

## EDITORIAL

# **Efectividad y transparencia para unas retribuciones equitativas y no discriminatorias entre mujeres y hombres**

## Effectiveness and transparency for equitable and non-discriminatory remuneration between women and men

JAIME CABEZA PEREIRO

*Vicepresidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

doi: 10.20318/femeris.2024.8637

El desarrollo del principio fundamental de igualdad retributiva entre mujeres y hombres del art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha pasado por varias etapas. De entre ellas, ha tenido una influencia decisiva un cambio de orientación desde un plano más sustantivo, de reconocimiento de derechos, a otro más aplicativo, centrado en las garantías para su efectividad. Puede situarse el origen de esta nueva aproximación en el semestre sueco de presidencia de la Unión Europea del período enero-junio de 2001. Fue entonces cuando se sentaron los pilares de la Directiva 2002/73/CE, que modificó la entonces vigente Directiva 1976/207/CEE. En contraste con otras más o menos contemporáneas, como las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, mostró su mayor modernidad precisamente en un mayor hincapié en la efectividad de los derechos. Es evidente que la mayor consolidación del sexo como causa de discriminación en el acervo de la Comunidad Europea propició entonces esa diferencia, pero también lo es que se puso en marcha un nuevo enfoque, en el que se profundizaría progresivamente.

Por aquel entonces el Derecho interno por fin procedía a una incorporación adecuada del principio de igual retribución por trabajo de igual valor, al incorporar con la Ley 33/2002, de 5 julio, los conceptos extrasalariales, en una redacción sin duda más precisa que la anterior. Pero solo fue con la LO 3/2007, de 22 marzo, cuando por fin se produjo la trasposición de la Directiva 2002/73/CE, por aquel entonces ya compilada en la Directiva 2006/54/CE. La Ley Orgánica de Igualdad fue sometida a un amplio escrutinio sobre su adecuada acomodación a la normativa de la UE, pero justo es reconocer que, salvo aspectos

técnicos sin duda discutibles, en términos generales afinó los mecanismos para dotar de mayores garantías de cumplimiento el derecho a la no discriminación por razón de sexo.

No debe dejar de citarse otro aspecto de la Directiva 2002/73/CE más inadvertido, pero que ha cristalizado en toda la normativa posterior, en una labor de continuo perfeccionamiento. Se trata de la elaboración de conceptos unívocos, que precisan mejor el objeto de protección y producen una mayor armonización de las normativas internas. La LO 3/2007 bebe considerablemente de esa fuente, que es común y transversal de todo el Derecho antidiscriminatorio de la UE a partir del cambio de siglo, y que ha producido, mediante una técnica paralela, otro reforzamiento en la mejor coercibilidad de los derechos.

Ya en la pasada década, un texto de *soft law* propició muy intensos cambios. La Recomendación de la Comisión Europea de 7 marzo 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, posó la atención en el tópico que centra la nueva Directiva de 2023, pero sus contenidos fueron mucho más ricos. En particular, profundizó en el concepto de trabajo de igual valor, como asunto central de la comparación que permita descubrir discriminaciones, enfatizó más si cabe la importancia central de la negociación colectiva y subrayó la necesidad de producir sistemas de evaluación y clasificación de los empleos. Pero, en cuanto a la transparencia, los tópicos de los derechos informativos, de las auditorías retributivas y de la más correcta elaboración de estadísticas y datos administrativos emergieron como técnicas dotadas de potencialidad importante para generar un mejor conocimiento de las situaciones probablemente discriminatorias.

Esa Recomendación precipitó un interesante debate e intercambio de información entre los Estados Miembros. Algunos de ellos ya habían anticipado medidas en la línea propuesta por la Comisión Europea y otros modificaron sus legislaciones para incorporarlas. Debe reconocerse, así pues, la capacidad transformadora que tuvo ese texto no vinculante, que propició sin duda un paso adelante significativo en las técnicas aplicativas del art. 157 del TFUE. El Reino de España no fue ninguna excepción, pues, ya con algún retraso, el RD-ley 6/2019, de 1 marzo, introdujo la mayoría de las técnicas apuntadas en la Recomendación. La elevación de la transparencia retributiva y de la igual retribución por trabajo de igual valor a principios orientadores del derecho a la no discriminación retributiva ha configurado un contexto renovado en el que se conjugan tales principios con técnicas aplicativas y con herramientas concretas para la efectividad del derecho plasmado en el art. 28 del ET.

El RD 902/2020 de 13 octubre, constituye ahora desarrollo necesario e inescindible de dicho precepto estatutario. La más acabada regulación, como es propio de un texto reglamentario, del registro retributivo y de la auditoría retributiva, esta última solo exigible a las empresas obligadas a elaborar un plan de igualdad, ha permitido, desde hace ya casi cuatro años, que exista una normativa concreta y aplicable para detectar brechas en las remuneraciones entre hombres y mujeres que, a la postre, desvelen discriminaciones en los conceptos salariales o extrasalariales. Y, al margen de otros contenidos igualmente importantes, es necesario destacar que, una vez más, la norma realza la responsabilidad esencial de la negociación colectiva en cuanto a la valoración de los puestos de trabajo. La comprobación de que los grupos y niveles profesionales se ajustan al principio de igual remuneración para

puestos del mismo valor insiste en la atención necesaria a los sistemas clasificatorios como epicentros de todos los sismos de discriminaciones indirectas que subyacen en los convenios colectivos.

