 28.3 del ET. Se trata, como es sabido, de un indicador en

<sup>39</sup> El art. 8.12 de la LISOS tipifica, como infracción muy grave, las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas, favorables o adversas en materia de retribuciones.

virtud del cual cuando exista una descompensación superior al 25 por ciento entre el promedio de las retribuciones que perciben los trabajadores de uno y de sexo, las empresas con al menos cincuenta trabajadores deben incluir en el registro retributivo “una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras”. Al respecto, el RDIR aclara que dicha obligación empresarial “tiene exclusivamente” el alcance previsto en el art. 28.3 del ET, “sin que puede aplicarse para descartar la existencia de indicios de discriminación”. Lo relevante, pues, es que exista una justificación adecuada y objetiva de las diferencias retributivas, sin que el solo cumplimiento de dicha obligación empresarial sirva siquiera para descartar la existencia de indicios de discriminación.

Se pueden hacer varias precisiones al respecto. La primera de ellas, referente a la redacción del art. 28.3 del ET, pero que tiene su reflejo en el alcance de la obligación prevista en el mismo. En concreto, se trata de que la justificación de que no concurren factores relacionados únicamente con “el sexo de las personas trabajadoras” parece insuficiente y sería más correcto que se hubiera indicado que la obligación empresarial alcanza a incluir una justificación en atención al “sexo” y al “género”.

La segunda es que sería conveniente que las empresas con menos de cincuenta trabajadores estén atentas a esta descompensación, aunque, como no están obligadas, no es necesario que incluyan la justificación. De ahí que se pueda diferenciar la vigilancia (para todas las empresas) y la justificación (para las empresas con cincuenta o más trabajadores). Y es que la descripción del trabajo no es suficiente en los juicios de discriminación, siendo necesario valorar los criterios empleados<sup>40</sup>, por lo que una política retributiva transparente favorece la prueba en el juicio, como ya señalaran la STJUE de 17 de octubre de 1989, asunto *Danfoss*, y numerosos pronunciamientos judiciales españoles<sup>41</sup>. De hecho, la ausencia de

<sup>40</sup> STC de 28 de febrero de 1994 (RTC 58/1994). En esta sentencia se recuerdan las reglas que el TJCE ha elaborado en materia de discriminación salarial, debiendo destacarse uno de los tres grupos de reglas, en virtud del cual “en los supuestos en que existan categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno u otro sexo, desigualmente retribuidas, y no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, corresponde plenamente al empleador de la carga de poner de manifiesto los citados criterios, para excluir cualquier sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de dicha diferencia (Sentencia del TJ CE caso ENDERBY, de 27 octubre 1993)”.

<sup>41</sup> STS de 18 de julio de 2011 (RJ 2011/6560) aprecia la discriminación por el secretismo de los criterios de selección, cifrando este secretismo en que el proceso se realiza “sin que las plazas se oferten, ni sean conocidas por los sindicatos o por los trabajadores cuya asistencia a los cursos de formación depende del poder discrecional de la empresa”. En la misma dirección «si los criterios empleados son transparentes y se han aplicado de manera correcta, el empresario podrá romper el panorama indiciario sobre la discriminación aportado por el demandante, justificando en consecuencia la diferencia de trato» [STC de 14 de diciembre de 1992 (RTC 229/1992)].

plan de igualdad, así como la carencia de políticas de empresa relacionadas con la igualdad constatada en el caso concreto, como quedó reflejado en la STSJ de Madrid, de 23 de febrero de 2018 (AS 2018/676), hacen igualmente que la posición del empresario, en relación con la carga de probar el respeto del derecho fundamental a la no discriminación laboral, sea más compleja, actuando como una presunción más de que el comportamiento fue contrario al ordenamiento jurídico.

Finalmente, respecto de los indicios de discriminación, también debe tenerse en cuenta que la justificación que realice el empresario podrá basarse en las condiciones y factores relacionados con el desempeño del trabajo, algunos de los cuales se enumeran en el art. 3.3 del RDIR, siempre teniendo en cuenta, para la correcta valoración de los puestos de trabajo, los criterios de adecuación, totalidad y objetividad.

