

La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España

Directive (EU) 2023/970, which reinforces the application of the principle of equal remuneration between men and women and its transposition in Spain

Remedios Roqueta Buj

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

Recibido: 2/7/2023

Aceptado: 19/10/2023

doi: 10.20318/labos.2023.8253

Resumen: Al término de una minuciosa evaluación del marco vigente en materia de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, la Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2020, titulada «Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025» anunció que la Comisión propondría medidas vinculantes en materia de transparencia salarial, lo que se ha llevado a cabo a través de la reciente Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. En el presente estudio se analiza el contenido de dicha directiva así como su transposición en España.

Palabras clave: Principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, transparencia retributiva, registros salariales, auditorías retributivas.

Abstract: Following a thorough assessment of the current framework in matter of equal pay for equal work or work of equal value, the Communication of the Commission, of March 5, 2020, entitled «A Equality Union: Strategy for Gender Equality 2020-2025» announced that the Commission would propose binding measures on salary transparency, which has been carried out through the recent Directive (EU) 2023/970 of the European Parliament and of the Council of May 10 of 2023 which reinforces the application of the principle of equality of remuneration between men and women for the same work or a work of equal value through remuneration transparency measures and mechanisms to its fulfilment. This study analyses the content of said directive as well as its transposition in Spain.

Keywords: Principle of equal pay between men and women, salary transparency, salary records, remuneration audits.

1. Antecedentes

La normativa de la Unión Europea tiene importantes referencias a la prohibición de discriminación por razón de sexo. Dicha prohibición se contiene en el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y se encuentra desarrollada, en el ámbito laboral, por la Directiva 2006/54 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. Sin embargo, esta Directiva se limita a prohibir toda discriminación retributiva directa e indirecta por razón de sexo entre quienes realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

La evaluación de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2006/54/CE ha constatado que la aplicación del principio de igualdad de retribución se ve entorpecida por la falta de transparencia de los sistemas retributivos, la falta de seguridad jurídica en torno al concepto de «trabajo de igual valor» y los obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las víctimas de discriminación. Los trabajadores carecen de la información necesaria para interponer reclamaciones de igualdad retributiva que prosperen y, en particular, de los datos sobre los niveles retributivos de las categorías profesionales que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo. Una mayor transparencia permitiría revelar sesgos y discriminaciones de género en las estructuras retributivas de las empresas u organizaciones. Y, en consecuencia, los trabajadores dispondrían de medios de prueba eficaces para hacer respetar el principio de igualdad de retribución por razón de sexo en sede judicial y los empleadores e interlocutores sociales podrían adoptar las medidas adecuadas para corregir dichas discriminaciones.

Por ello, la 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 salarial» de los empleadores públicos y privados, facilita una serie de orientaciones a los Estados miembros para ayudarlos a aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igualdad de retribución. En este sentido, dispone que los Estados deben establecer medidas específicas para promover la transparencia salarial, pudiendo optar a tales efectos por una o varias de las siguientes medidas: (i) derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por género (promedios) a requerimiento del trabajador y la trabajadora; (ii) atribución del derecho a esta información con carácter periódico, en beneficio de las personas trabajadoras y de sus representantes, en las empresas de al menos 50 personas trabajadoras; (iii) obligación de que las empresas de al menos 250 personas trabajadoras elaboren auditorías salariales (con promedios retributivos y análisis de sistemas de valoración de los puestos) que deben ponerse a disposición de los y las representantes; (iv) garantía de que la cuestión de la igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debata en el nivel adecuado de la negociación colectiva.

Al término de una minuciosa evaluación del marco vigente en materia de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, y de un proceso de consulta amplio e inclusivo, la Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2020,

titulada «Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025» anunció que la Comisión propondría medidas vinculantes en materia de transparencia salarial, lo que se ha llevado a cabo a través de la reciente Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

2. El ámbito de aplicación y la naturaleza de la Directiva 2023/970

Al respecto, cabe subrayar lo siguiente en relación con el ámbito de aplicación y la naturaleza de la Directiva 2023/970:

- 1.º) La presente Directiva se aplica «a los empleadores de los sectores público y privado» y «a todos los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral según se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro, y habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (art. 2.2 Directiva 2023/970). De este modo, la misma engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan.

El quid de la cuestión es si se extiende también el personal funcionario o con una relación de carácter administrativo. En principio, cabría entender que sí. Efectivamente, nos encontramos ante una Directiva que refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres previsto en la Directiva 2006/54/CE y, conforme a reiterada jurisprudencia comunitaria, el principio de igualdad de trato en el acceso al empleo, a la formación profesional, a la promoción y a las condiciones de trabajo establecido en dicha Directiva tiene alcance general y se aplica también a las relaciones de empleo del sector público, incluidas las de carácter funcional o administrativo¹. A mayor abundamiento, el art. 2.2 de la Directiva 2023/970 nos remite al concepto de trabajador en la doctrina jurisprudencial comunitaria. Pues bien, el ámbito de aplicación personal del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, está concebido en los mismos términos que en el art. 2.2 de la Directiva 2023/970, al referirse con carácter general a los «trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro» y la doctrina jurisprudencial comunitaria lo ha interpretado de manera extensiva. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea argumenta que, habida

¹ Por todas, las SSTJCE de 26 de octubre de 1999 (Asunto C-273/97), 11 de enero de 2000 (Asunto C-285/98), 19 de marzo de 2002 (Asunto C-476/99) y 30 septiembre 2004 (Asunto C-319/03).

cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, ya sea en régimen de laboral como en régimen de Derecho administrativo, al ser disposiciones protectoras mínimas².

- 2.º) La presente Directiva establece requisitos mínimos, de modo que respeta la prerrogativa de los Estados miembros de introducir y mantener disposiciones que sean más favorables para los trabajadores (art. 27.1 Directiva 2023/970). Además, su aplicación en ningún caso constituirá motivo para reducir el nivel de protección en los ámbitos por ella regulados (art. 27.2 Directiva 2023/970).
- 3.º) Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 7 de junio de 2026, incluyendo una referencia a la presente Directiva o estando acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial, e informarán inmediatamente de ello a la Comisión (art. 34 Directiva 2023/970). Los Estados miembros deberán informar a la Comisión sobre el cumplimiento de la presente Directiva y sus repercusiones en la práctica antes del 8 de junio de 2031 (art. 35.1 Directiva 2023/970), presentando asimismo un resumen de los resultados de la evaluación del impacto de sus medidas de transposición en lo que respecta a los trabajadores y los empleadores con una plantilla de menos de 250 trabajadores y haciendo referencia al lugar de publicación de dicha evaluación (art. 34.1 Directiva 2023/970). A más tardar el 7 de junio de 2033, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva (art. 35.2 Directiva 2023/970). El informe examinará, entre otras cosas, los umbrales para los empleadores previstos en los artículos 9 y 10 y el porcentaje del 5 % para la puesta en marcha de la evaluación retributiva conjunta prevista en el artículo 10, apartado 1. La Comisión propondrá, si corresponde, las modificaciones legislativas que considere necesarias sobre la base de dicho informe.
- 4.º) La presente Directiva «*no afectará en modo alguno al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos o a emprender acciones colectivas de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales*» (art. 30 Directiva 2023/970).

