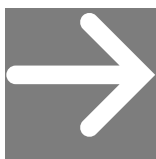


La nueva directiva sobre el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres



Junio 2023

¿Hablamos?

María Eugenia Guzmán López

Socia de Derecho Laboral en PwC Tax & Legal
eugenia.guzman.lopez@pwc.com

Miguel Rodríguez-Piñero Royo

Senior Counselor de Derecho Laboral en PwC Tax & Legal
miguel.rodriguez_pinero.royo@pwc.com

Luciano Muriel

Director en el área de Derecho Laboral en PwC Tax & Legal
luciano.muriel.hernandez@pwc.com

Un nuevo instrumento para garantizar la igualdad efectiva

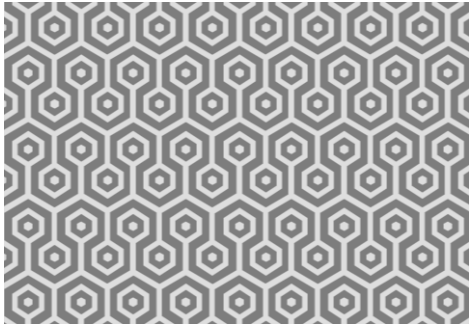
El pasado 17 de mayo el Diario Oficial de la Unión Europea publicó la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. La denominación de la norma expresa su objetivo (reforzar un principio de Derecho de la Unión), su ámbito de aplicación (hombres y mujeres, retribuciones, mismos trabajos o trabajos de igual valor) y el instrumento para ello (medidas de transparencia retributiva y otros mecanismos para su cumplimiento).

El derecho a la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor es una derivada del principio la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, reconocido por el Pilar Europeo de Derechos Sociales y el Derecho unioneeuropeo. Reconocido primero por el Tribunal de Justicia, y luego por el Derecho derivado, ha experimentado una clara tendencia expansiva en su regulación. Esta tendencia expansiva se constata en varios lugares de norma, como su aplicación a los solicitantes de empleo o la inclusión de la discriminación por

cambio de sexo. Respecto de esta última cuestión, la norma no entra, sin embargo, en los supuestos de tercer género, cuya existencia se reconoce, pero sin recoger intervención alguna al respecto de los Estados miembros, ni prejuzgar nada sobre su aplicación a estos supuestos. Nada dice, pero dicho queda.

Esta norma se presenta como una instrumental, de apoyo a la aplicación de otra anterior, la 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, norma que refunde varias anteriores, y que se presenta como una especie de código del Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea. Esta norma fue objeto de evaluación en el año 2020, y con ocasión de ésta la Comisión Europea constató que la aplicación del principio de igualdad de retribución se veía entorpecida por una serie de problemas:

- Falta de transparencia de los sistemas retributivos;
- La falta de seguridad jurídica en torno al concepto de «trabajo de igual valor»;
- Obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las víctimas de discriminación.



Se denuncia que 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. El informe constató que una mayor transparencia permitiría revelar sesgos y discriminaciones de género en las estructuras retributivas de las empresas u organizaciones. También permitiría a los trabajadores, los empleadores y los interlocutores sociales adoptar las medidas adecuadas para garantizar la aplicación del derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

Por todo ello se considera que “resulta especialmente importante adoptar más medidas para reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución con el fin de evitar que se pongan en peligro los avances realizados en la eliminación de las disparidades retributivas”.

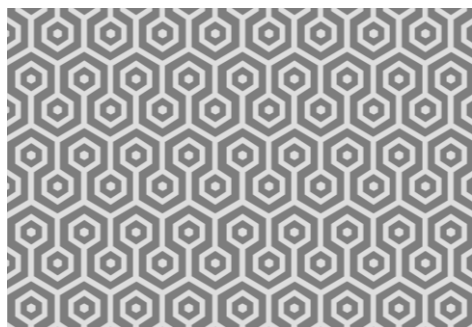
Ámbito de aplicación

Su ámbito de aplicación es amplísimo: por el lado de los empleadores, incluye a todos, tanto del sector público como privado; y por el de los trabajadores, también a todos, siempre 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 teniendo en cuenta lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En los considerandos se detalla que sus mandatos se aplican a todos los trabajadores, lo que incluye a los trabajadores a tiempo parcial, a los trabajadores con contrato de duración determinada, al personal en misión de una empresa de trabajo temporal, a los directivos, a los trabajadores domésticos, a los trabajadores a demanda, a los trabajadores intermitentes, a los trabajadores retribuidos mediante vales, a los trabajadores de las plataformas digitales, a los trabajadores con empleos protegidos, a los trabajadores en prácticas y a los aprendices. Esta enumeración es interesante porque pone

manifiesto una de las prioridades de la Unión Europea en materia laboral en el siglo XXI, el de las nuevas formas de empleo. Es éste un fenómeno que se está generalizando en el mercado de trabajo europeo, con una respuesta de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros todavía insuficiente. Esto ha llevado a la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea; y a la elaboración de una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. Desde la perspectiva española podemos destacar que somos de los pocos Estados que han regulado esta última forma de empleo, por medio de la Ley *Rider* de 2021; pero, por otro lado, nuestro ordenamiento no recoge algunas de las que cita la Directiva, como el trabajo a demanda (*on-call work*, *zero-hour contract*) o el trabajo retribuido mediante vales (*voucher work*).

