



REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

REFORMAS EN MATERIA DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

NÚMERO 12, FEBRERO DE 2020

ENERO A JUNIO DE 2020, FECHA DE CIERRE FEBRERO 2020



REGISTRO SALARIAL E IGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES TRAS EL RDL 6/2019: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

CARMEN SÁEZ LARA

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



Centro de Estudios
SAGARDOY



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

ISSN 2341-135X
DOI: 10.14679/1172

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REGISTRO SALARIAL E IGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES TRAS EL RDL 6/2019: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

*SALARY REGISTRATION AND RETRIBUTIVE EQUALITY
BETWEEN WOMEN AND MEN AFTER RDL 6/2019:
A FIRST APPROXIMATION*

CARMEN SÁEZ LARA

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

Fecha de recepción: 17 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 23 de enero de 2020

SUMARIO: 1. REFORZAMIENTO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO A TRAVÉS DE LA TRANSPARENCIA SALARIAL EN LA REFORMA DE 2019. 2. IGUALDAD SALARIAL Y PLAN DE IGUALDAD. 3. OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE ABONAR IGUALES SALARIOS PARA TRABAJOS DE IGUAL VALOR. 4. OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE “LLEVAR” UN REGISTRO SALARIAL. 4.1. Contenido y finalidad del registro salarial en las empresas. 4.2. Obligación de justificar en el registro las diferencias salariales a partir del 25%. 4.3. Justificación de la diferencia salarial en motivos ajenos al sexo de las personas trabajadoras. 4.3.1. Inexistencia de justificación en los casos de discriminación salarial directa y trabajos iguales. 4.3.2. Justificación en los casos de discriminación salarial indirecta y trabajo a tiempo parcial. 4.3.3. Justificación en los casos de discriminación salarial indirecta y trabajos de igual valor. 4.3.4. Justificación en los casos de discriminación económica por embarazo y nacimiento de hijo/a. 4.3.5. Consideraciones conclusivas sobre la justificación de las diferencias superiores al 25%, detectadas en el registro salarial. 5. NOTAS CONCLUSIVAS SOBRE EL REGISTRO SALARIAL.

RESUMEN: El Real Decreto–Ley 6/2019 ha introducido medidas en favor de la transparencia salarial reforzando así la igualdad de salarios entre hombres y mujeres en las empresas. La definición de trabajos de igual valor y la obligación empresarial de llevar un registro salarial son las dos medidas fundamentales. Las empresas están obligadas a llevar un registro salarial y a justificar aquellas diferencias de retribuciones entre hombres y mujeres de más del 25%. El presente trabajo aborda diversos problemas interpretativos del art. 28 LET, por ejemplo, si el registro estará dirigido a detectar las discriminaciones o las desigualdades salariales, y sobre todo cuales podrían ser las justificaciones admisibles.

ABSTRACT: Royal Decree–Law 6/2019 has introduced measures in favor of wage transparency thus reinforcing the equality of wages between men and women in companies. The definition of work of equal value and the business obligation to keep a salary record are the two fundamental measures. Companies are obliged to keep a salary record and justify those pay differences between men and women of more than 25%. This paper addresses various interpretative problems of art. 28 LET, for example, if the registry will be aimed at detecting wage discrimination or inequality, and above all, what could be the admissible justifications.

PALABRAS CLAVE: Igualdad salarial y género, transparencia, registro salarial.

KEY WORDS: Equal pay and gender, transparency, salary registration.

1. REFORZAMIENTO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO A TRAVÉS DE LA TRANSPARENCIA SALARIAL EN LA REFORMA DE 2019

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación, introduce algunas novedades importantes, en aras de la igualdad salarial entre mujeres y hombres¹. Frente a la actual situación de desigualdad y discriminación salarial de las mujeres, el RDL 6/2019 introduce dos medidas a favor de la transparencia salarial, en primer lugar, el desarrollo de la obligación empresarial de pagar igual retribución para trabajos de igual valor, a través de la definición de trabajos de igual valor (art. 28.1 LET²) y, en segundo lugar, el establecimiento por primera vez de la obligación empresarial de llevar un registro salarial (art. 28.2 LET).

Además, la reforma normativa que introduce el citado RDL también atiende específicamente a lagunas de regulación, en concreto, a las relativas al contenido de los planes de igualdad sobre la materia salarial y, así, la nueva regulación prescribe, con carácter previo al plan, la elaboración de un “diagnóstico negociado”, cuyo “contenido mínimo” incluirá las condiciones de trabajo (y la auditoría salarial entre mujeres y hombres), así como las retribuciones (art. 46.2 LOI³).

Finalmente, se introduce ahora un importante previsión relativa al momento de la reparación de la discriminación salarial de la mujer; la prescripción de la igualdad por arriba. Es decir, como prescribe ahora el art. 9.3 LET, en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor. Aunque la redacción es susceptible de mejora, resulta claro, a mi juicio, que el precepto reconoce a la persona trabajadora discriminada, o cuyo contrato este afectado de nulidad por discriminación salarial, el derecho a la retribución (superior) correspondiente al trabajo igual o de igual valor, pues en ello radica su

.....

1 Vid. BOE de 7/03/2019. De hecho, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con su preámbulo, la persistente brecha salarial de género sería la situación de extraordinaria y urgente necesidad que justificaría una regulación vía Real Decreto-Ley. La actual situación de desigualdad, visible en la brecha salarial, se afirma, exige una actuación urgente y necesaria del Estado, pues la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales.

2 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.

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

discriminación salarial, en recibir un salario inferior, realizando igual trabajo o trabajo de igual valor que otro trabajador.

En definitiva, este RDL avanza en el ámbito de la propuesta de mayor transparencia como herramienta de la igualdad de género⁴.

Analizaremos a continuación los cambios introducidos por el RDL 6/2019, en materia de igualdad salarial, abordando brevemente, en primer lugar, la inclusión de la igualdad salarial como materia obligatoria de los planes de igualdad y, en segundo lugar, la definición de los trabajos de igual valor y la obligación empresarial de establecer un registro salarial.

2. IGUALDAD SALARIAL Y PLAN DE IGUALDAD

La novedad introducida por el RDL 6/2019, específicamente, a favor de la igualdad salarial entre mujeres y hombres reside en que la obligación de elaborar un **plan de igualdad** ha de partir de un diagnóstico negociado, entre la empresa y los representantes de los trabajadores, en cuyo contenido mínimo se regularán, entre otros temas, las condiciones de trabajo (incluyendo en ellas la **auditoría salarial entre mujeres y hombres**), así como las retribuciones (art. 46.2 LOI). Además, para la elaboración del diagnóstico, en el seno de la comisión negociadora del plan de igualdad, la empresa facilitará los datos del registro salarial (art. 46.2 LOI). Finalmente, se prevé que reglamentariamente se desarrollará el diagnóstico, los contenidos, las materias y las auditorías salariales (art. 46.6 LOI).

De esta forma, el citado RDL 6/2019, que ha reforzado la necesidad de que los planes de igualdad sean negociados⁵, determina que la materia “igualdad salarial” sea conteni-

.....

4 En este mismo terreno, podemos citar la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad (BOE de 29/12/2018), ha impuesto a las compañías, que cumplen unos determinados requisitos, la obligación de comunicar, en sus informes de gobierno corporativo, información sobre remuneraciones medias y su evolución desagregadas por sexo, edad y clasificación o igual valor, brecha salarial o remuneraciones de consejeros y directivos. Efectivamente, hemos de recordar la introducción de obligaciones de información sobre las políticas de diversidad de género en los consejos de administración de las principales sociedades cotizadas de la UE, en el contexto de la Directiva 2014/95/UE, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos (DOUE de 15/11/2014). Esta divulgación de información no financiera e información sobre diversidad, por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, permitirá comprobar si las grandes empresas abordan el equilibrio entre mujeres y hombres en sus políticas de diversidad.

