

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN LA UNIÓN EUROPEA: ESPECIAL REFERENCIA A LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE IGUALDAD RETRIBUTIVA

*RECONCILIATION OF WORK AND FAMILY LIFE IN THE EUROPEAN UNION:
SPECIAL REFERENCE TO THE PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON EQUAL PAY*

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

Prof^a Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Fecha envío: 27/02/2022

Fecha aceptación: 28/02/2022

SUMARIO: 1. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN LA UNIÓN EUROPEA EN LA NORMATIVA EUROPEA. 1.1. Primera etapa: la igualdad de género se conecta con la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado. 1.2. Segunda etapa: la conciliación se vincula al mercado de trabajo y a la competitividad empresarial. 1.3. Tercera etapa: la conciliación se “conecta”, de nuevo, con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades. 2. MEDIDAS CONCRETAS PARA MEJORAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA Y, EN ESPECIAL, PARA AUMENTAR LA TRANSPARENCIA SALARIAL. 2.1. La implantación de la transparencia retributiva dentro de las organizaciones. 2.2. Los conceptos de «retribución» y «trabajo de igual valor». 2.3. Mecanismos para prevenir y evitar la discriminación retributiva por razón de sexo.

RESUMEN: Este artículo toma como punto de partida la evolución normativa de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida laboral y familiar. A continuación, se expo-

nen las diferentes etapas legislativas encaminadas al desarrollo de un ejercicio efectivo y equilibrado de este derecho en el marco de la Unión Europea.

Tras esta evolución normativa la situación actual viene marcada por la propuesta de Directiva sobre conciliación de la vida laboral y familiar [Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, COM/2017/0253 final - 2017/085 (COD)] sobre la que ha de transitar el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar en el ámbito de la Unión Europea, a saber: la seguridad y salud, por un lado, y por otro, la necesidad de acuerdo entre los interlocutores sociales.

No obstante, es importante reparar en el contenido de la Directiva 2006/54 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde las normas sobre igualdad de trato entre hombre y mujeres, ya que destaca la base jurídica sobre la que se articulan las medidas comunitarias destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad retributiva. En su texto se encuentran más de una decena de preceptos, referidos al principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o trabajo de igual valor, establecido en el art. 141 del Tratado y sostenido reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europea.

A pesar de este entramado legislativo, el parlamento europeo ha solicitado en repetidas ocasiones que la Unión Europea intensifique su acción para mejorar la aplicación de las disposiciones en materia de igualdad. En este sentido, ha reclamado medidas tanto a los Estados miembros, como la Comisión, solicitando la elaboración de disposiciones concretas para aumentar la transparencia salarial. En este contexto, y ante la constatación de la inadecuada aplicación del derecho a la igualdad retributiva, no solo en su efectivo cumplimiento la práctica, sino también manifestado en la falta de transparencia retributiva tolerada por algunos Estados miembros, se propone la Directiva del parlamento europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismos trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento.

Ahora el estudio se centra en el análisis de la propuesta de Directiva y en las medida que se plantean para garantizar la aplicación del principio de “igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”. Se examina la implantación de la transparencia retributiva dentro de las organizaciones, los conceptos de “retribución” y “igual trabajo o trabajos de igual valor”, y mecanismos para prevenir y evitar la discriminación retributiva por razón de sexo. Se concluye

afirmando las dificultades de detección que plantea la discriminación indirecta en materia retributiva. En definitiva, se acoge con satisfacción el contenido de la Propuesta de Directiva para integrar y aplicar el principio de transparencia e igualdad retributiva en la Unión Europea.

ABSTRACT: The article takes as its starting point the evolution of European Union legislation on the work life balance. It then goes on to outline the different stages of European legislative concern aimed at developing an effective and balanced exercise of this right.

The regulatory developments have led to the current situation, with the proposal for a Directive on reconciliation of work and family life [Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the work life balance and family life of parents and carers, and repealing Council Directive 2010/18/EU, COM/2017/0253 final - 2017/085 (COD)], marked by the trend on which the right to reconciliation of work and family life at EU level is to be based, on the one hand, health and safety, and on the other hand, the need for an agreement between the social partners.

However, it is important to note the content of Directive 2006/54 EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, which recasts the rules on equal treatment between men and women, as it highlights the legal basis on which the Community measures aimed at guaranteeing the application of the principle of equal pay are articulated. The text contains more than ten provisions referring to the principle of equal pay for equal work or work of equal value, as laid down in Article 141 of the Treaty and repeatedly upheld in the case law of the European Court of Justice.

Despite this legislative framework, the European Parliament has repeatedly called for the European Union to step up its action to improve the implementation of equality provisions. In this regard, it has called for measures both from the Member States and the Commission, requesting the development of concrete provisions to increase pay transparency. In this context, and in view of the inadequate application of the right to equal pay, not only in practice, but also in the lack of pay transparency tolerated by some Member States, the European Parliament and Council Directive reinforcing the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value for men and women through pay transparency measures and mechanisms for its effective enforcement is proposed.

The study focuses on the analysis of the proposed Directive and on the measures that are envisaged to ensure the application of the principle of “equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, including the

principle of equal pay for equal work or work of equal value”. It examines the implementation of pay transparency within organisations, the concepts of “retribution” and “equal work or work of equal value”, and mechanisms to prevent and avoid retribution discrimination based on sex. We conclude by affirming the difficulties of detecting indirect retribution discrimination. All in all, the content of the Proposal for a Directive to integrate and apply the principle of transparency and equal retribution in the European Union is welcome.

PALABRAS CLAVE: Conciliación de la vida laboral y familiar, principio de igualdad retributiva, transparencia retributiva, retribución, igual trabajo o trabajos de igual valor, discriminación indirecta, medida cautelar, indemnización, inversión carga prueba.

KEYWORDS: Work life balance, equal remuneration principle, remuneration transparency, remuneration, equal work or work of equal value, indirect discrimination, injunctive relief, compensation, reversal of burden of proof in discrimination proceedings.

1. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN LA UNIÓN EUROPEA EN LA NORMATIVA EUROPEA

La Unión Europea ha desarrollado una amplia y variada normativa en el ámbito de la conciliación de la vida personal y laboral, dirigida a que los Estados miembros incorporen en sus legislaciones, medidas destinadas a mejorar y hacer más compatibles las condiciones de vida y trabajo.