Se indica que la determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de la relación ofrecida por las partes. Traducido a nuestro lenguaje jurídico, se hace referencia al principio de primacía de la realidad material en cuanto a la calificación de las prestaciones de servicios.

La directiva no se aplica sólo a trabajadores: su ámbito de aplicación incluye a quienes denomina como “solicitantes de empleo”; y alguna disposición concreta se aplica a extrabajadores, puesto que en su artículo 14 se dispone que los procedimientos para reclamar en caso de incumplimiento de sus mandatos deberán ser de fácil acceso para los trabajadores y quienes actúen en su nombre, “incluso después de que haya terminado la relación laboral durante la que se haya producido la presunta discriminación”.



Consciente del potencial impacto de sus mandatos, y de lo sensible de los temas en los que opera, la Directiva se restringe expresamente en su articulado: así, no afecta a los diferentes sistemas nacionales de fijación de salarios; tampoco lo hace respecto a las normas nacionales pertinentes que puedan reconocer un tercer género; y no se obliga a los Estados miembros a crear nuevos organismos, sino que podrán encomendar las tareas que impone a organismos ya existentes. Y aunque se reconoce el derecho de los trabajadores a poder estar representados por un representante, se afirma que deben respetarse las diferentes características de los sistemas nacionales de diálogo social y negociación colectiva de los Estados miembros, así como la autonomía de los interlocutores sociales.

Obligaciones materiales

Desde un punto de vista de contenidos, la principal obligación que se impone a las empresas (*rectius*, a los Estados para que se aseguren que las empresas lo cumplen) es la de disponer de estructuras retributivas que garanticen la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

Para hacerlo posible, las estructuras retributivas deberán permitir evaluar, en lo que respecta al valor del trabajo, si los trabajadores se encuentran en una situación comparable. Para hacer esta evaluación se deberán utilizar unos criterios de los que se indica lo siguiente:

- Deberán ser objetivos y neutros con respecto al género
- Serán acordados con los representantes de los trabajadores, pero sólo si en la empresa existen tales representantes.
- No podrán basarse, directa ni indirectamente, en el sexo de los trabajadores.
- Incluirán las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, y, si procede, cualquier otro

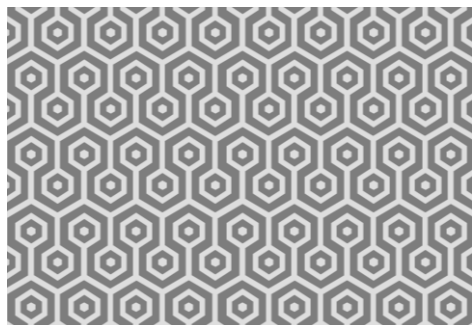
factor que sea pertinente para el puesto o empleo específico.

- 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.

Son mandatos de calado, ya que entran en un aspecto fundamental de las políticas de recursos humanos como lo es la definición de la estructura salarial. Invaden también los espacios tradicionales de la negociación colectiva, y afectará directamente a un elemento central del contenido de los convenios.

Otro mandato de carácter material es que cuando por aplicación de las medidas de transparencia retributiva se comprueba que las diferencias retributivas de género existentes en una empresa 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.

De la misma manera, si al realizar la evaluación retributiva conjunta se constata la existencia de diferencias retributivas injustificadas, la empresa deberá subsanarlas en un plazo razonable, en estrecha cooperación con los representantes de los trabajadores, de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales. 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.



Obligaciones instrumentales

Las obligaciones materiales se encuentran en el Capítulo II, en el que se desarrolla, mediante mandatos concretos, lo que debe ser la transparencia retributiva.

Ésta se impone en las políticas de fijación de las retribuciones y de progresión retributiva, lo que supone que las empresas deberán poner a disposición de su personal tanto los criterios que se utilizan para determinar la retribución de los trabajadores, como los niveles retributivos y la progresión retributiva.

Estos criterios serán objetivos y neutros con respecto al género, y se pondrán a disposición de los trabajadores de manera fácil.

El artículo 7 amplía el derecho a la información sobre condiciones de trabajo de los trabajadores cuando dispone que éstos 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. Esta información podrá solicitarse a través de sus representantes de los trabajadores o por medio de un organismo de fomento de la igualdad.