5 V. STS de 13/09/ 2018 (Rec. 213/2017).

do mínimo del plan de igualdad, en línea con otras regulaciones europeas⁶, aunque esta exigencia se establezca solo de forma indirecta, a través de una referencia al contenido mínimo del diagnóstico de partida.

Ahora bien, la redacción relativa al contenido mínimo del diagnóstico previo al plan de igualdad, al referirse a “condiciones de trabajo, incluida la auditoria salarial entre mujeres y hombres” es algo confusa, pues las auditorías salariales constituyen medidas de transparencia salarial y no condiciones de trabajo.

Las auditorías salariales ya se incluían en la relevante Recomendación de la Comisión de 7/03/2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres por medio de la transparencia⁷, estableciendo que dichas auditorías deberían incluir un análisis de la proporción de mujeres y hombres en cada categoría de trabajadores o puestos, un análisis del sistema de evaluación y clasificación de empleos e información detallada sobre los salarios y las diferencias salariales por razón de género. Estas auditorías deberían ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores y de los interlocutores sociales, a petición de estos.

Las auditorías salariales son pues herramientas para la aplicación del principio de igual trabajo para trabajos de igual valor, principio que se analizará a continuación.

3. OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE ABONAR IGUALES SALARIOS PARA TRABAJOS DE IGUAL VALOR

Como se sabe, el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo, en ninguno de los elementos o condiciones de aquella (art. 28.1 LET). Y, como aclara ya el Estatuto de los Trabajadores, un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones

6 En efecto, nuestro ordenamiento laboral siguió el modelo sueco, en cuanto a la exigibilidad de un plan de igualdad, sin que no obstante se adoptaran algunos de sus caracteres más importantes, por ejemplo, la exigencia de que el mismo tenga un contenido mínimo o la existencia de una oficina del defensor de la igualdad de oportunidades, que asuma el control del cumplimiento de la obligación empresarial en materia de planes de igualdad. En el modelo sueco, precisamente, uno de los tres elementos del contenido mínimo, exigible a cualquier plan de igualdad, es un estudio sobre las diferencias salariales de género existentes, con indicación de las posibles medidas que se han de adoptar en su eliminación o minoración.

7 Vid. DOUE de 8/03/2014. Según la citada Recomendación, los Estados miembros deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar que se realicen auditorías salariales en las empresas u organizaciones que empleen al menos a 250 trabajadores.

o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

Desde una perspectiva histórica, hemos de recordar que el reconocimiento del principio de igual salario para trabajo de igual valor aparece ya en la Constitución de la OIT (desde 1946), y con rango convencional, desde el Convenio núm. 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración, de 1951⁸. La acción normativa comunitaria sobre la igualdad entre los hombres y las mujeres en el trabajo, que tendría su primer campo de actuación en el terreno de la igualdad salarial, a través del art. 119 del Tratado de Roma de 1957, solo reconocería, el principio de igual salario para trabajos iguales y habría que esperar a la Directiva 75/117, de 10 de febrero de 1975⁹, para extender la igualdad salarial a los trabajos de igual valor. El TFUE¹⁰ reconoce hoy, en su artículo 157, el principio de igualdad de retribución para un trabajo de igual valor, principio que ha sido incorporado a la Directiva refundida 2006/54/CE¹¹.

En España, el art. 28 LET establece el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, desde que la reforma de 1994¹² introdujera como término de comparación no solo los trabajos iguales sino también los de igual valor. Por su parte, la modificación estatutaria introducida por la Ley 33/2002, de 5 de julio¹³, plasmó en la citada norma que el empresario está obligado a pagar por trabajos de igual valor la misma retribución o remuneración, es decir, cualquier percepción que, directa o indirectamente, puede recibir el trabajador como consecuencia de su trabajo, incluidas, por lo tanto, las de naturaleza extrasalarial.

La tutela antidiscriminatoria formulada en tales términos es necesaria para alcanzar la igualdad salarial de las trabajadoras pues, como se sabe, la segregación laboral y la infravaloración de los trabajos femeninos, están efectivamente entre las causas del mantenimiento de la llamada brecha salarial de género.

8 Vid sobre este principio a nivel internacional mi trabajo OIT 100 años: La participación de las mujeres en el Mercado de trabajo, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, XXIX Congreso Nacional de la AEDTT, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.

9 Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DOCE de 19/02/1975).

10 Diario Oficial nº C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390.

11 Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DOUE de 26/07/2006).

12 Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 23/05/1994).

13 Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación del artículo 28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 06/07/2002).

Pues bien, en esta última reforma de 2019 se introduce el concepto de trabajos de igual valor, siguiendo la citada Recomendación de la Comisión de 7/03/2014, y la Resolución del Parlamento de 8/10/2015, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

En aquella Recomendación de 2014, el apartado 10 sobre el concepto de trabajo de igual valor establecía que, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Estados miembros deberán precisar en su legislación el concepto de “trabajo de igual valor”. El valor del trabajo deberá evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión.

De conformidad con la referida Recomendación de la Comisión de 2014, en nuestro país se pusieron a disposición de las empresas una herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género y un sistema de valoración de puestos de trabajo, con perspectiva de género¹⁴. Con la herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género, se ponía a disposición de todas las empresas, con independencia de su tamaño o sector de actividad, un instrumento para orientarlas a la hora de introducir la perspectiva de género en sus políticas salariales y ayudarlas a detectar, analizar y reducir las prácticas discriminatorias en el seno de su organización, fomentando así un cambio en la cultura organizacional, tendente al autodiagnóstico y la evaluación en el desarrollo de todas sus políticas.

La herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género y, en concreto, la utilidad de las sus “tablas dinámicas”, fue testada de manera voluntaria por varias empresas, adheridas a la red de empresas con distintivo “*Igualdad en la Empresa*”. Esta herramienta permitía realizar un análisis comparativo de los salarios de hombres y mujeres en una organización y, en el caso de que existan diferencias, ayudar a identificar su origen. Para lograr dicho propósito se acompañaba de un documento de “*Recomendaciones para actuar frente a la brecha salarial de género en una organización*”, con pautas y líneas directrices, entre las que destaca la adopción de un sistema de valoración de puestos de trabajo, que proporcione un valor a cada puesto, y permita asignarle una retribución acorde a dicho valor. Este sistema, en definitiva, ofrecía a las empresas la posibilidad de diseñar su propio sistema de valoración de puestos de trabajo, incorporando la perspectiva de género, y utilizarlo para valorar sus puestos de trabajo, determinar un sistema de retribución y compararlo con la realidad de cada organización y empresa.

.....

14 La primera lleva a cabo un análisis comparativo de los salarios de hombres y mujeres en una organización y, en el caso de que existan diferencias, ayuda a identificar su origen. El sistema de valoración de puestos de trabajo, con perspectiva de género, proporciona un valor a cada puesto, permitiendo asignarle una retribución acorde a dicho valor. Ambas se establecen de conformidad con el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (España) 2014–2016.

Estas dos herramientas de autodiagnóstico y de valoración de puestos de trabajo desde una perspectiva de género constituyen pues dos antecedentes para hacer efectivo el principio de igual salario para trabajos de igual valor.