La conciliación de la vida familiar y personal con la profesional está presente en la agenda de la Unión, desde la década de los noventa del siglo pasado y, en la actualidad, denota una incipiente preocupación por un ejercicio efectivo y equilibrado de este derecho.

La Unión Europea ha reiterado en numerosas ocasiones y documentos, la necesidad de la conciliación de la vida laboral y familiar. La evolución normativa de la UE de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo es amplia y variada. Se observa una evolución en la que se distingue una primera etapa, exenta de formulación normativa, aunque conectada directamente con la igualdad de género y la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado. En una segunda etapa que se correspondería con el comienzo de los años 90, en el que la conciliación se desarrolla a nivel normativo y se distancia respecto de la igualdad de género, vinculándose sobre todo al mercado de trabajo y la competitividad empresarial, y una tercera etapa, en la que se advierte de nuevo una reconexión de la conciliación con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades.

Tras esta evolución llegamos a la etapa actual, protagonizada por la propuesta de Directiva sobre conciliación de la vida laboral y familiar, que marca la tendencia sobre la que ha de transitar el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar en el ámbito de la Unión Europea por un lado, la seguridad y salud, y por otro, la necesidad de sustentarse en acuerdo entre los interlocutores sociales¹.

.....

1 Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, COM/2017/0253 final - 2017/085 (COD).

1.1. Primera etapa: la igualdad de género se conecta con la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado

En los primeros años de andadura europea, no existía un referente normativo específico que regulase derechos de conciliación; por el contrario, las medidas conciliatorias se relacionaban con el principio de igualdad retributiva.

Así el art. 119 TCE declaraba expresamente la “igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo” y constituía, por tanto, la base jurídica específica para la aprobación de la 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.

Un año más tarde, el Consejo aprueba la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo que extiende la prohibición de la discriminación por razón de sexo, al resto de las situaciones laborales². Otro avance importante de la Directiva relacionado con las mujeres trabajadoras es que su art. 2.3 declara que las medidas legales de protección de la maternidad (durante el embarazo y después del alumbramiento) en los Estados miembros son una excepción justificada a la igualdad de trato¹⁶.

A final de la década de los ochenta se incluyen referencias específicas sobre la conciliación familiar y profesional en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, de 19 de diciembre de 1989, cuyo art. 16 invita a desarrollar medidas “que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”. Esta declaración de derechos sociales, sin efectos jurídicos vinculantes en los Estados miembros, se acompaña, pocos años después, de dos Directivas que si integran derechos subjetivos concretos.

En primer lugar, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y que contempla una excepción al principio de igualdad formal que se justifica en razón de la condición biológica de la madre y que viene a evitar la situación discriminatoria que supondría la aplicación de un mismo régimen jurídico a situaciones de hecho diferentes³.

.....

2 El objetivo era evitar la ventaja competitiva de aquellos Estados cuyos salarios femeninos eran inferiores respecto de los masculinos por un trabajo de igual valor, en PÉREZ CAMPOS, A.I. “Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017 pág. 42.

3 Conviene precisar que la citada Directiva comunitaria es una directiva específica de la Directiva marco 89/391/

Pues bien, esta Directiva, que establece numerosos requisitos sobre salud y seguridad en el centro de trabajo para proteger a la trabajadora embarazada, contempla, “la duración mínima del permiso de maternidad por un periodo de catorce semanas ininterrumpidas, de las cuáles dos semanas son de carácter obligatorio, que pueden ser disfrutadas antes o después del parto”(art. 8 92/85/CEE), garantiza que “la mujer mantendrá los derechos inherentes a su contrato de trabajo [11.2.a) Directiva 92/85/CEE] y prohíbe expresamente el despido durante el embarazo y durante el disfrute del permiso de maternidad (art. 10 Directiva 92/85/CEE). Por lo que respecta a la cobertura económica del permiso de maternidad, reconoce el derecho de la madre a recibir una retribución o prestación económica “adecuada” [art. 11.2.b) 92/85/CEE].⁴

Años después vio la luz la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, referida a determinados aspectos sobre ordenación del tiempo de trabajo, destacando como cuestión fundamental la necesidad de conciliar la vida profesional y personal⁵.

Por su parte, la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995 por la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria de Europa), CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos), se considera “la primera muestra de un enfoque integrador de la maternidad-paternidad y las responsabilidades familiares”⁶. En efecto, esta norma, fruto del diálogo social pone fin al exclusivo disfrute de la licencia parental por parte de la madre en algunos Estados miembros declarando el derecho a un permiso individual de los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo⁷.



CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, cuyo art. 15 establecía la necesidad de protección específica de grupos de trabajadores expuestos a riesgos entre los que se debía incluir a las mujeres embarazadas y a las madres lactantes. En este sentido, la sentencia de 12 de julio de 1984, Hoffmann, asunto C-184/83, el Tribunal de Justicia confirma la legitimidad de “las necesidades específicas de la mujer asegurando la protección de su condición biológica durante el embarazo y posteriormente hasta que sus funciones biológicas y mentales hayan vuelto a la normalidad y la relación especial entre una mujer y su hijo en el período que sigue a embarazo y nacimiento”.

4 Durante la década de 1990 se produce un cambio legislativo en relación al objetivo de protección de la madre trabajadora y la necesidad de conciliar el cuidado de los hijos con el trabajo. Así pues, se pasa de entender la conciliación como una finalidad relevante para la normativa comunitaria, si bien más relacionada con la promoción de la mujer en el empleo que con la igualdad real de oportunidades. A este respecto destaca la Recomendación del Consejo de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y las niñas Recomendación 92/241/CE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas (Diario Oficial L 123 de 8.5.1992). A pesar de tratarse de una norma no obligatoria, resulta relevante, en la medida en que resalta la enorme correspondencia entre el reparto equitativo de las responsabilidades derivadas del cuidado de los hijos y del hogar y el principio de igualdad de oportunidades en el empleo para hombres y mujeres.

5 Esta Directiva se modificará por la 2000/34/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, para incluir los sectores y las actividades inicialmente excluidos. Y posteriormente, ha sido derogada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES.