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.

Los empleadores deberán suministrarla en un plazo razonable que no podrá superar los dos meses a contar desde la fecha en la que se cursó la solicitud.

Los trabajadores podrán revelar su retribución a efectos del cumplimiento del

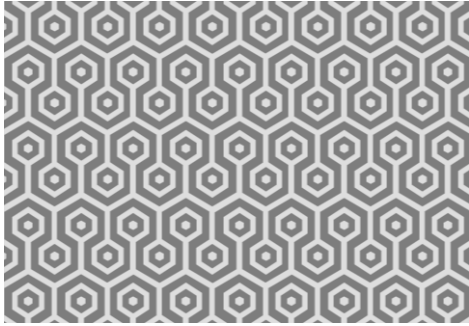
principio de igualdad de retribución, debiendo prohibirse las cláusulas contractuales que impidan hacerlo. Lo que sí se podrá hacer es exigir que los trabajadores que hayan obtenido información adicional a la relativa a su propia retribución o su propio nivel retributivo no la utilicen con fines distintos del ejercicio de este derecho.

Además de este derecho individual de los trabajadores se establece la obligación de las empresas de facilitar información global sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras. Esta información deberá incluir:

- a) La brecha retributiva de género;
- b) La brecha retributiva de género en los componentes complementarios o variables;
- c) La brecha retributiva de género mediana;
- d) La brecha retributiva de género mediana en los componentes complementarios o variables;
- 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;
- g) La brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables.

La dirección de la empresa confirmará la exactitud de la información previa consulta con los representantes de los trabajadores.

La información sobre la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables deberá suministrarse a todos los trabajadores y a sus respectivos representantes, así como a la inspección de trabajo y al organismo de fomento de la igualdad, a petición de estos.



Toda la información global se comunicará a la autoridad encargada de recopilar y publicar dichos datos en cada Estado, aunque la empresa podrá publicarla también en su sitio web o divulgarla por otros medios.

Las empresas obligadas a informar sobre las retribuciones deberán realizar, en cooperación con los representantes de los trabajadores, una evaluación retributiva conjunta en determinadas circunstancias. Tal 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. Deberá incluir lo siguiente:

- 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;
- c) Cualquier diferencia en los niveles retributivos medios de las trabajadoras y los trabajadores en cada categoría;
- 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

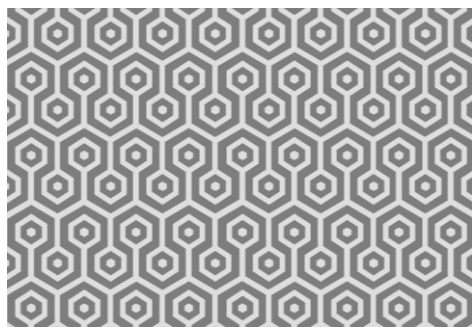
género;

- g) Una evaluación de la eficacia de las medidas de anteriores evaluaciones retributivas conjuntas.

La evaluación retributiva conjunta estará a disposición de los trabajadores y de sus representantes, a los organismos competentes, a la inspección de trabajo y al organismo de fomento de la igualdad.

Existen especialidades para algunas empresas. De esta manera:

- Los Estados miembros podrán eximir a los empleadores con una plantilla de menos de 50 trabajadores de la obligación de transparencia de la política retributiva;
- Las empresas con una plantilla igual o superior a 250 trabajadores facilitarán la información global correspondiente al anterior año natural a más tardar el 7 de junio de 2027 y posteriormente cada año
- Las que tengan una plantilla comprendida entre 150 y 249 trabajadores la facilitarán a más tardar el 7 de junio de 2027 y posteriormente cada tres años
- Aquellas con una plantilla comprendida entre 100 y 149 trabajadores lo harán a más tardar el 7 de junio de 2031 y posteriormente cada tres años
- Las empresas con una plantilla inferior a 100 trabajadores podrán facilitar la información global con carácter voluntario; y los Estados miembros podrán, con arreglo al Derecho nacional, exigir a los empleadores con una plantilla inferior a 100 trabajadores que faciliten información sobre las remuneraciones. Lo que parece indicar que las empresas de una dimensión inferior a este umbral podrán ser exoneradas de la obligación de suministrarla.
- 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 sus trabajadores para facilitarles el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Directiva.



Vías de reparación y cumplimiento efectivo

El Capítulo III incluye una batería muy completa y potente de medidas para garantizar la efectividad de los derechos que se reconocen en la directiva, partiendo de la obligación de los Estados miembros de garantizar que todos los trabajadores que se consideren perjudicados por la no aplicación del principio de igualdad de retribución tengan a su alcance procedimientos judiciales para el cumplimiento de los derechos y obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución. Estos procedimientos deberán ser de fácil acceso para los trabajadores y quienes actúen en su nombre. Y resultarán aplicables, como ya se ha visto, a personas que hayan dejado ya de ser trabajadores en la empresa a la que se acusa de esta discriminación.