Pues bien, la regulación establecida por el RDL 6/2019 se ajusta al vigente Plan de Acción de la Comisión Europea que se propone estudiar la posibilidad de realizar modificaciones específicas en la Directiva refundida sobre igualdad entre hombres y mujeres y, en primer lugar, examinar la necesidad y la posibilidad de hacer vinculantes algunas o todas las medidas sobre transparencia salarial previstas en la Recomendación de 2014, por ejemplo, el derecho de los empleados a solicitar información sobre los niveles salariales, la información periódica por parte de los empleadores sobre la remuneración media por categoría de trabajador o puesto y la aclaración de la noción de trabajo de igual valor¹⁵.

Ahora bien, la pregunta que nos suscitan las anteriores regulaciones es quien debe evaluar y comparar el valor del trabajo, utilizando criterios objetivos tales como “los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión”, tal y como se prescribe desde la Recomendación de la Comisión de 2014. Como se sabe, hasta la fecha, los órganos judiciales han desarrollado esta función para dar respuesta a demandas de trabajadoras sobre discriminación salarial. De esta forma, en sede judicial, se han detectado infravaloraciones de trabajos predominantemente femeninos y por tanto, vulneraciones del principio de igual salario para trabajos de igual valor.

Pues bien, respondiendo a la anterior pregunta creo que puede afirmarse que, de partida y de conformidad con el art. 28 ET, esta evaluación y comparación entre el valor de los trabajos desde una perspectiva de género constituye una obligación de la empresa, toda vez que es el empresario el obligado a pagar igual salario por trabajos de igual valor.

Sin embargo, también considero que esta obligación empresarial deberá de incardinarse en el marco de un sistema de fijación de salarios por los convenios colectivos y en conexión con un sistema de clasificación de los trabajadores por grupos profesionales, que, no podemos olvidar, se definen muy ampliamente, de conformidad con el art. 22 LET (aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación). Por ello, la reforma del 2019 también incide sobre la definición de los grupos profesionales, aclarando que se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como ob-

.....

15 Comisión Europea, Plan de acción de la UE 2017–2019: Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, COM (2017) 678 final, Bruselas. En segundo lugar, el citado Plan propone mejorar las indemnizaciones a las víctimas mediante la evaluación de la necesidad de introducir medidas como la imposición de sanciones mínimas en caso de incumplimiento del principio de igualdad de retribución, y la adopción de normas mínimas de indemnización que pongan a la víctima en la situación en la que se encontraría si se hubiera respetado el principio de igualdad de retribución.

jeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta entre mujeres y hombres. Estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto por el art. 28 (art. 22.3 ET). La norma pretende con esta nueva fórmula que los convenios contengan los criterios necesarios para que opere la valoración de puestos y que estos criterios sean o no tengan efectos discriminatorios.

En términos generales, como ya he señalado con anterioridad¹⁶, la valoración de los puestos de trabajo es una labor de alta complejidad técnica, no exenta de cierto subjetivismo, que debe corresponder a los negociadores de los convenios colectivos. La revalorización de los trabajos “propios” de mujeres también podría suponer, en ocasiones, el ajuste de aquellos trabajos “propios” de hombres que estén sobrevalorados, lo que aconseja nuevamente la vía de la negociación colectiva. Como había señalado la Comisión, en su Recomendación de 2014, los sistemas de evaluación y clasificación de empleos no sexistas son eficaces para establecer un sistema de retribución transparente. Estos sistemas detectan la discriminación salarial indirecta vinculada a la infravaloración del empleo de las mujeres, puesto que miden y comparan empleos cuyo contenido es diferente pero de igual valor, apoyando de esta manera el principio de trabajo de igual valor. En definitiva, su puesta en marcha requiere el compromiso empresarial y de los representantes de los trabajadores y de aquellas otras formas representativas, léase comisiones de igualdad, que actúen en las organizaciones productivas.

4. OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE LLEVAR UN REGISTRO SALARIAL

Tras la reforma estatutaria de 2019, el empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores, al registro salarial de su empresa (art. 28.2 ET).

Además, el art. 28.3 ET prescribe que cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a

.....

16 Vid. ¿Es posible eliminar la Brecha salarial de género? En Sáez Lara, C.,(Coordinadora) Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas, Laborum, 2016.

los del otro, en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial, o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras.

Coherentemente, el Estatuto dispone que los representantes de los trabajadores tendrán derecho a recibir información al menos anualmente que incluiría el registro salarial (art. 64.3 ET).

Sin embargo, el RDL 6/2019 no ha previsto una sanción específica, para el caso de incumplimiento de la obligación de establecer un registro salarial. En consecuencia, la falta de existencia del mismo, o su elaboración defectuosa, podría, bien reconducirse a la sanción correspondiente a las infracciones leves, conforme a lo establecido en el art. 6.7 LISOS¹⁷, o bien a un incumplimiento de las medidas de igualdad establecidas por el ET que, como se sabe, se tipifica como infracción grave, es decir, no cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la LOI, el ET o el convenio colectivo de aplicación (art. 7.13 LISOS). Esta última sería, a mi juicio, la acertada, atendiendo a la naturaleza de la obligación omitida.

Finalmente, también debe señalarse que, dadas las exigencias de desarrollo normativo de la regulación relativa al Registro salarial, ha faltado en el RDL 6/2019 la previsión relativa a un desarrollo reglamentario del mismo.

4.1. Contenido y finalidad del Registro Salarial en las empresas

A pesar de su denominación como registro “salarial”, el mismo se extiende al concepto más amplio de retribución, pues, como se sabe, la igualdad retributiva entre mujeres y hombres se refiere a todo tipo de percepciones (art. 28.1 ET y art. 4 de la Directiva 2006/54) y este registro “salarial” debe contener valores medios de los salarios, de los complementos salariales y de las percepciones extrasalariales.

Se trata de un registro de los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de la plantilla de la empresa, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

La anterior regulación nos suscita una cuestión: ¿Es el registro salarial una medida para evaluar la discriminación salarial en la empresa o para medir de forma más amplia las desigualdades salariales? La respuesta variará en atención a las medidas o módulos de comparación utilizados en el registro.

.....

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

De partida, no puede ignorarse que la determinación de los parámetros de comparación de las percepciones es complicada, dada la variedad de sistemas de clasificación profesional y la complejidad de la política retributiva de las organizaciones empresariales.

De conformidad con el concepto legal de registro, este podría ser que registrara solo valores por grupos profesionales o también valores salariales por puestos de trabajo. Más concretamente, la referencia legal a valores salariales medios, desagregados por sexo para trabajos iguales o de igual valor, nos llevaría a responder que el registro salarial evaluaría la discriminación salarial en la empresa. Pero no será así si el registro es solo de valores salariales medios, desagregados por sexo para cada grupo profesional.

El tema es importante porque es común utilizar erróneamente como sinónimos los términos discriminación salarial y brecha salarial de género, como ya hemos destacado en otros trabajos¹⁸. La discriminación salarial es la diferencia de retribución para trabajos iguales o para trabajo de igual valor. Y también podemos integrar, a mi juicio, como discriminación salarial de género los perjuicios económicos consecuencia de las situaciones de embarazo, nacimiento y cuidados de hijos¹⁹. Este concepto debemos diferenciarlo de la brecha salarial que es la diferencia entre el salario bruto por hora de los hombres y el de las mujeres, expresado como porcentaje del salario bruto por hora de los hombres. El concepto de brecha salarial de género es el utilizado por la Comisión Europea, la OCDE y el INE, que, como se sabe, referencia la definición de Eurostat (que lo calcula únicamente para los asalariados que trabajan en unidades de 10 y más trabajadores y en la ganancia por hora incluye los pagos por horas extraordinarias realizadas, pero excluye las gratificaciones extraordinarias).