² Así, la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco son aplicables, por ejemplo, a los funcionarios interinos [SSTJUE de 22 de diciembre de 2010 (Asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09) o 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10)], el personal estatutario temporal eventual [STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15)]. o el personal eventual [STJUE de 9 de julio de 2015, C-361/12)].

3. Las obligaciones de transparencia retributiva que se imponen a los Estados miembros

3.1. En todas las empresas

3.1.1. El derecho de información de los solicitantes de empleo

Como razonan los considerandos de la Directiva 2023/970, un elemento importante para eliminar la discriminación retributiva es la transparencia retributiva previa al empleo y, por ello, la presente Directiva debe aplicarse también a los solicitantes de empleo (Considerando 19). Ciertamente, la falta de información sobre la banda retributiva prevista para un puesto de trabajo crea *«una asimetría informativa que limita la capacidad de negociación de los solicitantes de empleo»* (Considerando 32). La transparencia permitirá que los aspirantes a un puesto puedan tomar una decisión con conocimiento de causa en relación con el salario esperado, sin que ello limite en modo alguno el poder de negociación de empleadores y trabajadores para negociar un salario, incluso fuera de la banda indicada. Asimismo, garantizará *«la existencia de una base explícita y libre de sesgos de género para la fijación de retribuciones y dificultaría la infravaloración de la retribución con respecto a las competencias y la experiencia»*. Y permitirá enfocar adecuadamente *«la discriminación interseccional, ya que la falta de transparencia en las estructuras retributivas posibilita prácticas discriminatorias por diversos motivos de discriminación»*. Los solicitantes de empleo deben recibir información sobre *«la retribución inicial o la banda retributiva inicial por un medio que garantice una negociación informada y transparente sobre la retribución, por ejemplo, en el anuncio de vacante que se publique, antes de la entrevista de trabajo, o por otro medio antes de la celebración del contrato de trabajo»*. La información debe ser facilitada *«por el empleador o por otra vía, por ejemplo, a través de los interlocutores sociales»*.

Los solicitantes de empleo tendrán derecho a recibir del empleador potencial información sobre los siguientes extremos (art. 5.1 Directiva 2023/970):

- «a) la retribución inicial o la banda retributiva inicial, basadas en criterios objetivos y neutros con respecto al género, correspondientes al puesto al que aspiran, y*
- b) en su caso, las disposiciones pertinentes del convenio colectivo aplicado por el empleador con respecto al puesto.»*

Esa información *«se facilitará de tal forma que se garantice una negociación informada y transparente sobre la retribución, por ejemplo, en el anuncio de la vacante que se publique o por otro medio»*.

Asimismo, los empleadores deben garantizar que *«los anuncios de las vacantes de trabajo y las denominaciones de los puestos de trabajo sean neutros con respecto al género»*, y que *«los procesos de contratación se desarrollen de un modo no discriminatorio, a fin de no socavar el derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor (en lo sucesivo, «derecho a la igualdad de retribución»)»* (art. 5.3 Directiva 2023/970). En fin, ningún empleador podrá plantear a los solicitantes *«preguntas sobre su historial retributivo en sus relaciones laborales actuales o anteriores»* (art. 5.2 Directiva 2023/970).

3.1.2. El derecho de información de los empleados

Todas las empresas, con independencia de su tamaño, pondrán a disposición de su personal de manera fácil «*los criterios*», que habrán de ser «*objetivos y neutros con respecto al género*», que se utilizan «*para determinar la retribución de los trabajadores, los niveles retributivos y la progresión retributiva*», si bien los Estados miembros podrán «*eximir a los empleadores con una plantilla de menos de 50 trabajadores de la obligación relacionada con la progresión retributiva*» (art. 6 Directiva 2023/970), por ejemplo, permitiéndoles que pongan los criterios de progresión salarial a disposición de los trabajadores previa petición (Considerando 35 Directiva 2023/970). La progresión retributiva se refiere al proceso por el que un trabajador pasa a un nivel retributivo superior y los criterios relacionados con la progresión salarial pueden incluir, entre otros, el rendimiento individual, el desarrollo de competencias y la antigüedad (Considerando 35 Directiva 2023/970).

Asimismo, los trabajadores tendrán «*derecho a solicitar y a recibir información por escrito {..} sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo*» (art. 7.1 Directiva 2023/970). Con el fin de garantizar una presentación uniforme de la información exigida por la presente Directiva, los niveles retributivos deben expresarse en términos de retribución bruta anual y de retribución bruta por hora correspondiente (Considerando 22 Directiva 2023/970).

A tales efectos, se prevé el siguiente procedimiento (art. 7 Directiva 2023/970):

- 1.º) Los trabajadores tendrán la posibilidad de solicitar y recibir la información sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios «*a través de sus representantes de los trabajadores, de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales*» (apartado 2). También tendrán la posibilidad de solicitar y recibir la información «*a través de un organismo de fomento de la igualdad*». Los empleadores también podrán optar por facilitar dicha información por iniciativa propia, sin que los trabajadores tengan que solicitarla (Considerando 36 Directiva 2023/970).
- 2.º) Los empleadores facilitarán la información «*por escrito*» y «*en un plazo razonable y, en cualquier caso, en los dos meses a contar de la fecha en la que se cursó la solicitud*» (apartados 1 y 4).
- 3.º) Si la información recibida es inexacta o está incompleta, los trabajadores tendrán derecho «*a solicitar, personalmente o a través de sus representantes de los trabajadores, aclaraciones y detalles adicionales y razonables con respecto a cualquiera de los datos facilitados, y a recibir una respuesta motivada*» (apartado 2).
- 4.º) No se impedirá a los trabajadores «*revelar su retribución a efectos del cumplimiento del principio de igualdad de retribución*» (apartado 5). En particular, los Estados miembros establecerán medidas para «*prohibir las cláusulas contractuales que impidan a los trabajadores la divulgación de información sobre su retribución*».