6 AGUILERA IZQUIERDO, R. “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 2, 2007, págs. 69-119.

7 La Directiva 96/34/CE integra un acuerdo de mínimos que ha permitido a los Estados miembros un amplio

En esta década, la Unión Europea también avanza en el objetivo de una mayor flexibilidad laboral, aprobando la Directiva 1997/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, sobre trabajo a tiempo parcial, que establecía un marco general para la eliminación de discriminaciones en relación con la conciliación, de los trabajadores a tiempo parcial. El trabajo a tiempo parcial se ha venido considerando como una de las modalidades de empleo que mejor facilita la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y así queda dispuesto en su quinto considerando²¹.

1.2. Segunda etapa: la conciliación se vincula al mercado de trabajo y a la competitividad empresarial

Las políticas de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo surgen como resultado del Consejo Europeo Extraordinario sobre Empleo celebrado en Luxemburgo en el año 1997. Este consejo reconoce que los países miembros de la UE deben asumir una nueva estrategia en materia de empleo, como es la de fomento del empleo femenino. Esta estrategia política toma el nombre de conciliación y se materializa en un conjunto de directivas orientadas a promover los permisos laborales y los servicios de atención a la vida diaria.

En consecuencia, la conciliación, pasará a tener una posición neurálgica tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam, en la medida en que vinculó como aspectos inseparables la empleabilidad y la conciliación.

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea cuenta con nuevos fundamentos jurídicos en el derecho primario para la promoción de la igualdad de género más allá de la no discriminación retributiva (arts. 2, 3.2, 13, y 141 TCE). Los nuevos preceptos consagran el principio de igualdad entre hombre y mujer como objetivo fundamental de la Unión y vienen a reconocer la conveniencia de las medidas de acción positiva en los Estados miembros para garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral y “facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales” (art. 141.3 TCE).

También cabe destacar la promulgación de las Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo, y la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico

.....

margen de discrecionalidad en su implementación lo que a su vez, ha contribuido a la persistencia de un panorama legislativo muy heterogéneo, en PÉREZ CAMPOS, A.I.” Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa”, cit., pág. 47.

Por su parte, la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres para acceder al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo. La citada norma contiene disposiciones relacionadas con el derecho al reingreso tras la finalización del permiso dematernidad, y el derecho a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia por dicho permiso, proponiendo también infraestructuras y servicios encaminados a facilitar la conciliación.

En esta línea, a comienzos del nuevo siglo XXI continúan adoptándose medidas a favor de la conciliación de la vida familiar y laboral, en cuyo ámbito normativo cabe destacar:

Las sucesivas convocatorias de las Cumbres Europeas de Empleo –celebradas al amparo del nuevo Título de Empleo aprobado por el Tratado- traducirían en actuaciones concretas las propuestas programáticas del mismo. El lanzamiento de la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo en el año 2000 supone la inclusión de la política de conciliación de la vida familiar y laboral, también entre los objetivos estratégicos de la política de empleo. No obstante, advertidas las dificultades, la Comisión Europea fija, dentro de la Estrategia Europa 2020 «una agenda para nuevas cualificaciones y empleos», instando a los Estados miembros a ejecutar planes nacionales de flexiseguridad (conjugación de flexibilidad y seguridad en el trabajo) con objeto de reducir la segmentación del mercado laboral y facilitar las transiciones, así como facilitar la conciliación entre vida laboral y familiar.

En 2006 se aprueba 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 ocupación⁸.

Además, y en lo que respecta a la conciliación, el preámbulo de la Directiva insta a los Estados miembros a adoptar reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral y “reglamentaciones adecuadas sobre permiso parental, que puedan solicitar tanto los padres como las madres, y la creación de instalaciones accesibles y asequibles para el cuidado de los niños y la asistencia a personas dependientes”. También habría que destacar que, en su art. 16, la Directiva prevé el mismo nivel de protección para el trabajador padre que ejerce su derecho al permiso de paternidad que el que tradicionalmente se concedió a la mujer que disfrutase del permiso de maternidad, declarando, en consecuencia, que los Estados miembros deben proteger al padre trabajador frente al despido motivado por el ejercicio de tal derecho y garantizar el derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier

.....

8 No se trata de una norma que realice una considerable aportación a la conciliación entre la vida profesional y familiar, ni cuantitativa ni cualitativamente, sin embargo sí contienen pequeñas pinceladas al respecto que suponen un importante avance en este sentido.

mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera tenido derecho durante su ausencia.

1.3. Tercera etapa: la conciliación se “conecta”, de nuevo, con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades

En el año 2008 la Comisión abre un periodo de consultas con los interlocutores sociales europeos sobre la manera actualizar el marco legislativo europeo de la conciliación y, concretamente, la legislación sobre protección de la maternidad y permiso parental, así como sobre la posibilidad de introducir nuevos tipos de permisos familiares como el permiso de paternidad (breve permiso para padres en torno al nacimiento o adopción de un niño), permiso por adopción (para madres en torno a la adopción de un niño) y permiso filial (para cuidado de familiares dependientes)⁹.

El desarrollo de estas consultas dio lugar a una nueva Directiva sobre permiso parental. La Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, que perseguía mejorar la conciliación de la vida profesional, privada y familiar para los trabajadores con hijos y la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y altrato en el trabajo. (Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y que deroga finalmente la anterior directiva 96/34 CE.)¹⁰. La Directiva viene a poner de manifiesto que la conciliación no puede ser reducida a la maternidad, y en consonancia, que las disposiciones que protegen la maternidad no pueden sustituir a los específicos permisos parentales¹¹.

En cuanto a sus características más destacables, conviene señalar las novedades formales y materiales que presenta. Así:

.....

9 La Comisión pretende dar un nuevo impulso a la política conciliatoria de la UE proponiendo en su Comunicación “Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar”, de 3 de octubre de 2008, un paquete de medidas conciliatorias («*work-life balance package*») entre las que destacan la consolidación del derecho de los trabajadores al permiso por motivos familiares, la equiparación de los trabajadores autónomos y sus cónyuges colaboradores en el ejercicio del derecho a los permisos por motivos familiares y la actualización del compromiso de la propia Comisión respecto a los objetivos de atención a la infancia marcados en el Consejo Europeo de Barcelona de 2002. Con estos mimbres inicia el período de consultas con los interlocutores sociales, fruto del cual se aprueba la Directiva 2020/18 UE.

10 La cláusula 1.1 proclama como fin del Acuerdo “*facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares y respetando al mismo tiempo la legislación, los convenios o los usos nacionales*”. En su preámbulo viene establecida una relación directa entre las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en cuestiones de empleo, haciendo referencia expresa a la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo. De esta manera las medidas conducentes a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral vuelven a quedar subordinadas a intereses relativos al incremento del empleo, es decir, a intereses económicos.