Parte de la brecha o de las desigualdades salariales de género tiene como causa la discriminación salarial, pero, en su conjunto, también obedece a factores sociales, estereotipos y roles de género que exigen medidas específicas para su erradicación²⁰. La diferencia conceptual también tiene consecuencias diferenciadoras sobre los medios para hacer frente a la discriminación salarial y a la brecha salarial. Si frente a la discriminación salarial las trabajadoras pueden instar tanto las vías de tutela judicial y administrativa, los instrumentos frente a la brecha salarial de género serán, por ejemplo, los planes de igualdad de las



18 Vid. ¿Es posible eliminar la Brecha salarial de género? En Sáez Lara, C.,(Coordinadora) Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas, Laborum, 2016.

19 Vid, mi trabajo, Igualdad de retribución por razón de género y prohibición de discriminación por embarazo y maternidad, en Derecho de las Relaciones laborales, 7/2018, pp 688–711.

20 En términos generales, hemos de recordar que el Informe sobre Salarios de la OIT señala que la brecha salarial de género puede explicarse por diferencias en el empleo entre mujeres y hombres, tanto por diferencias en las características relativas al capital humano (educación, edad, experiencia) como en las relacionadas con el puesto de trabajo (grupo profesional, horarios) y con el lugar de trabajo (sector productivo, ámbito territorial). Pues bien, las diferencias en los niveles de educación desempeñan un papel limitado para explicar la brecha salarial de género, tanto en los países de ingresos altos (representa menos de 1 punto porcentual de la brecha salarial de las mujeres), como incluso en los países de ingresos bajos y medianos. Junto con estos factores, la brecha salarial de género también deriva de factores injustificados, como el abono de salarios menores por trabajos de igual valor, es decir la infravaloración del trabajo de las mujeres y la discriminación salarial embarazo, nacimiento y cuidado de hijos: OIT, Global Wage Report 2018/19, What lies behind gender pay gaps, 2018, p. 39.

empresas, que pueden promover la participación de mujeres en puestos o niveles, en los que estén subrepresentadas.

Pues bien, a mi juicio, el registro salarial debe detectar no solo la desigualdad salarial de género entre los trabajadores del grupo sino la discriminación salarial, es decir, las diferencias de salario entre mujeres y hombres para trabajos iguales y trabajos de igual valor, así como los perjuicios económicos de las trabajadoras, derivados de las situaciones de embarazo, maternidad y cuidados.

A favor de esta interpretación puede destacarse que el objeto de este registro salarial sería una mayor transparencia salarial también con la finalidad de facilitar las demandas judiciales por discriminación salarial, pues se había denunciado que la falta de información sobre los niveles salariales de los trabajadores dificultaba el recurso a la vía judicial. Como se recordará, la citada Recomendación de 2014 situó las estructuras salariales opacas y la falta de información disponible, sobre los niveles salariales de los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, entre los principales factores que habían contribuido a las dificultades de denuncia judicial y de prueba de la discriminación salarial hoy, más frecuente, que es por trabajos de igual valor. En igual sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 2015, mataba que debido, entre otros factores, a que los salarios en la actualidad se negocian cada vez con mayor frecuencia de forma individual, existe una falta de información y de transparencia en relación con la estructura salarial de los trabajadores, lo que genera un entorno en el que los perjuicios basados en el género y las estructuras de remuneración discriminatorias no se comunican a los trabajadores ni a sus representantes. En definitiva, esta dificultad de verificar las estructuras salariales discriminatorias imposibilita la aplicación efectiva del principio de “a igual trabajo, igual salario”, que también se ve obstaculizada por la falta de seguridad jurídica en relación con el concepto de trabajo de igual valor y por obstáculos procesales.

Tras el RDL 6/2019, la normativa española se acomoda a la citada recomendación de transparencia retributiva de la Comisión de 2014, reconociendo a 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 (art. 28.2 LET). Pues bien otro problema interpretativo que presenta este precepto es si los trabajadores tienen este derecho de acceso a la información salarial registrada, en aquellas empresas en las que no existan representantes. A mi juicio, una interpretación sistemática del precepto nos conduciría a afirmar el derecho de los trabajadores a la transparencia salarial también en el supuesto de que no existan representantes. Téngase en cuenta que este registro existirá en cualquier empresa, con independencia del número de efectivos de la misma por lo que la transparencia salarial también se establecerá en las empresas sin representantes (en todas las que tienen menos de diez trabajadores). Por ello, debería imponerse una interpretación de la norma, en este caso, favorable al ejercicio directo de este derecho por las personas trabajadoras.

En definitiva, a mi juicio, la interpretación sistemática del art. 28.2 LET conduce a afirmar que el registro salarial debe suministrar información, además de sobre las desigualdades salariales entre hombres y mujeres del mismo grupo profesional, sobre las discriminaciones salariales o diferencias de retribución para trabajos de igual valor. Además el registro debe atender a las diferencias salariales vinculadas a situaciones de embarazo, nacimiento y cuidados de hijo/a. Finalmente, el precepto debe interpretarse afirmando que las personas trabajadoras tienen derecho a acceder al registro salarial a través de sus representantes, o directamente, en caso de que no existan representantes²¹.

4.2. Obligación de justificar en el registro las diferencias salariales del 25% o superiores

El art. 28.3 ET prescribe que cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial, o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras.

A diferencia de la obligación de llevar el registro que recae sobre cualquier empresa, con independencia del número de trabajadores, la obligación de justificar diferencias salariales de género del 25% o superiores, solo se impone a las empresas de 50 o más trabajadores, lo que en principio no tiene una justificación clara, pues, de una parte, la carga para la empresa será el establecimiento del registro salarial y, de otra parte, la exigencia de una justificación de las diferencias salariales será menos gravosa si la empresa cuenta con un número inferior de trabajadores. En consecuencia, una regulación coherente impondría tal exigencia de justificación ante diferencias excesivas detectadas por cualquier registro salarial.

De otra parte, ese 25% o más de diferencias salariales por sexo se refiere en el texto de la norma a dos bases distintas, como serían el conjunto de la masa salarial y la media de las percepciones satisfechas. En este último caso, dado que se trata de los promedios recogidos en el registro podría pensarse que serían los valores salariales medios distribuidos por grupos profesionales categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Por lo que este 25%, solo en el segundo caso, sería un indicador de discriminación salarial entre hombres y mujeres.

Ahora bien, en este segundo caso, un 25% de diferencia salarial, sería un indicador altísimo, por lo que parece que el legislador se estaría refiriéndolo solo a una diferencia entre masa salarial desagregada por sexo.

.....

21 Pues sería absurdo que no tuvieran acceso, existiendo esta información registrada, al establecerse la obligación de transparencia para cualquier empresa, y ello a favor de sus trabajadores.

En base a lo anterior puede afirmarse que el precepto podría plantear problemas aplicativos. De un lado, el registro salarial se elabora con una distribución por sexos de valores salariales medios distribuidos por grupos, categorías o puestos de igual valor, y de otro lado, la exigencia de justificación de las diferencias salariales a partir de un 25% solo puede estar referida cantidades salariales, solo desglosadas por sexo.