## 6. CONCLUSIONES

Son dos los principios que sustentan y sobre los que se erige el RDIR: el principio de igual retribución por trabajo de igual valor y el principio de transparencia retributiva, estando, ambos, están estrechamente vinculados, puesto que, para conseguir el relevante objetivo del principio de transparencia retributiva, cual es identificar discriminaciones, directas e indirectas, sobre todo las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo, es imprescindible la correcta aplicación del principio de igual retribución por trabajo de igual valor. A su vez, a los efectos de contribuir al efectivo cumplimiento de estos dos principios, el RDIR, por un lado, desarrolla el propio concepto de trabajo de igual valor y define tres criterios clave (adecuación, totalidad y objetividad) a aplicar para la correcta valoración de los puestos de trabajo. Y, por el otro, el RDIR desarrolla cuatro instrumentos de aplicación del principio de transparencia retributiva, a partir de los cuales se puede obtener información retributiva de las empresas y, en su caso, detectar y corregir incorrectas valoraciones de puestos de trabajo que oculten discriminaciones retributivas.

En la consecución de este importante cometido que permita hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva, que es, en definitiva, la finalidad última del RDIR, sin duda, juega un papel central la negociación colectiva y, en concreto, la adecuada definición de los grupos profesionales, que ha de ajustarse a los criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación entre mujeres y hombres. La aplicación de criterios neutros en cuanto al sexo y al género, así como la eliminación de evaluaciones de puestos de trabajo basadas en la infravaloración de trabajos feminizados son cuestiones fundamentales, tal y como se ha expuesto y analizado en este trabajo siguiendo cuantiosos pronunciamientos judiciales. Pero, además, la adecuada definición de los grupos profesionales también tiene su incidencia y reflejo en dos de los instrumentos de transparencia retributiva, el registro retributivo y la auditoría

retributiva, contribuyendo a su mayor efectividad en cuanto a su finalidad esencial. O, dicho con otras palabras, la no adecuada definición de los grupos profesionales, sin que se ajuste al principio de igual retribución por trabajo de igual valor, tendrá su irradiación en el registro y auditoría, de manera que a partir de la información que se vuelque en los mismos se podrán identificar y corregir irregularidades en materia retributiva.

De la misma forma que estos instrumentos de transparencia retributiva arbitrados por el RDIR, pese a que tienen como objetivo directo identificar las incorrectas valoraciones de los puestos de trabajo, también van a permitir detectar otro tipo de diferencias retributivas, como las vinculadas al embarazo y nacimiento de hijos, a partir de cuya detección se tendrá que analizar si están o no justificadas y, en su caso, si constituyen o no discriminaciones retributivas por razón de sexo.

Así descrita la estructura RDIR, sólo queda destacar algunas de las características de esta norma reglamentaria que, sin duda, aporta un nuevo impulso a la garantía de igualdad retributiva. Estos rasgos característicos son la complejidad y dificultad técnica que requiere la correcta valoración de los puestos de trabajo (que es la base para la definición adecuada de los grupos profesionales) y la realización de las auditorías retributivas, lo que permite entender los dos encargos que hace el RDIR: uno, la elaboración de una guía técnica con indicaciones para la realización de auditorías retributivas con perspectiva de género; y, dos, aprobación de una orden ministerial sobre el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo.

Junto a la complejidad y dificultad técnica, otros dos rasgos particulares del RDIR son, por un lado, la necesidad de que exista una voluntad real y efectiva por parte de las empresas de cumplir con las obligaciones que esta norma les impone, debiendo evitarse que el formal cumplimiento de las mismas permita ocultar discriminaciones retributivas por razón de sexo o de género, a cuyo fin puede ayudar el RDIR. Y, por el otro, la imperiosa necesidad de la aprobación de una norma como la que se ha examinado, por cuanto pueda contribuir, por su aportación al diseño de políticas retributivas transparentes, a hacer efectivo el derecho a la igualdad de trabajo y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva.