



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho
Grado en Derecho

La Brecha Salarial entre Hombres y Mujeres

Presentado por:

Sara Arribas Ferrero

Tutelado por:

Milagros Alonso Bravo

Valladolid, 2 de julio de 2021

RESUMEN

El término “brecha salarial” hace referencia a la diferencia existente entre los salarios promedio de hombres y mujeres que desempeñan un trabajo asalariado. Se trata de un fenómeno complejo, resultado de una multiplicidad de factores históricos, sociales y culturales, que parece resistirse a los grandes avances en materia de igualdad que se han producido en el último siglo.

El presente trabajo pretende abordar el estudio de la brecha salarial desde una perspectiva jurídica, analizando la evolución de las normas relativas a la igualdad de retribución, desarrollando la relación entre la brecha salarial y el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, y examinando la normativa en materia de transparencia retributiva que se ha previsto recientemente en nuestro ordenamiento para combatir este problema.

Palabras clave: brecha salarial, igualdad retributiva, discriminación salarial, transparencia retributiva.

ABSTRACT

The term “gender pay gap” refers to the difference between the average wages of men and women who perform salaried work. It is a complex phenomenon, which is the result of a variety of historical, social and cultural factors, and seems to withstand the large progress in terms of equality that has occur in the last century.

The present essay aims to address the study of the gender pay gap from a legal perspective, analyzing the evolution of the norms relating to equal pay, developing the relationship between the gender pay gap and the principle of equality and non-discrimination based on sex, and examining the regulations on remuneration transparency recently approved in our code to fight against this problem.

Keywords: gender pay gap, equal pay, wage discrimination, remuneration transparency.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. EVOLUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS CONTRA LA BRECHA SALARIAL.....	8
2.1 ÁMBITO INTERNACIONAL	8
2.2 ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	10
2.3 ÁMBITO ESTATAL	15
2.3.1 Etapa preconstitucional.....	15
2.3.2. Regulación actual.....	18
3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR SEXO EN MATERIA SALARIAL	23
3.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR RAZÓN DE GÉNERO	24
3.2 DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA DIRECTA.....	26
3.2.1 Discriminación directa oculta. El comparador hipotético.	30
3.3 DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA INDIRECTA.....	33
3.3.1 La menor retribución del trabajo parcial	33
3.3.2 La incorrecta valoración de los trabajos desempeñados por mujeres.	35
3.4 MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA	40
4. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA.....	45
4.1 LOS REGISTROS RETRIBUTIVOS	47
4.2 EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS	51
4.3 LA AUDITORÍA RETRIBUTIVA.....	52
4.4 EL SISTEMA DE VALORACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO	54
4.4.1 De “igual remuneración por trabajos iguales” a “igual remuneración por trabajos de igual valor”	54
4.4.2 La valoración de los puestos de trabajo. El concepto de trabajo de igual valor. .	57

5. EL FIN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA: LA TUTELA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA RETRIBUTIVA.	60
5.1 LA VÍA ADMINISTRATIVA	62
5.2 PROTECCIÓN JURISDICCIONAL.....	63
5.2.1 El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo	63
5.2.2 Particularidades de la tutela contra la discriminación. La carga de la prueba.....	65
5.2.3 Nulidad de las prácticas discriminatorias y garantía de indemnidad.....	71
6. CONCLUSIONES	73
7. BIBLIOGRAFÍA	80
8. ANEXOS.....	85
ANEXO I: RESOLUCIONES JUDICIALES.....	85
ANEXO II: NORMATIVA	89

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la brecha salarial entre hombres y mujeres desde una perspectiva jurídica.

La brecha salarial puede definirse de forma simplificada como la diferencia existente entre los salarios promedio de hombres y mujeres que tienen un trabajo asalariado¹. Si bien existen diversos métodos para cuantificarla, la mayor parte de la doctrina atiende a la diferencia entre el salario bruto por hora de los hombres y las mujeres, expresado como un porcentaje del salario bruto por hora de los hombres².

Dependiendo del ámbito examinado y el método de análisis empleado, la cifra de la brecha salarial varía en mayor o menor medida. Sin embargo, todos los estudios apuntan a la existencia de una diferencia sensible, vigente en todos los países, que se presenta siempre en perjuicio de las mujeres. Así, un estudio realizado por la OIT estima que, de promedio, las mujeres cobran aproximadamente un 20% menos que los hombres en todo el mundo³. En el ámbito español, el Instituto Nacional de Estadística señala que en 2018 el salario por hora de las mujeres que trabajaban a tiempo completo representaba el 93,3% del salario por hora de los hombres, mientras que el salario por hora parcial tan solo alcanzaba el 87,4%⁴.

Los motivos de esta diferencia engloban factores históricos, sociales y culturales, que en muchos casos se encuentran interrelacionados. Poco a poco van quedando atrás las concepciones más individualistas del problema, que pretenden ignorar su dimensión colectiva achacando las diferencias retributivas a las meras elecciones personales de las mujeres trabajadoras y su tardía incorporación al mercado laboral. Si bien es cierto que la brecha salarial se ha ido reduciendo con el paso del tiempo, su envergadura exige examinar el problema desde un punto de vista global, que permita no sólo comprender el diferente comportamiento de los trabajadores de ambos sexos en el ámbito laboral, sino también

¹ Oficina Internacional del Trabajo (2019). *Informe mundial sobre salarios 2018/2019: ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?* Ginebra, Suiza: Organización Mundial del Trabajo

² SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1-26

³ Oficina Internacional del Trabajo (2019). *Informe mundial sobre salarios 2018/2019: ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?* Ginebra, Suiza: Organización Mundial del Trabajo

⁴ Instituto Nacional de Estadística, 2020. 2.1 Salario anual medio, mediano y modal. Salario por hora. Brecha salarial de género (no ajustada) en salarios por hora. *INE.ES*, disponible en <https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925408327&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayou> [Acceso el 14 de febrero de 2021]

identificar aquellos casos en los que reciben un trato diferenciado y acceden a oportunidades distintas por razón de su sexo.

Este fenómeno no sólo interesa desde una perspectiva social y económica, sino también jurídica; la subsistencia de la brecha salarial compromete la efectividad material del principio de igualdad que rige en todo Estado de Derecho, exigiendo una labor legislativa y un comportamiento activo de los entes públicos dirigido a corregir la situación.

El presente trabajo se estructura en cuatro apartados.

En primer lugar, se estudia la evolución de los principales instrumentos normativos internacionales, de la Unión Europea y nacionales que han perseguido o incidido en el objetivo de la supresión de las diferencias retributivas entre hombres y mujeres.

En segundo lugar, se observa el fenómeno de la brecha salarial desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación, centrándonos en las diversas formas de discriminación directa e indirecta que se presentan en el ámbito retributivo. También se enumeran algunas de las medidas de acción positiva que se han previsto para luchar contra esta discriminación.

En tercer lugar, destacamos la relevancia del principio de transparencia retributiva para garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación en materia retributiva, y analizamos los principales instrumentos previstos en las normas que lo regulan: el registro retributivo, el derecho a la información de los trabajadores, las auditorías retributivas, y el sistema de valoración de los puestos de trabajo.

En cuarto lugar, se estudia la finalidad del principio de transparencia, que es la tutela judicial y administrativa de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

2. EVOLUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS CONTRA LA BRECHA SALARIAL

2.1 ÁMBITO INTERNACIONAL

La brecha salarial se ha combatido desde numerosos instrumentos internacionales, en algunos casos de forma directa, mediante la búsqueda de la igualdad retributiva, y en otros de forma indirecta, mediante el reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación entre personas de distinto sexo.

Esta segunda perspectiva es la que se ha incorporado a los textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que podemos destacar la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵, que consagra como fundamental “*la igualdad de derechos de hombres y mujeres*”⁶; y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁷, que la define como “*toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer (...) de los derechos humanos y las libertades fundamentales*”⁸. Este último texto insta a los Estados parte a promover políticas para la eliminación esta discriminación⁹, establece el derecho de las mujeres “*a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo*”¹⁰, y prevé un régimen de protección para las trabajadoras madres o embarazadas¹¹.

Centrándonos en los derechos de las mujeres trabajadoras, es especialmente relevante la normativa de la OIT, entre la que podemos destacar los Convenios 100, 111 y 156.

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁶ Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁷ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979

⁸ Artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

⁹ Artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

¹⁰ Artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

¹¹ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, pp. 92-94.

El Convenio número 100 de la OIT (1951)¹² incorpora por primera vez la noción de “trabajo de igual valor”. No se limita a exigir una igual remuneración para trabajos iguales, sino que impone a los Estados miembros la exigencia de promover y garantizar que la retribución de los trabajadores y trabajadoras sea igual en aquellos trabajos que tengan un valor equivalente¹³.

Aunque el convenio explica lo que ha de entenderse por “remuneración” (“*el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagado por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último*”¹⁴), no define el concepto de “trabajo de igual valor”, ni señala los criterios que han de observarse para valorarlo. Sólo indica que los Estados deben promover “la evaluación objetiva del empleo”, y que los criterios adoptados para esta evaluación han de ser decididos por quienes fijen las tasas de remuneración, ya sean las autoridades estatales competentes, ya sean los particulares en el seno de la contratación colectiva¹⁵. Es decir, el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor se refiere a la determinación de las tasas de remuneración, que debe realizarse en atención a criterios objetivos, sin discriminación por razón de sexo.

Este Convenio servirá como criterio orientador para posteriores disposiciones internacionales, comunitarias y estatales, tanto por su noción amplia del concepto de remuneración, como por la introducción de la necesidad de promover el uso de criterios neutros para la valoración del trabajo¹⁶.

El Convenio número 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958)¹⁷, no se centra específicamente en la desigualdad entre hombres y mujeres, pero incluye el sexo entre los motivos por los que se puede dar esta desigualdad en el ámbito laboral. Define la discriminación como “*cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que*

¹² C100 – Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), adoptado el 29 de junio de 1951.

¹³ Artículo 2.1 del Convenio 100 OIT

¹⁴ Artículo 1.a) del Convenio 100 OIT

¹⁵ Artículo 3.1 del Convenio 100 OIT

¹⁶ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, p. 95.

¹⁷ C111 – Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), adoptado el 25 de junio de 1958.

tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación”, así como cualquier otra distinción, exclusión o preferencia especificada por el Estado Miembro interesado que tenga este efecto, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores (cuando existan) y demás organismos apropiados¹⁸. Dentro del concepto de “*empleo y ocupación*” no sólo se incluyen las condiciones de desarrollo de un trabajo, sino también el acceso al mismo y a los medios de formación profesional¹⁹.

Este instrumento no se limita a prohibir todo tipo de discriminación en el empleo y la ocupación, sino que exige de los Estados una conducta activa para promover la igualdad de trato y oportunidades en este ámbito. Para ello establece una serie de obligaciones, como la promulgación de leyes para el desarrollo de esta política, la colaboración con organizaciones de empleadores y trabajadores, y la derogación de la normativa incompatible con la misma²⁰.

Por último, el Convenio 156 de la OIT²¹ busca garantizar que los trabajadores con responsabilidades familiares, tanto por tener hijos a su cargo como por tener familiares directos que necesiten su cuidado o sostén, no sean objeto de discriminación por este motivo. También insta a los Estados a tomar medidas para tratar de evitar el conflicto entre sus cargas profesionales y familiares.

Este instrumento incide especialmente en la situación de las trabajadoras, por ser la mujer la que normalmente se ocupa de forma mayoritaria del cuidado de los familiares dependientes. La brecha de cuidados entre sexos es una de las causas que explican la brecha salarial, pues dificulta el ingreso, desarrollo y promoción de las mujeres en la vida laboral²². Es por esto que el propio Convenio indica que sus medidas se prevén “*con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras*”²³.

2.2 ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

¹⁸ Artículo 1.1.a) del Convenio 111 OIT.

¹⁹ Artículo 1.3 del Convenio 111 OIT.

²⁰ Artículo 3 del Convenio 111 OIT.

²¹ C156 – Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), adoptado el 23 de junio de 1981.

²² SABATER, María Carmen. “La interacción trabajo-familia. La mujer y la dificultad de la conciliación laboral”. *Lan Harremanak*, núm. 30, 2014-I, pp. 163-198.

²³ Artículo 3 del Convenio 156 OIT

Antes de sumergirnos en la legislación de la Unión Europea, debemos hacer una breve referencia a dos textos básicos del Consejo de Europa: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950²⁴, y la Carta Social Europea de 1961²⁵. El primero consagra en su artículo 14 la prohibición de la discriminación, haciendo referencia específica a las distinciones “*por razones de sexo*”. Por su parte, la Carta Social Europea incluye en su catálogo de derechos el “*derecho a una remuneración equitativa*”, especificando el compromiso de los Estados miembros a “*reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor*”^{26 27}.

En el ámbito de la Unión Europea, debemos destacar el Tratado de Roma de 1957²⁸, que consagra en su artículo 119 el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. No había por entonces un principio general de igualdad que motivase este precepto, sino que se previó como una medida para evitar el *dumping social*²⁹ y las distorsiones que podía producir la existencia de mano de obra a distintos precios en el mercado³⁰. Posteriormente, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores³¹ establece la obligación de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, recomendando promover, entre otras, acciones destinadas a la consecución de la igualdad entre ambos sexos en el acceso al empleo, la retribución, y las condiciones de trabajo³². Su eficacia fue relativa, pues carecía de efectos vinculantes³³.

²⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

²⁵ Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961.

²⁶ Artículo 4 de la Carta Social Europea.

²⁷ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, pp. 95-96

²⁸ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Roma, 25 de marzo de 1957.

²⁹ CRESPI, María del Mar. “El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género”. *Femeris*, vol. 2, núm. 1, 2016, pp. 9-29.

³⁰ QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996, p. 67.

³¹ Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores, adoptada en 1989.

³² Artículo 16 de la Carta comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores.

³³ CRESPI, María del Mar. “El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género”. *Femeris*, vol. 2, núm. 1, 2016, pp. 9-29

Los cambios más relevantes se producen con el Tratado de Ámsterdam de 1997³⁴, que introduce en el Tratado de la Comunidad Europea (antiguo Tratado de Roma de 1957) el principio de igualdad entre hombres y mujeres como valor fundamental (artículo 2 TCE) y como uno de los objetivos de la comunidad (artículo 3 TCE). De este modo, este principio se desliga del ámbito económico y laboral para ser aplicable de forma transversal, en todos los ámbitos de la vida y en todas las actuaciones de la Comunidad. También se modifica el artículo 119 del TCE (que pasaría a ser el artículo 141), incluyendo la exigencia de igualdad retributiva entre hombres y mujeres en los trabajos “*de igual valor*” (no solo en los trabajos iguales), y permitiendo a los Estados adoptar medidas positivas para favorecer al sexo menos representado en el ejercicio de actividades profesionales. Por otra parte, el artículo 13 del Tratado sobre la Unión Europea³⁵ concede a esta organización competencia en materia de igualdad laboral.

También cabe mencionar el Tratado de Lisboa³⁶, que introdujo dos cambios relevantes en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo Tratado de Roma de 1957): por un lado, los artículos 8 y 9 reflejaron la transversalidad del principio de igualdad entre hombres y mujeres, estableciéndolo como principio y objetivo en todas las acciones y políticas de la UE; y por otro, el artículo 19 de previó un procedimiento especial para afrontar las discriminaciones de cualquier clase³⁷. Además, se confirió carácter jurídicamente vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, de 7 de diciembre de 2000³⁸, que no sólo obliga a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo, trabajo y retribución, sino que también permite adoptar medidas positivas en favor del sexo menos representado³⁹.

³⁴ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997.

³⁵ Tratado sobre la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992

³⁶ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007

³⁷ CRESPI, María del Mar. “El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género”. *Femeris*, vol. 2, núm. 1, 2016, pp. 9-29

³⁸ Artículo 1 del Tratado de Lisboa

³⁹ Artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE

En el ámbito del derecho derivado, la primera norma que desplegó el principio de igualdad de retribución fue la Directiva 75/117/CEE⁴⁰, que desarrolla el artículo 119 del Tratado de Roma de 1957. En su artículo 1 definió el principio de igualdad de retribución como “*la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo*”, tanto para “*un mismo trabajo*” como para “*trabajos a los que se atribuye un mismo valor*”. El problema es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretó esta previsión muy restrictivamente, concediendo efecto directo a la prohibición de discriminación entre trabajos iguales pero no a la de trabajos de igual valor⁴¹. Esta Directiva también exigió que los sistemas de clasificación profesional se basaran en criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos⁴², y que los Estados miembros suprimieran aquellas disposiciones normativas que fueran contrarias al principio de igualdad de retribución⁴³.

La Directiva 76/207/CE⁴⁴ sustituyó la anterior estableciendo una interpretación del principio de igualdad entre hombres y mujeres (al que denominó “principio de igualdad de trato”) más amplia, que abarcaba no sólo la retribución, sino también el acceso al empleo, la promoción, la formación profesional, las condiciones de trabajo, y la seguridad social⁴⁵. Fue modificada por la Directiva 2002/73/CE⁴⁶, que introduce una definición de discriminación directa e indirecta por razón de sexo.

⁴⁰ Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos

⁴¹ CRESPI, María del Mar. “El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género”. *Femeris*, vol. 2, núm. 1/2016, pp. 9-29

⁴² Artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE

⁴³ Artículo 3 de la Directiva 75/117/CEE

⁴⁴ Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo

⁴⁵ Artículo 1 de la Directiva 76/207/CE

⁴⁶ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo

El principio de igualdad de trato fue abordado por otras directivas referidas a materias concretas, como la Directiva 79/7/CEE⁴⁷, que se encargaba de la aplicación progresiva de este principio en materia de seguridad social; y la Directiva 86/613/CEE⁴⁸, posteriormente derogada por la Directiva 2010/41/UE⁴⁹, que interesa su aplicación entre hombres y mujeres que ejercen actividades autónomas. También se elaboraron directivas para la protección de la mujer embarazada⁵⁰ y sobre la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación⁵¹.

Todas estas normas fueron refundidas en la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y de ocupación⁵². En la actualidad se encuentra vigente, y es el principal instrumento de la Unión Europea para la supresión de la brecha salarial⁵³.

Con esta norma se busca simplificar, modernizar y mejorar la legislación comunitaria en el ámbito de la igualdad de trato entre hombres y mujeres⁵⁴. Así, contiene un elenco de definiciones, entre las que destacan las de discriminación directa e indirecta, y el concepto de retribución⁵⁵, que se concibe desde la perspectiva amplia del Convenio nº100 OIT. En su artículo 4 prohíbe la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de

⁴⁷ Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social

⁴⁸ Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad

⁴⁹ Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo

⁵⁰ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia

⁵¹ Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo

⁵² Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)

⁵³ VELA DÍAZ, Raquel. “En el camino judicial correcto en materia de brecha salarial de género en España: un avance jurisprudencial relevante”. *Derecho y Cambio Social*, núm. 55, 2019, pp. 527-543

⁵⁴ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, p. 98.

⁵⁵ Artículo 1 de la Directiva 2006/54/CE

elementos y condiciones de retribución, y obliga a emplear criterios comunes a ambos sexos y no discriminatorios en los sistemas de clasificación profesional que determinen la retribución de los trabajadores. Por otra parte, en su capítulo 3 consagra el principio de igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación profesional, la promoción, y las condiciones de trabajo, prohibiendo la discriminación directa e indirecta en estos ámbitos y estableciendo el derecho de los trabajadores que hubieren ejercitado permisos de maternidad, paternidad y adopción el derecho a reintegrarse en su puesto de trabajo o uno equivalente.

También establece una norma especial en materia de la carga de la prueba, en virtud del cual, cuando un sujeto presente indicios de que ha sufrido discriminación indirecta, corresponderá a la parte demandada demostrar que el principio de igualdad de trato no se ha vulnerado⁵⁶.

A partir de esta Directiva se promulgaron diversas Resoluciones y Recomendaciones del Parlamento y la Comisión Europea sobre esta materia, entre las cuales cabe destacar la Recomendación 2014/124/UE de la Comisión⁵⁷. Este instrumento busca reforzar el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres y garantizar el cumplimiento de la normativa existente en esta materia, mediante la adopción por parte de los estados de mecanismos que favorezcan la transparencia en materia retributiva.

2.3 ÁMBITO ESTATAL

2.3.1 Etapa preconstitucional

Antes de la promulgación de la Constitución Española de 1978, fueron varias las normas que regularon el salario de las mujeres.

Durante el primer tercio del siglo XX, esta regulación no derivaba del principio de igualdad entre sexos, sino de una tendencia a la protección de la mujer desde una perspectiva “humanitaria”. De este modo, existían dos vertientes: por un lado, había normas que regulaban los derechos de las mujeres ante supuestos de maternidad, embarazo y lactancia; y por otro, había normas que enfocaban esta supuesta “protección” desde un punto de vista restrictivo, limitando los derechos de las mujeres en cuanto a la duración de su jornada, el trabajo nocturno, la percepción y uso del salario... En este contexto se promulga la Real

⁵⁶ Artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE

⁵⁷ 2014/124/UE: Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia.

Orden de 1 de junio de 1925, primera norma en regular el salario de las mujeres trabajadoras, que especifica el jornal (entendido como “retribución”, en sentido amplio) al que tenían derecho durante el tiempo de lactancia⁵⁸.

Durante la Segunda República, la Constitución de 1931⁵⁹ consagró en varios preceptos el principio de igualdad entre ambos sexos. Sin embargo, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931⁶⁰, si bien contenía algunas normas protectoras “*por causa de la debilidad del sexo*”, no hizo ninguna referencia a la retribución de las mujeres trabajadoras⁶¹. Esto se resolvió mediante la Orden Ministerial de 11 de diciembre de 1933, que aclara que el principio general era el de igualdad de labores y retribución para ambos sexos, salvo en lo relativo a las normas protectoras de la mujer y cuando las condiciones en las bases de trabajo fueran distintas. Es decir, por un lado se reconoce el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres, pero por otro se permite que se atribuyan a los trabajadores distintas funciones y categorías profesionales (con distinta retribución) dependiendo de su sexo⁶².

El Fuero del Trabajo de 1938⁶³ cambió totalmente la situación de la mujer trabajadora, limitando enormemente su acceso al trabajo en aras a su “protección”, y buscando también evitar la “invasión” de las mujeres del mercado de trabajo. Se aprobaron normas que reducían su salario con respecto al de los varones (como la Orden de 3 de noviembre de 1938, que establece un salario mínimo profesional exclusivamente femenino), aunque en determinados sectores se empezó a observar una limitada tendencia equiparadora ante el desempeño de tareas iguales⁶⁴.

⁵⁸ QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996, p. 147-149.

⁵⁹ Constitución de la República Española, promulgada el 9 de diciembre de 1931.

⁶⁰ Ley del contrato de trabajo, promulgada el 21 de noviembre de 1931.

⁶¹ QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996, p. 150

⁶² NÚÑEZ, María-Gloria. “Políticas de igualdad entre varones y mujeres en la segunda república española”. *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, H.ª Contemporánea*, núm. 11/1998, pp. 393-445.

⁶³ Fuero del trabajo, promulgado el 9 de marzo de 1938.

⁶⁴ QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996, p. 150-157

La Ley del Contrato de Trabajo de 1944⁶⁵, al igual que su antecesora, no hace ninguna referencia a la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, salvo en materia del trabajo a domicilio⁶⁶. Sin embargo, a partir de 1942, las normas laborales empiezan a distinguir entre dos tipos de trabajos: los trabajos específicamente femeninos, para los cuales se determinaba un salario específico; y los trabajos que podían ser desempeñados por hombres y mujeres, en cuyo caso se establecía un salario reducido para las trabajadoras (normalmente el 70% del de los varones).

A finales de los años 50, comienza una nueva fase de regulación, con una proliferación de las normas “protectoras” de la mujer, la introducción de los Convenios Colectivos, y el ingreso de España en la Organización de las Naciones Unidas⁶⁷.

En 1961, La Ley de Derechos Políticos, Profesionales y Laborales de la Mujer⁶⁸ estableció en su artículo 4º que “*las disposiciones laborales reconocerán el principio de igualdad de retribución de los trabajos de valor igual*”, en sintonía con el artículo 2 del Convenio nº100 de la OIT (1951). Sin embargo, la normativa posterior a esta Ley suprime el carácter novedoso de esta regulación: el Decreto de 1 de febrero de 1962⁶⁹ precisa en su artículo 3 que “*la mujer disfrutará del mismo salario que el hombre a rendimiento igual*”, por lo que deja fuera la retribución de los trabajos exclusivamente femeninos, a los que se aplicaría la regulación anterior. En cuanto a los trabajos “mixtos”, las mujeres seguirían cobrando menos que sus compañeros varones, ya que se consideraba que el trabajo femenino tenía un valor o calidad inferior⁷⁰.

Posteriormente se aprobaron otras normas más equitativas, como la Orden de 5 de febrero de 1963⁷¹, que establece que el salario mínimo se debe atribuir sin discriminación de

⁶⁵ Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo

⁶⁶ Artículo 118.2.b) de la Ley de Contrato de Trabajo

⁶⁷ QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996, pp. 158-162.

⁶⁸ Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer.

⁶⁹ Decreto 258/1962, de 1 de febrero, por el que se aplica a la esfera laboral la Ley 56/1961, de 22 de julio, que equipara a los trabajadores de uno y otro sexo en sus derechos de orden laboral.

⁷⁰ QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996, pp. 162-165

⁷¹ Orden de 5 de febrero de 1963 por la que se dictan normas interpretativas y de aplicación del decreto 55/1963, de 17 de enero.

sexo; y el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto⁷², que reconoce el derecho de la mujer a “prestar servicios laborales en plena situación de igualdad jurídica con el hombre, y a percibir por ello idéntica remuneración”. Especialmente novedosa fue la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, que en su artículo 10 establece que la mujer “a igualdad de trabajo percibirá las mismas retribuciones”. Si bien se excluyen de nuevo los trabajos femeninos y se trata de un concepto de igualdad meramente formal, supone un avance con respecto al régimen previo, y suprime el criterio del “rendimiento” para determinar la retribución⁷³.

2.3.2. Regulación actual

La primera norma que debemos tener en cuenta es la Constitución de 1978⁷⁴, que aborda el problema de la brecha salarial desde dos flancos: el principio de igualdad, y la prohibición de la discriminación. La igualdad aparece consagrada en el artículo 1 CE, como valor superior del ordenamiento jurídico; en el 9.2, que establece el deber de los poderes públicos de promover la igualdad y garantizar que sea real y efectiva; y en el 14, como derecho fundamental. Por otro lado, el principio de no discriminación aparece también en este último precepto, en el que el legislador señala específicamente que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de sexo. Además, en materia retributiva, el artículo 35.1 consagra el derecho de todos los españoles “a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”⁷⁵.

La siguiente norma básica en esta materia es el Estatuto de los Trabajadores⁷⁶, que en su artículo 17 establece el principio de no discriminación directa o indirecta en las relaciones laborales, haciendo referencia expresa a la discriminación por razón de sexo. Sin perjuicio de ello, admite en su apartado 4 la posibilidad de que se establezcan medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones.

⁷² Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora en aplicación de la Ley de 22 de julio de 1961.

⁷³ QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996, pp. 166-167.

⁷⁴ Constitución Española, Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarios del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978

⁷⁵ NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena. “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”. *Lan Harremanak*, núm 25, 2012, pp. 19-52

⁷⁶ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto a la igualdad de remuneración, debemos destacar dos preceptos: el artículo 28 y el artículo 22.3 ET.

El artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores consagra la obligación de los empresarios de pagar la misma retribución (entendida en sentido amplio) por “trabajos de igual valor”. La redacción originaria de este precepto no contenía ninguna definición de lo que se debía entender por “igual valor”, lo cual se modificó con el Real Decreto-ley 6/2019⁷⁷, que incluyó en este precepto una lista de criterios de valoración para cumplir con la Recomendación 2014/124/UE de la Comisión.

Por su parte, el artículo 22.3 ET exige la ausencia de discriminación directa e indirecta a la hora de definir los grupos profesionales, imponiendo la obligación de atender a criterios neutros y objetivos que impidan que los trabajadores sean agrupados en función de su sexo. Concretamente, y a raíz de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 6/2019, se exige que la definición observe un “*análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones*”. Llama la atención que sólo se haga referencia a los grupos profesionales, y no a la clasificación de los trabajadores en general⁷⁸.

El Estatuto de los Trabajadores contiene más previsiones en favor de la igualdad y no discriminación entre sexo, como el artículo 23.2, que obliga a que la negociación colectiva garantice la discriminación por razón de sexo en el ejercicio de los derechos de promoción y formación profesional de los trabajadores; y el 24.2, que extiende esta exigencia en materia de ascensos, permitiendo establecer medidas de acción positiva para eliminar o compensar la posible discriminación.

También debemos tener en cuenta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo⁷⁹, que consagra el principio de igualdad entre hombres y mujeres como principio informador de la totalidad del ordenamiento jurídico, e incorpora la denominada “perspectiva de género” a todos los órdenes jurisdiccionales⁸⁰. Esta norma define el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en su artículo 3, como “*la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta,*

⁷⁷ Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

⁷⁸ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, p. 57.

⁷⁹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁸⁰ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, pp. 101-102.

por razón de sexo”. Por otra parte, la conceptualización de lo que ha de entenderse por discriminación directa e indirecta aparece en su artículo 6, copiando literalmente la Directiva 2006/54/CE.

Es especialmente relevante el establecimiento del deber de las empresas de elaborar planes de igualdad, que originariamente sólo vinculaba a las empresas de más de 250 trabajadores, pero que en la actualidad se extiende a todas las empresas que tengan 50 o más. A pesar de que la Ley pretendía obtener una colaboración activa y exhaustiva de las empresas vinculadas, lo cierto es que su efectividad ha sido muy restringida, pues la mayoría de los convenios se limitan a incluir fórmulas ambiguas, derechos ya reconocidos en la legislación laboral, y meras declaraciones de intenciones⁸¹.

El principio de igualdad retributiva se menciona en diversas ocasiones a lo largo de esta ley: en el artículo 5, que obliga a aplicar en el ámbito de la retribución el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; en el 14, que establece la eliminación de las diferencias retributivas como uno de los fines que deben perseguir los Poderes Públicos con su actuación; y en el 52.f), que insta a las Administraciones públicas a establecer medidas efectivas para eliminar la discriminación retributiva por razón de sexo. Llama la atención que, a pesar de la concreción predicable de esta norma, ninguno de sus preceptos se dedica específicamente a combatir la discriminación retributiva⁸².

En 2019 entró en vigor el Real Decreto-ley 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que en su preámbulo se presenta como una suerte de complemento o actualización de la LO 3/2007⁸³. Esta norma introdujo varias reformas en el Estatuto de los Trabajadores, siendo especialmente relevante la referida al artículo 28.1, que señala una serie de criterios para valorar los trabajos: la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño, y las

⁸¹ SELMA PENALVA, Alejandra. “Algunas reflexiones prácticas en torno a la elaboración de los planes de igualdad en las empresas”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 46, 2017, pp. 49-91.

⁸² BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, p. 58.

⁸³ BALLESTER PASTOR, María Amparo. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Femeris*, vol. 4, núm. 2/2019, pp. 14-38

condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo. Estos criterios no son originales, sino que reproducen los sugeridos en el artículo 10 de la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014.

También se establecen una serie de modificaciones en la regulación de los Planes de igualdad, pudiendo destacar la ampliación de la obligación de elaborarlos a las empresas de más de 50 trabajadores (indicando un plazo de adaptación), la creación de un Registro de planes de igualdad, el establecimiento de un listado de materias que tienen que ser necesariamente objeto de diagnóstico, y la modificación del artículo 7.13 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁸⁴ para que el incumplimiento de las obligaciones en materia de planes de igualdad de la LO 3/2007 se considere una infracción grave⁸⁵.

Otra de las novedades de este Real Decreto-Ley es la introducción de la obligación de las empresas de llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. A este registro podrán acceder los trabajadores a través de su representación legal, y los representantes tendrán derecho a recibir informes anuales sobre el mismo⁸⁶. Además, se establece una suerte de “presunción” de la existencia de brecha salarial: las empresas de cincuenta o más trabajadores que presenten una diferencia retributiva entre ambos sexos de al menos un 25%, deberán justificar en el registro que esta desigualdad no se debe al sexo de los trabajadores⁸⁷.

Por último, se incorpora una nueva regla al artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores, en virtud de la cual aquellos cuyo contrato haya resultado nulo por concurrir discriminación salarial por razón de género tendrán derecho a recibir la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor. El problema es que no se indica si la nulidad tiene que ser total o parcial, y su efectividad es limitada, pues en la actualidad lo más habitual

⁸⁴ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁸⁵ BALLESTER PASTOR, María Amparo. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Femeris*, vol. 4, núm. 2/2019, pp. 14-38

⁸⁶ BALLESTER PASTOR, María Amparo. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Femeris*, vol. 4, núm. 2/2019, pp. 14-38

⁸⁷ Artículo 2. Siete del RDL 6/2019

es que la discriminación por sexo se produzca de forma indirecta y no por cláusulas o contratos directamente discriminatorios⁸⁸. Además, parece admitir la posibilidad de que se produzca una equiparación a la baja⁸⁹.

Recientemente se aprobaron dos Reales Decretos que desarrollan el contenido de la Ley Orgánica 3/2007 y el RDL 6/2019: el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres; y el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Ambos entraron en vigor este año (2021).

El RD 901/2020 concreta el procedimiento que se debe seguir en la negociación de los planes de igualdad, desarrollando, entre otras cuestiones, los criterios para la formación y las competencias de las que gozará la comisión negociadora, el contenido mínimo de la fase de diagnóstico, la estructuración y el contenido mínimo del plan como tal, y la vigencia y los procesos de seguimiento y revisión. Además, modifica el Real Decreto 713/2010⁹⁰ para incluir los planes de igualdad dentro de la normativa de depósito de convenios y acuerdos colectivos, e incorpora varios anexos con directrices para la elaboración de los planes de igualdad y el desarrollo de la fase de diagnóstico.

Este Real Decreto se complementa con la regulación contenida en el RD 902/2020, que también desarrolla las disposiciones en materia de igualdad retributiva en el Estatuto de los Trabajadores y el RDL 6/2019. Su objetivo es establecer medidas específicas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva⁹¹, para lo cual se basa en dos pilares: la obligación de igual retribución por trabajos de igual valor, y el principio de transparencia retributiva⁹².

⁸⁸ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, p. 106.

⁸⁹ BALLESTER PASTOR, María Amparo. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Femeris*, vol. 4, núm. 2/2019, pp. 14-38

⁹⁰ Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

⁹¹ Artículo 1 del RD 902/2020

⁹² CALLAU DALMAU, Pilar. “La aplicación del principio de igualdad de retribución contemplado en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre. Referentes supranacionales y alcance normativo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pp. 263-297

En cuanto a la igualdad de retribución por trabajos de igual valor, el Real Decreto 902/2020 desarrolla y define los criterios que el RDL 6/2019 añadió al artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores para la valoración de los trabajos. Además, consagra la vinculación a este principio de todas las empresas, independientemente de su número de trabajadores, y de todos los acuerdos y convenios colectivos⁹³. Por otra parte, ataja uno de los principales motivos de discriminación retributiva indirecta, al establecer que los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos, también retributivos, que los trabajadores a tiempo completo⁹⁴.

En relación con el principio de transparencia retributiva, define su objeto, destaca su vinculación con el principio de igualdad de trato y no discriminación retributiva, y persigue su consecución mediante tres instrumentos: el registro retributivo, la auditoría retributiva, y la transparencia en la negociación colectiva. Así, desarrolla la regulación del registro contenida en el RDL 6/2019, consagra el deber de incluir una auditoría retributiva de todas las empresas que elaboren un plan de igualdad, enumera las obligaciones que comporta la misma, y establece los criterios que se deben observar en la negociación colectiva a la hora de valorar los puestos de trabajo.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR SEXO EN MATERIA SALARIAL

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra recogido como derecho fundamental en el artículo 14 de la Constitución Española, que establece que “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. La igualdad también se ha materializado en otros preceptos de este texto: en el artículo 1.1 CE, como valor superior del ordenamiento jurídico; y en el artículo 9.2 CE, que consagra la exigencia de una igualdad real, efectiva. El artículo 35.1 hace referencia a la no discriminación por razón de sexo en el trabajo⁹⁵.

Los principios de igualdad y de no discriminación podrían considerarse las dos caras de una misma moneda; sin embargo, existen varias diferencias entre ellos: por un lado,

⁹³ Artículo 4 del RD 902/2020

⁹⁴ Artículo 11 del RD 902/2020

⁹⁵ NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena. “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”. *Lan Harremanak*, núm 25, 2012, pp. 19-52

mientras que el principio de igualdad vincula esencialmente a la Ley y los poderes públicos, la prohibición de discriminación se extiende también a las relaciones privadas⁹⁶. Por otro, mientras que en nuestro ordenamiento el principio de igualdad conlleva una exigencia de “igualdad material” (no basta con la igualdad formal, ante la ley, sino que se exige de los entes públicos un comportamiento activo para la garantía de la igualdad de oportunidades), el principio de no discriminación es de carácter prohibitivo, impide coactivamente el desarrollo de conductas discriminatorias contra determinados grupos sociales que requieren una especial protección.

Trasladando esto al ámbito de la brecha salarial, nos encontramos con que el Estado está obligado tanto a promover la igualdad entre hombres y mujeres en materia retributiva, como a perseguir y sancionar las conductas discriminatorias que se produzcan en esta materia.

3.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR RAZÓN DE GÉNERO

Es habitual que se confundan y se utilicen indistintamente los términos de “discriminación salarial de género” y “brecha salarial de género”; sin embargo, aluden a realidades diferentes: la brecha salarial es la diferencia existente entre el salario bruto por hora entre hombres y mujeres, mientras que la discriminación salarial es la diferencia de retribución entre hombres y mujeres para trabajos iguales o de igual valor⁹⁸. Así, no son conceptos análogos: la discriminación salarial no es la brecha salarial, sino una de sus causas. Es aquella parte de la misma que tiene su fundamento en motivaciones discriminatorias, en un trato desigual por razón de sexo⁹⁹.

De este modo, mientras que la discriminación retributiva supone una infracción del principio de igualdad y no discriminación susceptible de ser objeto de tutela judicial y

⁹⁶ CASTRO CONTE, Macarena. *El sistema normativo del salario: ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*. Madrid: Dykinson, 2007, p. 36.

⁹⁷ NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena. “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”. *Lan Harremanak*, núm 25, 2012, pp. 19-52

⁹⁸ SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1-26.

⁹⁹ SÁNCHEZ, Núria., TRINIDAD, Albert., RECIO, Carolina., TORNS, Teresa. (30 de junio y 1 y 2 de julio de 2016). *La brecha salarial y las desigualdades de género en el mercado de trabajo español* [Sesión de conferencia]. XII Congreso Español de Sociología “Grandes transformaciones sociales, nuevos desafíos para la sociología”. Laboral Ciudad de la Cultura, Gijón, Asturias, España.

administrativa, la brecha salarial es un fenómeno objetivo, observable empíricamente en términos matemáticos, resultado de una multiplicidad de factores sociales y culturales. Tan solo se podrá combatir por vía judicial o administrativa la parte de la brecha salarial que derive de la discriminación de la mujer; el resto exigirá una actuación activa de los entes públicos y privados para reducir estas diferencias sociales e ir superando los estereotipos que afectan negativamente a las mujeres en el ámbito laboral.

La doctrina, la ley y la jurisprudencia suelen distinguir dos clases de discriminación: la discriminación directa, y la discriminación indirecta.

El concepto de discriminación indirecta no se introdujo en el ordenamiento europeo hasta la Directiva 97/80 de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Sin embargo, esta realidad ya era sobradamente conocida antes de la promulgación de esta norma: por un lado, en el ámbito legislativo, la Directiva 75/117 de 10 de febrero de 1975 prohibía la discriminación retributiva ante trabajos de igual valor, que es la principal manifestación de la discriminación indirecta; y por otro, el TJUE ya había admitido que la discriminación indirecta por razón de sexo estaba prohibida por la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea, si bien no siempre utilizó ese término para referirse a ella¹⁰⁰.

Actualmente, en el ámbito español, ambas se encuentran definidas en el artículo 6 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, que traspone el artículo 2 de la Directiva 2006/54:

Artículo 6. Discriminación directa e indirecta:

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

¹⁰⁰ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, p. 22.

La discriminación retributiva es una vertiente y manifestación de la discriminación por razón de sexo. Si trasladamos estas definiciones al ámbito de la igualdad de retribución, nos encontramos con que existe discriminación directa cuando mujeres y hombres obtienen un distinto salario ante trabajos iguales, e indirecta cuando la desigualdad de retribución se presenta en trabajos de igual valor. La discriminación directa es antijurídica en cualquier caso, no admite justificación, mientras que para apreciar la existencia de discriminación indirecta es necesario valorar los motivos del trato diferenciado para determinar si efectivamente son discriminatorios o no¹⁰¹.

3.2 DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA DIRECTA

La diferencia de remuneración entre hombres y mujeres ante trabajos iguales, si bien fue un asunto de gran relevancia en el pasado, actualmente es un fenómeno residual¹⁰². Sigue produciéndose, como demuestran algunas sentencias, pero los tiempos en los que ésta era una práctica habitual e incluso avalada por la ley han quedado atrás.

Esta cuestión se aborda en la Unión Europea por primera vez con el artículo 119 del Tratado de Roma de 1957, como respuesta al principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor incorporado al Convenio número 100 de la OIT. Este precepto establece que “*cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo*”.

Quizás el hito más importante en esta materia fue el Caso *Defrenne II*¹⁰³ (1976), en el que se planteó la aplicabilidad directa y el alcance de este precepto en los Estados miembros. El Tribunal de Justicia hizo una distinción entre discriminación directa e indirecta, y señaló la relación del principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo con ambas concepciones. Según su interpretación, el artículo 119 abarcaría la discriminación directa atendiendo al tenor literal del texto, pero también la indirecta si contemplamos el objetivo de eliminación de todas las discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos al que apunta la disposición. Así, este precepto se podría aplicar directamente para combatir las

¹⁰¹ SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1-26.

¹⁰² BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, p. 19.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 1976, Caso *Defrenne II*, Asunto 43/75.

eventuales discriminaciones en la retribución de trabajos iguales, pero para los trabajos diferentes y de igual valor requeriría un desarrollo normativo comunitario o estatal.

Esto nos permite observar lo pronto que la noción de discriminación retributiva como “remuneración diferente ante trabajos iguales” quedó obsoleta; no porque esta resultase inaplicable (este tipo de discriminación seguía y sigue produciéndose en la práctica), sino porque no alcanza a abarcar la complejidad del fenómeno de la discriminación por razón de sexo, quedándose en una concepción meramente superficial y formal.

En el caso de España, esta noción de “igualdad de remuneración por trabajos iguales” se mantuvo hasta épocas más tardías. En la Constitución de 1978 ninguna referencia se hizo a la igualdad retributiva entre sexos, más allá del principio genérico de igualdad y no discriminación y la prohibición de discriminación en el trabajo de su artículo 35. En la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, tan solo se obligaba a pagar el mismo salario “*por la prestación de un trabajo igual*”¹⁰⁴.

Las primeras sentencias constitucionales españolas sobre discriminaciones directas para trabajos iguales fueron fruto de reclamaciones de trabajadores masculinos, y se inscribieron en la denominada (por Alonso Olea) doctrina constitucional del “varón discriminado”¹⁰⁵. Las impugnaciones tenían por objeto diferencias salariales en favor de las mujeres, que se basaban fundamentalmente en dos motivos: la necesidad de conciliación, que fue aceptada por el Tribunal; y la tendencia a tener una actitud más protectora hacia el sexo femenino, que fue considerada antijurídica¹⁰⁶. Podemos mencionar dos casos emblemáticos: la STC 128/1987, de 16 de julio¹⁰⁷, en la que un técnico sanitario denunció que sólo podían beneficiarse del plus de guardería de su empresa las mujeres trabajadoras y los hombres viudos; y la STC 28/1992, de 9 de marzo¹⁰⁸, en la que un trabajador impugnó un extra de transporte al que sólo podían acceder las mujeres cuya jornada finalizaba entre las 23:00 y las

¹⁰⁴ Artículo 28 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁰⁵ SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1-26.

¹⁰⁶ SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1.26.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 128/1987, de 16 de julio (Recurso de amparo 1123/1985)

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 28/1992, de 9 de marzo (Recurso de amparo 1191/1989)

5:00. Estos casos llegaron a ofrecer una imagen invertida sobre la realidad de la discriminación de la mujer¹⁰⁹.

En cualquier caso, para que los tribunales apreciaran discriminación, era necesario que las actividades desempeñadas en los puestos de trabajo comparados fueran exactamente iguales lo cual impedía su apreciación ante trabajos similares, y, desde luego, ante trabajos diferentes pero de igual valor¹¹⁰.

En la actualidad, la discriminación directa se aprecia mayoritariamente en atención a las situaciones de embarazo o maternidad. La calificación de este tipo de discriminación como “directa” surge de la sentencia dictada en el caso “*Dekker*” (1990)¹¹¹, y ha sido introducida en nuestro ordenamiento mediante el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007, que establece que “*constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*”. Con esta interpretación, se soluciona el problema que planteaba la imposibilidad de comparar las situaciones derivadas de circunstancias biológicamente exclusivas de la mujer (embarazo, parto, lactancia natural...) con el trato recibido por los trabajadores hombres, otorgándoles una protección más intensa. De este modo, todo perjuicio económico o profesional que sufra una mujer por su situación de embarazo o maternidad se considerará discriminatorio, sin que el empresario pueda alegar ninguna justificación del mismo, aunque aparentemente esté fundada en motivos objetivos o razonables¹¹².

En cuanto al alcance de esta concepción en materia retributiva, si bien la Directiva 2006/54/CE considera discriminatorio “*el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o permiso por maternidad*”¹¹³, la normativa europea tan solo reconoce a las mujeres que disfruten de un permiso de maternidad el derecho a percibir los ingresos equivalentes a los que recibirían “*en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud*”¹¹⁴. La jurisprudencia

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución”. *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, pp. 7-30.

¹¹⁰ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, p. 21.

¹¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1990, Caso Dekker, Asunto C-177/88

¹¹² BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, pp. 28-29.

¹¹³ Artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE

¹¹⁴ Artículo 11.3 de la Directiva 92/85/CEE

española ha ido más allá, estableciendo que las mujeres trabajadoras en situación de embarazo o maternidad deben percibir la totalidad de las cuantías que recibían con anterioridad a esa situación¹¹⁵. Así, se ha considerado discriminatorio computar la baja maternal y por riesgo de embarazo o lactancia como ausencias a efectos de contar los días productivos para tener derecho a ciertas retribuciones variables¹¹⁶, que el cambio de puesto de trabajo de una trabajadora por su situación de embarazo o lactancia conlleve una menor retribución¹¹⁷, y no incluir determinados conceptos salariales a la hora de retribuir los permisos vinculados con la conciliación familiar¹¹⁸. El empresario no puede ampararse en la ley para minorar la retribución de las trabajadoras que ejerciten sus derechos por embarazo o maternidad, pues no son equiparables al resto de permisos y licencias¹¹⁹.

El principio de igualdad de retribución no impide que se realicen discriminaciones salariales directas en favor de las mujeres (“discriminación positiva”) siempre que estén justificadas por razones objetivas. Así, no cabe la posibilidad de favorecer a las mujeres retributivamente por el mero hecho de serlo, pero sí se permiten medidas positivas dirigidas a compensar las desventajas existentes por razón de su sexo, especialmente en materia de embarazo y maternidad¹²⁰. A este respecto se puede citar el asunto *Abdoulaye* (1999)¹²¹, en el que se estableció que no era discriminatorio que se otorgase una asignación exclusivamente a las trabajadoras que iniciaban un permiso de maternidad siempre que la misma tuviese por objetivo compensar las desventajas profesionales de derivadas de la interrupción del

¹¹⁵ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, pp. 28-33.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 84/2017, de 10 de enero (rec. 283/2015)

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 43/2017, de 24 de enero (rec. 1902/2015)

¹¹⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo social) 2079/2019, de 24 de mayo (rec. 88/2019)

¹¹⁹ SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1-26.

¹²⁰ SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1-26.

¹²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 1999, Caso Abdoulaye, Asunto C-218/96.

trabajo¹²²¹²³. No se trata sin embargo de una posibilidad absoluta: en el Asunto C-450/18¹²⁴, el TJUE declaró que el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social¹²⁵, que preveía un complemento de pensión para las mujeres que hubieran tenido al menos dos hijos (biológicos o adoptados) y fueran beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, viudedad, o incapacidad permanente, era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, en cuanto que los hombres en la misma situación no podían percibirlo. El Tribunal consideró que la diferencia no se podía justificar por la “aportación demográfica a la Seguridad Social” que ejercen las madres, pues aquella es también predicable de los progenitores varones. Si bien se reconoció que es más habitual que las mujeres se vean afectadas por las desventajas profesionales derivadas de la tenencia y cuidado de los hijos, se entendió que este argumento no era suficiente para excluir a los varones en aquellos casos en los que asumieran el cuidado de sus hijos y sufrieran esas mismas desventajas, lo cual motivó la reforma del precepto para permitir a los progenitores varones que cumplan determinados requisitos acceder a este complemento.

3.2.1 Discriminación directa oculta. El comparador hipotético.

Hoy en día, la discriminación directa en materia retributiva se aprecia de forma más amplia, llegando a englobar lo que se denomina “discriminación directa oculta”: aquella en la que se perjudica a un sujeto por motivos discriminatorios, pero fundamentando la decisión en motivos de carácter neutro que hacen que los primeros pasen desapercibidos¹²⁶. En materia retributiva, significaría pagar un menor salario a una mujer por el mero hecho de serlo, pero encubriendo los motivos discriminatorios mediante la alegación de causas legítimas que aparentemente justifiquen la disimilitud.

¹²² NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena. “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”. *Lan Harremanak*, núm 25, 2012, pp. 19-52.

¹²³ CABEZA PERREIRO, Jaime. “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”. *Lan Harremanak*, núm 25, 2012, pp. 79-98.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019, “WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)”, Asunto C-450/18

¹²⁵ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹²⁶ FERNÁNDEZ, Antonio., 2013. La discriminación en el trabajo (I): discriminaciones directas. [Blog] *AFlabor, Blog sobre Derecho Laboral, Recursos Humano y Empleo*, disponible en: <<https://aflabor.wordpress.com/2013/01/24/la-discriminacion-en-el-trabajo-i-discriminaciones-directas/>> [acceso el 17 de abril de 2021].

La diferencia entre la discriminación directa oculta y la discriminación indirecta es sutil, pero no son conceptos análogos: en la discriminación indirecta, la aplicación de criterios aparentemente neutros pone a las mujeres en una situación de desventaja; mientras que en la discriminación directa oculta, el criterio neutro, que no tiene por qué ser discriminatorio en la práctica, no es más que un instrumento para disimular la motivación discriminatoria de la decisión. Otra de las diferencias reside en la dimensión colectiva de la discriminación indirecta: mientras que en esta última el motivo de la discriminación es la aplicación general (sobre todos los trabajadores de una misma empresa, sector...) de un determinado criterio que tiene efectos perjudiciales sobre un colectivo concreto, la discriminación directa oculta se produce de forma particular, sobre una persona concreta¹²⁷. Un ejemplo paradigmático sería la STC 98/2003, de 2 de junio¹²⁸, que estima un recurso de amparo presentado por una trabajadora que había sido cesada formalmente por supuestos errores e incumplimientos en el desempeño de sus funciones, pero que finalmente acreditó que el motivo real de su despido era su situación de embarazo¹²⁹.

En la actualidad, ésta es la forma de discriminación directa más habitual¹³⁰, y también la más difícil de identificar y perseguir.

Para apreciar la existencia este tipo de discriminación, la Directiva 2006/54/CE introduce la noción del “comparador hipotético”: la discriminación directa no sólo se produce cuando una persona ha sido efectivamente tratada de forma menos favorable que otra en una situación comparable por razón de su sexo, sino también cuando “pudiera haberlo sido”¹³¹. De este modo, se permite que pueda prosperar una reclamación que muestre como indicio de discriminación un panorama general y habitual de comportamiento

¹²⁷ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, pp. 36-37.

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 98/2003, de 2 de junio (Recurso de amparo 3165/98)

¹²⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando. “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”. *Revista Derecho del Estado*, núm. 25, 2010, pp. 5-40.

¹³⁰ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, p. 36.

¹³¹ Artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE

empresarial, en el que, si la trabajadora hubiera sido hombre, previsiblemente habría recibido un trato mejor¹³².

A pesar de la importancia de esta concepción, y de que el artículo 2 de la Directiva ha sido incorporado de forma literal a nuestro ordenamiento mediante la Ley Orgánica 3/2007, estos aspectos apenas han sido objeto de desarrollo por la jurisprudencia española: ni se acude a la figura del “comprador hipotético”, ni se han realizado interpretaciones del término “*podiera ser tratada*”. Ahora bien, han sido varios los tribunales españoles que, sin utilizar estos conceptos, han apreciado discriminación en atención a la situación general de la empresa, por considerar que si la trabajadora hubiera sido un hombre habría recibido razonablemente un trato mejor. Este es el caso de la STSJ de Andalucía de 14 de febrero de 2018¹³³, que condenó a una empresa por no haber concedido a una de sus trabajadoras un incentivo retributivo que percibían el resto de los trabajadores (todos varones) que desempeñaban el mismo puesto en el resto de departamentos; y el de la STSJ de Castilla y León de 19 de junio de 2013¹³⁴, que apreció discriminación en la concesión de un complemento personal determinado por el empresario según el trabajo desempeñado individualmente, con el que los varones recibían de promedio una cuantía superior¹³⁵. El carácter discriminatorio de estas diferencias no se dirimió mediante una comparación estricta de la situación de las denunciadas con la de sus compañeros varones, sino en atención al marco ambiental o tendencial de la empresa¹³⁶.

En la jurisprudencia reciente, se puede observar una tímida incorporación del concepto de “comparador hipotético”. Así, esta figura aparece en el Auto del Tribunal Superior de Cataluña de 28 de mayo de 2020¹³⁷, en relación con una reclamación derivada de

¹³² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución”. *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, pp. 7-30.

¹³³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 246/2018, de 14 de febrero (rec. 2089/2017)

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social) núm. 1197/2013, de 19 de junio (rec. 909/2013)

¹³⁵ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, pp. 37-42.

¹³⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”. *Revista Derecho del Estado*, núm. 25, 2010, pp. 5-40.

¹³⁷ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 195/2020, de 28 de mayo (rec. 4089/2019)

la falta de reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad; y en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de mayo de 2021¹³⁸, al comentar la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León de 19 de junio de 2013. Sin embargo, sólo se trata de menciones puntuales, sin que se pueda hablar aún de un verdadero desarrollo jurisprudencial.

3.3 DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA INDIRECTA.

Se entiende por discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados¹³⁹. Es decir, para que una medida pueda considerarse constitutiva de una discriminación indirecta por razón de sexo, deben concurrir dos elementos: un elemento positivo, que la medida resulte especialmente perjudicial para un sexo en concreto; y un elemento negativo, la ausencia de justificación, necesidad o adecuación de la misma.

La primera formulación de discriminación indirecta aparece en la Directiva 97/80 de 15 de diciembre de 1997, en relación con el principio de igualdad de trato. Sin embargo, este concepto ya había sido perfilado por la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de la discriminación retributiva, distinguiendo fundamentalmente dos manifestaciones: la diferente retribución abonada a los trabajadores a tiempo parcial, y la incorrecta valoración de los trabajos¹⁴⁰.

3.3.1 La menor retribución del trabajo parcial

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) núm. 4354/2021, de 21 de mayo (rec. 150/2021)

¹³⁹ Artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007

¹⁴⁰ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, pp. 22-23.

El trabajo a tiempo parcial se encuentra ocupado mayoritariamente por trabajadoras femeninas¹⁴¹, y en muchos casos de forma involuntaria¹⁴², por lo que es un caldo de cultivo idóneo para la producción de situaciones discriminatorias.

Se entiende que hay discriminación indirecta cuando la retribución por hora de los trabajadores a tiempo parcial es inferior a la de los trabajadores a tiempo completo¹⁴³. Esta doctrina surge con el asunto *Jenkins* (1981)¹⁴⁴, en el que el Tribunal de Justicia enjuició el caso de una empresa que pagaba menos por hora a sus trabajadoras a tiempo parcial (todas mujeres) que a sus compañeros de jornada completa, a pesar de que en ambos puestos se desempeñaban las mismas funciones. Así, un criterio aparentemente neutro (pagar menos por hora a los trabajadores a media jornada) perjudicaba especialmente a los trabajadores de sexo femenino. El Tribunal sentenció que, si la diferencia retributiva no obedecía a la existencia de factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo, la medida sería considerada discriminatoria y justificaría la aplicación del artículo 119 del Tratado de Roma.

Han sido numerosos los conflictos que han surgido en relación con esta materia. Quizás el más paradigmático en el ámbito español sea el enjuiciado por la STC 253/2004, de 22 de diciembre¹⁴⁵, que declaró que la forma de cómputo del periodo trabajado para la cotización prevista en el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores¹⁴⁶ generaba una situación de discriminación indirecta, por dificultar enormemente el acceso a las prestaciones a los trabajadores a tiempo parcial (mayoritariamente mujeres). En el ámbito europeo, podemos destacar también el Caso Deutsche Telekom (2000)¹⁴⁷ en el que el TJUE declaró

¹⁴¹ Según el estudio “*Mujeres y mercado laboral en España. Cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral*”, dirigido por Antonio Villalar, el 80% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

¹⁴² QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996, p. 77.

¹⁴³ CRESPI, María del Mar. “El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género”. *Femeris*, vol. 2, núm. 1, 2016, pp. 9-29.

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1981, Caso Jenkins, Asunto 96/80.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 253/2004, de 22 de diciembre (Cuestión de inconstitucionalidad 2045/1998)

¹⁴⁶ “*Para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de la seguridad social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente sobre las horas trabajadas*”

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2000, Caso Deutsche Telekom, Asunto C-50/96.

discriminatoria la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial (mayoritariamente mujeres) del plan de pensiones de la empresa; y el Caso *Edeltraud* (2004)¹⁴⁸, en el que el TJUE declaró discriminatoria una norma que exigía a los trabajadores realizar un mínimo de tres horas extra en un mismo mes para poder cobrarlas, lo cual era especialmente gravoso para los trabajadores a tiempo parcial.

Esta doctrina se encuentra positivizada en el artículo 11 del RD 902/2020, que consagra el derecho de las personas trabajadoras a tiempo parcial a disfrutar de los mismos derechos, también retributivos, que los trabajadores a tiempo completo. También se indica que el principio de proporcionalidad en las retribuciones percibidas resultará de aplicación cuando lo exijan la finalidad o naturaleza de estas, y así se establezca por una disposición legal, reglamentaria o por convenio colectivo, aunque las reducciones proporcionales no podrán afectar negativamente a los derechos relacionados con la maternidad y el cuidado de menores o personas dependientes.

3.3.2 La incorrecta valoración de los trabajos desempeñados por mujeres.

En la actualidad, es habitual que las mujeres trabajadoras tiendan a concentrarse en determinados sectores y categorías. Este fenómeno, comúnmente conocido como “segregación horizontal”¹⁴⁹, es consecuencia de los roles de género establecidos en torno a hombres y mujeres: se adscribe a los individuos valores, habilidades y cualidades dependiendo de su sexo, lo cual influye en los trabajadores a la hora de escoger sus estudios y profesión¹⁵⁰, y en los empleadores a la hora de contratar a una persona y asignarle ciertas funciones o puestos de trabajo¹⁵¹. También es resultado de la percepción por parte de las mujeres de que en ciertas profesiones masculinizadas sufrirán una mayor discriminación o tendrán menos oportunidades profesionales¹⁵².

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de mayo de 2004, Caso Edeltraud, Asunto C-285/02

¹⁴⁹ MARTÍNEZ, C., COROMINAS, A., COVES, A.M., LUSA, A. *El principio de igualdad de retribución y la valoración de puestos*. [Sesión de conferencia]. II Congreso Internacional de Ingeniería Industrial. “Trascendiendo fronteras. Retos y Estrategias de la Globalización”. Villahermosa. México.

¹⁵⁰ RODRIGO ROJO, Carmen. “La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo ¿Diferencia o discriminación?”. *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, núm. 17, 2006, pp. 17-19

¹⁵¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución”. *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, pp. 7-30.

¹⁵² BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, p. 20.

La segregación horizontal es una de las principales causas de la brecha salarial, en cuanto que las profesiones feminizadas suelen tener una menor remuneración que las masculinizadas. Ahora bien, esto no se debe a factores neutros, sino que es consecuencia directa de la incorrecta valoración de los puestos de trabajo: existe una tendencia generalizada a infravalorar las tareas y las supuestas habilidades típicamente femeninas, lo cual se refleja en una menor retribución de los trabajos desempeñados mayoritariamente por mujeres¹⁵³. Esta infravaloración, por lo tanto, no responde a hechos objetivos, sino a un juicio inconscientemente negativo y subjetivo de quienes evalúan estos puestos de trabajo y categorías¹⁵⁴.

La incorrecta valoración de los trabajos procede fundamentalmente de dos ámbitos: la clasificación profesional, y la estructura y composición de los salarios¹⁵⁵.

La clasificación profesional es el instrumento a través del cual se establece la ordenación jerarquizada de los puestos de trabajo, niveles, profesiones y especialidades, lo cual tiene relevancia a la hora de determinar su retribución. Podemos destacar dos circunstancias que favorecen su incorrecta valoración: la excesiva generalidad e imprecisión a la hora de definir y dotar de contenido a los distintos grupos y niveles profesionales; y el mantenimiento de sesgos sexistas a la hora de denominar y describir dichos grupos. A esto último se le suma la tendencia a sobreestimar ciertos criterios y características que, a pesar de ser aparentemente neutras, favorecen especialmente a los hombres o a los trabajos tradicionalmente masculinizados¹⁵⁶. Entre ellas cabe destacar la experiencia, el esfuerzo y la responsabilidad.

La gran relevancia que se da a la experiencia, si bien en principio parece un criterio neutro y proporcionado, conlleva una importante desventaja para aquellos trabajadores (mujeres en su mayoría) que se ven obligados a abandonar temporalmente o posponer su entrada al mercado laboral para hacer frente a sus cargas familiares. A pesar de esto, han sido varias las sentencias del Tribunal de Justicia que han decretado que este factor no es

¹⁵³ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, p. 20-21.

¹⁵⁴ ELÓSEGUI, María. "Igual salario por trabajo de igual valor". *Persona y Derecho*, núm 54, 2006, pp. 119-150.

¹⁵⁵ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, p. 41.

¹⁵⁶ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, pp. 42-45.

discriminatorio¹⁵⁷. En cuanto al criterio del esfuerzo, es habitual que se valore de forma primordial o incluso exclusiva el uso de la fuerza física (presente mayoritariamente en trabajos típicamente masculinos), dejando de lado otras formas de esfuerzo que son más habituales en trabajos feminizados, como el cuidado, la concentración, la carga mental... Por ello, tanto el TJUE como el Tribunal Constitucional han dictaminado que para que el criterio del esfuerzo físico pueda conllevar ventajas retributivas, es necesario que se cumplan dos requisitos: que se justifique la esencialidad de dicho factor para el desempeño del trabajo valorado, y que se combine con otros criterios retributivos neutros que sean también de aplicación en los trabajos habitualmente desempeñados por mujeres¹⁵⁸¹⁵⁹.

A diferencia del anterior supuesto, el cariz discriminatorio del parámetro de la responsabilidad no proviene de su interpretación y concreción, sino más bien de la ausencia de la misma: es habitual que este elemento no aparezca suficientemente definido, limitándose a presumir que concurre en los puestos de trabajo jerárquicamente más altos¹⁶⁰. Esto actúa en detrimento de los trabajadores que, situándose en niveles más bajos, tienen que hacer frente a grandes exigencias de cuidado y compromiso; y beneficia especialmente y de forma injustificada a los hombres, al ser el sexo predominante en las altas esferas ejecutivas y directivas de las empresas¹⁶¹.

La relevancia de la clasificación de los trabajos en materia de igualdad retributiva es tal, que el propio RD 6/2019 modificó el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores (relativo a los sistemas de clasificación profesional), estableciendo que “*la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de*

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Caso Danfoss, Asunto 109/88; Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2006, Caso Cadman, Asunto C-17/05, entre otras.

¹⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia 1 de julio de 1986, Caso Dato-Druck GmbH, Asunto 237/85; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 145/1991, de 1 de julio (Recurso de amparo 175/1989); Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 250/2000, de 30 de octubre (Recurso de amparo 2075/1996); Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 58/1994, de 28 de febrero (Recurso de amparo 205/1991), entre otras.

¹⁵⁹ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, pp. 45-48

¹⁶⁰ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, pp. 48-49.

¹⁶¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución”. *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, pp. 7-30.

discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. Estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto en el artículo 28.1.”

En cuanto a la estructura y composición de los salarios, de nuevo nos encontramos con la problemática de que, a la hora de establecer los complementos salariales, se tienden a valorar cualidades o circunstancias que favorecen especialmente a los trabajadores masculinos.

Uno de los complementos más ampliamente utilizados es el de antigüedad, que presenta problemas similares a los que ya hemos mencionado con la experiencia: las mujeres tienen una mayor tendencia a interrumpir y posponer su vida laboral para afrontar las cargas familiares, además de soportar índices de temporalidad mayores que los hombres. La reforma de 1994 del Estatuto de los Trabajadores¹⁶² trató de desplazar este criterio en favor de otros como la productividad, la eficiencia y la competitividad, pero su esfuerzo fue en vano¹⁶³.

La mayor diferencia entre la retribución de hombres y mujeres se presenta en los complementos relativos a las características del trabajo desempeñado. Esto se debe, por un lado, a que se tiende a valorar más las características propias de las actividades industriales u otras tareas habitualmente masculinizadas; y por otro, a que esos mismos elementos no se tienen en cuenta cuando se presentan en trabajos tradicionalmente desempeñados por mujeres¹⁶⁴. Un ejemplo de esto es la penosidad, que se aprecia regularmente en aquellos trabajos que exigen el manejo de maquinaria pesada, el recurso a fuerza o resistencia física, y la exposición a un riesgo de sufrir lesiones o padecer enfermedades físicas; pero no en actividades mayoritariamente ocupadas por mujeres como la docencia, el cuidado de niños y personas dependientes, actividades sanitarias, de atención al cliente... que han demostrado aumentar el riesgo de padecer enfermedades psicológicas como la depresión o la ansiedad, y que exigen una gran paciencia y resistencia psíquica. Algo parecido sucede en cuanto a la valoración de la toxicidad, que se asocia al uso de máquinas y productos químicos, ignorando

¹⁶² Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

¹⁶³ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, pp. 53-55.

¹⁶⁴ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, p. 55.

la exposición a ambientes insalubres en residencias, colegios y hospitales, e incluso obviándose en sectores ampliamente feminizados como la limpieza¹⁶⁵.

Por otra parte, en el ámbito de los servicios y las actividades en las que se prima el trabajo intelectual, administrativo o tecnológico, en los que existe una mayor presencia femenina, es habitual que los complementos retribuyan el denominado “presentismo laboral”: la puntualidad, la disponibilidad, la prolongación de la jornada...¹⁶⁶ Así, de nuevo, nos encontramos con que estas retribuciones son difícilmente accesibles para aquellos trabajadores que deben compatibilizar su vida laboral con las responsabilidades familiares y cargas domésticas, que en la actualidad siguen siendo asumidas mayoritariamente por las mujeres¹⁶⁷.

Como podemos observar, estos complementos no son discriminatorios *per se*: no existe ningún inconveniente en que se valoren retributivamente ciertas circunstancias del trabajador o el trabajo a desempeñar, siempre que esté justificado por las necesidades y vicisitudes de la entidad o la actividad desarrollada. El problema aparece cuando primero, sólo se valoran cualidades o circunstancias vinculadas tradicionalmente a los hombres (el uso de la fuerza física, la capacidad de dedicarse completamente al trabajo...), y segundo, tienden a apreciarse sólo en trabajos típicamente masculinizados. Es decir, las trabajadoras se encuentran doblemente perjudicadas: por un lado, las cualidades consideradas tradicionalmente femeninas (el cuidado, la atención, la paciencia, el detalle...) son minusvaloradas y no se encuentran retribuidas a pesar de ser beneficiosas y/o necesarias para el desarrollo de ciertas actividades. Y por otro, las dificultades y vicisitudes asociadas a trabajos típicamente masculinizados (ej. la toxicidad) son ignoradas o minimizadas cuando se presentan en trabajos con una alta presencia femenina.

También existe una enorme problemática en cuanto a los complementos vinculados a la situación y resultados de la empresa, en los que se engloban retribuciones derivadas de factores como el rendimiento, la productividad o la responsabilidad. En este caso, la discriminación no deriva de la parcialidad a la hora de determinar qué circunstancias han de

¹⁶⁵ ELÓSEGUI, María. “Igual salario por trabajo de igual valor”. *Persona y Derecho*, núm 54, 2006, pp. 119-150.

¹⁶⁶ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, p. 56.

¹⁶⁷ GARCÍA LOMBARDÍA, Sandra. “El papel de la inspección de trabajo y seguridad social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 925-961.

ser o no retribuidas, sino de la concreción de su contenido y la discrecionalidad de la que suelen gozar los empleadores tanto para designar a los empleados que desempeñarán los trabajos en los que concurren estas atribuciones, como para aplicar o no estos complementos a los distintos puestos¹⁶⁸. Han sido numerosas las sentencias que han evidenciado que esta discrecionalidad suele beneficiar a los trabajadores hombres en detrimento de las mujeres¹⁶⁹, entre las cuales podemos destacar la STS de 14 de mayo de 2014¹⁷⁰, en la que se juzga a una empresa que adjudicaba a todos los trabajadores del mismo nivel salarial un “plus voluntario absorbible”, que era sustancialmente menor en el único departamento ocupado exclusivamente por mujeres. El Tribunal determinó que tal diferencia no estaba justificada, y de hecho observó que las trabajadoras de este departamento tenían que asumir una serie de tareas y responsabilidades adicionales que no estaban valoradas a nivel retributivo. Más reciente es la STSJ de las Islas Canarias 616/2020, de 17 de marzo¹⁷¹, en la que se declaró discriminatorio que una empresa abonase en concepto de “complemento de actividad” cantidades diversas a los siete profesores de idiomas que trabajaban en ella, sin aclarar en ningún momento cuál era el criterio que se seguía para determinar la cuantía correspondiente a cada trabajador, y pagando a los tres profesores varones cantidades sustancialmente superiores que a las cuatro profesoras mujeres que desarrollaban exactamente el mismo trabajo.

3.4 MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

La mera equiparación de la situación normativa de hombres y mujeres, así como la eventual persecución de los tratos discriminatorios que se van detectando, ha demostrado ser un proceso lento e insuficiente para eliminar la desigualdad existente entre ambos sexos. Por ello es habitual acudir a las denominadas “medidas de acción positiva”: políticas que,

¹⁶⁸ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, p. 57.

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 5798/2011, de 18 de julio (rec. 133/2010); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Sala de lo Social) núm. 928/2017, de 2 de noviembre de 2017; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 246/2018, de 14 de febrero (rec. 2089/2017), entre otras.

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 1908/2014, de 14 de mayo (rec. 2328/2013)

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Sala de lo Social) núm. 616/2020, de 13 de marzo (rec. 1082/2019)

aunque a priori parecen discriminatorias por favorecer a un colectivo concreto, en realidad sólo persiguen equilibrar una situación de desigualdad ya constatada¹⁷².

La doctrina distingue habitualmente dos tipos, dependiendo de su intensidad: las acciones positivas moderadas o de incentivación, y las acciones positivas intensas, de discriminación positiva o inversa¹⁷³.

Son acciones positivas moderadas aquellas que, sin influir directamente en el proceso selectivo, tratan de remover los obstáculos que impiden a las mujeres acceder al mismo en igualdad de condiciones. En esta categoría entrarían los programas de formación específicos para mujeres, la concesión de subvenciones a empresas con políticas de igualdad, la inclusión de mujeres en los equipos de selección del personal... El Tribunal Constitucional las ha declarado aptas para lograr la igualdad de oportunidades, si bien advierte sobre la inadmisibilidad de aquellas medidas “protectoras”, aparentemente ventajosas para la mujer, que reflejan y perpetúan en la práctica sus roles tradicionales y su posición de inferioridad social¹⁷⁴. Por su parte, son acciones positivas intensas aquellas que suponen la reserva de plazas o cuotas para las mujeres. Estas últimas han generado una mayor oposición, al ser consideradas por parte de la doctrina dañosas para el sexo masculino. En principio no adolecen de inconstitucionalidad *per sé*, pero para ser consideradas legítimas deben observar los criterios de proporcionalidad y adecuación de forma mucho más estricta. Son menos habituales que las medidas moderadas, y han surgido especialmente en el ámbito electoral y en el del nombramiento de cargos públicos¹⁷⁵.

Son numerosos los instrumentos, tanto nacionales como internacionales, que han consagrado la legitimidad de las medidas de acción positiva¹⁷⁶. En el ordenamiento español

¹⁷² MARTÍN SERNA, Celia. “Tutela antidiscriminatoria: el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales”. *Quaderns de Ciències Socials*, núm. 34, 2016, pp. 4-32.

¹⁷³ CARBALLO FIDALGO, Marta. “El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación en la Ley Orgánica de 22 de marzo de 2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”. *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 1 núm. 3, 2006, pp. 9-29.

¹⁷⁴ MARTÍN SERNA, Celia. “Tutela antidiscriminatoria: el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales”. *Quaderns de Ciències Socials*, núm. 34, 2016, pp. 4-32.

¹⁷⁵ CARBALLO FIDALGO, Marta. “El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación en la Ley Orgánica de 22 de marzo de 2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”. *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 1 núm. 3, 2006, pp. 9-29.

¹⁷⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, Convenio 111 de la OIT, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores, Directiva 2006/54/CE, entre otros.

destaca la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que establece en su artículo 11 el deber de los Poderes Públicos de adoptar medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Estas medidas deberán ser razonables y proporcionadas al fin perseguido, y podrán ser adoptadas también por sujetos privados en los términos establecidos por la Ley.

La norma también dispone varias medidas e instrumentos para alcanzar ese objetivo. Destacan los Planes de Igualdad, que son conjuntos de medidas coordinadas dirigidas a eliminar la discriminación por razón de sexo y a garantizar el respeto de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Deben ser elaborados por las empresas que tengan al menos 50 trabajadores en plantilla, y en ellos se fijarán los objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, y los sistemas de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados¹⁷⁷.

Los Planes de Igualdad se estructuran en cuatro fases: una fase preliminar de diagnóstico inicial de situación, que otorga una visión global de la distribución por géneros de la empresa; otra de determinación de objetivos y adopción de medidas concretas, buscando solventar las deficiencias observadas en la primera; una tercera de control y supervisión de la eficacia de las medidas; y una última de evaluación y propuestas de mejora¹⁷⁸. La elaboración de estos planes requiere un comportamiento activo y consciente de las empresas: de nada sirve que se limiten a reproducir previsiones legales y derechos laborales, o que se hagan declaraciones de intenciones sin una verdadera voluntad de identificar y resolver los problemas existentes.

La previsión original de la LO 3/2017 sobre los Planes de Igualdad ha sufrido diversas modificaciones y adiciones. En un principio su elaboración tan solo era obligatoria para las empresas de doscientos cincuenta o más empleados, pero el RDL 6/2019 lo extendió hasta las empresas de cincuenta o más, fijando unos plazos para su aprobación y sin perjuicio de que las empresas con una plantilla inferior pudieran adoptarlos voluntariamente. Por otra parte, con el Real Decreto-Ley también se creó un Registro de Planes de Igualdad de Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

¹⁷⁷ Artículo 46 de la LO 3/2007.

¹⁷⁸ SELMA PENALVA, Alejandra. “Algunas reflexiones prácticas en torno a la elaboración de los planes de igualdad en las empresas”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 46, 2017, pp. 49-91.

A comienzos del año 2021 entraron en vigor dos nuevos Reales Decretos, que, entre otras cuestiones, desarrollaron las previsiones de la LO 3/2007 sobre Planes de Igualdad. El RD 901/2020 indica el plazo y el procedimiento para llevar a cabo su negociación, así como el contenido mínimo de cada una de sus etapas; y el RD 902/2020 desarrolla la obligación de todas las empresas que elaboren un Plan de Igualdad de incluir una auditoría retributiva.

También debemos señalar la relevancia en esta materia del papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que desde la aprobación de la LO 3/2007 ha reforzado sus campañas y planes de actuación contra la discriminación por razón de sexo. Cabe mencionar el Plan Director para un Trabajo Digno 2018-2019-2020¹⁷⁹, que, entre otras cuestiones, introdujo la perspectiva de género en la labor inspectora y buscó promover y garantizar la igualdad entre sexos en el trabajo¹⁸⁰.

Otra medida destacada ha sido el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, prevista en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Según su artículo 60, las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas, y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada uno de ellos. Con esta previsión se pretende aplacar o compensar de algún modo la brecha de género existente en las pensiones contributivas de la Seguridad Social en perjuicio de las mujeres, derivada en gran parte de las consecuencias biológicas de la maternidad y de su mayor implicación en el cuidado de los hijos. La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el Asunto C-450/18¹⁸¹, que declaró contraria al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres la exclusión del acceso a este complemento de los varones, motivó la reforma promulgada por el Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero¹⁸², que permitió que los hombres padres de uno o más hijos y beneficiarios de este tipo de pensiones contributivas pudieran acceder a este complemento siempre que cumplieran una serie de requisitos.

¹⁷⁹ Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020.

¹⁸⁰ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, p. 114-115.

¹⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019, “WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)”, Asunto C-450/18

¹⁸² Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

Junto con estas medidas imperativas podemos destacar otras de carácter voluntario, impulsadas por el gobierno a raíz de la aprobación del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, que buscan que las propias empresas evalúen y adopten de forma voluntaria medidas para identificar y suprimir la brecha salarial y la discriminación por razón de sexo en su organización. Así, por un lado tenemos la “Herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género”, dirigida a detectar, analizar y reducir las prácticas discriminatorias que se puedan producir en el seno de las empresas, consistente en un fichero de Excel en el que se separan los trabajadores por sexo y otras características personales (edad antigüedad...) para determinar si entre las retribuciones de hombres y mujeres existen diferencias carentes de justificación objetiva. Por otro, el “Sistema de valoración de puestos de trabajo en las empresas con perspectiva de género” exige la introducción de datos sobre la estructura organizativa de las empresas, los puestos de trabajo, los salarios de cada trabajador... para luego valorar los distintos puestos mediante un método similar al recomendado por la OIT¹⁸³: se asigna un valor a cada puesto de trabajo en atención cuatro factores (calificaciones, esfuerzos, responsabilidades y condiciones de trabajo), que a su vez se disgregan en "subfactores" (formación académica, experiencia, esfuerzo, responsabilidad...), para que el empresario pueda diseñar un sistema neutro de retribución y compararlo con la realidad de su organización. La utilización de estos instrumentos es voluntaria, por lo que no existen datos sobre su implantación y efectividad¹⁸⁴.

Otra propuesta fue la creación de la “Red DIE”, un grupo de empresas de distintos tamaños y sectores que han obtenido el distintivo de “Igualdad en la Empresa” por destacar en el desarrollo de políticas de Igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. La iniciativa provino del Instituto de las Mujeres, y pretende potenciar el desarrollo e intercambio de prácticas y experiencias en esta materia mediante la realización de diversas actividades (jornadas, grupos de trabajo, foros...) y su recopilación en una guía de buenas prácticas¹⁸⁵.

¹⁸³ “Método de puntos por factor”

¹⁸⁴ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019, pp. 117-118.

¹⁸⁵ Instituto de las Mujeres, Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, 2021. Bienvenida a la red de empresas con distintivo “Igualdad en la Empresa” (Red DIE). *IGUALDADENLAEMPRESA.ES*, disponible en <https://www.igualdadenlaempresa.es/DIE/red-DIE/home.htm> [Acceso el 15 de junio de 2021].

Por último, debemos señalar que las Comunidades Autónomas también pueden desarrollar políticas en aras a la consecución de los principios de igualdad y no discriminación. Así, podemos mencionar la “Estrategia asturiana contra la brecha salarial 2016-2018”, o la “II Estrategia Integrada de Empleo, Formación Profesional, Prevención de Riesgos Laborales e Igualdad y Conciliación en el Empleo 2016-2020” de Castilla y León.

4. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA

La invisibilidad de las condiciones y características de los trabajos desarrollados mayoritariamente por mujeres es la principal causa de discriminación retributiva por razón de sexo¹⁸⁶. Ahora bien, esta invisibilidad está estrechamente vinculada a la opacidad retributiva: las deficiencias en los derechos de información de los trabajadores y agentes sociales en cuanto a la estructura, cuantías salariales y los criterios de valoración de trabajo se traducen en una gran dificultad para conocer, denunciar y probar las eventuales desigualdades que se producen en este ámbito¹⁸⁷.

Esta opacidad tiene principalmente dos manifestaciones: por un lado, la configuración de retribuciones variables cuya aplicación está condicionada a circunstancias que no se encuentran claramente precisadas, o incluso que son arbitrarias y/o poco objetivas. Y por otro, la imposibilidad de conocer la retribución abonada al resto de los trabajadores¹⁸⁸. La primera de estas manifestaciones tiene una relación muy estrecha con la incorrecta valoración de los trabajos desempeñados por mujeres, y la segunda con la dificultad de conocer y probar estas desigualdades.

El principio de transparencia retributiva se define en el artículo 3.1 del RD 902/2020 como “*aquel 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 le atribuye a dicha retribución*”. Es consustancial al principio de igualdad retributiva, y ha de aplicarse tanto a los criterios de análisis y valoración del trabajo como al diseño de la

¹⁸⁶ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, pp. 20-21.