Quizás una interpretación razonable del precepto deba llevarnos a afirmar que, de una parte, cualquier discriminación salarial detectada en el registro entre trabajadores de uno y otro sexo para trabajos iguales y de igual valor debe ser corregida por la empresa (de acuerdo con los representantes). Y, de otra parte, cuando, aun no existiendo esas discriminaciones, el registro detecte diferencias absolutas por sexo superiores a un 25% será preciso aportar la justificación exigida por el art. 28.3 ET. Además, ya de *lege ferenda*, a mi juicio, quizás la norma debería haber concretado que la obligación de justificación debería corresponder a cualquier empresa.

4.3. Justificación de la diferencia salarial en motivos ajenos al sexo de las personas trabajadoras

Centrándonos ya en la exigencia de justificación, el art. 28.3 ET afirma que el empresario deberá incluir en el registro salarial una justificación de que dicha diferencia salarial del 25% responde a “motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras”. Diversas dudas suscita esta exigencia de motivación.

En principio, hemos de señalar que la norma ha importado una exigencia de justificación procedente del ámbito judicial, es decir, una exigencia de prueba al empresario/demandado, una vez que la persona demandante ha cumplido su carga probatoria de establecer un panorama indiciario de discriminación, que es propia de aquellos casos o supuestos de hecho de discriminaciones encubiertas.

Sin embargo, el supuesto de hecho descrito por la norma está más próximo al concepto de discriminación indirecta, pues cuestionaría una realidad empresarial, en materia salarial, con un efecto desproporcionado por razón de sexo, en concreto, con un efecto o impacto adverso, cifrado en un 25%, en perjuicio del colectivo de las trabajadoras. En estos casos, la justificación exigida por la normativa europea y española para que este sistema salarial no sea discriminatorio es un fin legítimo y la adecuación y proporcionalidad de la medida para conseguir este fin.

Por tanto, para centrar la cuestión de cuales puedan ser los motivos de justificación admitidos, de conformidad con el art. 28.3 del ET, por ejemplo, si serían motivos admisibles, la aplicación de convenios colectivos distintos en la empresa, o el ejercicios de permisos en casos de embarazo o nacimiento de hijo/a, creo necesario un breve análisis sobre las

justificaciones aceptadas, en materia de discriminación salarial entre hombres y mujeres, atendiendo a diversos grupos de casos judiciales. Es decir, en los supuestos relativos a discriminación salarial directa a discriminaciones salarial indirecta y a indemnidad económica por razón de embarazo y maternidad.

Por ello, analizaremos a continuación las distintas justificaciones admitidas y rechazadas, en los diversos casos relativos a discriminación salarial, a los efectos de poder abordar con mayor claridad los motivos que, en todo caso, no serían admisibles para justificar las diferencias de género, detectadas por el registro salarial.

4.3.1. Inexistencia de justificación en los casos de discriminación salarial directa y trabajos iguales

De partida, hemos de recordar que el Tribunal de Justicia, bajo el test de la prohibición de discriminación salarial directa, se enfrentaría originariamente a una denuncia de menor retribución de una trabajadora por iguales funciones, en el célebre caso *Defrenne II*²², consagrando después una doctrina que prohíbe las diferencias entre hombres y mujeres en los salarios²³.

En estos casos de discriminaciones salariales directas no se admite justificación y debe destacarse que el Tribunal de Justicia solo ha aceptado medidas económicas positivas en favor de las mujeres, para compensar las desventajas que, en sus carreras profesionales, se derivan de la situación de embarazo y maternidad. Así, el TJ ha declarado, por ejemplo, que el principio de igualdad de retribución no se opone al pago de una asignación a tanto alzado, reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre que dicha asignación esté destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas²⁴.

En España, las primeras sentencias constitucionales sobre discriminaciones directas para trabajos iguales fueron, paradójicamente, fruto de las reclamaciones de trabajadores-hombres y se inscribirían en la llamada, por Alonso Olea, doctrina constitucional del “varón discriminado”. Se trataría, en unos casos, de diferencias de trato salariales en favor de las mujeres, fundadas en razones de protección, que fueron consideradas inaceptables por el Tribunal Constitucional, y, en otros supuestos, fundamentadas por razones de conciliación, que si fueron declaradas constitucionalmente ajustadas²⁵. Más recientemente, en la doctrina ju-

.....

22 STJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, C- 43/75.

23 En perjuicio de las mujeres: SSTJCE de 27.3.1980, *McCarthyLtd*, C-129/79, de 11/03/198, *Worringham*, C-69/80, de 9/06/1982. de 9.2.1982, *Caso Garland*, C-12/81 de 18.9.1984, *Caso Liefting*, C-23/83, de 17.2.1993, *Comisión contra Bélgica*, C-173/91. En perjuicio de los hombres: SSTJUE de 25/05/2000, *Podesta*, C-50/99, de 17/04/1997, *Evrenopoulos*, C-147/95.

24 Sentencia 16 /09/1999, *Oumar DaboAbdoulaye y otros* (C-218/98).

25 SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, 98/1983, de 15 de noviembre, 128/1987, de 16 de julio y 28/1992, de 9 de marzo.

dicial existen aún casos de discriminación salarial directa entre hombres y mujeres, así de doble escala salarial por razón de género²⁶ y, sobre todo, relacionados con complementos salariales (plus de calidad y complementos personales) que solo perciben los trabajadores hombres y no las mujeres, pese a realizar las mismas funciones, o que son abonados en cuantía inferior a las trabajadoras²⁷.

En definitiva, el principio de igualdad de retribución no se opone a discriminaciones salariales directas en favor de las mujeres como medidas compensatorias de las desventajas reales, por ejemplo, derivadas de las situaciones de embarazo y maternidad. Fuera de este supuesto, el de la “compensación de desventajas reales”, no resultaría admisible justificación alguna para una discriminación salarial directa (que la Directiva 2006/54, en el art. 14.2, solo establece para el acceso a determinadas actividades profesionales).

4.3.2. Justificación en los casos de discriminación salarial indirecta y trabajo a tiempo parcial

La discriminación indirecta se define por la normativa comunitaria y española como la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. El concepto se compone de dos elementos, la apariencia de discriminación fruto del efecto adverso sobre las mujeres de una medida neutra y la ausencia de justificación.

El primer grupo de casos judiciales de discriminación indirecta fue protagonizado por las trabajadoras con contrato a tiempo parcial. El concepto de discriminación indirecta fue formulado, en efecto, por el Tribunal de Justicia precisamente en supuestos de diferencias retributivas de las trabajadoras a tiempo parcial y que fueron declaradas discriminaciones salariales indirectas al carecer de justificación y afectar mayoritariamente a las mujeres (sobre la base de que en Europa son las mujeres las que de forma predominante utilizan esta modalidad contractual)²⁸.

Así, fue considerada discriminatoria por razón de sexo, la retribución inferior de la hora de trabajo para el trabajo a tiempo parcial²⁹, la exclusión de los trabajadores a tiem-

.....

26 Cfr., STSJ Valencia 28/09/1999 (Rec. 2354/1999).

27 Plus de calidad que no se abona a camareras y sí a camareros: SSTSJ Islas Canarias (Las Palmas) 21/12/2006 (Rec. 485/2003) y de 31/01/2007 (Rec. 342-343/2004) Complemento personal en menor cuantía a las mujeres: STS Justicia de Castilla y León (Valladolid) 19/06/2013 (Rec. 909/2003).