En cambio, los empleadores podrán exigir que *«los trabajadores que hayan obtenido información con arreglo al presente artículo, distinta de la información relativa a su propia retribución o su propio nivel retributivo, no la utilicen con fines distintos del ejercicio de su derecho a la igualdad de retribución»* (apartado 6).

- 5.º) Los empleadores informarán anualmente a todos los trabajadores de su derecho a recibir la información sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios y de los pasos que deben seguir para ejercer ese derecho (apartado 3).

3.1.3. Accesibilidad de la información para las personas con discapacidad

Los empleadores facilitarán la información que proporcionen a los trabajadores o solicitantes de empleo *«en un formato que sea accesible para las personas con discapacidad y que tenga en cuenta sus necesidades específicas»*.

3.2. En las empresas de 100 o más trabajadores

3.2.1. La información sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras

Los Estados miembros garantizarán que los empleadores con una plantilla igual o superior a 100 trabajadores faciliten la siguiente información sobre su organización (art. 9.1 Directiva 2023/970):

- a) La *«brecha retributiva de género»*, esto es, *«la diferencia entre los niveles retributivos medios de las mujeres y de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como un porcentaje del nivel retributivo medio de los trabajadores de género masculino»* [art. 1.c) Directiva 2023/970].
- b) La *«brecha retributiva de género en los componentes complementarios o variables»*, esto es, la diferencia entre los componentes complementarios o variables medios de las mujeres y de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como un porcentaje de la media que por estos conceptos perciben los trabajadores de género masculino.
- c) La *«brecha retributiva de género mediana»*, esto es, *«la diferencia entre el nivel retributivo mediano de las mujeres y el nivel retributivo mediano de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como un porcentaje del nivel retributivo mediano de los trabajadores de género masculino»* [art. 1.b.e) Directiva 2023/970]. Y a tales efectos, por *«nivel retributivo mediano»* se entiende *«el nivel retributivo en el que la mitad de los trabajadores de un empleador gana más y la otra mitad gana menos»* [art. 1.d) Directiva 2023/970].

- d) La «*brecha retributiva de género mediana en los componentes complementarios o variables*», esto es, la diferencia entre las medianas en los componentes complementarios o variables totales de las mujeres y de los hombres que trabajan para un empleador, expresada en un porcentaje de la mediana de los trabajadores de género masculino
- e) La proporción de trabajadoras y de trabajadores que reciben componentes complementarios o variables.
- f) La proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada cuartil de la banda retributiva. A tales efectos, se entenderá por «*cuartil de la banda retributiva*», según indica el art. 1.f) de la Directiva 2023/970, «*cada uno de los cuatro grupos iguales de trabajadores en los que estos se dividen en función de sus niveles retributivos, del más bajo al más alto*».
- g) La «*brecha retributiva de género*», por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables.

Los empleadores facilitarán la información reseñada correspondiente «*al anterior año natural*» de forma progresiva conforme al siguiente calendario:

- 1.º) En las empresas con una plantilla igual o superior a 250 trabajadores, a más tardar el 7 de junio de 2027 y posteriormente cada año (art. 9.2 Directiva 2023/970).
- 2.º) En las empresas con una plantilla comprendida entre 150 y 249 trabajadores, a más tardar el 7 de junio de 2027 y posteriormente cada tres años (art. 9.3 Directiva 2023/970).
- 3.º) En las empresas con una plantilla comprendida entre 100 y 149 trabajadores, a más tardar el 7 de junio de 2031 y posteriormente cada tres años (art. 9.4 Directiva 2023/970).

Por lo demás, los Estados miembros no impedirán que los empleadores con una plantilla inferior a 100 trabajadores faciliten la información reseñada con carácter voluntario, y, además, podrán, con arreglo al Derecho nacional, exigir a los empleadores con una plantilla inferior a 100 trabajadores que faciliten información sobre las remuneraciones (art. 9.5 Directiva 2023/970).

En cuanto a los destinatarios de la información reseñada, la presente Directiva distingue:

- 1.º) La información a que se refieren las diferentes letras del art. 9.1 de la Directiva, «*se comunicará*» al organismo designado por cada Estado miembro para el seguimiento y apoyo de la ejecución de las medidas nacionales de aplicación de la presente Directiva, encargado, entre otras funciones, de recopilar y publicar dichos datos con arreglo al art. 29.3.c) (art. 9.7 Directiva 2023/970). Los Estados miembros podrán compilar por sí mismos la información a que se refiere el apartado 1, letras a) a f), del art. 9.1 de la Direc-

tiva 2023/970, sobre la base de datos administrativos como los presentados por los empleadores a las autoridades fiscales o de la seguridad social (art. 9.8 Directiva 2023/970). La información se hará pública sin demora y en un formato de fácil acceso y de fácil manejo que permita la comparación entre empleadores, sectores y regiones del Estado miembro de que se trate y garantice que los datos correspondientes a los cuatro años anteriores sean accesibles, si están disponibles [arts. 9.8 y 29.3.c) Directiva 2023/970].

Además, el empleador podrá publicar la información a que se refiere el apartado 1, letras a) a f), del presente artículo en su sitio web o divulgarla por otros medios (art. 9.7 Directiva 2023/970).

- 2.º) La información relativa a la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables, se facilitará por las empresas «*a todos sus trabajadores y a sus respectivos representantes de los trabajadores*» (art. 9.9 Directiva 2023/970). Los empleadores también facilitarán dicha información a la inspección de trabajo y al organismo de fomento de la igualdad, a petición de estos. También se facilitará, previa solicitud, la información correspondiente a los cuatro años anteriores, si está disponible.

Los trabajadores, los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo y los organismos de fomento de la igualdad «*tendrán derecho a solicitar a los empleadores aclaraciones y pormenores adicionales sobre cualquiera de los datos publicados, incluidas las oportunas explicaciones sobre cualquier diferencia retributiva de género*» (art. 9.10 Directiva 2023/970). Los empleadores deberán ofrecer «*una respuesta motivada a ese tipo de solicitudes en un plazo razonable*». Cuando las diferencias retributivas de género no estén justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género, los empleadores deberán «*corregir la situación en un plazo razonable en estrecha cooperación con los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de fomento de la igualdad*».

3.2.2. La evaluación o auditoria retributiva conjunta

Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que los empleadores que están sujetos a la obligación de informar sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras en los términos previstos en el art. 9 realicen, en cooperación con los representantes de los trabajadores, una evaluación o auditoria retributiva conjunta cuando se cumplan «*todas las condiciones siguientes*» (art. 10.1 Directiva 2023/970):

- a) que la información presentada en relación con las retribuciones demuestre la existencia de una diferencia en el nivel retributivo medio de las trabajadoras y los trabajadores de al menos el 5 % en cualquier categoría de trabajadores;

- b) que el empleador no haya justificado esa diferencia en el nivel retributivo medio sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género;
- c) que el empleador no haya subsanado esa diferencia injustificada en el nivel retributivo medio en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones.

La evaluación retributiva conjunta se llevará a cabo con el fin de detectar, subsanar y evitar diferencias de retribución entre las trabajadoras y los trabajadores que no estén justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género e incluirá lo siguiente (art. 10.2 Directiva 2023/970):

- a) un análisis de la proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada categoría de trabajadores;
- b) información sobre los niveles retributivos medios de las trabajadoras y los trabajadores y los componentes complementarios o variables para cada categoría de trabajadores;
- c) cualquier diferencia en los niveles retributivos medios de las trabajadoras y los trabajadores en cada categoría de trabajadores;
- d) las razones, si las hay, de tales diferencias en los niveles retributivos medios, sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género y determinadas de forma conjunta por los representantes de los trabajadores y el empleador;
- e) la proporción de trabajadoras y de trabajadores que han recibido alguna mejora de su retribución tras su reincorporación después de un permiso de maternidad o de paternidad, un permiso parental o un permiso para cuidadores, si se produjo tal mejora en la categoría profesional pertinente durante el período en que disfrutaban del permiso;
- f) medidas para resolver las diferencias de retribución, si no están justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género;
- g) una evaluación de la eficacia de las medidas de anteriores evaluaciones retributivas conjuntas.

Por lo demás, la evaluación o auditoría retributiva requiere la valoración de los puestos de trabajo con perspectiva de género. Pues bien, a este respecto el art. 4.1 de la Directiva 2023/970 establece que «*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que los empleadores dispongan de estructuras retributivas que garanticen la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor*». En línea con la doctrina jurisprudencial comunitaria, se dispone que las estructuras retributivas deberán permitir evaluar, en lo que respecta al valor del trabajo, si los trabajadores se encuentran en una situación comparable, sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género acordados con los representantes de los trabajadores, de existir tales representantes (art. 4.4 de la Directiva 2023/970). Estos criterios no se basarán, ni directa ni indirectamente, en el sexo de los trabajadores e incluirán las competencias,

el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, y, si procede, cualquier otro factor que sea pertinente para el puesto o empleo específico. Se aplicarán de manera objetiva y neutra con respecto al género, de forma tal que se excluya toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo. En particular, no subestimarán las aptitudes interpersonales pertinentes.

Los Estados miembros facilitarán herramientas o metodologías analíticas de fácil acceso para proporcionar ayuda y orientación a la hora de evaluar y comparar el valor del trabajo con arreglo a los criterios que se establecen en el art. 4 de la Directiva (art. 4.2 de la Directiva 2023/970). Esas herramientas o metodologías permitirán a los empleadores o a los interlocutores establecer y utilizar fácilmente sistemas de evaluación y clasificación profesional neutros con respecto al género que excluyan toda discriminación retributiva por razón de sexo (art. 4.2 de la Directiva 2023/970). Cuando proceda, la Comisión podrá actualizar las directrices a escala de la Unión relacionadas con los sistemas de evaluación y clasificación profesional neutros con respecto al género, en consulta con el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE) (art. 4.3 de la Directiva 2023/970).

Los empleadores pondrán la evaluación retributiva conjunta a disposición de los trabajadores y de los representantes de los trabajadores y la comunicarán al organismo de seguimiento [arts. 10.2 y 29.3.d) Directiva 2023/970]. La facilitarán también a la inspección de trabajo y al organismo de fomento de la igualdad, a petición de estos.

Al aplicar las medidas señaladas en la evaluación retributiva conjunta, el empleador deberá subsanar las diferencias retributivas injustificadas en un plazo razonable, en estrecha cooperación con los representantes de los trabajadores, de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales (art. 10.2 Directiva 2023/970). Podrá pedirse a la inspección de trabajo o al organismo de fomento de la igualdad que participen en el proceso. La aplicación de las medidas incluirá un análisis de los sistemas existentes de evaluación y clasificación profesional neutros con respecto al género o el establecimiento de tales sistemas, para garantizar la exclusión de toda discriminación retributiva directa o indirecta por razón de sexo.

3.3. Apoyo a los empleadores con una plantilla inferior a 250 trabajadores

Los Estados miembros prestarán apoyo, en forma de asistencia técnica y formación, a los empleadores con una plantilla inferior a 250 trabajadores y a los representantes de los trabajadores de que se trate, a fin de facilitarles el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Directiva (art. 11 Directiva 2023/970).

3.4. Protección de datos

En la medida en que implique el tratamiento de datos personales, toda información proporcionada con arreglo a las medidas adoptadas en virtud de los arts. 7, 9 y 10 de la

Directiva 2023/970 se facilitará de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 (art. 12.1 Directiva 2023/970). Ningún dato personal tratado con arreglo a dichos preceptos podrá utilizarse con fines distintos de la aplicación del principio de igualdad de retribución (art. 12.2 Directiva 2023/970). Los Estados miembros podrán decidir que, cuando la divulgación de información con arreglo a los arts. 7, 9 y 10 dé lugar a la divulgación, directa o indirecta, de la retribución de un trabajador identificable, solo tengan acceso a dicha información los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de fomento de la igualdad (art. 12.3 Directiva 2023/970). Los representantes de los trabajadores o el organismo de fomento de la igualdad asesorarán a los trabajadores acerca de la posibilidad de interponer una demanda al amparo de la presente Directiva sin revelar los niveles retributivos efectivos de cada uno de los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor (art. 12.3 Directiva 2023/970). A los efectos de seguimiento con arreglo al art. 29, la información estará disponible sin restricciones (art. 12.3 Directiva 2023/970).

3.5. *Diálogo social*

Sin perjuicio de la autonomía de los interlocutores sociales, y de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar la participación efectiva de los interlocutores sociales a través del diálogo sobre los derechos y las obligaciones que establece la presente Directiva 2023/970, si procede, cuando así lo soliciten (art. 13 Directiva 2023/970). Sin perjuicio de la autonomía de los interlocutores sociales y tomando en consideración la diversidad de prácticas nacionales, los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para promover el papel de los interlocutores sociales y fomentarán el ejercicio del derecho a la negociación colectiva sobre las medidas para luchar contra la discriminación retributiva y su repercusión negativa en la valoración de los puestos de trabajo desempeñados predominantemente por trabajadores de un determinado sexo (art. 13 Directiva 2023/970).