¹⁸⁷ GARCÍA LOMBARDÍA, Sandra. “El papel de la inspección de trabajo y seguridad social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 925-961

¹⁸⁸ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, p. 25.

estructura salarial¹⁸⁹. Así, se puede examinar en dos niveles: por un lado, en el nivel de la negociación colectiva, es necesario que se expresen claramente los criterios que se tienen en cuenta para valorar y clasificar los puestos de trabajo; y por otro, a nivel empresarial, de nada sirve que en los convenios todo aparezca claramente justificado si no existe transparencia a la hora de elaborar y asignar complementos de naturaleza voluntaria, distintos de los previstos convencionalmente¹⁹⁰.

Este principio no solo es útil para garantizar que la normativa existente se aplique con rigor y equidad: dada la gran variedad y complejidad de elementos que pueden resultar discriminatorios en materia retributiva, también se erige como el mecanismo más eficaz para llegar a aquellas situaciones que la ley no alcanza¹⁹¹. Tiene especial relevancia en la lucha contra las diferencias salariales entre sexos, contribuyendo a la identificación de los casos de minusvaloración de los trabajos desempeñados por mujeres¹⁹².

En cuanto a su regulación, se encuentra contemplado en diversos instrumentos de la UE, entre los que podemos mencionar las Resoluciones del Parlamento del 18 de noviembre de 2008 y del 24 de mayo de 2012; la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014; y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, entre otros. Conviene destacar la Recomendación de 7 de marzo de 2014, que insta a los Estados miembros a adoptar medidas específicas para promover la transparencia retributiva, especialmente sobre la composición y las estructuras salariales. Para ello, recomienda adoptar al menos una de las siguientes acciones: otorgar a los trabajadores el derecho a solicitar y obtener información sobre los distintos niveles salariales desglosada por género; establecer el deber a los empleadores y empresas con al menos cincuenta trabajadores de informar de la remuneración media por categoría o puesto, desglosada por sexos; garantizar la celebración de auditorías salariales en empresas con al menos doscientos cincuenta trabajadores; y velar por la introducción de la cuestión de la igualdad de retribución en los procedimientos de

¹⁸⁹ SALDAÑA VALDERAS, Eva. “El tratamiento del salario y los beneficios sociales en los planes de igualdad: insuficiencias y buenas prácticas”. *Temas Laborales*, núm. 108, 2011, pp. 85-113.

¹⁹⁰ GARCÍA LOMBARDÍA, Sandra. “El papel de la inspección de trabajo y seguridad social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 925-961

¹⁹¹ CAMPS, Victoria. “Transparencia y brecha salarial”. *Revista internacional transparencia e integridad*, núm. 6, 2018, pp. 1-5.

¹⁹² ARENAS VIRUEZ, Margarita. “Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902, 2020, de 13 de octubre”. *Temas Laborales*, núm. 156, 2021, pp. 11-49.

negociación colectiva¹⁹³. A pesar de su carácter potestativo, este documento goza de una notable trascendencia, pues establece compromisos muy concretos para lograr una información suficiente de cara a la correcta valoración de los puestos de trabajo¹⁹⁴.

El legislador español responde a estas indicaciones introduciendo con el RDL 6/2019 tres medidas en favor de la transparencia retributiva: la definición de trabajos de igual valor (art. 28.1 ET), el establecimiento de la obligación empresarial de llevar un registro salarial, y el derecho de los trabajadores a acceder a través de sus representantes en la empresa a dicho registro (art. 28.2 ET). Los representantes también tendrían derecho a recibir información, al menos una vez al año, sobre la aplicación del derecho de igualdad de trato y de oportunidades en la empresa¹⁹⁵.

Más reciente es el Real Decreto 902/2020, que se articula en torno a dos elementos: el principio de transparencia retributiva, y la obligación de dar una igual retribución por trabajos de igual valor¹⁹⁶. Así, en su artículo 3.2 establece que el principio de transparencia retributiva *“tiene por objeto 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 desempeñado un trabajo de igual valor de acuerdo con los artículos siguientes, 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”*. La consecución de este objetivo se instrumenta a través de varios mecanismos: los registros retributivos, el derecho de información de las personas trabajadoras, la auditoría retributiva, y el sistema de valoración de puestos de trabajo.

4.1 LOS REGISTROS RETRIBUTIVOS

¹⁹³ Puntos 3 a 6 de la Recomendación de 7 de marzo de 2014

¹⁹⁴ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, p. 48.

¹⁹⁵ Roales Paniagua, E., (s.f.). El trabajo de igual valor y la transparencia salarial como elementos clave en la eliminación de la brecha salarial entre mujeres y hombres. *Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional*, disponible en: < <http://www.cielolaboral.com/el-trabajo-de-igual-valor-y-la-transparencia-salarial-como-elementos-clave-en-la-eliminacion-de-la-brecha-salarial-entre-mujeres-y-hombre/> > [Acceso el 12 de abril de 2021]

¹⁹⁶ CALLAU DALMAU, Pilar. “La aplicación del principio de igualdad de retribución contemplado en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre. Referentes supranacionales y alcance normativo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pp. 263-297.

El RDL 6/2019, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidad entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, modifica el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores para incluir la obligación de todos los empresarios de realizar un registro retributivo. Este registro debe contener los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, que deberán aparecer desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Su objetivo es garantizar la transparencia en la configuración de las percepciones, y el adecuado acceso a la información retributiva de las empresas¹⁹⁷.

A la llevanza del registro se le suma otra exigencia: si la empresa tiene al menos cincuenta trabajadores, y el promedio de las retribuciones de los trabajadores de un sexo supera al del otro en un 25% o más, el empresario deberá incluir en el registro una justificación que acredite que dicha diferencia no se debe a motivos discriminatorios¹⁹⁸.

Aunque la enunciación de estas obligaciones no es compleja, son numerosas las cuestiones que han surgido al respecto.

En primer lugar, en relación con la forma de elaborar el registro, el RDL establece que debe realizarse “*con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor*”¹⁹⁹. La primera dificultad radica en que, dependiendo de la opción que se escoja, el registro reflejará circunstancias diferentes: si se desagregan las retribuciones por sexo según los grupos o categorías profesionales, se medirá la desigualdad salarial; y si se hace atendiendo a los trabajos iguales o de igual valor, se evaluará la discriminación salarial²⁰⁰. En principio, parece que el método más adecuado sería acudir a los grupos y categorías profesionales, en cuanto que el volcado y la comparación de los datos sería mucho más sencilla²⁰¹. Además, en el artículo 5 del RD 902/2020 se indica que el registro debe contener “*convenientemente desglosadas por sexo, la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos*

¹⁹⁷ Artículo 5 del RD 902/2020

¹⁹⁸ Artículo 28.3 de Estatuto de los Trabajadores.

¹⁹⁹ Artículo 7 del RDL 6/2019

²⁰⁰ SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1-26.

²⁰¹ BLÁZQUEZ AGUDO, Eva M. “El registro salarial: una simple obligación con una gran implicación”. *Femeris*, vol. 4, núm. 3, 2019, pp. 5-10.

conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable". Sin embargo, la obligación contenida en el apartado 1 del artículo 28 ET de retribuir igualmente los trabajos de igual valor, y el hecho de que las principales sanciones se prevean en atención a la vulneración del principio de no discriminación, hace necesario acudir a la disgregación según el valor de los puestos de trabajo²⁰². En el caso de las empresas que realicen auditorías retributivas, el registro deberá reflejar necesariamente las medias y medianas salariales de agrupaciones de trabajo de igual valor, aunque sean categorías diferentes²⁰³.

En segundo lugar, llama la atención que el artículo 28.2 del Estatuto de los Trabajadores sólo haga referencia a las percepciones estrictamente salariales (*“los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla”*), obviando el hecho de que el principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres ha de referirse a todo tipo de percepciones²⁰⁴. Esto se soluciona con el RD 902/2020, que en su artículo 5.2 indica el registro también debe incluir las *“percepciones extrasalariales”*.

El periodo temporal de referencia que se debe tener en cuenta para la elaboración del registro es, con carácter general, el año natural. El artículo 5.1 del Real Decreto 902/2020 establece que la información debe ser *“fiel y actualizada”*, por lo que se entiende que los datos deben ir renovándose a medida que se retribuyan las distintas partidas, sobre todo en el caso de aquellas que tengan carácter extraordinario. Por su parte, el artículo 5.4 establece que el registro se puede modificar en el caso de *“alteración sustancial de cualquiera de los elementos que integran el registro”*, aunque no se aclara a qué tipo de alteraciones se refiere²⁰⁵.

La obligación de justificar en el registro las diferencias salariales entre hombres y mujeres del 25% y superiores también plantea diversas cuestiones.

²⁰² BLÁZQUEZ AGUDO, Eva M. “El registro salarial: una simple obligación con una gran implicación”. *Femeris*, vol. 4, núm. 3/2019, pp. 5-10.

²⁰³ CALLAU DALMAU, Pilar. “La aplicación del principio de igualdad de retribución contemplado en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre. Referentes supranacionales y alcance normativo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pp. 263-297

²⁰⁴ BALLESTER PASTOR, María Amparo. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Femeris*, vol. 4, núm. 2/2019, pp. 14-38.

²⁰⁵ ARENAS VIRUEZ, Margarita. “Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre”. *Temas Laborales*, núm. 156/2021, pp. 11-49.

En primer lugar, no se entiende muy bien el motivo por el que el legislador decidió limitar esta obligación a las empresas que tengan “*al menos cincuenta trabajadores*”²⁰⁶. Además, no se señala el momento que se ha de tener en cuenta para determinar el número de empleados, lo cual genera inseguridad jurídica²⁰⁷.

En cuanto al cálculo de las diferencias salariales, el Estatuto de los Trabajadores señala dos bases de comparación: el conjunto de la masa salarial, y la media de las percepciones satisfechas²⁰⁸. Como el artículo 28.2 ET permite desagregar por sexo tanto las retribuciones de los grupos y categorías profesionales como las derivadas de los trabajos iguales o de igual valor, podría entenderse que, en el caso de que el registro se haya elaborado atendiendo a esta segunda opción, el deber de justificación sólo se aplicaría cuando la retribución de hombres y mujeres ante trabajos iguales o de igual valor difiera en un 25% o más. Esta diferencia es demasiado alta, por lo que habrá que considerar que el legislador se refiere a la diferencia salarial entre sexos en abstracto, teniendo en cuenta la retribución de todos los trabajadores de la empresa²⁰⁹. Esta es la opción por la que se decanta el RD 902/2020 en las empresas con auditoría retributiva, que en su artículo 6.b) establece que “*el registro deberá incluir la justificación a que se refiere el artículo 28.3 del Estatuto de los Trabajadores, cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales en la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro en, al menos, un veinticinco por ciento*”.

En el caso de que una empresa de al menos cincuenta trabajadores presente una diferencia salarial de un 25% o más, deberá justificar en el registro que tal diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras²¹⁰. Ahora bien, que se cumpla con esta obligación de justificación, no significa que se vaya a descartar la existencia de indicios de discriminación²¹¹. Así, no se considerarán justificadas las diferencias de retribución ante trabajos iguales (discriminación directa), si bien se permite la adopción de medidas de discriminación positiva que persigan compensar situaciones de desventaja reales

²⁰⁶ Artículo 28.3 del Estatuto de los Trabajadores

²⁰⁷ BLÁZQUEZ AGUDO, Eva M. “El registro salarial: una simple obligación con una gran implicación”. *Femeris*, vol. 4, núm. 3/2019, pp. 5-10

²⁰⁸ Artículo 28.3 del Estatuto de los Trabajadores

²⁰⁹ SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1-26.

²¹⁰ Artículo 28.3 ET del Estatuto de los Trabajadores.

²¹¹ Artículo 10 del RD 902/2020

(como las derivadas del embarazo o maternidad). Tampoco se admitirán las diferencias retributivas entre sexos derivadas de la mayor presencia de uno de ellos en el trabajo a tiempo parcial y la menor retribución por hora del mismo, salvo que la medida persiga un fin legítimo, sea necesaria y adecuada, y en ningún caso esté basada en el sexo. Cuando la diferencia retributiva derive de la clasificación de los puestos de trabajo o de los complementos salariales, deberá probarse que la valoración se ha realizado en atención a criterios neutros, o que los criterios que favorecen especialmente a un sexo eran necesarios para el desempeño del trabajo y se han compensado mediante criterios que favorecen también al otro. No es admisible que la diferencia se pretenda justificar por la aplicación de convenios colectivos diferentes, ni por complementos individuales voluntarios establecidos por la empresa discrecionalmente²¹².

4.2 EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

El Real Decreto 902/2020 identifica el derecho de información de las personas trabajadoras con su derecho a acceder al registro retributivo²¹³. Así, el artículo 28.2 ET establece que “*las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa*”. Sin embargo, no se indica a qué información se puede acceder, ni qué sucede en el caso de las empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores.

Esta laguna ha sido colmada mediante el artículo 5.3 RD 902/2020, que establece que, cuando un trabajador solicite el acceso al registro y no exista representación legal en la empresa, la información que se le facilitará serán las diferencias porcentuales entre las retribuciones promediadas entre hombres y mujeres, desagregadas en función de la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación. Así, se prevén dos posibilidades: si la empresa tiene representantes legales, los trabajadores podrán acceder al registro a través de dicha representación, que tiene derecho a conocer su contenido íntegramente. Si no los tiene, los trabajadores no podrán conocer la cuantía de las retribuciones contenidas en el registro, sino tan solo las diferencias porcentuales que existan entre las retribuciones de los distintos sexos.

²¹² SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1-26.

²¹³ Artículo 5.3 RD 902/2020

También surge la pregunta de si este registro conculca los derechos a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal de los trabajadores. En cuanto al derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional y el Supremo²¹⁴ ya han señalado que las retribuciones no forman parte del ámbito personal e íntimo del trabajador, sino de la esfera de las relaciones sociales y profesionales, por lo que no han de reservarse para salvaguardar el respeto a la intimidad. Además, se trata de un elemento esencial del contrato, por lo que no es necesario recabar el consentimiento individual de los trabajadores para que los representantes sindicales puedan acceder al mismo²¹⁵. En cuanto al derecho a la protección de datos personales, según la normativa de protección de datos, este no se lesiona: el responsable (el empresario) actúa en cumplimiento de una obligación legal exigible²¹⁷, y esto ampara la elaboración de registro y la difusión de su contenido cuando lo soliciten los trabajadores y la representación unitaria²¹⁸.

4.3 LA AUDITORÍA RETRIBUTIVA

Todas las empresas que tengan al menos cincuenta trabajadores deben elaborar un plan de igualdad, dirigido a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. La auditoría salarial constituye uno de los contenidos mínimos que deben concurrir en la fase de diagnóstico previa a la elaboración de todo plan de igualdad²¹⁹, lo cual eleva la capacidad de estos instrumentos para verificar la integración del principio de igualdad en los sistemas de gestión de la empresa y medir el riesgo de su incumplimiento²²⁰.

²¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 142/1993, de 22 de abril (Recurso de inconstitucionalidad 190/1991); Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo social) núm. 1051/2009, de 19 de febrero (rec. 6/2008), entre otras.

²¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo social) núm. 1051/2009, de 19 de febrero (rec. 6/2008)

²¹⁶ GARCÍA LOMBARDÍA, Sandra. “El papel de la inspección de trabajo y seguridad social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 925-961.

²¹⁷ Artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

²¹⁸ Pastor Merchante, J., 2021. El registro retributivo en España: ¿para este viaje hacen falta estas alforjas? *ELDERECHO.COM*, disponible en: <<https://elderecho.com/el-registro-retributivo-en-espana-para-este-viaje-hacen-falta-estas-alforjas>> [Acceso el 10 de mayo de 2021]

²¹⁹ Artículo 46 de la LO 3/2007

²²⁰ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José. “Un estándar superior de planes de igualdad: más empresas, contenido y controles en la nueva regulación”. *Temas Laborales*, núm. 156/2021, pp. 51-92.

El artículo 7 del RD 902/2020 desarrolla esta previsión definiendo los tres principales objetivos de la auditoría: la obtención de la información necesaria para comprobar si el sistema retributivo de la empresa cumple el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres, la definición de las necesidades que se deben atender para garantizar la igualdad retributiva, y el aseguramiento de la transparencia y el seguimiento de dicho sistema retributivo. El apartado 2 de este precepto vincula la vigencia de la auditoría a la del plan de igualdad del que forme parte, si bien permite determinar otra inferior.

Atendiendo a estas previsiones, podemos definir la auditoría retributiva como un documento de carácter temporal que forma parte del contenido de los planes de igualdad, integrándose en la fase de diagnóstico, con el objetivo de garantizar la consecución del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia de retribución²²¹.

El artículo 8 del RD 902/2020 establece que la auditoría retributiva conlleva dos obligaciones: la realización de un diagnóstico de la situación retributiva de la empresa, y el establecimiento de un plan de actuación para la corregir las eventuales desigualdades retributivas.

El diagnóstico de situación requiere la evaluación de los puestos de trabajo, tanto en relación con el sistema retributivo, como con el sistema de promoción. Esta valoración irá dirigida a analizar de forma objetiva los factores estrictamente vinculados con el desarrollo de la actividad laboral que concurren (o puedan concurrir) en cada puesto de trabajo, determinar su incidencia y, en función de los mismos, puntuar el trabajo. La valoración tiene que cumplir una serie de requisitos: debe referirse a cada una de las tareas y funciones de cada puesto de trabajo de la empresa, debe ofrecer confianza respecto de sus resultados, y ha ser adecuada a las circunstancias particulares de cada organización. También se tiene que evaluar la relevancia de otros factores desencadenantes de diferencias retributivas o dificultades en la promoción profesional o económica, así como las posibles deficiencias o desigualdades que se puedan presentar en atención a las medidas de conciliación y corresponsabilidad.

Por su parte, el plan de actuación debe determinar sus objetivos, actuaciones, cronograma y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento, y desarrollar un sistema de seguimiento y de implementación de mejoras a partir de los

²²¹ ARENAS VIRUEZ, Margarita. “Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre”. *Temas Laborales*, núm. 156/2021, pp. 11-49.

resultados obtenidos. No se acaba de entender el motivo por el que este plan de actuación se ha integrado en la etapa de diagnóstico de los planes de igualdad, cuando parece ser más propio de la fase de determinación de objetivos y adopción de actuaciones concretas. Por ello, habrá que entender que sus medidas deberán contemplarse también en el propio plan de igualdad²²².

4.4 EL SISTEMA DE VALORACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

4.4.1 De “igual remuneración por trabajos iguales” a “igual remuneración por trabajos de igual valor”

La tendencia a minusvalorar los trabajos desempeñados por mujeres hizo que el principio de igualdad de remuneración por trabajos iguales resultase insuficiente a la hora de garantizar los principios de igualdad y no discriminación. La mayor parte de las desigualdades no se presentan entre trabajadores de distinto sexo que ocupan el mismo puesto de trabajo, sino entre aquellos que realizan trabajos y funciones de un valor equivalente pero reciben retribuciones distintas.

Debemos puntualizar que para considerar que se ha producido un trato discriminatorio no basta con que exista una diferencia remuneratoria entre trabajos de igual valor: es necesario que tal diferencia no esté basada en criterios objetivos, y que no resulte conforme con el principio de proporcionalidad. Así, cabría mencionar el paradigmático asunto *Wiener* (1999)²²³, en el que se consideró que no era discriminatoria la diferencia retributiva existente entre los psicoterapeutas psicólogos (mayoritariamente mujeres) y los psicoterapeutas médicos (mayoritariamente hombres) de una misma entidad, a pesar de que desempeñaban funciones similares, por entender que la mayor remuneración de los segundos estaba justificada por la diferente formación requerida y por exigirse de ellos una mayor disponibilidad²²⁴.

²²² ARENAS VIRUEZ, Margarita. “Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre”. *Temas Laborales*, núm. 156, 2021, pp. 11-49.

²²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de mayo de 1999, Caso Wiener, Asunto C-309/97

²²⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución”. *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, pp. 7-30.

La primera vez que se introdujo la exigencia de remunerar igualmente la mano de obra masculina y femenina por trabajos de igual valor fue con el Convenio n°100 de la OIT, en 1951.

Más tardía fue la regulación de este principio en el ámbito comunitario, que no se produjo hasta la Directiva 75/117/CE. Esta norma desarrolló el artículo 119 del Tratado de Roma de 1975, entendiendo que el denominado “principio de igualdad de retribución” exigía la eliminación de discriminación por sexo tanto ante un mismo trabajo como ante trabajos de igual valor. Sin embargo, el TJUE interpretó este precepto de forma muy restrictiva, entendiendo que para que se aplicase ante trabajos de igual valor era necesario que se produjera un desarrollo legislativo comunitario o nacional²²⁵.