28 El concepto aparece en la STJCE 31/03/1981, Jenkins, C-96/80 y cristaliza en la STJCE 3/05/1986, Bilka, C-170/84.

29 STJCE de 31/03/1981, JenKins, C-96/80.

po parcial de un sistema empresarial de pensiones³⁰, las diferencias en su perjuicio en la pensión por incapacidad³¹, la exclusión de beneficios unidos a la extinción del contrato³², las diferencias en su perjuicio en el cómputo de la antigüedad, y por tanto en el acceso al complemento salarial correspondiente³³, la diferencias en su perjuicio en la retribución del crédito horario³⁴, las diferencias en la compensación por participación en períodos de formación a los miembros del Comité de Empresa³⁵, o la exclusión de trabajadores a tiempo parcial de la participación en un régimen profesional que permite disfrutar de una pensión de jubilación complementaria³⁶. También se ha declarado contrario a la igualdad salarial la exigencia de trabajar el mismo número de horas extraordinarias para tener derecho a una retribución a los docentes a tiempo parcial que a los docentes a tiempo completo³⁷, así como la inferior remuneración de las horas extraordinarias, para el trabajo a tiempo parcial³⁸.

Por lo que respecta a la justificación de estas discriminaciones salariales indirectas, el TJUE ha insistido en que la menor retribución de los trabajadores a tiempo parcial ha de basarse en factores que se justifiquen objetivamente, por razones ajenas a toda discriminación basada en el sexo³⁹. En relación con este último extremo, es preciso aclarar que es más apropiado exigir que la medida cuestionada persiga un fin legítimo y sea además necesaria y adecuada para alcanzar tal fin. Por lo demás, el Tribunal de Justicia ha afirmado la existencia de discriminación cuando la exclusión de determinado concepto salarial de los trabajadores discriminados deriva de la aplicación del convenio colectivo, es decir, no ha admitido su justificación en tales casos⁴⁰.

4.3.3. Justificación en los casos de discriminación salarial indirecta y trabajos de igual valor

El segundo gran grupo de casos analizados bajo el test de discriminación salarial indirecta está referido a diferencias retributivas ligadas a la infravaloración de los trabajos realizados por las trabajadoras. Bajo este test se han analizados criterios de evaluación de los trabajos.

.....

30 STJCE de 13/05/1986, Bilka, C-170/84.

31 STJCE de 13/07/1989, Rinner-Kühn, C-171/88

32 STJCE de 27/06/1990, Kowalska, C-33/89.

33 STJCE de 7/02/1991, Nimz, C-184/89.

34 STJCE de 4/06/1992, Bötzel, C-360/90.

35 STJCE de 6/02/1996. Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation, C-457/93.

36 STJCE de 10/02/2000, Deutsche Telekom, C-234/96 y C-235/96.

37 STJCE de 27/05/2004, Edeltraud Elsner-Lakeberg, C-285/02.

38 STJCE de 6/12/2007, Ursula VoB, C-300/06.

39 Sentencia de 6/12/2007, VoB, C-300-06 (apartados 42 y 43).

40 Sentencia de 9/09/1999, Krüger, C-281/97.

Centrando nuestra atención en la doctrina del Tribunal de Justicia, éste había considerado no discriminatorio por ejemplo el criterio de la “antigüedad”⁴¹, afirmando, por el contrario, que criterios como la “flexibilidad” y la “formación profesional”, por su efecto adverso sobre las mujeres, exigirían acreditar su importancia para el trabajo⁴².

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ha seguido la doctrina del Tribunal de Justicia, declarando discriminatorias diferencias salariales en perjuicio de mujeres que realizaban trabajos feminizados de similar valor a otros masculinizados, afirmando la necesidad de utilizar criterios de valoración comunes y neutros en sus efectos sobre los trabajadores de uno y otro sexo. Así, se analizaron bajo el test de la discriminación indirecta sistemas clasificatorios o criterios de valoración del puesto de trabajo como la “penosidad” y el “esfuerzo físico”; criterios “sospechosos”, por su falta de neutralidad, cuyo empleo debe estar condicionado a su esencialidad y a su combinación con otros criterios neutros de valoración⁴³.

Por lo que se refiere a nuestra jurisprudencia ordinaria y doctrina judicial, en el presente siglo, bajo el test de discriminación indirecta, se han analizado criterios de valoración de puestos de trabajo y se han declarado admisibles por su neutralidad los relativos a la responsabilidad y los conocimientos⁴⁴. También, bajo el test de la discriminación indirecta, se ha analizado y declarado discriminatoria la aplicación injustificada de un “plus voluntario absorbible” con un efecto adverso sobre las trabajadoras⁴⁵ y la aplicación de un “plus de productividad”, abonado en inferior cuantía en las categorías feminizadas, también carente de una justificación objetiva⁴⁶.

Por lo que respecta al segundo elemento de la discriminación indirecta, es decir, la ausencia de justificación, el Tribunal de Justicia afirmaría que los criterios que tengan un efecto adverso para las mujeres (por ejemplo el esfuerzo físico⁴⁷, fatiga muscular, penosidad física) han de ser necesarios para el trabajo (necesidad que no debe medirse basándo-

41 SSTJCE de 17/10/1989, Danfoss, C-109/88 y de 30/10/2006, Cadman, C-17/05 (sin necesidad de justificación).

42 SSTJCE de 17/10/1989, Danfoss, C-109/88, de 11/05/1999, AWG, C-309/97 y de 30/03/2000, JámO, C-236/98.

43 V. SSTC 145/1991, de 1 de julio, 58/1994, de 22 de febrero y 147/1995, de 16 de octubre. También debe citarse la STC 286/1994 sobre criterios neutros (responsabilidad, atención rigurosa, mayor destreza) que legitimaban la diferencia salarial existente. Finalmente, las SSTC 183/2000, de 10 de julio y 250/2000, de 30 de octubre, ponen un sorprendente punto final a nuestra doctrina constitucional sobre discriminación salarial de las mujeres que desarrollan trabajos de igual valor que sus compañeros hombres.

44 STSJ de Cataluña de 9/01/2004 (Rec. 956/2002).

45 STS de 14/05/2014 (Rec. 2328/2013): la cuantía era de 168,19 euros y 118,42 euros/mes en departamentos con mayoría de hombres (camareros de bares y cocina), y de 10,37 euros/mes en departamento (camareras de pisos) en el que solo trabajan mujeres.

46 En relación con la discriminación salarial de las camareras en el sector de la hostelería: STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 2/11/2017, (Rec. 461/2017), que declara la nulidad del pacto salarial por el que una empresa hotelera abona un inferior plus de productividad a las camareras de piso que al personal de cocina y sala, pese a estar en el mismo grupo profesional aunque con distinta categoría. Importante sentencia en relación con las exigencias de justificación de la discriminación salarial indirecta (FJ 38 y 42).

47 STJCE de 1/07/1986, Caso Rummler, C-237/85.

se solo en valores correspondientes a los resultados medios de los hombres) y, su utilización en el sistema clasificatorio, debe “compensarse” o “neutralizarse”, en la medida que la naturaleza de las tareas lo requiera, con la introducción de otros criterios que favorezcan a las mujeres (así se identifican la habilidad manual, responsabilidad, atención, fatiga mental). Nuestro Tribunal Constitucional exigiría igualmente a los criterios de valoración del trabajo con efecto adverso dos requisitos, esencialidad para el desempeño del mismo y su combinación con otros criterios neutros de valoración.

El Tribunal de Justicia ha considerado así que concurren razones económicas, objetivamente justificadas y relacionadas con las necesidades y los objetivos de la empresa, cuando se analizaron, bajo el test de discriminación indirecta, criterios de valoración del trabajo como la flexibilidad, o la adaptabilidad de los horarios y de los lugares de trabajo, la formación o la antigüedad del trabajador.