11 PÉREZ CAMPOS, A.I. “Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa”, cit., pág. 47.

- Desde una perspectiva formal, todo el contenido de la Directiva está redactado de forma neutra. Reconoce un mínimo derecho de permiso parental, consistente en un permiso de cuatro meses para el cuidado de hijos menores de ocho años, de los cuales, al menos un mes, debe tener carácter intransferible y que podrá disfrutarse a tiempo completo o parcial (cláusula 2 de la Directiva 2010/18/UE). Ahora bien, este permiso no se configura como un derecho para el cuidado de otros familiares dependientes sino solo para los hijos, nacidos o adoptados.
- Por lo que se refiere al ámbito material, se incorporan avances muy relevantes:
 - de un lado, posibilita que el empleador/a posponga la concesión del permiso parental por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la organización (cláusula 3.1.c) 2010/18/UE¹²;
 - de otro, sin duda más importante, se configura, de forma obligatoria, el carácter intransferible del permiso parental que ya había quedado formulado como objetivo en la Directiva 96/34/CE, si bien su configuración obligatoria aparece por primera vez en la Directiva 2010/18/UE (cláusula 2.2 supra). Este uso privativo del derecho tiene como objetivo que el permiso no acabe recayendo en uno solo de los miembros de la unidad familiar. Pretende promover el reparto y corregir, desde una perspectiva de género, los efectos perversos que puede tener la propia configuración de los permisos parentales.

Se avanza en la idea de allanar el ejercicio del permiso parental. Se apuesta por un desarrollo efectivo y equilibrado. Si los permisos parentales conjuntos no son disfrutados por ambos progenitores, se perpetuará el alejamiento de las mujeres del mercado de trabajo, aumentará la segregación y la brecha salarial.

A pesar de la relevancia que va adquiriendo la conciliación de la vida laboral y personal debemos acudir a disposiciones diversas para descubrir la regulación de los principios e instrumentos que permiten a los trabajadores, de ambos sexos, conciliar las responsabilidades correspondientes a su vida laboral y familiar.

En 2006, a propuesta de la Comisión, se aprueba la Directiva 2006/54 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde las normas sobre igualdad de trato entre hombre y mujeres¹³. A

.....

12 Se eliminan las referencias ejemplificativas de las posibles justificaciones de la oposición empresarial que antes se contenían en la Dir. 96/34/CE. Se trataría de una modificación relevante porque ya no cabrían situaciones presuntas que admiten la oposición empresarial, sino que será necesario que se motive o justifique, en cada caso, la negativa empresarial.

13 DE NIEVES NIETO, N.: *El trabajo de la mujer en el Derecho de la Unión Europea. Del principio de igualdad de trato a la protección de la maternidad*, Aranzadi, 2019, pág. 115.

través de esta técnica de refundición se persiguen dos objetivos de fondo: Uno, garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres con respecto a la retribución, el acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo y el régimen profesional de Seguridad Social, y otro, asegurar la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación entre hombres y mujeres.

Es significativo que la Directiva de refundición dejara al margen de su tarea compiladora la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre maternidad, y la Directiva 96/34, de 3 de junio, relativa al permiso parental.

Al tratarse de un instrumento de refundición, su contenido es más extenso que el de las normas precedentes; descansa sobre el principio de igualdad de trato, se configura con carácter transversal e inspira todo el ordenamiento comunitario. Del articulado de esta Directiva nos interesa destacar la base jurídica sobre la que se articulan las medidas comunitarias destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad retributiva. En su texto encontramos más de una decena de preceptos, referidos al principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o trabajo de igual valor, establecido en el art. 141 del Tratado y sostenido reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europea; constituyendo un aspecto importante del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y una parte esencial e indispensable del acervo comunitario, incluida la jurisprudencia del TJUE, en lo que se refiere también a la discriminación en razón de sexo.

Así, de conformidad con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, se exige que se compruebe si atendiendo a determinados factores (naturaleza del trabajo, condiciones de formación y las condiciones laborales), se puede considerar si estos trabajadores se encuentran en situación comparable. Todo ello para determinar si la retribución inferior que percibe la mujer trabajadora es consecuencia de su sexo, y no de otros parámetros cuantitativos o cualitativos de la valoración del desempeño laboral de la trabajadora.

En este contexto, el art. 4 de la Directiva 2006/54 CE regula la igualdad de retribución a partir de una expresa prohibición de discriminación, que presupone, que a) de un mismo trabajo o un trabajo de igual valor deriva la misma retribución, b) si se utiliza un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, ese sistema debe basarse en criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, excluyendo las discriminaciones por razón de sexo.

2. MEDIDAS CONCRETAS PARA MEJORAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA Y, EN ESPECIAL, PARA AUMENTAR LA TRANSPARENCIA SALARIAL

A pesar de este entramado legislativo que parecía adecuado se ha mostrado una realidad deficiente porque siguen siendo muchos los factores que desencadenan la discriminación retributiva por causa del sexo. El parlamento europeo ha solicitado en repetidas ocasiones que la Unión Europea intensifique su acción para mejorar la aplicación de las disposiciones en materia de igualdad. En este sentido, ha reclamado medidas tanto a los Estados miembros, como la Comisión, solicitando la elaboración de disposiciones concretas para aumentar la transparencia salarial¹⁴.

En este contexto, y ante la constatación de la inadecuada aplicación del derecho a la igualdad retributiva, no solo en su efectivo cumplimiento la práctica, sino también manifestado en la falta de transparencia retributiva tolerada por algunos Estados miembros, se propone la Directiva¹⁵ del parlamento europeo y del Consejo 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 efectivo cumplimiento¹⁶.

El objetivo de esta Propuesta de Directiva consiste, básicamente, en acotar la persistente aplicación fallida del derecho fundamental a la igualdad de retribución y garantizar el respeto de ese derecho en toda la UE, estableciendo con tal fin normas de transparencia retributiva que empoderen a los trabajadores y a las trabajadoras para hacer valer su derecho a la igualdad de retribución.

.....