Los primeros casos de discriminación retributiva enjuiciados por el Tribunal de Justicia no fueron muy problemáticos, pues se referían a diferencias existentes entre trabajadores que desempeñaban trabajos iguales (casos Defrenne II y Jenkins). Sin embargo, no tardaron en surgir cuestiones más complejas, relativas a puestos de trabajo que no eran estrictamente iguales. A este respecto cabe destacar los asuntos Wiener (1999), Cadman (2006) y Kenny (2013)²²⁶, en los que el Tribunal consagra la legitimidad de retribuir de forma distinta trabajos de igual valor siempre que la diferencia esté justificada por motivos objetivos, proporcionados y no discriminatorios²²⁷.

En el ámbito español, el reconocimiento normativo del principio de igualdad salarial para trabajos de igual valor se produjo por primera vez con la Ley 11/194, de 19 de mayo, que lo introdujo en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores, aunque sin definir su concepto. Sin embargo, la primera sentencia del Tribunal Constitucional que apreció discriminación ante remuneraciones diferentes por trabajos de igual valor fue anterior a la misma: la STC 145/1991²²⁸ enjuició un supuesto en el que los trabajadores y trabajadoras estaban divididos en las categorías de “peones” y “limpiadoras” respectivamente, estando las

²²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 1976, Caso Defrenne II, Asunto 43/75.

²²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 2013, Caso Kenny, Asunto C-427/11

²²⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución”. *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, pp. 7-30.

²²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 145/1991, de 1 de julio (Recurso de amparo 175/1989)

condiciones de la segunda categoría infravaloradas desde el punto de vista retributivo²²⁹. El Tribunal consideró que para la valoración y retribución de los puestos de trabajo no debía tenerse en cuenta su denominación o categoría, sino las funciones efectivamente desempeñadas y las circunstancias objetivas no vinculadas directa o indirectamente con el sexo de los trabajadores²³⁰. Yendo más allá, establece que se podrían tener en cuenta a efectos retributivos circunstancias vinculadas a trabajos típicamente masculinos (ej. esfuerzo físico), siempre que de forma correlativa se valorasen también factores presentes en trabajos ocupados mayoritariamente por mujeres (ej. destreza, toxicidad...) ²³¹²³².

También fue relevante la STC 58/1994²³³, en la que se planteó si era discriminatorio que las empleadas de secciones de envasado y expedición de una empresa cobrasen menos que los trabajadores masculinos de otras categorías inferiores y equivalentes, sólo por concurrir en ellas un elemento de “esfuerzo físico”. Ante esto, el Tribunal establece tres principios a la hora de valorar los trabajos: a) cuando existan categorías ocupadas predominantemente por uno y otro sexo con retribuciones diferentes, y no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, el empleador debe poner de manifiesto los citados criterios para evitar la sospecha de que la diferencia se ha establecido en función del sexo; b) lo que se debe tener en cuenta no es la identidad de las tareas, sino el igual valor del trabajo; c) la valoración del trabajo debe hacerse en atención a criterios neutros, que no favorezcan preferentemente a ninguno de los sexos, salvo que sea necesario por la naturaleza del trabajo²³⁴.

²²⁹ BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, p. 21

²³⁰ ELÓSEGUI, María. “Igual salario por trabajo de igual valor”. *Persona y Derecho*, núm 54, 2006, pp. 119-150.

²³¹ Roales Paniagua, E., (s.f.). El trabajo de igual valor y la transparencia salarial como elementos clave en la eliminación de la brecha salarial entre mujeres y hombres. *Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional*, disponible en: < <http://www.cielolaboral.com/el-trabajo-de-igual-valor-y-la-transparencia-salarial-como-elementos-clave-en-la-eliminacion-de-la-brecha-salarial-entre-mujeres-y-hombre/> > [Acceso el 12 de abril de 2021]

²³² BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018, p. 21.

²³³ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 58/1994, de 28 de febrero (Recurso de amparo 205/1991)

²³⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”. *Revista Derecho del Estado*, núm. 25, 2010, pp. 5-40.

En el Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se mantuvo la exigencia de igual retribución para trabajos de igual valor. Así, en su artículo 28 se estableció la obligación del empresario 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, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella”*. Sin embargo, la ausencia de una definición de lo que había de entenderse por “trabajo de igual valor” limitaba enormemente la efectividad práctica de esta previsión. Esta cuestión se acabó abordando mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 6/2019 y el RD 902/2020, que establecen los criterios que se deben observar para valorar los trabajos.

4.4.2 La valoración de los puestos de trabajo. El concepto de trabajo de igual valor.

Dos de las cuestiones que más han dificultado la lucha contra la discriminación en materia retributiva son la ausencia de una definición de lo que ha de considerarse un “trabajo de igual valor”, y la indeterminación de los criterios que deben observarse para su valoración. La Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 trata de afrontar este problema, estableciendo en su punto 10 el deber de los Estados de *“precisar en su legislación el concepto de trabajo de igual valor”* y de valorar los trabajos en atención a *“criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión”*²³⁵. A pesar de que esta Recomendación carece de imperatividad, esta previsión se incorpora en nuestro ordenamiento mediante el RDL 6/2019²³⁶, que modifica el artículo 28.1 del Estatuto de los Trabajadores para establecer que un trabajo tendrá igual valor que otro *“cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”*.

Más reciente es el RD 902/2020, que en su artículo 4 completa el contenido del artículo 28.1 del Estatuto de los Trabajadores desarrollando cada uno de sus elementos. De este modo, al observar los criterios para valorar los puestos de trabajo, por *“naturaleza de las*

²³⁵ RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia (Texto pertinente a efectos del EEE) (2014/124/UE)

²³⁶ SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1-26.

funciones o tareas” hay que entender el contenido esencial de la relación laboral; por “*condiciones educativas*”, aquellas cualificaciones regladas que guarden relación con el trabajo desempeñado; por “*condiciones profesionales y de formación*”, aquellas que puedan servir para acreditar la cualificación del trabajador (ej. experiencia o formación no reglada) y guarden también relación con el trabajo desempeñado; y por “*factores estrictamente relacionados con el desempeño*” y “*condiciones laborales*”, aquellos otros elementos que no sean reconducibles a los anteriores pero que sean relevantes en el desempeño de la actividad.

También enumera como *numerus apertus* una serie de factores que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de valorar los trabajos (la penosidad, la minuciosidad, las habilidades sociales...), y establece tres principios para realizar la valoración de los puestos de trabajo: el de adecuación, que implica que los factores tenidos en cuenta en la valoración deben estar relacionados con la actividad y concurrir efectivamente en la misma; el de totalidad, en cuanto que deben tenerse en cuenta todas las condiciones del puesto de trabajo, sin invisibilizar ni minusvalorar ninguna; y el de objetividad, que exige un esfuerzo para dejar de lado los estereotipos de género y otras consideraciones subjetivas a la hora de valorar el trabajo²³⁷.

El Real Decreto-Ley 6/2019 también modifica el artículo 22.3 ET, relativo a los sistemas de clasificación profesional, para exigir que la definición de los grupos profesionales se ajuste a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres. En aras a alcanzar este objetivo, el artículo 9 RD 902/2020 exige que las mesas negociadoras de los convenios colectivos respeten los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, así como el principio de igualdad de retribución para los puestos de igual valor. La negociación colectiva es un ámbito esencial para lograr la efectividad de los principios de igualdad y no discriminación en materia retributiva, por lo que, para aprovechar todo su potencial, es necesario que los miembros de las mesas negociadoras tengan una formación adecuada en esta materia, o que reciban asesoramiento sobre este asunto²³⁸.

El artículo 28.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que “*el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución*”. Por lo tanto, una vez hemos determinado los criterios que se deben observar para valorar los trabajos,

²³⁷ CALLAU DALMAU, Pilar. “La aplicación del principio de igualdad de retribución contemplado en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre. Referentes supranacionales y alcance normativo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pp. 263-297

²³⁸ ARENAS VIRUEZ, Margarita. “Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre”. *Temas Laborales*, núm. 156/2021, pp. 11-49.

debemos responder a otras cuestiones: qué se debe entender por “retribución”, en qué casos es admisible comparar la retribución de los trabajadores, y a quién le corresponde la valoración de los trabajos.

El concepto de “retribución” no plantea grandes dificultades. Ya en el Convenio número 100 de la OIT se define desde una perspectiva amplia, abarcando “*el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagado por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último*”²³⁹. Aunque ésta es la definición de la que partieron las posteriores regulaciones, en este ámbito también ha sido relevante la jurisprudencia del TJUE, que ha desarrollado este concepto incluyendo cualquier abono o ventaja, en dinero o en especie, actual o futuro, pagado de forma directa o indirecta por el empresario al trabajador por razón de su relación laboral, aunque ésta ya se haya extinguido. Estas precisiones nos permiten afirmar que el principio de no discriminación debe aplicarse a todos los elementos que componen la remuneración de los trabajadores, siendo lo relevante que las precepciones se produzcan en el ámbito de la relación de trabajo, independientemente de si proceden de una disposición contractual, legal o colectiva, o una decisión discrecional del empresario²⁴⁰.

La siguiente cuestión que debemos resolver es la del “tercero de comparación”; es decir, la determinación de los casos en los que es pertinente comparar la retribución de dos o más trabajadores. La legislación no se ha pronunciado al respecto, puesto que desde un primer momento se consideró que se trataba de una cuestión casuística, que debía ser resuelta por los tribunales internos atendiendo a cada supuesto concreto. Tampoco el TJUE ha hecho grandes aclaraciones, si bien cabe destacar dos resoluciones: el asunto *Hložek* (2004)²⁴¹, que establece que el principio de igualdad de retribución “*lleva implícito que los trabajadores y las trabajadoras a los que se aplica deben encontrarse en una situación idéntica o comparable*”; y el asunto C-

²³⁹ Artículo 1.a) del Convenio número 100 de la OIT

²⁴⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución”. *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, pp. 7-30.

²⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2004, Caso Hložek, Asunto C-19/02

127/92²⁴², que señala que el hecho de que los puestos cotejados hayan sido regulados por convenios diferentes no obsta para poder compararlos y apreciar discriminación²⁴³.

El asunto del “tercero de comparación” es especialmente espinoso, pues dependiendo de la amplitud con la que se conciba podría llegar a permitirse comparar trabajos muy diferentes o de distinto valor. El Tribunal Supremo parece haberse decantado por una interpretación amplia, al considerar en su Auto de 9 de febrero de 2021²⁴⁴ que era discriminatorio que los encargados de mantenimiento de una empresa (varones) cobrasen un mayor salario base que los administrativos (mayoritariamente mujeres), estando ambas categorías en el mismo nivel. Los recurrentes alegaron que no eran situaciones comparables, pues las funciones desempeñadas en una y otra categoría eran muy diversas; pero el Tribunal señaló que el concepto de trabajo de igual valor va mucho más allá del concepto de “mismas funciones” a la hora de determinar las situaciones comparables, y que los encargados de mantenimiento ya gozaban de un plus de penosidad por su diferente función. Así, establece que *“no consta que tengan responsabilidades, conocimientos o titulaciones que les hagan merecedores de mayor salario base; lo que evidencia la existencia de la discriminación denunciada”*.

Por último, en cuanto a la cuestión de quién debe valorar y comparar los trabajos, hasta el momento han sido los órganos judiciales quienes han asumido esta función, al hacer frente a las eventuales demandas interpuestas por discriminación salarial. Sin embargo, la obligación del empresario incorporada al art. 28 del Estatuto de los Trabajadores de pagar la misma retribución por la prestación de trabajos de igual valor parece imputarle esta responsabilidad²⁴⁵.

5. EL FIN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA: LA TUTELA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA RETRIBUTIVA.

El principio de transparencia retributiva persigue poner fin a la opacidad que existe en la determinación de los salarios y demás retribuciones en las empresas, para que así los

²⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 1993, Asunto C-127/92

²⁴³ CABEZA PERREIRO, Jaime. “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”. *Lan Harremanak*, núm 25, 2012, pp. 79-98.

²⁴⁴ Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 9 de febrero de 2021 (rec. 3042/2019)

²⁴⁵ SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1-26

trabajadores, representantes de los trabajadores y la Inspección de Trabajo puedan conocer las eventuales situaciones discriminatorias y reclamar la tutela de sus derechos ante los órganos administrativos y judiciales.

El artículo 10 del RD 902/2020 establece que la información retributiva derivada de la aplicación de esta norma o la ausencia de la misma podrá servir para iniciar las acciones administrativas y judiciales oportunas, así como para aplicar las sanciones correspondientes. De este modo, cuando una empresa incumpla las obligaciones previstas en este Real Decreto, o las cumpla y arrojen resultados que parezcan indicar la presencia de infracciones o comportamientos discriminatorios, se podrá acudir a los mecanismos de tutela administrativa y judicial previstos en nuestro ordenamiento²⁴⁶.

Ante la escasez de denuncias por parte de los trabajadores y sindicatos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ostenta un papel primordial en este ámbito, pudiendo actuar por ruego (por orden de un superior, petición de otros órganos o denuncia), de oficio, o como actividad planificada. Esta última opción ha ido cobrando relevancia a partir de 2005, cuando se empezaron a aprobar Planes de Actuaciones de la Inspección de Trabajo para la vigilancia en las empresas de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Con el Criterio Operativo 73/2009, la lucha contra la discriminación salarial pasó a tener un tratamiento específico, y esto se positivizó posteriormente con la Ley 35/2010²⁴⁷, que incluye la discriminación salarial entre mujeres y hombres como objetivo en el Plan Integrado de Actuación de la ITSS²⁴⁸.

En la actualidad, las actuaciones de la Inspección de Trabajo en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo se engloban en el marco de la Instrucción 3/2011²⁴⁹, que las configura como un área de actuación permanente en materia de Relaciones Laborales. Así, junto con la actividad rogada, se mantendrá una actividad programada permanente centrada en los siguientes ámbitos: planes de igualdad y otras obligaciones de la Ley de Igualdad, discriminación en la relación laboral, discriminación salarial, prevención de riesgos laborales con un enfoque de género, acoso sexual y por razón de sexo, discriminación

²⁴⁶ ARENAS VIRUEZ, Margarita. “Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre”. *Temas Laborales*, núm. 156/2021, pp. 11-49.

²⁴⁷ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

²⁴⁸ GARCÍA LOMBARDÍA, Sandra. “El papel de la inspección de trabajo y seguridad social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 925-961.

²⁴⁹ Instrucción 3/2011, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la vigilancia en las empresas de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres

en la negociación colectiva, discriminación en el acceso al empleo, y derechos sobre conciliación de la vida familiar y laboral. En principio, los criterios de selección de empresas deben tener en cuenta las informaciones obtenidas previamente que supongan indicios la existencia de irregularidades²⁵⁰, pero ante la escasez de denuncias es más habitual que se acuda a criterios abstractos (número de trabajadores, sector productivo...)²⁵¹.

5.1 LA VÍA ADMINISTRATIVA

Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social²⁵² prevé una serie de sanciones administrativas ante el incumplimiento de la normativa en materia de igualdad y no discriminación, estableciendo la responsabilidad de la Inspección del Trabajo y Seguridad Social en el control de la correcta aplicación de los planes y programas de igualdad pactados en los convenios colectivos²⁵³.

Según los artículos 7 y 8 LISOS, serán consideradas infracciones graves el incumplimiento de las obligaciones en materia de planes y medidas de igualdad de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, el Estatuto de los Trabajadores, y el convenio colectivo que sea de aplicación. Por su parte, serán consideradas muy graves las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones indirectas o indirectas por razón de sexo, así como las que vulneren la garantía de indemnidad frente a sujetos que hayan realizado reclamaciones o ejercitado acciones para exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. También se considera muy grave no elaborar o aplicar los Planes de Igualdad (para aquellas empresas que estén obligadas a hacerlo), o hacerlo incumpliendo los términos previstos. La cuantía de las sanciones por infracciones graves oscilará entre los 626 y los 6.250 euros, y las de las infracciones muy graves entre los 6.251 euros hasta los 187.515.²⁵⁴

²⁵⁰ Boletín de igualdad de empleo nº3: “Análisis práctico del reglamento de planes de igualdad” (3 de febrero de 2021) Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado.

²⁵¹ GARCÍA LOMBARDÍA, Sandra. “El papel de la inspección de trabajo y seguridad social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 925-961.

²⁵² Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

²⁵³ Boletín de igualdad de empleo nº3: “Análisis práctico del reglamento de planes de igualdad” (3 de febrero de 2021) Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado.

²⁵⁴ Artículo 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La Subsección 3ª bis de la Ley prevé una serie de sanciones adicionales para el caso de que en la empresa se hayan adoptado decisiones unilaterales discriminatorias, o que el empresario haya tomado decisiones desfavorables frente a quien haya realizado reclamaciones o ejercitado acciones destinadas a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. Así, además de las sanciones monetarias ya mencionadas, estas empresas perderán los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo en proporción a los trabajadores perjudicados, durante un plazo de seis meses a dos años. Esto podrá ser sustituido por la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad en la empresa, siempre que la empresa no estuviera obligada ya a hacerlo legal (que no tengo 50 o más trabajadores), convencional, o administrativamente. El incumplimiento de esta obligación conllevaría la aplicación de las sanciones accesorias previamente mencionadas.

5.2 PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

La lucha contra la brecha salarial también se libra en la vía judicial, condenando aquellos casos en los que la menor retribución de las mujeres es consecuencia de un trato discriminatorio por razón de sexo. El proceso podrá iniciarse tanto a instancia de parte como de oficio, a raíz de las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo²⁵⁵.

5.2.1 El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo

El artículo 53.2 de la Constitución Española establece el derecho de los ciudadanos a recabar la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 CE (entre otros) mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Esto aparece reiterado en el artículo 12.1 de la LO 3/2007, que establece que *“cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución. incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación”*.

La regulación de este procedimiento preferente y sumario se articulaba en la Ley 62/1978²⁵⁶, pero en la actualidad se encuentra dispersa entre las normas de las distintas ramas

²⁵⁵ Artículo 148.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

²⁵⁶ Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

del Derecho. En el ámbito del Derecho del Trabajo, la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, establece unos mecanismos de tutela urgente y preferente para cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados alguno de sus derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio²⁵⁷. Ahora bien, no se trata de un procedimiento laboral específico, sino que simplemente se añade a cada modalidad procesal laboral una serie de particularidades de tramitación y procedimiento, para otorgarle las notas de preferencia y sumariedad²⁵⁸. Así, se establecen especialidades en orden a la tramitación preferente, la acumulación de acciones, la suspensión cautelar del acto impugnado, y la indemnización.

El artículo 53.2 CE también prevé la posibilidad de que la tutela contra la discriminación se ejercite frente al Tribunal Constitucional, mediante el recurso de amparo. Tras la LO 6/2007²⁵⁹, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los requisitos para acceder a esta vía se volvieron más estrictos, buscando reducir el colapso del Tribunal. Así, podemos destacar dos nuevos requisitos de admisión: la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso, y la acreditación de la necesidad de una decisión sobre el fondo, por razón de su especial trascendencia constitucional²⁶⁰. La inclusión de estas exigencias supone una “objetivación” del mecanismo de amparo, que ya no se centra en la protección de los derechos fundamentales de los actores, sino en la satisfacción de alguno de los propósitos enunciados en el artículo 50.1.b) LOTC²⁶¹: contribuir a la interpretación, aplicación o eficacia general de la Constitución, y determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales. Así, este mecanismo pierde su condición de último

²⁵⁷Arbellán Matesanz, I. M., 2003. Constitución española, Sinopsis artículo 53. *Congreso de los Diputados*, disponible en https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=53&tipo=2 [Acceso el 30 de mayo de 2021]

²⁵⁸ OEHLING DE LOS REYES, Alberto. “El artículo 53 de la Constitución Española de 1978: esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de garantía de los derechos fundamentales (1978-2017)”. *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 1099-1136.

²⁵⁹Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

²⁶⁰ OEHLING DE LOS REYES, Alberto. “El artículo 53 de la Constitución Española de 1978: esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de garantía de los derechos fundamentales (1978-2017)”. *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 1099-1136.

²⁶¹ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

recurso para la protección subjetiva de los derechos fundamentales, dejándola enteramente en manos de los tribunales ordinarios²⁶².

5.2.2 Particularidades de la tutela contra la discriminación. La carga de la prueba.

La LO 3/2007 introduce dos previsiones relevantes en materia de tutela del derecho a la no discriminación por sexo: una en materia de capacidad y legitimación, y otra en relación con la carga de la prueba.