Pues bien, el TJUE valida como justificados a priori criterios como el de la antigüedad⁴⁸, admite que el interés por mantener unas buenas relaciones laborales puede ser tomado en consideración, entre otros elementos, por el órgano jurisdiccional nacional⁴⁹ y, aunque no acepte como justificación de discriminaciones salariales entre hombres y mujeres la existencia procesos de negociación colectiva diferentes, igualmente, declara que corresponde al órgano judicial determinar, aplicando en caso necesario el principio de proporcionalidad, si y en qué medida la escasez de candidatos para una función y la necesidad de atraerlos mediante salarios más elevados constituyen una razón económica objetivamente justificada⁵⁰.

Finalmente, sobre la identificación de la justificación de una discriminación indirecta con una “razón objetiva y ajena al sexo” hemos de realizar una observación, pues la misma aparece, en ocasiones, en las sentencias europeas al mismo tiempo que se completa tal exigencia, acertadamente, con la aplicación del principio de proporcionalidad o, de forma más explícita, con la exigencia de necesidad y adecuación de la medida cuestionada, tal y como exige expresamente este concepto en la Directiva 2006/54/CE. Y debe de llamarse la atención pues, en los casos resueltos entre nosotros, los tribunales vienen afirmando, en muchas ocasiones en las que se declara la existencia de una discriminación salarial indirecta, que no existe o no resulta acreditada una justificación objetiva al margen del sexo⁵¹.

Sin perjuicio de que en la práctica no tiene relevancia, pues se declara la existencia de la discriminación salarial denunciada por las reclamantes, lo cierto es que desde una perspectiva teórica debe destacarse que bajo el test de la discriminación indirecta es otra la

.....

48 STJUE de 30/10/2006, Cadman, C-17/05.

49 Sentencia de 28/02/2013, Kenny, C-427/11.

50 Sentencia de 27/10/1993, Enderby, C-127/92.

51 Así la relevante STS de 14/05/2014 (Rec. 2329/2013).

justificación que debe ser aportada. Como señala la norma aplicable, es preciso justificar que la medida cuestionada persiga una finalidad legítima y que sea además necesaria y adecuada para tal fin. Admitir como justificación la existencia de una razón objetiva ajena al sexo no es acorde con el concepto de discriminación indirecta en la que, por definición, no existirá una diferencia salarial fundada en el sexo. Lo que se debe exigir es que tal justificación se base en una finalidad legítima y que los medios para alcanzarla deban ser idóneos y necesarios para conseguirla.

En definitiva, de los casos vistos se deduce que las discriminaciones salariales por infravaloración de los trabajos ocupados por mujeres, derivan de una parte de los contenidos salariales de los convenios colectivos⁵². De otra parte, también derivan de la política retributiva empresarial. Las discriminaciones salariales se conectan con esos complementos individuales, que con diversas denominaciones, reciben los trabajadores mejorando las cantidades salariales pactadas en los convenios colectivos y que pueden determinar diferencias salariales en perjuicio de las mujeres. Por ello, la exigencia de transparencia salarial es necesaria.

4.3.4. Justificación en los casos de discriminación económica por embarazo y nacimiento de hijo/a

La igualdad salarial entre hombres y mujeres también resulta concernida si las trabajadoras sufren perjuicios profesionales y económicos, como consecuencia de las situaciones de embarazo, nacimiento y cuidado de hijo/a. Como recuerda de forma reiterada el Tribunal de Justicia, el objetivo perseguido por las reglas del Derecho de la Unión que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, consiste en protegerlas antes y después del parto⁵³.

El TJUE ha declarado concernido el principio de igualdad salarial en casos de limitaciones de los derechos o expectativas económicas y profesionales de las trabajadoras por razón de su embarazo y maternidad⁵⁴.

Nuestros Tribunales han declarado, en numerosas ocasiones, contrarios a la prohibición de discriminación por razón de sexo diversos resultados perjudiciales para las trabajadoras, que traían causa del ejercicio de derechos ligados al embarazo o a la maternidad,

.....

52 A estos efectos, caben diversas medidas como un preceptivo informe de impacto de género de los convenios colectivos, intensificar el control de legalidad, el registro y control de acuerdos colectivos de empresa. Tampoco deben olvidarse la conveniencia de imponer la composición paritaria del banco social y del banco económico de los convenios colectivos.

53 STJUE de 19/10/2017, Otero Ramos, C 531/15 (apartado 57).

54 STJCE 18/11/2004, Sass, C-284/02.

garantizándose así que sus derechos y expectativas profesionales y económicas no resulten afectados por tales motivos. En términos generales, podemos afirmar que el Tribunal Supremo ha declarado contraria al art. 14 CE la práctica empresarial que computa como ausencias, la baja maternal y por riesgo de embarazo, a los efectos de acreditar el número de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los incentivos variables⁵⁵. El TJUE había ya declarado que el tiempo del permiso de maternidad debe computar como tiempo de servicios prestados.

Por su parte, la Audiencia Nacional en una sentencia reciente⁵⁶ ha señalado que no incluir determinados conceptos salariales en el abono de los permisos vinculados con la conciliación familiar discrimina a la mujer (DI por razón de sexo). Y ello porque la merma retributiva con que se penaliza a quien ejercita su derecho a la ausencia supone una vulneración del principio de igualdad de trato de mujeres y hombres, siendo notorio que la mayor parte de las personas que hacen uso de estos permisos son mujeres con cargas familiares.

En la doctrina constitucional sobre estos casos es preciso destacar el estrecho margen para la apreciación de una justificación ante situaciones profesionales peyorativas derivadas de la maternidad, en tanto que se configuran como discriminaciones directas por razón de sexo. El TC afirma que las exigencias del art. 14 CE proscriben la obtención de un resultado desfavorable para la mujer trabajadora, “incluso cuando éste derive de una interpretación formalmente neutra de las normas jurídicas”⁵⁷, o que no puede tener valor legitimador “la falta de previsión normativa”⁵⁸. Y, en la misma línea, no admite como justificación para negar el reconocimiento a la empleada de sus derechos económicos y administrativos con carácter retroactivo que la normativa aplicable “establezca la misma regla para todas las licencias o permisos”⁵⁹.

En definitiva, frente a tales perjuicios profesionales y económicos derivados del embarazo y la maternidad no resultan admisibles justificaciones relativas al hecho de que el empresario se encuentre en el ejercicio de actos amparados por la legislación laboral pues, incluso si concurriera causa legal, la libertad empresarial no alcanzaría a la producción de resultados inconstitucionales, no siendo admisible una minusvaloración o perjuicio en las condiciones de trabajo inmediatamente asociados a la maternidad, al constituir una discriminación directa por razón de sexo (art. 14 CE). Por ello, para el TC, los permisos y licencias legalmente establecidos, con motivo de la gestación y posterior alumbramiento

.....

55 STS 10/01/2017(Rec. 283/2015); SAN 27/11/2018 (Rec 302/2018); STS de 31/03/2015 (Rcud. 1505/2014) y STS de 27/05/2015 (Rec. 103/2014).

56 SAN 24/5/2019 (Rec. 882019).

57 STC 214/2006, de 3 de julio, (suspensión de la demanda de empleo) (FJ 5).

58 Falta de previsión de los supuestos de aplazamiento del curso de prácticas por causa de parto y/o maternidad en el Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre: STC 66/2014, FJ 5.