4. **Defensa de los derechos**

4.1. *Inversión de la carga de la prueba*

Los Estados miembros se asegurarán de que, cuando el empleador no haya cumplido las obligaciones de transparencia retributiva que se establecen en los arts. 5, 6, 7, 9 y 10 de la Directiva 2023/970, corresponda al empleador, en todo procedimiento administrativo o judicial en relación con una presunta discriminación directa o indirecta en relación con la retribución, demostrar que no se ha producido tal discriminación, salvo que demuestre que dicho incumplimiento *«fue manifiestamente involuntario y de carácter menor»* (art. 18.2 Directiva 2023/970).

4.2. *La prueba de la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor*

En cuanto a la prueba de la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor, se establecen las siguientes previsiones:

- 1.º) Al determinar si las trabajadoras y los trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, la evaluación de si se encuentran en una situación comparable «*no se limitará a situaciones en las que las trabajadoras y los trabajadores trabajen para el mismo empleador, sino que se ampliará a la fuente única que determine las condiciones de retribución*» y se considerará que existe una fuente única «*cuando aquella establezca los elementos retributivos pertinentes a efectos de comparación entre los trabajadores*» (art. 19.1 Directiva 2023/970).

Ciertamente, la discriminación directa oculta plantea importantes problemas de prueba en los trabajos con escasa participación femenina o masculina, pues la discriminación directa no se constata a partir de datos de afectación mayoritaria y en estas circunstancias puede resultar imposible encontrar en la misma empresa una persona trabajadora del otro sexo que se encuentre en una situación comparable y que haya recibido, por el mismo o por un trabajo de igual valor, una retribución más elevada. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha aclarado que, para determinar si los trabajadores se encuentran en una situación comparable, la comparación no debe limitarse necesariamente a las situaciones en las que hombres y mujeres trabajan para un mismo empleador³ o en el mismo establecimiento de ese empresario⁴. Los trabajadores pueden encontrarse en una situación comparable incluso si no trabajan para el mismo empleador, siempre que las condiciones de retribución puedan atribuirse a una única fuente que las determine y que dichas condiciones sean iguales y comparables, así como en el supuesto de que el trabajo se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público⁵. Tal puede ser el caso cuando las condiciones de retribución pertinentes estén reguladas por disposiciones reglamentarias o convenios en materia de retribución aplicables a varios empleadores⁶, o cuando esas condiciones se establezcan de forma centralizada para más de una organización o empresa dentro de un holding o grupo de empresas⁷. Y así, el art. 157 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que, cuando se discute una reglamentación estatal, la aplicabilidad de dicha disposición, a una empresa no está subordinada al requisito de que el trabajador afectado pueda ser comparado a un trabajador de otro sexo empleado, en la actualidad o en el pasado, por el mismo empleador y que haya recibido, por un mis-

³ STJCE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C 320/00).

⁴ STJCE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-624/19).

⁵ SSTJCE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C 320/00), 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01) y 3 de junio de 2021 (Asunto C-624/19).

⁶ STJCE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-320/2000)

⁷ Cfr. el Considerando 29 de la Directiva 2023/970.

mo trabajo o por un trabajo de igual valor, una retribución más elevada⁸. Sin embargo, cuando las diferencias observadas en las condiciones de retribución de trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor no son imputables a una única fuente, falta una entidad que sea responsable de la desigualdad y que pudiera restablecer la igualdad de trato. Tal situación no se encuentra comprendida en el art. 157 del TFUE y el trabajo y la retribución de dichos trabajadores no pueden compararse entonces sobre la base de esta disposición⁹.

- 2.º) La evaluación de si los trabajadores se encuentran en una situación comparable «no se limitará a los trabajadores que estén empleados al mismo tiempo que el trabajador o la trabajadora de que se trate» (art. 19.2 Directiva 2023/970). Efectivamente, tal y como destaca la STJCE de 27 de marzo de 1980 (Asunto 129/79), el principio de la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo «no se limita a las situaciones en las que hombres y mujeres efectúan simultáneamente un mismo trabajo para el mismo empleador». Antes al contrario, también «se aplica en caso de que se demuestre que un trabajador femenino, habida cuenta de la naturaleza de sus servicios, ha percibido una retribución inferior a la que percibía un trabajador masculino, empleado con anterioridad al período de empleo de la operaria femenina, y que efectuaba el mismo trabajo para su empleador».
- 3.º) Cuando no pueda determinarse ningún referente de comparación real, se permitirá «utilizar cualquier otra prueba para demostrar la presunta discriminación retributiva, incluidas estadísticas o una comparación de cómo se trataría a un trabajador en una situación comparable» (art. 19.3 Directiva 2023/970). De este modo, se incorpora en línea con el art. 2.1 de la Directiva 2006/54 el concepto de comparador hipotético que permite detectar la existencia de discriminación retributiva directa no sólo cuando la trabajadora hubiera sido retribuida de modo diferente respecto a un trabajador comparable sino meramente cuando pudiera ser retribuida de modo diferente, lo que tendría la virtualidad de facilitar la presentación de indicios para detectar las discriminaciones retributivas directas ocultas, si bien los tribunales por el momento no se han planteado la virtualidad de los comparadores¹⁰.

4.3. Acceso a las pruebas

Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos correspondientes a una reclamación de igualdad retributiva, las autoridades competentes o los órganos jurisdiccio-

⁸ STJCE 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01).

⁹ SSTJCE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C 320/00) y 3 de junio de 2021 (Asunto C-624/19).

¹⁰ BALLESTER PASTOR, M.^a A., *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2018, págs. 19 y ss.

nales nacionales puedan «ordenar a la parte reclamada que exhiba cualquier prueba pertinente que obre en poder de la parte reclamada, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales» (art. 20.1 Directiva 2023/970). Los Estados miembros garantizarán que las autoridades competentes o los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados para «ordenar la exhibición de las pruebas que contengan información confidencial cuando lo consideren pertinente para la reclamación de igualdad retributiva», y velarán porque cuando ordenen revelar esa información, las autoridades competentes o los órganos jurisdiccionales nacionales «tengan a su disposición medidas eficaces para protegerla, de conformidad con las normas procesales nacionales» (art. 20.2 Directiva 2023/970).

5. La transposición en España de la Directiva (UE) 2023/970

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), incorpora al ordenamiento español la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, 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. Debido a la persistencia de desigualdades salariales, en 2014 la Comisión Europea adoptó la Recomendación de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. Esta Recomendación facilita orientaciones a los Estados miembros para ayudarlos a aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igualdad de retribución y en este contexto se aprobó 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. Dicho real decreto-ley incorporó al ordenamiento jurídico español el principio de transparencia retributiva a través de los registros y las auditorías retributivos. Estos instrumentos están regulados en los arts. 28.2 y 3 del 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 (ET), y 46 de la LOI y en los RR.DD. 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, y 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres¹¹.