En cuanto a la capacidad y legitimación, establece en su artículo 12 que podrán intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa del derecho a la igualdad todas las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las leyes reguladoras de estos procesos. Se exceptúan los litigios sobre acoso sexual y por razón de sexo, en los cuales la presunta víctima será la única legitimada. Estas disposiciones se desarrollan en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa²⁶³.

En cuanto a la carga de la prueba, el artículo 13 establece que “*en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad*”. Por imperativo del artículo 24.2 CE, esto no será de aplicación en los procesos penales.

Esta modificación de la carga de la prueba no es una novedad, sino que se viene observando desde hace décadas en el ámbito del derecho antidiscriminatorio. Surge a raíz de la doctrina del Tribunal de Justicia, que, a medida que fue perfilando el concepto de discriminación indirecta y constatando su gran dificultad probatoria²⁶⁴, inició la tendencia de dejar en manos del empresario, ante una “sospecha” razonable de que un trabajador estaba sufriendo discriminación por razón de sexo, la carga de demostrar que su comportamiento no era discriminatorio. No se trata de una inversión de la carga de la prueba, sino de una

²⁶² AGUILERA MORALES, Marien. “El incidente de nulidad de actuaciones *ex* artículo 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema”. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. 1, 2018, pp. 109-128.

²⁶³ CARBALLO FIDALGO, Marta. “El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación en la Ley Orgánica de 22 de marzo de 2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”. *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 1 núm. 3, 2006, pp. 9-29.

²⁶⁴ CRESPI, María del Mar. “El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género”. *Femeris*, vol. 2, núm. 1, 2016, pp. 9-29

“modificación” o “distribución”, en cuanto que el demandante debe presentar indicios razonables de que efectivamente existe un trato discriminatorio²⁶⁵²⁶⁶.

Esta doctrina se positivizó en la Directiva 97/80/CE, posteriormente refundida en la Directiva 2006/54/CE, que establece el deber de los Estados miembros de adaptar su normativa para que, cuando una persona presente hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato²⁶⁷. Inicialmente, para probar la existencia de discriminación indirecta, se exigía que el criterio aparentemente neutro afectase a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo²⁶⁸ (la denominada “prueba estadística”). Sin embargo, a raíz de la jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por nacionalidad, este criterio se cambia en la Directiva 2006/54/CE, que pasa a exigir una mera desventaja particular de las personas de un sexo con respecto a las personas del otro²⁶⁹, excluyendo aquellos casos en los que el criterio o práctica sea adecuado y necesario para alcanzar una finalidad legítima²⁷⁰.

Esta medida no es arbitraria: las conductas discriminatorias comportan una gran dificultad probatoria, tanto por su gran variedad y falta de patrón común, como por su habitual apariencia de legitimidad²⁷¹. Con esta modificación se pretende evitar la indefensión que se produciría si la carga probatoria recayese exclusivamente en el demandante,

²⁶⁵ QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996, pp. 111-113.

²⁶⁶ LOUSADA AROCHENA, J. Fernando. “La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 400, 2016, pp. 17-46.

²⁶⁷ Artículo 19 de la Directiva 2006/54; y 4 de la Directiva 97/80/CE

²⁶⁸ Artículo 2.2 de la Directiva 97/80/CE

²⁶⁹ LOUSADA AROCHENA, J. Fernando. “La prueba de la discriminación en el Derecho comunitario”. *Revista de derecho social*, núm. 60, 2012, pp. 125-138.

²⁷⁰ Artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE

²⁷¹ LOUSADA AROCHENA, J. Fernando. “La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 400, 2016, pp. 17-46.

especialmente a la hora de demostrar la intencionalidad discriminatoria de una medida aparentemente neutra²⁷².

Volviendo al ámbito español, debemos destacar que el artículo 13 de la LO 3/2007 no establece la obligación de la parte demandante de aportar una prueba indiciaria. Esto no conculcaría la Directiva 2006/54/CE, que en su artículo 19 permite a los Estados miembros “*imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante*”. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional ha seguido exigiendo la concurrencia de este requisito, pudiendo destacar, entre otras²⁷³, la Sentencia 74/2008 de 23 de junio²⁷⁴, que indica que “*es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada*”. Por su parte, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social también exige en sus artículos 96 y 181.2 la aportación de la parte demandante de “*indicios fundados de discriminación*”²⁷⁵ para que le corresponda al demandado probar que su actuación no se fundó en el sexo de la parte actora.

Ninguna norma (ni europea ni nacional) ha aclarado qué tipo de pruebas son válidas o qué requisitos se han de cumplir para que se entienda que existen indicios suficientes como para modificar la carga de la prueba. Sin embargo, si estudiamos la doctrina del Tribunal Constitucional, podemos extraer algunas formas de indicio que han sido generalmente admitidas:

- La proximidad en el tiempo entre el ejercicio del derecho fundamental y la actuación empresarial.
- La comparación del demandante con la situación de otros trabajadores asimilables, en una situación general.

²⁷² CARBALLO FIDALGO, Marta. “El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación en la Ley Orgánica de 22 de marzo de 2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”. *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 1 núm. 3, 2006, pp. 9-29

²⁷³ También STC 342/2006, de 11 de diciembre; STC 233/2007, de 5 de noviembre y STC 92/2008, de 21 de julio.

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 2008 (rec. 4975/2006)

²⁷⁵ Artículo 96 de la Ley 36/2011

- La existencia de conflicto o antecedentes discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales, de entidad suficiente para configurar la sospecha de un panorama discriminatorio.
- La manifestación por parte de la empresa de que la decisión se debió a una causa discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales. Dependiendo de su contenido y contexto, podría operar tanto como indicio como de prueba directa.
- La ausencia flagrante de justificación empresarial.
- El contexto de los acontecimientos²⁷⁶.

Si bien cabe la posibilidad de que cada uno de estos indicios sea suficiente de forma aislada, es habitual que la prueba indiciaria requiera la concurrencia de varios elementos “sospechosos”, que permitan crear una duda razonable sobre si la motivación del empleador fue discriminatoria. Sin embargo, esto no dependerá del tipo de indicio, sino que habrá que atender a cada caso concreto.

En materia de discriminación retributiva, destaca como prueba el recurso a la comparación estadística, consistente en analizar las diferencias de retribución entre trabajadores o grupos de trabajo disgregados por sexo. Existen diversas formas de comparar los datos, pero el TJUE recomienda analizar el porcentaje de hombres y mujeres que resultan beneficiados o favorecidos por la medida empresarial cuestionada. De este modo, atendiendo a la doctrina de los casos *Bilka-Kaufhaus*²⁷⁷ y *Regina*²⁷⁸, se entenderá que nos encontramos ante una medida discriminatoria cuando ésta perjudique a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, o cuando el número no sea tan importante pero perjudique a uno de los grupos de forma persistente o duradera, salvo que la empresa justifique la diferencia por razones objetivas²⁷⁹.

En España, la obligación de las empresas de elaborar un registro salarial disgregado por sexos facilita el recurso a este tipo de pruebas. A diferencia de la doctrina del TJUE, que no

²⁷⁶ LOUSADA AROCHENA, J. Fernando. “La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 400, 2016, pp. 17-46.

²⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 1986, Caso *Bilka-Kaufhaus GmbH*, Asunto C-170/841

²⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de febrero de 1999, Caso *Regina*, Asunto C-167/97

²⁷⁹ CRESPI, María del Mar. “El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género”. *Femeris*, vol. 2, núm. 1, 2016, pp. 9-29.

indica qué cifra o porcentaje de diferencia se debe considerar “excesiva”, el Estatuto de los Trabajadores fija la presunción de existencia de discriminación en las diferencias retributivas entre sexos de un 25% o más.

En algunos casos, los tribunales no sólo exigen indicios de que la conducta empresarial pueda deberse a razones discriminatorias, sino también de que el empresario era consciente de que en el trabajador concurría un elemento susceptible de discriminación. En el ámbito de la discriminación por sexo, es habitual que esto se aplique en los supuestos de embarazo, de tal modo que la parte que alegue que se ha sufrido discriminación deberá aportar indicios de que existe un nexo entre el conocimiento de su estado por parte del empresario (o la persona responsable), y la medida perjudicial²⁸⁰. Así lo indica, entre otras, la STC 92/2008, de 21 de julio²⁸¹: “*el elemento fundamental para apreciar la existencia de una actuación empresarial hipotéticamente discriminatoria se basa en el previo conocimiento por el empresario del embarazo de la trabajadora, por lo que, faltando en el presente caso la acreditación de la realidad de ese previo conocimiento, habrá de afirmarse la inexistencia de la lesión del derecho a la igualdad del art. 14 CE*”. En el ámbito del despido por causas objetivas o disciplinarias, los artículos 53.4 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores no exigen que el empresario conozca la situación de embarazo de la trabajadora para que sea nulo, pero sí que la decisión extintiva sea procedente por motivos no relacionados con la misma²⁸². En estos casos, como indica la STC 124/2009, de 18 de mayo²⁸³, el despido será nulo con carácter objetivo, al margen de que existan o no indicios o de que concurra o no un móvil discriminatorio.

Una vez introducida la apariencia de discriminación, se crea una presunción *iuris tantum* en favor del demandante, que el demandado podrá destruir bien atacando el propio indicio, bien refutando la relación de causalidad supuestamente existente entre el hecho base y el

²⁸⁰ LOUSADA AROCHENA, J. Fernando. “La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 400, 2016, pp. 17-46.

²⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 92/2008, de 21 de julio (Recurso de amparo 6595/2006)

²⁸² NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena. “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”. *Lan Harremanak*, núm 25, 2012, pp. 19-52.

²⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 124/2009, de 18 de mayo (Recurso de amparo 11224/2006)

hecho presunto²⁸⁴. En el segundo caso, el demandado deberá demostrar dos circunstancias: que la medida impugnada respondía a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzarla fueron necesarios y adecuados.

La concurrencia de una “finalidad legítima” ha de ser apreciada por el juzgador en cada caso concreto, si bien la jurisprudencia del TJUE ha fijado algunos criterios: no servirá como justificación la situación de las finanzas públicas, el interés por mantener unas “buenas relaciones laborales”, ni la supuesta mayor calidad del trabajo desempeñado por los hombres. Sí se admite con carácter general la finalidad de recompensar la experiencia o la antigüedad, aunque si se sospecha que este criterio es arbitrario o encubre una discriminación, deberá probarse que es relevante para el desempeño del trabajo²⁸⁵. En cuanto a la exigencia de que los medios sean adecuados y necesarios, la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad y prohibición de discriminación suele acudir al denominado “juicio de razonabilidad”, aplicándolo de forma especialmente estricta en el ámbito de la discriminación²⁸⁶. El Tribunal Constitucional suele descomponer este criterio en dos requisitos: que la medida persiga un fin constitucionalmente admisible, y que exista una adecuación entre la medida y el fin perseguido. Normalmente este juicio de razonabilidad se acompaña de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, exigiendo que la ponderación entre los beneficios y perjuicios causados por la medida tenga un resultado positivo²⁸⁷. Además, en el ámbito de la discriminación retributiva, también se suele acudir al “juicio de necesidad”, para evaluar la pertinencia de políticas empresariales, complementos salariales, y criterios retributivos que favorecen especialmente a un sexo en detrimento del otro²⁸⁸.

²⁸⁴ LOUSADA AROCHENA, J. Fernando. “La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 400, 2016, pp. 17-46.

²⁸⁵ CRESPI, María del Mar. “El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género”. *Femeris*, vol. 2, núm. 1, 2016, pp. 9-29.

²⁸⁶ ROCA TRÍAS, Encarnación., AHUMADA RUIZ, M^a. Ángeles. (24 – 27 de octubre de 2013) *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. XV Conferencia de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional”. Roma.

²⁸⁷ PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel. “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”. *Jueces para la democracia*, núm. 28, 1997, págs. 69-75.

²⁸⁸ LOUSADA AROCHENA, J. Fernando. “La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 400, 2016, pp. 17-46.

El artículo 28.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a las empresas con al menos cincuenta trabajadores a justificar, cuando el registro retributivo arroje una diferencia retributiva de al menos un 25% entre ambos sexos, que tal diferencia no responde a motivos relacionados con el sexo de las personas trabajadoras. Como indica el artículo 10.2 del Real Decreto 902/2020, el cumplimiento de esta exigencia en ningún caso podrá aplicarse para descartar la existencia de indicios de discriminación, pues para destruir el indicio no basta con que se alegue que la diferencia no responde a motivos discriminatorios, sino que es necesario que realmente exista una justificación objetiva y adecuada.

El segundo párrafo del artículo 13 de la LO 3/2007 establece la posibilidad de que los jueces recaben, a instancia de parte, “*informe o dictamen de los organismos públicos competentes*” sobre la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba en materia de discriminación por razón de sexo. Estos dictámenes pueden perseguir varios fines probatorios: verificar la existencia de un impacto adverso sobre el colectivo femenino en supuestos de discriminación indirecta; justificar la pertinencia de una medida de acción positiva; acreditar el igual o distinto valor de los trabajos comparados; y prestar un servicio de asesoramiento al órgano judicial. Así, pueden revestir varias formas: prueba de informes, prueba pericial, y asesoramiento institucional²⁸⁹.

Esta posibilidad se ha extendido mediante la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la discriminación por orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y acoso²⁹⁰. Tanto esta Ley como la LO 3/2007 lo prevén como un recurso potestativo, que el órgano judicial sólo tendrá que admitir si lo considera “*útil y pertinente*”²⁹¹.

5.2.3 Nulidad de las prácticas discriminatorias y garantía de indemnidad

El artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores establece dos principios: por un lado, declara nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta. Y por otro, declara también nulas las órdenes y decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable frente a los

²⁸⁹ LOUSADA AROCHENA, J. Fernando. “La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 400, 2016, pp. 17-46.

²⁹⁰ Artículo 95.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

²⁹¹ Artículo 13 de la LO 3/2007

trabajadores que hayan realizado reclamaciones o ejercitado acciones dirigidas a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

Ambas previsiones se encuentran también recogidas en la LO 3/2007: el artículo 10 declara nulos y sin efecto los actos y cláusulas que causen discriminación por razón de sexo, y los vincula a la obligación del pago de una reparación o indemnización; y el artículo 9 consagra el carácter discriminatorio de las eventuales represalias que se puedan adoptar contra los trabajadores que hayan tomado medidas para impedir su discriminación y exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

La garantía de indemnidad de estos preceptos forma parte del contenido del artículo 14 CE, y no debe confundirse con la garantía por acciones judiciales que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. En primer lugar, porque el incumplimiento de esta disposición vulneraría el principio de igualdad y no discriminación, no el derecho a la tutela judicial efectiva; y, en segundo lugar, porque esta garantía no sólo protege a los titulares del derecho reclamado, sino también a los testigos o terceras personas defensoras del derecho²⁹².

Anteriormente, la única práctica empresarial que la jurisprudencia constitucional consideraba lesiva de la garantía de indemnidad era el despido. En la actualidad, se entiende que este derecho puede oponerse frente a todo acto represivo procedente de los poderes empresariales, independientemente de la forma que revista. Así, podrán impugnarse sanciones disciplinarias, desplazamientos, traslados, cambios de horario, perjuicios económicos, trabas en la promoción profesional... siempre que se entienda que han sido utilizadas como represalia por el ejercicio de acciones o la realización de reclamaciones dirigidas a obtener la restitución de derechos que se consideran lesionados.

En cuanto a su ámbito temporal, la protección derivada de la garantía de indemnidad no sólo se extiende a la vigencia del contrato, sino que también se puede aplicar en momentos previos y posteriores a la misma. Así, a la hora de la contratación, los trabajadores no pueden verse perjudicados por las acciones o reclamaciones que hubieren ejercitado en trabajos anteriores, lo cual suele suceder especialmente cuando se pretende la readmisión en la misma empresa o la admisión en una del mismo grupo. A este respecto podemos mencionar la STC

²⁹² NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena. “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”. *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, pp. 19-52.

87/2004, de 10 de mayo²⁹³, que otorgó el amparo a una trabajadora que había quedado en situación de empate en un concurso para la adjudicación de un puesto de trabajo, y que, a la hora de decidir, fue descartada después de que varios miembros de la comisión de selección desaconsejaran su contratación y se desecharan criterios para deshacer el empate que la habrían favorecido. En cuanto a las represalias tras la extinción del contrato, debemos destacar la STJCE de 22 de septiembre de 1998²⁹⁴, que al enjuiciar el caso de un empresario que se había negado a suministrar referencias de una antigua trabajadora por las reclamaciones que ésta había realizado contra la empresa, decide extender la protección frente a las represalias a todos los actos y conductas empresariales en respuesta al ejercicio de acciones judiciales del trabajador, independientemente del momento en el que se produzcan²⁹⁵.

6. CONCLUSIONES

Primera

La brecha salarial es la diferencia existente, en perjuicio de las mujeres, entre los salarios promedio de los hombres y mujeres que tienen un trabajo asalariado. Es un fenómeno persistente en la actualidad, que constituye una suerte de reminiscencia de las desigualdades que históricamente han existido entre ambos sexos. La igualdad retributiva entre hombres y mujeres ha sido objeto de interés de los distintos legisladores desde hace décadas, y, sin embargo, es un objetivo que a día de hoy no se ha alcanzado en su plenitud.

El Derecho no es una rama estática, y prueba de ello es la evolución que ha experimentado el tratamiento de esta materia a lo largo de los años. A medida que la mujer ha ido adquiriendo relevancia como sujeto político, mayor ha sido la implicación de los instrumentos jurídicos a la hora de reconocer y tratar de solventar las desigualdades de las que era objeto, pasando de una concepción meramente formal del derecho a la igualdad entre sexos a normas y políticas que llegan a incidir en la esfera interna o privada de los sujetos para impulsar este objetivo.

²⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 87/2004, de 10 de mayo (Recurso de amparo 3534/2001)

²⁹⁴ Sentencia del Tribunal de justicia de 22 de septiembre de 1998, Caso Coote, Asunto C-185/1997.

²⁹⁵ ÁLVAREZ ALONSO, Diego. *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L, 2005, pp. 95-120.

Este estudio en ningún momento pretende minusvalorar los grandes avances que se han producido y se siguen produciendo en el ámbito de la igualdad retributiva, pero el hecho de que este fenómeno experimente una tendencia positiva no significa que su estudio y tratamiento deba abandonarse. La brecha salarial no sólo tiene consecuencias perjudiciales sobre las mujeres trabajadoras a nivel particular, sino que también supone un lastre para el desarrollo social y económico global, lo que aconseja la adopción de medidas que aceleren su reducción y desaparición.

Segunda

La discriminación retributiva es una de las múltiples manifestaciones de la discriminación por razón de sexo, y constituye una de las principales causas que explican la brecha salarial. Puede dividirse en dos vertientes: la discriminación retributiva directa, y la discriminación retributiva indirecta.

La brecha salarial es un fenómeno complejo y polifacético, por lo que su identificación con la discriminación retributiva directa (menor retribución de las mujeres para trabajos iguales) es simplista y errónea. Los tiempos en los que era habitual que hombres y mujeres fueran retribuidos de forma distinta por el mismo trabajo han quedado atrás, si bien eso no impide que, de forma puntual, los tribunales conozcan de reclamaciones de mujeres que reciben una menor retribución por el mero hecho de serlo. En la actualidad, esta discriminación se produce mayoritariamente de forma oculta, lo cual ha impulsado reformas normativas y jurisprudenciales que permiten apreciar la existencia de discriminación cuando se puede deducir razonablemente que una trabajadora habría recibido un trato mejor si fuera hombre.

Mucho más relevante y habitual es la discriminación indirecta, que es aquella que tiene lugar cuando un criterio aparentemente neutro produce de forma injustificada una desventaja para las personas de un sexo con respecto al otro. En materia retributiva, existen dos manifestaciones fundamentales: la menor retribución por hora del trabajo parcial, y la incorrecta valoración de los trabajos.

El trabajo a tiempo parcial se encuentra mayoritariamente ocupado por mujeres, por lo que la menor remuneración por hora del mismo se considerará discriminatoria siempre que no responda a razones objetivas y justificadas, ajenas al sexo de los trabajadores. Por su parte, la incorrecta valoración de los trabajos deriva de la tendencia a minusvalorar las actividades, habilidades y cualidades consideradas típicamente femeninas, en contraposición

con la sobrevaloración o la toma en consideración de forma preponderante de los trabajos y cualidades que tradicionalmente se adscriben a los varones. Esta valoración errónea se refleja tanto a la hora de realizar la clasificación profesional como de definir la estructura y los complementos salariales, lo que se traduce en una menor remuneración de los trabajos y tareas desempeñadas mayoritariamente por mujeres.