14 Conclusiones del Consejo EPSCO de junio de 2019, doc. 10349/19.

15 En efecto, se considera que la Directiva es el instrumento jurídico más apropiado para establecer el marco para mejorar la aplicación del principio de igualdad de retribución mediante la transparencia retributiva y refuerce los mecanismos de cumplimiento correspondientes. En ese sentido, la experiencia legislativa de la UE ha demostrado o que una directiva permite acentuar el rigor de las disposiciones vigentes, al mismo tiempo que permite a los Estados miembros cierto margen de discrecionalidad para aplicar los nuevos derechos y obligaciones teniendo en cuenta su contexto nacional. Por otro lado, se ha descartado la posibilidad de modificar o sustituir la Directiva refundida, debido al ámbito de aplicación más amplio de esta –como ya se ha señalado–. en cuanto a la lucha contra la discriminación por razón de sexo en el empleo y la ocupación. Se concluyó con acierto que un capítulo independiente sobre transparencia retributiva, con las disposiciones de ejecución correspondientes, no encajaría en la estructura actual de dicha Directiva y resultaría desproporcionado en relación con las disposiciones de la Directiva refundida que regulan otros aspectos de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en los asuntos de empleo y ocupación. De ahí que se haya adoptado este enfoque, que es afín al empleado en otros aspectos fundamentales del Derecho de la Unión Europea en materia de empleo y discriminación. Por ejemplo, la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (DO L 159 de 28.5.2014, p. 1) y la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (DO L 128 de 30.4.2014, p. 8).

16 Bruselas, 4-3-2021, COMO (2021) 93 final, 2021/0050 (COD).

La propuesta de Directiva se fundamenta en el artículo 157.3 TFUE, en virtud del cual la UE debe adoptar medidas para garantizar la aplicación del principio de “igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”; asimismo debe articular medidas que favorezcan la transparencia retributiva dentro de las organizaciones de trabajo.

Estos objetivos se cimientan de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹⁷.

a) En cuanto al principio de subsidiariedad, cabe recordar que, en un primer momento, el principio de igualdad de retribución en la UE tenía una función esencialmente económica, pues su objetivo era evitar todo falseamiento de la competencia (art. 119 Tratado CEE, posterior art. 141 del Tratado CE y actual art. 151 TFUE).

Más adelante, el TJUE añadió que “la finalidad económica ex art. 119 Tratado CEE, que consiste en la eliminación de las distorsiones en la competencia entre Estados miembros, reviste un carácter secundario respecto al objetivo social contemplado por la misma disposición que constituye la expresión de un derecho humano fundamental”¹⁸.

En la actualidad, el hecho de que las medidas nacionales de transparencia retributiva sean escasas y estén fragmentadas aumenta el riesgo de falseamiento de la competencia, exige la actuación de la UE para garantizar un nivel similar de protección de los trabajadores en toda la Unión y establecer unas condiciones de competencia equitativas para los operadores en el mercado interior. Para ello, la propuesta de directiva establece un sistema mixto¹⁹ que permite aplicar la combinación de derechos y obligaciones sustantivos establecidos en su articulado, mediante convenios colectivos, respetando así las diferentes características de los sistemas nacionales de diálogo social y negociación colectiva y la autonomía de los interlocutores sociales.

b) Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, recogido en el art.5.4 TFUE, en virtud del cual “el contenido y la forma de acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”, se respeta escrupulosamente. Por una parte, la propuesta garantiza que los trabajadores y las trabajadoras tengan derecho



17 Confirmadas las dificultades de los Estados miembros para aumentar la transparencia retributiva, la UE, fijando requisitos mínimos comunes, puede lograr, dentro de su ámbito de actuación, dicho objetivo, adoptando medidas de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

18 Asunto 50/96, *Deutsche Telekom AG / Lilli Schröder*, ECLI:EU:C:2000:72, p.57.

19 En efecto, parte, por un lado, de una armonización mínima de los sistemas de los Estados miembros, a los que permite fijar normas más estrictas si así lo deciden. Y, por otro, les autoriza explícitamente a confiar la ejecución de las medidas a los interlocutores sociales, siempre que puedan garantizar en todo momento la consecución de los resultados requeridos por la Directiva.

a la información que les permite detectar la discriminación retributiva de género y defender su derecho a la igualdad de retribución, y, por otra parte, tiene en cuenta los costes y las cargas posibles para los empleadores, especialmente las microempresas y las pequeñas y medianas empresas. Para ello, teniendo en cuenta la diversidad de modelo de mercado laboral en la UE; se ofrece a los Estados miembros la opción de mantener o de establecer normas más favorables para el personal a través de una presentación informes en materia de retribución, al tiempo que se acentúa el papel de los interlocutores sociales en aras de conseguir al aplicación efectividad del principio de igualdad retributiva en todas sus manifestaciones.

Pues bien, la propuesta de Directiva atiende al mandato del legislador comunitario y regula los instrumentos jurídicos para impedir y corregir situaciones de discriminación entre hombres y mujeres en materia retributiva.

Sobre la base del principio de transparencia retributiva se articulan los conceptos de “retribución” e “igual trabajo o trabajos de igual valor”, al tiempo que se establecen los mecanismos para prevenir y evitar la discriminación retributiva por razón de sexo.

2.1. La implantación de la transparencia retributiva dentro de las organizaciones

Para garantizar el principio de transparencia retributiva, la propuesta de Directiva ofrece, de modo transversal, una configuración amplia del principio, de modo que “aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, se obtenga información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución”.

Este principio tiene como finalidad identificar y corregir las situaciones que incurran en diferencias de trato, directas o indirectas, entre personas trabajadoras por razón de sexo cuando se trata de puestos de trabajo de igual valor. El principio de transparencia aspira a identificar y despejar las causas de discriminación directas e indirectas, como consecuencia de una incorrecta valoración del puesto de trabajo.

La propuesta de directiva pretende implantar un sistema retributivo transparente, tanto en un estadio previo al empleo, como en el momento de fijación de las retribuciones y de promoción profesional.