Cuando la aplicación de toda esta renovada normativa constituye un esfuerzo común en las mesas de negociación y en la organización del personal por parte de las empresas, y cuando todavía no existe en Derecho interno, más allá de una incipiente jurisprudencia sobre los planes de igualdad, un mínimo cuerpo de doctrina judicial aplicable a aquélla, ha de afrontarse el reto de la trasposición de una nueva Directiva, desde luego coherente con las normas anteriores. Debe resistirse la tentación de pensar que “los deberes ya están hecho” porque, antes bien, la Directiva (UE) 2023/970/CE establece nuevas exigencias, que deben estar incorporadas, a más tardar, el 7 junio 2026.

No es este el lugar para enumerar los cambios exigibles, pero sí de enunciar nuevos retos, que pueden resumirse en los siguientes retos: 1) la expansión de los principios de igualdad y transparencia retributiva a los procesos de selección y colocación de personas trabajadoras, con particular atención a los derechos de estas a la intimidad de sus historiales retributivos. 2) La mejora de los derechos in normativos individuales, que les permita conocer mejor sus derechos y sus retribuciones en comparación con las de las demás, acompañada del incremento de las exigencias a las empresas, en función de su tamaño, en cuanto a la cadencia de sus exigencias de facilitar los datos pertinentes. 3) La necesidad de justificar con más precisión, mediante una evaluación retributiva conjunta, las causas que producen diferencias entre los niveles retributivos entre hombres y mujeres, allá donde superen el umbral del cinco por ciento. 4) La exigencia de introducir medidas de apoyo a las empresas con plantillas inferiores a doscientas cincuenta personas, a los efectos de que puedan cumplir con los nuevos mandatos.

Es muy visible que la Directiva insiste en las vías de reparación y cumplimiento efectivo de sus preceptos, como una asignatura todavía pendiente. El mismo énfasis de la Directiva 2002/73/CE destacado veinte años más tarde, con diferentes matices, pero con el mismo mensaje, debe convocar a una reflexión en la transposición de la Directiva. Más allá de la imprescindible exigencia de revisar la correcta incorporación de todas las nuevas reglas, ha de producirse un necesario análisis de la efectiva garantía del derecho a la igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que no parece óptima. Hay dos aspectos que se destacan en su Capítulo III –arts. 14 ss.– que conviene subrayar: de una parte, el discreto número de demandas que en nuestra realidad interna se interponen sobre discriminación retributiva no parece un buen indicio. Si las garantías procesales están bien concebidas, habría que detectar dónde están los hiatos para que las trabajadoras no ejerzan sus derechos. De otra parte, es crucial el mensaje de la accesibilidad a las pruebas. En ese acceso están algunas de las respuestas claves, aunque no todas, que explican la distancia entre un sistema más o menos adecuado y una realidad decepcionante. Hay un debate clave sobre la tensión entre transparencia y privacidad que, desde luego, debe repensarse a muchos efectos, entre ellos al de procurar sistemas retributivos más justos.

Sin perjuicio de todo lo dicho, es necesario persistir en un análisis mucho más clásico, como es el de la identificación de discriminaciones indirectas. Se ha hecho referencia

plural a la negociación colectiva en los párrafos precedentes, pero su estudio sistemático y minucioso constituye una tarea esencial. Puede expresarse, en el contexto de las afirmaciones generales, que los convenios colectivos han asistido a un cambio de profundidad en los últimos veinte años. En todos los ámbitos, sean de empresa o sectoriales, provinciales, de Comunidad Autónoma o estatales, su mayor modernidad resulta incuestionable, también en cuanto a una mayor capacidad de neutralizar cláusulas discriminatorias. El trabajo desarrollado por las unidades de igualdad de las organizaciones sindicales y empresariales ha dado importantes frutos.

Ahora bien, esa mejora no debe producir complacencia. En demasiadas ocasiones, los convenios se pronuncian en términos exclusivamente retóricos, sin que se desarrolle realmente una revisión más adecuada de los sistemas clasificatorios y de las estructuras retributivas. Las comparaciones entre unos grupos profesionales y otros frecuentemente producen, a simple vista, sospechas de quiebra del principio de igual retribución por trabajo de igual valor. Los complementos personales están las más de las veces desequilibrados, en particular en el deficiente juego de la absorción y compensación. Los complementos de puesto de trabajo no resisten muchas veces el más simple análisis de impacto de género. Los complementos variables se regulan en numerosos convenios con una notable opacidad. Las compensaciones de gastos encumbren habitualmente salarios con sesgos inconfundibles. Y así, un largo etcétera de asuntos pendientes.

En un análisis ponderado, la situación ha mejorado, pero es susceptible de mucha mejora todavía. Debe destacarse y denunciarse, finalmente, el “no-papel” de la autoridad laboral. El art. 90.6 ET ha sido un precepto decorativo en los últimos diecisiete años, tal vez por desidia, por falta de formación, por comportamientos políticamente correctos, por falta de compromiso, o por una suma de todos esos factores. Por desgracia, no hay excepciones de Administraciones públicas con mejores comportamientos. No hay excusa para que ellas asuman también sus responsabilidades.