Las medidas de acción positiva han demostrado ser un mecanismo adecuado para la impulsar la equiparación retributiva entre hombres y mujeres, si bien su legitimidad depende de que se cumplan los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad al fin perseguido. Destaca la obligación de elaborar Planes de Igualdad, que vincula a todas las empresas con al menos cincuenta trabajadores en su plantilla.

Tercera

El principio de transparencia retributiva es un pilar fundamental para la lucha contra la brecha salarial, pues es aquel que permite conocer e identificar las desigualdades retributivas que se presentan entre hombres y mujeres. Es por esto que las normas más recientes en materia de igualdad han ido dirigidas a establecer y desarrollar mecanismos para su consecución, entre las cuales podemos destacar el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, que aplica el principio de transparencia retributiva a través de los siguientes instrumentos: el registro retributivo, la información de las personas trabajadoras, la auditoría retributiva, y el sistema de valoración de puestos de trabajo.

Todas las empresas están obligadas a elaborar un registro retributivo, en el que se contendrán los valores medios de los salarios, complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla desagregados por sexo. El objetivo de este instrumento es poder identificar las diferencias retributivas existentes entre los trabajadores y trabajadoras de una empresa, y, en su caso, valorar si se encuentran o no justificadas. Las empresas de más de cincuenta trabajadores en las que exista una diferencia retributiva entre ambos sexos igual o superior al 25% deberán justificar en el registro que tal diferencia no obedece a motivos discriminatorios, lo cual no obstará a que se pueda apreciar la existencia de indicios de discriminación y abrir las diligencias pertinentes.

Los trabajadores tienen derecho a acceder a este registro a través de sus representantes legales en la empresa. En aquellas entidades en las que no exista esta representación, los trabajadores también gozarán del derecho a la información, pero solo

podrán conocer las diferencias porcentuales existentes entre las retribuciones de trabajadores y trabajadoras dentro de la empresa.

La auditoría retributiva es uno de los contenidos mínimos que deben contener los Planes de igualdad, que persigue identificar y resolver las deficiencias en materia de igualdad retributiva que se detecten en las empresas. Conlleva dos obligaciones: por un lado, debe realizarse un diagnóstico de los sistemas retributivos y de promoción de la empresa, ponderando los factores que concurren en cada puesto de trabajo para asignarles una valoración, y teniendo en cuenta otros elementos que puedan generar desigualdades. Por otro, deben determinarse una serie de actuaciones y objetivos para la corrección de las desigualdades retributivas detectadas, que serán objeto de seguimiento y mejora.

Por último, el principio de igualdad de remuneración por trabajos de igual valor implica dos exigencias: por un lado, deben determinarse los criterios que han de observarse para valorar los puestos de trabajo; y por otro, debe definirse el concepto de trabajo de igual valor. Ambos elementos han sido incorporados a nuestro ordenamiento por la normativa reciente, de tal modo que se entiende un trabajo tiene igual valor que otro *“cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”*²⁹⁶. Así, se fijan una serie de criterios objetivos que se deben observar a la hora de valorar los distintos puestos de trabajo, que en todo caso deben respetar los principios de adecuación, totalidad y objetividad.

Cuarta

Los nuevos instrumentos previstos en materia de transparencia retributiva persiguen detectar las eventuales discriminaciones retributivas por razón de sexo que se produzcan en el ámbito laboral, para así poder acudir a los mecanismos tutela administrativa y judicial y lograr la sanción y cesación de estas conductas.

En cuanto a la tutela administrativa, la Ley sobre Sanciones e Infracciones en el Orden Social configura como infracciones graves el incumplimiento de las obligaciones en materia de igualdad previstas en la LO 3/2007, el Estatuto de los Trabajadores, y el convenio colectivo que sea de aplicación. Por su parte, serán infracciones muy graves las decisiones unilaterales de la empresa que incurran en discriminación por razón de sexo, la violación de la garantía de indemnidad de aquellas personas que hayan realizado reclamaciones o

²⁹⁶ Artículo 28.1 del Estatuto de los Trabajadores

ejercitado acciones para exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación, y el incumplimiento de la obligación de elaborar los planes de igualdad.

La tutela jurisdiccional del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo presenta una serie de particularidades. En primer lugar, al tratarse de derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 de la Constitución Española, su tutela se sustanciará en un procedimiento preferente y sumario, y se permitirá a los sujetos acudir al recurso de amparo. En segundo lugar, se produce una modificación de la carga de la prueba, que supone que cuando un sujeto presente indicios razonables de que se ha producido una situación discriminatoria corresponderá al demandado probar que su actuación no estaba basada en el sexo de la persona afectada. Por último, todas las decisiones, prácticas y preceptos que den lugar a discriminaciones directas o indirectas, y toda represalia adoptada contra los trabajadores que hayan tomado medidas para exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación, serán declaradas nulas de pleno derecho por los tribunales, y exigirán la restitución del sujeto afectado a la situación en la que se encontraba en el momento de la infracción.

Quinta

Las recientes reformas en materia de transparencia retributiva suponen un importante avance en aras a la consecución del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres. En un contexto jurídico en el que el principio de igualdad entre sexos se encuentra sobradamente reconocido, y en el que pesar de ello persiste una brecha salarial entre hombres y mujeres, resulta adecuada e incluso necesaria la previsión de instrumentos que busquen de forma activa la identificación y reducción de las situaciones discriminatorias que causan esta desigualdad.

Los mecanismos previstos en el Real Decreto 902/2020, si bien persiguen fines legítimos, adolecen de una importante complejidad. La elaboración de los Registros retributivos es dificultosa; y la posibilidad de escoger entre varias opciones a la hora de desagregar las retribuciones por sexos compromete su efectividad, pues los resultados arrojados pueden variar dependiendo del método utilizado. La doctrina ha realizado grandes esfuerzos para determinar cuál es la forma óptima de realizar estos registros de acuerdo con los objetivos perseguidos por la ley, pero no hay ninguna certeza de que los empresarios vayan a atender a estas interpretaciones. También llama la atención que el deber de justificar las diferencias retributivas entre sexos de un 25% o más no vaya acompañado de forma terminante de la obligación de los empresarios de solucionar por su cuenta, sin necesidad de

mandato externo, aquellas situaciones de desigualdad detectadas en el registro que claramente no respondan a criterios objetivos, en lugar de limitarse a excusarlas.

La elaboración auditorías retributivas no sólo conlleva dificultades técnicas, sino que también requiere que exista una voluntad y un compromiso real por parte de las empresas para lograr su efectividad. Si este tipo de instrumentos se imponen sin que exista un auténtico conocimiento sobre la necesidad de adoptar estas medidas, es fácil que los empresarios acaben recurriendo a fórmulas y objetivos manidos y genéricos, vacíos de contenido, como ha sucedido en muchos casos con los planes de igualdad.

Por último, la definición del concepto de trabajo de igual valor y el establecimiento de criterios para la valoración de los puestos de trabajo son medidas esenciales para la efectividad del principio de igualdad de retribución para trabajos de igual valor, y sorprende que se hayan adoptado de forma tan tardía en comparación con el reconocimiento del mismo. Si bien los criterios previstos en el Real Decreto 902/2020 han sido criticados por su generalidad, esta medida marca una tendencia positiva en materia de igualdad de retribución, más enfocada en la prevención de las desigualdades retributivas que en la mera detección de las ya existentes.

Sin perjuicio de la necesidad de mejora de los instrumentos dirigidos a descubrir las desigualdades retributivas en las empresas, considero que las futuras medidas en materia de igualdad retributiva deben ir dirigidas quizás no tanto a la identificación de las infracciones ya producidas, como a la prevención de nuevas situaciones discriminatorias. La mera detección y sanción de los quebrantamientos de la normativa en materia de igualdad, si bien tiene utilidad como mecanismo disuasorio, es una opción lenta y dificultosa, que deja la eliminación de la brecha salarial casi en exclusiva en manos de los futuros avances sociales y culturales.

Opino que la imposición, desarrollo y generalización de mecanismos de valoración objetiva de los puestos de trabajo es una medida óptima desde el punto de vista preventivo, cuyo impulso debe priorizarse por parte de los poderes públicos no solo para equiparar las retribuciones de las mujeres trabajadoras a las de los varones, sino también para lograr un sistema retributivo más justo con carácter general. Ello sin perjuicio de que se adopten de forma complementaria políticas dirigidas a acabar con las diferencias sociales y culturales entre hombres y mujeres, que explican en gran parte la preexistencia de la brecha salarial en nuestros días.

7. BIBLIOGRAFÍA

Libros:

ÁLVAREZ ALONSO, Diego. *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L, 2005.

BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La discriminación retributiva por razón de sexo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2018.

CASTRO CONTE, Macarena. *El sistema normativo del salario: ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*. Madrid: Dykinson, 2007.

MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo, S.L., 2019.

QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996.

Revistas:

AGUILERA MORALES, Marien. “El incidente de nulidad de actuaciones *ex* artículo 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema”. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. 1, 2018, pp. 109-128.

ARENAS VIRUEZ, Margarita. “Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre”. *Temas Laborales*, núm. 156, 2021, pp. 11-49.

BALLESTER PASTOR, María Amparo. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Femeris*, vol. 4, núm. 2, 2019, pp. 14-38.

BLÁZQUEZ AGUDO, Eva M. “El registro salarial: una simple obligación con una gran implicación”. *Femeris*, vol. 4, núm. 3, 2019, pp. 5-10.

CABEZA PERREIRO, Jaime. “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”. *Lan Harremanak*, núm 25, 2012, pp. 79-98.

CALLAU DALMAU, Pilar. “La aplicación del principio de igualdad de retribución contemplado en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre. Referentes supranacionales y

alcance normativo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pp. 263-297

CAMPS, Victoria. “Transparencia y brecha salarial”. *Revista internacional transparencia e integridad*, núm. 6, 2018, pp. 1-5.

CARBALLO FIDALGO, Marta. “El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación en la Ley Orgánica de 22 de marzo de 2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”. *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 1 núm. 3, 2006, pp. 9-29.

CRESPI, María del Mar. “El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género”. *Femeris*, vol. 2, núm. 1, 2016, pp. 9-29.

ELÓSEGUI, María. “Igual salario por trabajo de igual valor”. *Persona y Derecho*, núm 54, 2006, pp. 119-150.

GARCÍA LOMBARDÍA, Sandra. “El papel de la inspección de trabajo y seguridad social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 925-961.

GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José. “Un estándar superior de planes de igualdad: más empresas, contenido y controles en la nueva regulación”. *Temas Laborales*, núm. 156, 2021, pp. 51-92.

LOUSADA AROCHENA, J. Fernando. “La prueba de la discriminación en el Derecho comunitario”. *Revista de derecho social*, núm. 60, 2012, pp. 125-138.

LOUSADA AROCHENA, J. Fernando. “La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 400, 2016, pp. 17-46.

MARTÍN SERNA, Celia. “Tutela antidiscriminatoria: el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales”. *Quaderns de Ciències Socials*, núm. 34, 2016, pp. 4-32.

NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena. “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”. *Lan Harremanak*, núm 25, 2012, pp. 19-52.

NÚÑEZ, María-Gloria. “Políticas de igualdad entre varones y mujeres en la segunda república española”. *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, H.ª Contemporánea*, núm. 11, 1998, pp. 393-445.

OEHLING DE LOS REYES, Alberto. “El artículo 53 de la Constitución Española de 1978: esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de garantía de los derechos fundamentales (1978-2017)”. *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 1099-1136.

PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel. “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”. *Jueces para la democracia*, núm. 28, 1997, págs. 69-75.

REY MARTÍNEZ, Fernando. “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”. *Revista Derecho del Estado*, núm. 25, 2010, pp. 5-40.

RODRIGO ROJO, Carmen. “La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo ¿Diferencia o discriminación?”. *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, núm. 17, 2006, pp. 17-19

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución”. *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, pp. 7-30.

SABATER, María Carmen. “La interacción trabajo-familia. La mujer y la dificultad de la conciliación laboral”. *Lan Harremanak*, núm. 30, 2014-I, pp. 163-198.

SÁEZ LARA, Carmen. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pp. 1-26

SALDAÑA VALDERAS, Eva. “El tratamiento del salario y los beneficios sociales en los planes de igualdad: insuficiencias y buenas prácticas”. *Temas Laborales*, núm. 108, 2011, pp. 85-113.

SELMA PENALVA, Alejandra. “Algunas reflexiones prácticas en torno a la elaboración de los planes de igualdad en las empresas”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 46, 2017, pp. 49-91.

VELA DÍAZ, Raquel. “En el camino judicial correcto en materia de brecha salarial de género en España: un avance jurisprudencial relevante”. *Derecho y Cambio Social*, núm. 55, 2019, pp. 527-543.

Conferencias:

MARTÍNEZ, C., COROMINAS, A., COVES, A.M., LUSA, A. *El principio de igualdad de retribución y la valoración de puestos*. [Sesión de conferencia]. II Congreso Internacional de Ingeniería Industrial. “Trascendiendo fronteras. Retos y Estrategias de la Globalización”. Villahermosa. México.

ROCA TRÍAS, Encarnación., AHUMADA RUIZ, M^a. Ángeles. (24 – 27 de octubre de 2013) *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. XV Conferencia de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional”. Roma.

SÁNCHEZ, Núria., TRINIDAD, Albert., RECIO, Carolina., TORNOS, Teresa. (30 de junio y 1 y 2 de julio de 2016). *La brecha salarial y las desigualdades de género en el mercado de trabajo español* [Sesión de conferencia]. XII Congreso Español de Sociología “Grandes transformaciones sociales, nuevos desafíos para la sociología”. Laboral Ciudad de la Cultura, Gijón, Asturias, España.

Informes

Oficina Internacional del Trabajo (2019). *Informe mundial sobre salarios 2018/2019: ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?* Ginebra, Suiza: Organización Mundial del Trabajo

Páginas web:

Arbellán Matesanz, I. M., 2003. Constitución española, Sinopsis artículo 53. *Congreso de los Diputados*, disponible en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=53&tipo=2> [Acceso el 30 de mayo de 2021]

Fernández, A., 2013. La discriminación en el trabajo (I): discriminaciones directas. [Blog] *AFlabor, Blog sobre Derecho Laboral, Recursos Humano y Empleo*, disponible en: <<https://aflabor.wordpress.com/2013/01/24/la-discriminacion-en-el-trabajo-i-discriminaciones-directas/>> [Acceso el 17 de abril de 2021].

Instituto de las Mujeres, Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, 2021. Bienvenida a la red de empresas con distintivo “Igualdad en la Empresa” (Red DIE). *IGUALDADENLAEMPRESA.ES*, disponible en <<https://www.igualdadenlaempresa.es/DIE/red-DIE/home.htm>> [Acceso el 15 de junio de 2021].

Instituto Nacional de Estadística, 2020. 2.1 Salario anual medio, mediano y modal. Salario por hora. Brecha salarial de género (no ajustada) en salarios por hora. *INE.ES*, disponible en <https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925408327&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout> [Acceso el 14 de febrero de 2021]

Pastor Merchante, J., 2021. El registro retributivo en España: ¿para este viaje hacen falta estas alforjas? *ELDERECHO.COM*, disponible en: <<https://elderecho.com/el-registro-retributivo-en-espana-para-este-viaje-hacen-falta-estas-alforjas>> [Acceso el 10 de mayo de 2021]

Roales Paniagua, E., (s.f.). El trabajo de igual valor y la transparencia salarial como elementos clave en la eliminación de la brecha salarial entre mujeres y hombres. *Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional*, disponible en: <<http://www.cielolaboral.com/el-trabajo-de-igual-valor-y-la-transparencia-salarial-como-elementos-clave-en-la-eliminacion-de-la-brecha-salarial-entre-mujeres-y-hombre/>> [Acceso el 12 de abril de 2021]

Ruiz Chacón, M.J., 2018. Hacia la igualdad retributiva entre mujeres y hombres en España. *FORELAB. Foro Español de Laboralistas*, disponible en <https://forelab.com/wp-content/uploads/hacia_la_igualdad_retributiva_entre_mujeres_y_hombres_en_espana-maria_jesus_ruiz_chacon.pdf> [Acceso el 30 de marzo de 2021].

8. ANEXOS

ANEXO I: RESOLUCIONES JUDICIALES

Tribunal de Justicia

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 1976, Caso Defrenne II, Asunto 43/75.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1981, Caso Jenkins, Asunto 96/80.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 1986, Caso Bilka-Kaufhaus GmbH, Asunto C-170/841
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 1986, Caso Dato-Druck GmbH, Asunto 237/85
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Caso Danfoss, Asunto 109/88
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1990, Caso Dekker, Asunto C-177/88
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 1993, Asunto C-127/92
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre de 1998, Caso Coote, Asunto C-185/1997.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de febrero de 1999, Caso Regina, Asunto C-167/97
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de mayo de 1999, Caso Wiener, Asunto C-309/97.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 1999, Caso Abdoulaye, Asunto C-218/98
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2000, Caso Deutsche Telekom, Asunto C-50/96.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de mayo de 2004, Caso Edeltraud, Asunto C-285/02
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2004, Caso Hlozek, Asunto C-19/02
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2006, Caso Cadman, Asunto C-17/05
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 2013, Caso Kenny, Asunto C-427/11

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019, “WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)”, Asunto C-450/18

Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 128/1987, de 16 de julio (Recurso de amparo 1123/1985)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 145/1991, de 1 de julio (Recurso de amparo 175/1989)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 28/1992, de 9 de marzo (Recurso de amparo 1191/1989)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 142/1993, de 22 de abril (Recurso de inconstitucionalidad 190/1991)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 58/1994, de 28 de febrero (Recurso de amparo 205/1991)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 250/2000, de 30 de octubre (Recurso de amparo 2075/1996)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 98/2003, de 2 de junio (Recurso de amparo 3165/98)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 87/2004, de 10 de mayo (Recurso de amparo 3534/2001)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 253/2004, de 22 de diciembre (Cuestión de inconstitucionalidad 2045/1998)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 74/2008, de 23 de junio (Recurso de amparo 4975/2006)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 92/2008, de 21 de julio (Recurso de amparo 6595/2006)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 124/2009, de 18 de mayo (Recurso de amparo 11224/2006)

Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo social) núm. 1051/2009, de 19 de febrero (rec. 6/2008)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 5798/2011, de 18 de julio (rec. 133/2010)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 1908/2014, de 14 de mayo (rec. 2328/2013)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 84/2017, de 10 de enero (rec. 283/2015)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 43/2017, de 24 de enero (rec. 1902/2015)
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 9 de febrero de 2021 (rec. 3042/2019)

Audiencia nacional

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo social) 2079/2019, de 24 de mayo (rec. 88/2019)

Tribunales Superiores de Justicia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social) núm. 1197/2013, de 19 de junio (rec. 909/2013)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Sala de lo Social) núm. 928/2017, de 2 de noviembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 246/2018, de 14 de febrero (rec. 2089/2017)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Sala de lo Social) núm. 616/2020, de 13 de marzo (rec. 1082/2019)

- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 195/2020, de 28 de mayo (rec. 4089/2019)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) núm. 4354/2021, de 21 de mayo (rec. 150/2021)

ANEXO II: NORMATIVA

Normativa internacional

- Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- C100 – Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), adoptado el 29 de junio de 1951.
- C111 – Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), adoptado el 25 de junio de 1958.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979
- C156 – Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), adoptado el 23 de junio de 1981.

Normativa europea

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Roma, 25 de marzo de 1957.
- Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961.
- Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores, adoptada en 1989.
- Tratado sobre la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.
- Tratado de Ámsterdam, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

- Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos
- Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo
- Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social
- Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad
- Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia
- Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo
- Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)
- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007
- Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo

- 2014/124/UE: Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia

Normativa estatal

- Real Orden de 1 de junio de 1925
- Ley del contrato de trabajo, promulgada el 21 de noviembre de 1931
- Constitución de la República Española, promulgada el 9 de diciembre de 1931.
- Orden Ministerial de 11 de diciembre de 1933
- Fuero del trabajo, promulgado el 9 de marzo de 1938.
- Orden de 3 de noviembre de 1938
- Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo
- Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer.
- Decreto 258/1962, de 1 de febrero, por el que se aplica a la esfera laboral la Ley 56/1961, de 22 de julio, que equipara a los trabajadores de uno y otro sexo en sus derechos de orden laboral.
- Orden de 5 de febrero de 1963 por la que se dictan normas interpretativas y de aplicación del decreto 55/1963, de 17 de enero.
- Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora en aplicación de la Ley de 22 de julio de 1961.
- Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.
- Constitución Española, Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978
- Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores
- Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.
- Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación
- Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres
- Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo

- Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.