- a) Transparencia retributiva previa al empleo (art. 5). Hasta este momento no se habían planteado normas mínimas, a nivel europeo, en materia de transparencia retributiva en el momento del acceso al empleo. En efecto, esta nueva medida contribuye a garantizar el principio de transparencia retributiva en

un estadio previo al ingreso del trabajador en la empresa para que disponga de la información necesaria para entablar negociaciones equilibradas y justas sobre su salario antes de formalizar el contrato de trabajo. Es evidente que el empresario es titular de la facultad de decidir sobre la contratación de los trabajadores necesarios para la ejecución de su proyecto empresarial (Alberro, 75, Fn, 4), pero tal decisión empresarial debe respetar la normas antidiscriminatorias establecidas en el acervo comunitario europeo²⁰. Éstas operan también en la fase precontractual o de empleo, que es la que aquí interesa, dentro de los llamados “tratos preliminares”, que se llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato. Precisamente, en este punto descansa la novedad de la propuesta en tanto que la normas discriminatorias en materia retributiva han actuado siempre desde la formalización del contrato de trabajo (art. 6).

Sin embargo, en este caso, la prohibición de discriminar rige *ex ante* y extiende la transparencia retributiva al momento previo a la contratación en aras de la consecución del principio de igualdad retributiva incluso antes de que llegue a nacer el contrato de trabajo²¹. Para ello, se establece una pautas concretas de actuación. Se requiere, por un lado, que los empleadores indiquen el nivel retributivo o la “banda retributiva inicial” -fijados sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género- que corresponderá al futuro trabajador para un puesto o empleo específico²². Por otro, se prohíbe a los empleadores que pregunten a los potenciales trabajadores sobre historial retributivo de su anterior relación laboral²³.

- b) Transparencia en las políticas de fijación de las retribuciones y de formación profesionales (art. 6). Estas medidas tienen como objetivo garantizar neutralidad de género en la fijación de las retribuciones y en la promoción profesional, esta disposición obliga a los empleadores a poner a disposición del personal una descripción de los criterios neutros con respecto al género utilizados para determinar su retribución y su promoción profesional. Esta exigencia conecta estrechamente con los conceptos del “mismo trabajo y trabajo de igual valor”, que analizaremos más adelante, que trata de establecer



20 Nada impide, sin embargo, la capacidad de negociación del empleador, del personal o de los interlocutores sociales para convenir un salario que se halle fuera de la banda indicada.

21 Se trata, por tanto, de impedir que la falta de transparencia en la estructura retributiva favorezca las prácticas discriminatorias incluso antes de la celebración del contrato de trabajo.

22 Esta información podrá en el anuncio de una vacante de empleo o a través de otro medio, antes de la entrevista de trabajo, sin que el aspirante tenga que solicitarla (por ejemplo, en la invitación a la entrevista o mediante comunicación directa por los interlocutores sociales).

23 Como se ha afirmado, el empresario puede basar sus decisión de selección, contratación de trabajadores y determinación del salario en razones.

los mimbres que aclaren los aspectos que deben coincidir para que se considere que los trabajos tienen el mismo valor.

La exigencia de transparencia retributiva, que opera antes y durante el desarrollo del contrato de trabajo, e incluso en una posible situación de promoción profesional, se articula necesariamente con el derecho de los trabajadores a obtener la información necesaria para que puedan determinar si su retribución es discriminatoria o no. En efecto, la propuesta de Directiva plantea un derecho de información general (art. 7) y un derecho de información específico sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras.

El derecho de información general descansa sobre la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de marzo de 2014, referido el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia²⁴. Este derecho recoge el contenido del texto europeo para implantar un sistema retributivo transparente, que consiste en recibir información sobre su “nivel retributivo” individual y sobre el “nivel retributivo medio” desglosado por sexo para las categoría de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor que ellos. Este procedimiento de acceso a la información adecuado se complementa con la definición precisa de los aspectos relevantes en la conceptualización de los términos “trabajo de igual valor”. Este derecho alcanza a todos los trabajadores de la empresa, lo que significa que todas las empresas están obligadas a incorporar la información salarial referida de toda la plantilla²⁵, que ni podrá ser utilizada con fines distintos de la defensa de su derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, ni tampoco podrá ser difundida con otro propósito (art. 7.6 Propuesta de Directiva).

Los trabajadores tienen derecho a recibir información su “nivel retributivo” individual y sobre el “nivel retributivo medio” desglosado por sexo para las categoría de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor que ellos.

Junto a este derecho de información general prevé otro, específico, que se concreta en el derecho de información sobre la brecha retributiva entre trabajadoras y trabajadores. No obstante, esta obligación incumbe solo a las empresas que cuenten más de 250 trabajadores. Debe incorporar todas la información salarial de la plantilla, y más concretamente, la “brecha retributiva”²⁶ y la “brecha retributiva mediana”²⁷ entre todas las trabajadoras

.....

24 DOUE 08-03-2020, L 69/112.

25 La norma comunitaria no especifica a qué trabajadores alcanza esta información salarial, pero, en principio, parece que también estarían incluido el personal directivo y los altos cargos. Con todo, la propuesta concede cierta flexibilidad a las microempresas en el cumplimiento de esta obligación, en cuanto a la forma en que cumple esta obligación habida cuenta del tamaño de la empresa, determinado en función del número de empleados.

26 Es la diferencia entre los niveles retributivos medios de las mujeres y los de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como porcentaje del nivel retributivo medio de los trabajadores de género masculino [art. 3.1 c)].

27 Es la diferencia entre el niveles retributivo mediano de las mujeres y el nivel retributivo mediano de los hom-

y trabajadores en relación con el salario, los complementos salariales y/o variables. En concreto, la información que han de facilitar la empresas se refiere a la media aritmética y mediana de lo realmente percibido en un año natural por salario base, complementos y cada una de las percepciones extrasalariales desglosadas por sexo, en cada categoría profesional, nivel y puesto.

La finalidad de esta obligación es facilitar información salarial a los trabajadores para comprobar el cumplimiento de igualdad retributiva, y en caso de detectarse “brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras”, identificar qué se necesita para evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades para superarlas²⁸. De igual modo, los representantes legales de los trabajadores, las ITSS y el organismos de igualdad tendrán derecho a solicitar al empleador aclaraciones sobre cualquier dato publicado, incluidas las oportunas explicaciones sobre cualquier diferencia retributiva de género, en cuyo caso, el empresario deberá responder, motivadamente, en un plazo razonable.

En caso de incurrir en diferencias retributivas de género, que no estén justificadas por factores objetivos y neutros con respecto al género, el empresario deberá corregir la situación “en estrecha cooperación con los representantes del personal, la inspección de trabajo y/o el organismos de igualdad (art. 8.7 Directiva)”. En este sentido, la norma comunitaria establece unos mínimos de actuación, de forma que serán los Estados miembros determinen los cauces de procedimiento para articular la cooperación con los representantes legales de los Trabajadores.