Se prevé que distintas asociaciones y organizaciones puedan participar en estos procedimientos en nombre o en favor de los trabajadores, incluso actuando en nombre o en favor de la presunta víctima de la infracción, si se dispone de su autorización.

También se reconoce el derecho a indemnización o reparación íntegra en caso de violación del derecho. Una y otra, según determinen los Estados miembros, deberá ser real y efectiva por los daños y perjuicios sufridos, y será disuasoria y proporcionada, debiendo incluir la recuperación íntegra de los atrasos y las primas o pagos en especie correspondientes, el resarcimiento por la pérdida de oportunidades, los daños morales, cualquier perjuicio causado por otros factores pertinentes, y los intereses de demora, sin poder estar sujeta a ningún límite máximo fijado previamente. Se permite que los Estados puedan prever por otras vías de reparación, siempre a petición de la parte reclamante y a expensas de la parte reclamada,

como que se ordene el cese de la infracción y la adopción de medidas para garantizar que se apliquen los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución, con multa coercitiva para garantizar su cumplimiento.

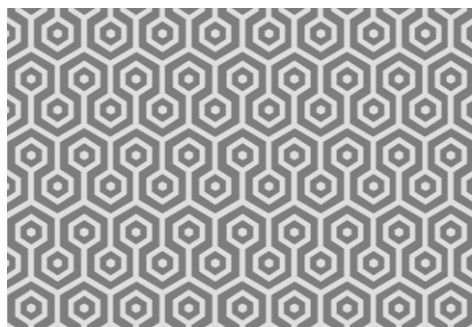
Encontramos también reglas especiales en materia de prueba, incluyendo la previsión de una inversión de la carga de la prueba, mecanismos para probar la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor, y medidas para facilitar el acceso a las pruebas

Se recogen, finalmente, reglas específicas sobre plazos de prescripción, costas procesales y sanciones

Derechos de los solicitantes de empleo

Un aspecto llamativo de la directiva es que incluye en su ámbito de aplicación a los solicitantes de empleo, que no son técnicamente trabajadores, pero que de todas maneras pueden ser víctimas de una discriminación retributiva. Esto es importante, a efectos prácticos, porque supone imponer obligaciones a las empresas en sus procesos de reclutamiento, haciendo de éstos una posible fuente de riesgos legales en caso de incumplirlas.

En los considerandos de la norma se justifica esta aplicación indicando que un elemento importante para eliminar la discriminación retributiva es la transparencia retributiva previa al empleo. Esto supone, de acuerdo con el artículo 5, que los solicitantes de empleo tendrán derecho a recibir del empleador potencial información sobre la retribución inicial o la banda retributiva inicial correspondientes al puesto al que aspiran; y, en su caso, las disposiciones pertinentes del convenio colectivo aplicado por el empleador con respecto al puesto.



Esa información deberá suministrarse en una forma que garantice una negociación “informada y transparente” sobre la retribución. Se dice, a título de ejemplo, que esta información podrá suministrarse en el anuncio de la vacante que se publique.

Por el contrario, ningún empleador podrá hacer a los solicitantes preguntas sobre su historial retributivo en sus relaciones laborales actuales o anteriores.

La Directiva prevé también reglas sobre los anuncios de empleo, y así las empresas deben garantizar que tanto los anuncios de vacantes como las denominaciones de los puestos de trabajo sean neutros con respecto al género

Finalmente, se impone a las empresas una obligación genérica de garantizar que los procesos de contratación se desarrollen de un modo no discriminatorio.

Esta norma supone un paso más en la construcción de un verdadero estatuto jurídico del demandante de empleo, otro actor del Derecho del Trabajo que cada vez es titular de más derechos en sus

transiciones profesionales y en sus tratos preliminares con las empresas. También para la identificación de lo que supone ser un “empleador potencial” (como le llama la directiva), que puede tener obligaciones respecto a personas a las que todavía no ha empleado. Estos nuevos deberes se unen a los ya existentes en campos como la no discriminación o la protección de datos.

La consecuencia es que los procesos de contratación incrementan su perfil como elemento crucial para las empresas, no sólo desde la perspectiva de su trascendencia como mecanismo para asegurar el acceso al talento que necesitan, sino también desde la de los riesgos que se generan y la necesidad de asegurar el necesario *compliance* de las numerosas obligaciones y limitaciones que se activan en esta fase. Las potenciales consecuencias negativas en caso de incumplimiento son graves, incluyendo las reputacionales; y en este caso se da la circunstancia de que muchas empresas acuden al apoyo de proveedores externos de servicios especializados para esta tarea, lo que lleva a hacer de la elección de éstos una decisión crucial.