Pues bien, a partir de la confrontación de la regulación estatal con la Directiva 2023/970, cabe subrayar lo siguiente:

- 1.º) El ordenamiento jurídico español no contempla ninguna medida legal en orden a garantizar la transparencia retributiva previa al empleo, por lo que el Estado español habrá de poner en vigor las disposiciones legales o reglamentarias necesarias para garantizar que los solicitantes de empleo reciban información sobre la retribución inicial o la banda retributiva inicial por

¹¹ Por todos, ROQUETA BUJ, R., *La igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Registros y auditorías salariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, y toda la doctrina jurisprudencial y científica que se refleja en esta obra.

un medio que garantice una negociación informada y transparente sobre la retribución, por ejemplo, en el anuncio de vacante que se publique, antes de la entrevista de trabajo, o por otro medio antes de la celebración del contrato de trabajo (art. 5.1 Directiva 2023/970).

- 2.º) En cuanto a las obligaciones informativas del empresario en relación con el trabajador individual vinculadas a la formalización del contrato de trabajo, el art. 8.2 del ET se limita a señalar que cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre «*la cuantía del salario base inicial y de los complementos salariales, así como la periodicidad de su pago*» [letra e)] y «*el convenio colectivo aplicable a la relación laboral, precisando los datos concretos que permitan su identificación*» [letra i)], siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito, si bien la información sobre los aspectos salariales señalados «*podrá derivarse de una referencia a las disposiciones legales o reglamentarias o a los convenios colectivos de aplicación que regulen dichos extremos, siempre que tal referencia sea precisa y concreta para permitir al trabajador el acceso a la información correspondiente*» (art. 8.2 del ET). Por consiguiente, el Estado español también habrá de poner en vigor las disposiciones legales o reglamentarias necesarias para obligar a los empleadores a poner a disposición de los trabajadores los criterios que se utilizan para determinar su retribución, los niveles retributivos y la progresión retributiva, aunque podrá eximir a las empresas con una plantilla de menos de 50 trabajadores de la obligación relativa a la progresión salarial, por ejemplo, permitiéndoles que pongan los criterios de progresión salarial a disposición de los trabajadores previa petición (art. 6 Directiva 2023/970).
- 3.º) De conformidad con los arts. 28.2 del ET y 5.3 del RD 902/2020, las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de sus representantes legales en la empresa, al contenido íntegro del registro salarial de su empresa (valores medios retributivos de hombres y mujeres de cada puesto de trabajo de trabajo, categoría profesional/nivel retributivo o grupo profesional desagregados en atención a la naturaleza de las diferentes partidas retributivas, las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa y la justificación de las diferencias salariales del 25 % o más en el promedio de las retribuciones satisfechas a hombres y mujeres). De este modo, la legislación española mejora lo establecido en el art. 7.1 de la Directiva 2023/970 que se refiere a los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Ciertamente, si los órganos jurisdiccionales nacionales estuvieran obligados a proceder a una valoración y a una comparación del conjunto de las gratificaciones de distinto carácter concedidas, según los casos, a los trabajadores masculinos o femeninos, el

control jurisdiccional sería más difícil de realizar y la eficacia del art. 157 del TFUE se vería disminuida en la misma medida. De ello se sigue que una verdadera transparencia, que permita un control eficaz, sólo se garantiza si el principio de igualdad de retribución se aplica a cada uno de los elementos de la retribución concedida respectivamente a los trabajadores masculinos y femeninos¹². En cambio, el art. 5.3 del RD 902/2020 empeora la regulación comunitaria en relación con las personas trabajadoras que no cuentan con representantes legales en la empresa, ya que su derecho a la información se limita a «*las diferencias porcentuales*» que existan en las retribuciones promediadas de los hombres y mujeres, se sobreentiende que de su mismo puesto de trabajo, categoría profesional/nivel retributivo o grupo profesional o de trabajos de igual valor al suyo, debidamente desagregadas en atención a la naturaleza de las retribuciones. Por otra parte, el ordenamiento jurídico español tendrá que poner a disposición de los trabajadores un procedimiento que les facilite el ejercicio de su derecho a solicitar y recibir la información en los términos previstos en el art. 7 de la Directiva 2023/970.

- 4.º) El Estado español también deberá garantizar que las personas con discapacidad tengan un acceso adecuado a la información facilitada en virtud de la presente Directiva a los solicitantes de empleo y a los trabajadores.
- 5.º) En España, todas las empresas, con independencia de su tamaño, están obligadas a confeccionar todos los años un registro retributivo, al que tienen acceso los representantes de los trabajadores, que refleje (arts. 28.2 ET y 5.1 RD 902/2020): a) Los valores medios de las retribuciones (la media aritmética y la mediana). b) De modo diferenciado para cada percepción salarial y extrasalarial. c) Desglosados en función de la clasificación profesional o de cualquier otro sistema de fijación de salarios aplicable en la empresa. d) Desagregados por sexos. De este modo, la regulación española contiene disposiciones más favorables para los trabajadores y sus respectivos representantes que la directiva. En primer lugar, porque extiende la obligación de transparencia retributiva a todas las empresas con una periodicidad anual, con independencia de su tamaño, cuando la Directiva se refiere a las empresas con una plantilla igual o superior a 100 trabajadores y con una periodicidad trianual o anual, según se trate de empresas con una plantilla inferior o igual o superior a 250 trabajadores, respectivamente. En segundo lugar, la norma española se refiere a los valores medios de las retribuciones (las medias aritméticas y las medianas) de cada grupo profesional y, dentro de cada grupo, de cada categoría profesional o nivel retributivo, y no a la «*brecha retributiva de género*» de cada categoría de trabajadores, esto es, la diferencia entre los niveles retributivos medios de las mujeres y de los hombres de la misma ca-

¹² SSTJCE de 17 de mayo de 1990 (TJCE/158), 30 de marzo de 2000 (Asunto C-236/98) y 26 de junio de 2001 (Asunto C-381/99).

tegoría que trabajan para un empleador, expresada como un porcentaje del nivel retributivo medio de los trabajadores del género masculino –que es un medidor de la discriminación salarial entre mujeres y hombres más impreciso–. En tercer lugar, en España el registro debe reflejar los valores medios de modo diferenciado para cada percepción salarial y extrasalarial, mientras que la directiva sólo exige el desglose de las brechas retributivas de género de cada categoría por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables. En cuarto lugar, el registro de las empresas con más de 50 trabajadores deberá reflejar, además, los valores medios de las retribuciones de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, desglosados por sexo y desagregados de modo diferenciado para cada percepción salarial y extrasalarial, así como la justificación de las diferencias salariales entre hombres y mujeres iguales o superiores al 25 % (art. 6 RD 902/2020).