Ahora bien, la propuesta de Directiva prevé, en su art. 9, la obligación del empresario de realizar una “evaluación retributiva conjunta”, en la que también intervendrán los representantes legales de los trabajadores, en caso de incurrir en diferencias retributivas, cuando se cumplan las dos siguientes condiciones:

- Cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales de los trabajadores y trabajadoras de un sexo sea superior a la del otro en, al menos, un 5%.
- Cuando el empleador no haya justificado esa diferencia de nivel retributivo medio mediante factores neutros con respecto al género.



bres, expresada como porcentaje del nivel retributivo mediano de los trabajadores de género masculino [art. 3.1 e)].
28 Esta información será trasladará al “Organismo de Supervisión”, designado por cada Estado miembro, para que recopile los datos recibidos de los empleadores - la brecha retributiva entre los trabajadores y las trabajadoras; la proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada cuartil de la banda retributiva [art. 8.1 a) y f)]- y garantice su publicidad para efectuar una comparación enter empleadores, sectores y regiones del Estado miembro de que se trate. En efecto, el art. 26 de la propuesta de Directiva establece la creación de un “Organismos de supervisión y concienciación”, cuya función principal será la de garantizar un seguimiento sistemático de la aplicación del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor y de la aplicación de todas las vías de reparación. Este «organismo de supervisión» supervisará y apoyará la ejecución de las disposiciones legales nacionales de aplicación de la presente Directiva, y adoptará las medidas necesarias para el buen funcionamiento de dicho organismo. Asimismo, este Organismo se integrará dentro de los organismos ya existentes a nivel nacional y asumirá, además, unas específicas funciones enumeradas en el art. 23.3 de la propuesta de Directiva.

La responsabilidad de la empresa será corregir estas diferencias retributivas a través de sistemas de evaluación y clasificación de los puestos de trabajo neutros con respecto al género para garantizar la exclusión de toda discriminación retributiva. Esta obligación se puede efectuar a través de la elaboración de un plan de actuación para corregir las desigualdades retributivas, fijando objetivos, actuaciones concretas, cronogramas, responsables de su implantación y seguimiento de las diferencia. Más allá de esta obligación de corrección inmediata, nada obsta para que los trabajadores que se consideren perjudicados por la no aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor acudan a procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de los derechos y obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

2.2. Los conceptos de «retribución» y «trabajo de igual valor»

La transparencia retributiva se articula a través de la Igual retribución por trabajo de igual valor, atendiendo al sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo que fuera de aplicación.

El término “retribución” es un término complejo y amplio. El artículo 157 del TFUE (asume una noción de retribución ciertamente limitada, al disponer que, por tal, debía entenderse: “*el salario o sueldo normal de base mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario en razón de la relación de trabajo*”, que ha sido interpretada en sentido amplio por el TJUE y matizada por el art. el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, que establece que²⁹, debe eliminarse cualquier discriminación en la retribución no solo en referencia a un mismo trabajo sino también respecto de “*un trabajo de igual valor*”³⁰.

La propuesta de Directiva incluye definiciones que existen ya en la Directiva refundida (retribución, discriminación directa, discriminación indirecta), pero se introducen también nuevos conceptos específicamente relacionados con el derecho a la igualdad de retribución, como los de niveles retributivos, brecha retributiva, mediana retributiva, brecha retributiva, cuartil de la banda retributiva y categorías de trabajadores.

En tal sentido, el concepto de «retribución», que ahora se acoge, incluye el salario y cualesquiera otras gratificaciones, en efectivo o en especie, que los trabajadores perciban di-

.....

29 La STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto 624/19) señala el efecto directo de ese apartado primero del artículo 157 TFUE.

30 La STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto 624/19) señala el efecto directo de ese apartado primero del artículo 157 TFUE.

recta o indirectamente («elementos complementarios o variables»), debido a su relación laboral con su empleador. Comprende, por lo tanto, cualquier prestación adicional, como las primas, la compensación por horas extraordinarias, el plus de transporte (incluidos los automóviles facilitados por el empleador y los títulos de transporte), las asignaciones de vivienda, el plus compensatorio de formación, la indemnización por despido, el subsidio legal por enfermedad, las prestaciones reglamentarias y las pensiones de jubilación. Debe incluir todos los elementos remunerativos debidos por ley o en virtud de convenios colectivos.

Esta nueva definición tiene por objeto aclarar que, en el contexto de la discriminación retributiva de género, es preciso tener presente la intersección de diversos ejes de discriminación: por razón de sexo, por una parte, y por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (contra las que dispensan protección la Directiva 2000/43/CE o la Directiva 2000/78/CE), por otra, disipando con ello cualquier duda que pueda existir al respecto en el marco jurídico vigente³¹.

El respeto del derecho a la igualdad de retribución entre mujeres y hombres, consagrado en el Tratado, exige que los empleadores dispongan de estructuras retributivas que garanticen que las mujeres y los hombres reciban una retribución idéntica por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

Para que el personal y los empleadores puedan determinar lo que constituye un trabajo de igual valor, se exige a los Estados miembros que establezcan herramientas o metodologías para evaluar y comparar el valor del trabajo de acuerdo con un conjunto de criterios objetivos que incluyen parámetros educativos, profesionales y de formación, las competencias, el esfuerzo y la responsabilidad, el trabajo efectuado y la naturaleza de las tareas desempeñadas. En este sentido, se proporciona la base necesaria para determinar si puede considerarse que los trabajadores y las trabajadoras se encuentran en una situación comparable y realizan un trabajo de igual valor, y ayudará a los empleadores a clasificar y a remunerar mejor los puestos de trabajo con arreglo a criterios objetivos y neutros con respecto al género.

Se pretende incorporar así al acervo comunitario dos aclaraciones procedentes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a saber:

1. En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha aclarado³² que, para determinar si unos trabajadores se encuentran en una situación comparable, la comparación no debe

.....

31 Se garantiza así que los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes tengan debidamente en cuenta cualquier situación de desventaja derivada de la intersección de distintos tipos de discriminación, a efectos sustantivos y procesales y con el fin de reconocer la existencia de discriminación, adoptar una decisión sobre el referente de comparación adecuado, evaluar la proporcionalidad y determinar, cuando así proceda, el nivel de la indemnización concedida o de las sanciones impuestas. Un caso particular de esta intersección es la situación de las migrantes que están expuestas a múltiples formas de discriminación en razón de su sexo, origen racial o étnico, religión o creencias.