59 V. art. 245 del Reglamento de la carrera judicial y la STC 162/2016, FJ 6.

(en tanto conectados con la protección de la salud e integridad del feto y de la madre) no pueden quedar equiparados al resto de permisos y licencias. De esta forma, nuestro Tribunal Constitucional se aparta del régimen jurídico común de los permisos y licencias para establecer soluciones favorables a los derechos económicos y profesionales de las trabajadoras. Para el TC, esta protección constitucional *ex art 14 CE*, asociada a factores diferenciales, que inciden en las mujeres, se fundamenta “en la necesidad de compensación de las desventajas reales”, “en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquellas tiene el hecho de la maternidad y la lactancia”. Por su parte, nuestro TS sigue esta misma doctrina constitucional⁶⁰.

Por tanto, los perjuicios profesionales y económicos derivados del ejercicio del derecho de maternidad y de conciliación serían una discriminación directa/indirecta que no admite justificación y más concretamente no admite como justificación que la normativa aplicable “establezca la misma regla para todas las licencias o permisos” (STC 162/2016, (FJ 6)).

4.3.5. Consideraciones conclusivas sobre la justificación de las diferencias superiores al 25%, detectadas en el registro salarial

El principal problema interpretativo del art. 28.3 LET será que motivos podrán justificar una diferencia salarial entre hombres y mujeres del 25 % o superior. El legislador afirma que han de ser motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras.

Como ya hemos afirmado, de partida, llama la atención que esta exigencia de justificación es la aplicable judicialmente en casos o supuestos de hecho de discriminaciones encubiertas, cuando el supuesto de hecho descrito por el citado art. 28.3 LET es más próximo al concepto de discriminación indirecta. En efecto, esta norma describe o mejor cuestiona una política empresarial, en materia salarial, con un efecto desproporcionado por razón de sexo, en concreto, un efecto adverso cifrado en un 25%, en perjuicio de las mujeres. En estos casos, la justificación exigida (por la normativa europea y española) para que este sistema salarial no sea discriminatorio sería la exigencia de prueba de un fin legítimo y la adecuación y proporcionalidad de la medida para conseguir este fin. Por ello, en tales términos deberíamos interpretar la exigencia de justificación expresada por el art. 28.3 ET.

Pues bien, la doctrina analizada nos puede arrojar cierta luz sobre cuales puedan ser los motivos de justificación admitidos, de conformidad con el art. 28.3 LET.

De partida, no sería admisible que la diferencia salarial cuestionada (del 25% superior entre hombres y mujeres) pudiera justificarse por la aplicación de convenios colectivos

.....

60 SSTC 214/2016, de 3 de julio (FJ 6), 109/1993, de 25 de marzo (FJ 6), 128/1987, de 16 de julio (FJ 10) entre otras.

distintos en la empresa. En segundo lugar, también resulta claro de la doctrina judicial analizada que no serían admisibles justificaciones de tal diferencia salarial conectadas o derivadas del ejercicio de derechos de ausencia por situaciones de embarazo, nacimiento y cuidado de hijo/hija. En tercer lugar, la diferencia salarial vinculada a la menor retribución de los trabajadores a tiempo parcial solo podrá justificarse en factores que se justifiquen objetivamente, por razones ajenas a toda discriminación basada en el sexo. En cuarto lugar, las diferencias salariales consecuencia de diferencias en complementos individuales voluntarios, establecidos por la empresa mejorando el convenio colectivo aplicable, tampoco podrán justificar tales diferencias salariales si perjudican a las trabajadoras. En quinto lugar, si las diferencias salariales cuestionadas entre hombres y mujeres derivan de la aplicación de criterios de valoración de los trabajos con efectos adversos hemos de aplicar la doctrina del Tribunal de Justicia y de nuestro Tribunal Constitucional. Como se recordará y ya hemos afirmado anteriormente los criterios de evaluación que tengan un efecto adverso para las mujeres (desde el esfuerzo físico, fatiga muscular, penosidad física a flexibilidad y formación) han de ser necesarios para el trabajo (necesidad que no debe medirse basándose solo en valores correspondientes a los resultados medios de los hombres) y, su utilización en el sistema clasificatorio, debe “compensarse” o “neutralizarse”, en la medida que la naturaleza de las tareas lo requiera, con la introducción de otros criterios que favorezcan a las mujeres (así se identifican la habilidad manual, responsabilidad, atención, fatiga mental).

5. NOTAS CONCLUSIVAS SOBRE EL REGISTRO SALARIAL

La importancia de la transparencia salarial como instrumento en favor de la igualdad salarial, entre trabajadores y trabajadoras, debe llevar al establecimiento efectivo y al desarrollo del registro salarial en las empresas. Es cierto que la regulación hubiera exigido mayor concreción en relación con su finalidad, procedimiento de actuación y sanción específica (en caso de incumplimiento) y que, además, hubiera sido oportuna la previsión de un desarrollo reglamentario de la misma.

En todo caso, parece necesaria una interpretación del art. 28.3 ET favorable a la igualdad salarial. Así, a mi juicio, en primer lugar, el registro salarial debe suministrar información, además de sobre las desigualdades salariales entre hombres y mujeres del mismo grupo profesional, sobre las discriminaciones salariales o diferencias de retribución para trabajos de igual valor. También debe atender a las diferencias salariales vinculadas al

trabajo a tiempo parcial y a las situaciones de embarazo, nacimiento y cuidados de hijo/a. En segundo lugar, las personas trabajadoras deben tener derecho a acceder al registro salarial a través de sus representantes o directamente, en caso de que no existan representantes.

Por lo que respecta a la exigencia de justificación de las diferencias salariales de género a partir de un 25%, la interpretación del precepto debe llevarnos a afirmar que, de una parte, cualquier diferencia salarial detectada en el registro entre trabajadores de uno y otro sexo para trabajos iguales y de igual valor debe ser corregida por la empresa (de acuerdo con los representantes). Y de otra parte, cuando, aun no existiendo esas discriminaciones, el registro detecte diferencias absolutas por sexo superiores a un 25% será preciso aportar la justificación exigida por el art. 28.3 ET. Además, ya de *lege ferenda*, a mi juicio, quizás la norma debería haber concretado que la obligación de justificación debería corresponder a cualquier empresa.

En cuanto a los concretos motivos de justificación, el art. 28.3 ET afirma que el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia del 25 % o superior responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras. Se trata de una exigencia de justificación propia de casos o supuestos de hecho de discriminaciones encubiertas, cuando el supuesto de hecho descrito por la norma es más próximo al concepto de discriminación indirecta pues cuestionarían una política empresarial, en materia salarial, con un efecto desproporcionado por razón de sexo, en concreto, un efecto adverso cifrado en un 25%, en perjuicio de las mujeres. En estos casos, la justificación exigida por la normativa europea y española para que este sistema salarial no sea discriminatorio sería la exigencia de prueba de un fin legítimo y la adecuación y proporcionalidad de la medida para conseguir este fin. Y, en tales términos, debemos interpretar la exigencia de justificación expresada por el art. 28.3 ET.

Por tanto, hemos de acudir a la doctrina del Tribunal de Justicia, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo para arrojar cierta luz sobre cuales puedan ser los motivos de justificación admitidos, de conformidad con el art. 28.3 del ET, y así no sería admisible como justificación, como se ha visto, la aplicación de convenios colectivos distintos en la empresa, el ejercicio de derechos de ausencia por situaciones de embarazo, nacimiento y cuidado de hijo/hija, o la aplicación de complementos individuales o de criterios de valoración de los trabajos con efectos discriminatorios, en los términos analizados por nuestros Tribunales.