Asimismo, de acuerdo con los arts. 45.2 y 46.2.e) de la LOI y 7.1 del RD 902/2020, la auditoría salarial conjunta resulta obligatoria para las empresas con más de 50 trabajadores en cualquier circunstancia (art. 45.2 LOI), cuando la Directiva sólo la exige en las empresas de 100 trabajadores y siempre y cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: que la información presentada en relación con las retribuciones demuestre la existencia de una diferencia en el nivel retributivo medio de las trabajadoras y los trabajadores de al menos el 5 % en cualquier categoría de trabajadores; que el empleador no haya justificado esa diferencia en el nivel retributivo medio sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género; y que el empleador no haya subsanado esa diferencia injustificada en el nivel retributivo medio en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones.

Y, en fin, las empresas de 50 o más trabajadores, como parte del diagnóstico de la situación retributiva en la empresa, deben evaluar todos los puestos de trabajo de su empresa con perspectiva de género conforme a lo establecido en el art. 4 del RD 902/2020, tanto con relación al sistema retributivo como con relación al sistema de promoción [art. 8.1.a).1º RD 902/2020]. A tales efectos, el Estado español facilita a las empresas una herramienta informática que incorpora un modelo «voluntario» de procedimiento de valoración de puestos de trabajo (art. 1.2 Orden PCM/1047/2022), que posibilita que cada empresa pueda evaluar de forma efectiva el valor que realmente aporta cada puesto de trabajo al conjunto de la organización. Y así, la herramienta debe servir para identificar y corregir las diferencias retributivas que pudieran existir en la empresa entre los trabajos de igual valor y corregir la política de personal y retributiva de la empresa.

6.º) El ordenamiento jurídico español obliga, como parte del diagnóstico, a:

- a) Llevar en todas las empresas un registro anual con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profe-

sionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor, teniendo las personas trabajadoras *«el derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa»* (arts. 28.2 ET y 5.1 del RD 902/2020).

- b) Confeccionar en las empresas con al menos 50 empleados la auditoria retributiva [arts. 46.2.e) LOI y 7.1 RD 902/2020]. El diagnóstico de la situación retributiva en la empresa requiere [art. 8.1.a) RD 902/2020]:
1.º La evaluación de los puestos de trabajo con perspectiva de género, pudiendo utilizarse a tales efectos la herramienta de valoración de los puestos de trabajo y de igualdad retributiva elaborada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Igualdad (art. 1.2 Orden PCM/1047/2022).
2.º) La identificación de otros factores desencadenantes de las diferencias retributivas.

Sin embargo, salvo el art. 28.2 del ET, que sí rige para el personal laboral de las Administraciones Públicas, ni el art. 46.2.e) de la LOI ni los RR.DD. 901/2020 y 902/2020 resultan de aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas. Como puede observarse, el marco normativo que se impone en esta materia es mucho más liviano para las Administraciones Públicas que para las empresas, cuando aquellas deberían dar ejemplo.

En principio, existen razones que pueden explicar esa diferencia, a saber:

- a) La cuantía de las retribuciones básicas y complementarias (complemento de destino y específico) de los funcionarios debe fijarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, por lo que no deberían existir diferencias retributivas basadas en el género.
- b) El personal laboral, a diferencia de los trabajadores del sector privado, tiene siempre respecto de la Administración Pública los derechos y obligaciones establecidos en las normas legales y convencionales, no entrando en juego ni la autonomía colectiva de efectos personales limitados ni la autonomía individual. Lo que resulta explicable en atención a los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación que rigen para las Administraciones Públicas en cuanto empleadoras y que les impiden el establecimiento selectivo de las condiciones de trabajo por encima de las previsiones legales o convencionales, a diferencia de los empleadores privados. Ciertamente, como ha declarado el Tribunal Constitucional, el art. 14 de la Constitución Española *«no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales»*, de suerte que la diferencia salarial que no tenga un significado discriminatorio,

por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución Española o el Estatuto de los Trabajadores, «no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad»¹³. Mas cuando el empresario «es la Administración Pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE)» y, como poder público que es, «está sujeta al principio de igualdad ante la ley que, como hemos declarado, concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales»¹⁴.

Con todo, las discriminaciones por razón de sexo en materia retributiva son factibles en relación tanto con el personal funcionario como laboral. En efecto, el complemento de destino a percibir por cada funcionario depende del nivel asignado a su puesto de trabajo y del desarrollo de su carrera vertical, por lo que sí pueden producirse discriminaciones injustificadas por razón de sexo. Y lo mismo cabe decir en relación con el complemento específico, ya que su puesta en marcha requiere de dos procesos concurrentes (la determinación de los puestos a que se asigna y la fijación de su cuantía) y, además, las normas presupuestarias vienen limitándose a establecer la cantidad global destinada a la asignación de este complemento. Y, en fin, en el resto de las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos también pueden producirse discriminaciones retributivas entre mujeres y hombres (complementos de productividad, gratificaciones por servicios extraordinarios y complementos de carrera profesional horizontal), ya que su asignación se realiza de forma individualizada y no de forma general para categorías, cuerpos o grupos. Y, en fin, la experiencia práctica suele mostrar la existencia de diferencias salariales entre los trabajadores y trabajadoras al servicio de las Administraciones Públicas.

Por ello, y a fin de detectar las posibles discriminaciones retributivas entre mujeres y hombres, es necesario que las Administraciones Públicas informen sobre las retribuciones promediadas de su personal funcionario (a) y laboral (b).

- a) Los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos remitirán, al menos anualmente, a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas, información relativa a las «retribuciones promediadas de su personal» (art. 63 LOI). Por consiguiente, se debe llevar un registro con los valores medios de las retribuciones básicas y complementarias, desagregadas por sexos y distribuidas por subgrupos o grupos de clasificación profesional, cuerpos o escalas, niveles, categorías o escalones y cualquier otra circunstancia que pueda incidir en la cuantía de las retribuciones de los funcionarios públicos. Aunque la aplicación directa del art. 63 de la LOI se limita a la Administración General

¹³ SSTC 34/1984, de 9 de marzo; y 2/1998, de 12 de enero.

¹⁴ SSTC 161/1991, de 18 de julio; 2/1998, de 12 de enero; y 34/2004, de 8 marzo.

del Estado y los organismos públicos o dependientes de ella, resulta aplicable de forma subsidiaria al resto de las Administraciones Públicas

- b) Las Administraciones Públicas deben llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla laboral, desagregados por sexos y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor, y los trabajadores tienen «*el derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa*» (art. 28.2 ET). Cuando en una Administración Pública con al menos 50 trabajadores, el promedio de las retribuciones de los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un 25 % o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, la Administración deberá incluir en el registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras (art. 28.3 ET). Estas obligaciones, al estar previstas en el art. 28 del ET, resultan aplicables en relación con el personal laboral de las Administraciones Públicas, tal y como prescribe el art. 7 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). No obstante ello, según la DA 4.^a del RD 902/2020, «*al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas le resultará de aplicación lo previsto en el presente reglamento, de acuerdo con las peculiaridades establecidas en su legislación específica*». De este modo, el RD 902/2020 precisa de un ulterior desarrollo y articulación en relación con el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y mientras dicho desarrollo no se produzca no resulta de aplicación directa en el ámbito del empleo público laboral.

La normativa estatal expresamente no obliga a las Administraciones Públicas a realizar una valoración de los puestos de trabajo con perspectiva de género. Excepcionalmente, algunas leyes autonómicas para la promoción de la igualdad de género, a fin de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de retribución de mujeres y hombres, obligan a la Administración de la Comunidad Autónoma a realizar una valoración técnica de las plazas de personal funcionario o de los puestos cubiertos por personal laboral en todos los cuerpos, escalas, grupos, niveles y categorías, considerando en la misma el efectivo desempeño de cada puesto e incorporando la perspectiva de género, que será revisada periódicamente o cada cuatro años¹⁵. No obstante, en la Comunidad Autónoma de Galicia dicha valoración técnica sólo se impone cuando en el cuerpo, escala, grupo o categoría exista una diferencia porcentual de, por lo menos, 20 puntos entre el número de mujeres y el número de hombres o cuando, por las circunstancias concurrentes, se

¹⁵ Cfr. los arts. 68 de la Ley 2/2019, de 7 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en Cantabria, y 16.5 de la Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres en Cataluña.

aprecie una apariencia de discriminación por razón de sexo¹⁶. En cualquier caso, es evidente que, si se constata la segregación horizontal o vertical de las mujeres o una brecha salarial de género superior al 25 %, que carece de una justificación objetiva y razonable, en la Administración Pública de que se trate, está tendrá que realizar la valoración de los puestos de trabajo con perspectiva de género.

En fin, aunque la regulación española que se contiene en la LOI, el art. 28 del ET y los RR.DD. 901/2020 y 902/2020 en líneas generales se ajusta a las exigencias que marca la nueva Directiva 2023/970, no puede decirse lo mismo en relación con la normativa aplicable en las Administraciones Públicas.

- 7.º) De conformidad con el art. 9.6 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, por vía reglamentaria, se podrá exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de 250 trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones o circunstancias del art. 2.1, entre las que figura el sexo. De este modo, el Estado español tiene que desarrollar el procedimiento para que las empresas con una plantilla igual o superior a 100 trabajadores informen sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras al organismo que designe para el seguimiento y apoyo de la ejecución de las medidas nacionales de aplicación de la Directiva 2023/970 en los términos previstos en el art. 9 de la misma.
- 8.º) Las obligaciones de transparencia retributiva pueden llegar a suponer una intromisión en los derechos de las personas trabajadoras al respeto de la vida privada y a la protección de los datos de carácter personal. Por ello, en nuestro país se tendrán que adoptar las disposiciones legales necesarias para garantizar la protección de dichos derechos en línea con las previsiones del art. 12 de la Directiva. También habrá que transponer los arts. 18, 19 y 20 de la Directiva 2023/970 referentes a la inversión de la carga de la prueba, la prueba de la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor y al acceso a las pruebas.

6. Conclusiones

En líneas generales y salvo en algunos aspectos puntuales, la LOI, el art. 28 del ET y los RR.DD. 901/2020 y 902/2020 contienen disposiciones que son más favorables para los trabajadores que las establecidas en la Directiva 2023/970. En cambio, no puede decirse lo mismo en relación con la normativa aplicable en las Administraciones Públicas. Ciertamente, el marco normativo que se impone en materia de igualdad es mucho

¹⁶ Cfr. el art. 52 del Decreto Legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad.

más liviano para las Administraciones Públicas que para las empresas, cuando aquellas deberían dar ejemplo.

En contrapartida, el ordenamiento jurídico español puede resultar excesivamente gravoso para las empresas de pequeña y mediana dimensión. Al aplicar la presente Directiva 2023/970, los Estados miembros deben evitar la imposición de trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de microempresas y de pequeñas y medianas empresas, por lo que deben evaluar las repercusiones de sus medidas de transposición, con el fin de asegurarse de que esas empresas no se vean desproporcionadamente afectadas (Considerando 65 Directiva 2023/970).

A tales efectos, la propia Directiva apunta dos medidas complementarias, que habría que desarrollar en nuestro país, a saber:

Por un lado, para reducir la carga que estas medidas imponen a los empleadores, los Estados miembros pueden recopilar e interconectar los datos necesarios a través de sus Administraciones nacionales, de modo que se pueda hacer un cómputo de la brecha retributiva entre trabajadoras y trabajadores por empleadores (art. 9.8 Directiva 2023/970). Tal recopilación de datos podría requerir la interconexión de los datos de diversos organismos de las Administraciones públicas, como las inspecciones fiscales y las oficinas de la seguridad social, y sería posible si se dispusiera de datos administrativos que relacionaran los datos de los empleadores a nivel de la empresa u organización con los datos de los trabajadores a nivel individual, incluidas las prestaciones en efectivo y en especie (Considerando 40 Directiva 2023/970). Los Estados miembros pueden recopilar dicha información no solo para los empleadores que estén sujetos a la obligación de presentación de información sobre las retribuciones en virtud de la presente Directiva, sino también para los empleadores que no estén sujetos a tal obligación y presenten la información de forma voluntaria. La publicación, por parte de los Estados miembros, de la información requerida debe sustituir a la obligación de información sobre las retribuciones en el caso de los empleadores cubiertos por los datos de la Administración, siempre que se logre el resultado previsto por la obligación de información.

Por otro lado, los Estados miembros prestarán apoyo, en forma de asistencia técnica y formación, a los empleadores con una plantilla inferior a 250 trabajadores y a los representantes de los trabajadores de que se trate, a fin de facilitarles el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Directiva (art. 11 Directiva 2023/970).