32 Asunto C-320/00 *Lawrence*, ECLI:EU:C:2002:498.

limitarse necesariamente a las situaciones en las que hombres y mujeres trabajen para un mismo empleador. Los trabajadores pueden hallarse en una situación comparable incluso cuando no trabajen para el mismo empleador, siempre que las condiciones retributivas puedan atribuirse a una única fuente que las haya establecido (por ejemplo, disposiciones legales, convenios colectivos laborales en materia de retribución aplicables a varias empresas o condiciones de empleo establecidas de forma centralizada para más de una empresa dentro de una sociedad holding o conglomerado).

2. El Tribunal también ha aclarado que la comparación no se limita a los trabajadores que estén empleados al mismo tiempo que la parte demandante³³. La incorporación de estas aclaraciones mejorará la aplicación, en la práctica, del principio de igualdad de retribución. Además, en caso de que no exista un referente de comparación real, debe admitirse la comparación con un referente hipotético u otras pruebas (estadísticas u otra información disponible) que permitan establecer una presunción de discriminación. La posibilidad de utilizar un referente de comparación hipotético permitirá al trabajador o a la trabajadora demostrar que no ha recibido el mismo trato que el referente hipotético del otro sexo.

En este contexto, serán los Estados miembros quienes deban establecer criterios claros a nivel nacional ayudará a los trabajadores a establecer un referente de comparación válido y a determinar si reciben un trato menos favorable que ese referente que realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Si se utilizan sistema de evaluación y clasificación profesional para determinar la retribución, éstos deben basarse en criterios idénticos y neutros con respecto al género tanto para los hombres como para las mujeres, a fin de excluir toda discriminación por razón de sexo, lo que, en definitiva, significa que los criterios para evaluar el valor de un empleo o puesto deben describirse y definirse de una manera objetiva y neutra que sea aplicable tanto a los empleos de hombres como a los de mujeres.

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas³⁴ efectivamente encomendadas coincidan en los siguientes aspectos: a) naturaleza de las funciones o tareas, es decir, su contenido esencial las condiciones fijado por Ley, convenio o acuerdo colectivo, b) condiciones educativas, referidas a las cualificaciones regladas que guarden relación con el desarrollo de la actividad que desarrollan, c)

.....

33 Asunto 129/79 *Macarthy*s, ECLI:EU:C:1980:103.

34 Para determinar el contenido de la prestación laboral, como señala MONTOYA MELGAR, “basta el genérico pacto sobre el puesto de trabajo, grupo o nivel asignados al trabajador”, en *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, ed. 41ª, 2020, pág. 334.

condiciones profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, esto es, experiencia o formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad y d) factores y condiciones de desempeño que se lleven a cabo en realidades y/o situaciones equivalentes (penosidad y dificultad, aislamiento, responsabilidad, capacidad de organización, habilidades sociales, etc.)³⁵.

A tal efecto, a modo de ejemplo, nuestro Ordenamiento jurídico, a través del RD 902/2020 valora los puestos de trabajo conforme a los criterios de adecuación, totalidad y objetividad. Así, la valoración será:

- adecuada, cuando tome en consideración todos los factores relevantes, relacionados con la actividad y que, efectivamente, concurran en la misma, incluyendo la formación necesaria.
- total, si teniendo en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto de trabajo, sin que se invisibilicen o se infravaloren, se constata que concurre igual valor.
- objetiva, cuando existan mecanismos claros que identifiquen los factores tenidos en cuenta en la fijación de una determinada retribución y no dependan de valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género.

Junto a la correcta valoración de los puestos de trabajo vinculados a los criterios que determine cada Estado miembro, la propuesta de Directiva invita a los interlocutores sociales para que participen, activamente, en la elaboración de los instrumentos válidos y de los mecanismos eficientes para realizar una adecuada valoración de los puestos de trabajo en aras de garantizar el principio de transparencia retributiva y obligación de igual retribución por trabajo de igual valor. En este sentido, la negociación colectiva está llamada a desempeñar un papel protagonista en la adecuada valoración de los puestos de trabajo, ajustando los criterios que, atendiendo al grupo profesional, garanticen la ausencia de discriminación directa e indirecta entre hombre y mujeres y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajados de igual mayor.

A modo de ejemplo, el propio RD 902/2020 habilita a la negociación colectiva para asegurar que los factores concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respeten los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, así como el principio de igual retribución para puestos de igual valor. La negociación de estas cláusulas convencionales podría llegar a ser un ejemplo de buena práctica negocial a favor de la transparencia retributiva.

.....

35 Listado con carácter no exhaustivo. El RD 902/2020 enumera los factores que, “entre otros”, pueden ser relevantes en la medida en que satisfagan las exigencias de adecuación, totalidad y objetividad.

2.3. Mecanismos para prevenir y evitar la discriminación retributiva por razón de sexo

Para el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de retribución, la propuesta de Directiva refuerza el acceso a la justicia. Para ello, regula vías de reparación y de cumplimiento del principio de igualdad retributiva.

En este sentido, se prevé que el recurso previo a procedimientos extrajudiciales puede consistir bien en una conciliación, bien en otro procedimiento ante un organismo de igualdad. Se establece que, en ningún caso, el acceso a la justicia debe verse entorpecido por la obligatoriedad de procedimientos administrativos intermedios. Se determina incluso que las asociaciones, organizaciones u organismos de igualdad y los representantes de los trabajadores u otras personas jurídicas que tengan interés en garantizar la igualdad entre hombres y mujeres puedan iniciar un procedimiento judicial o administrativo para el efectivo cumplimiento de las obligaciones de igualdad retributiva³⁶. Así, basándose en el art. 17 de la Directiva 2006 (...), exige a los Estados miembros que garanticen la existencia de procedimientos judiciales para el cumplimiento efectivo de los derechos y las obligaciones del principio de igualdad retributiva.

El Capítulo III dispone el régimen jurídico de la reparación de daños y perjuicios por la infracción del derecho fundamental a la igualdad. En efecto, estos preceptos contienen las normas básicas sobre responsabilidad por transgresión de la prohibición de discriminación retributiva por igual trabajo o trabajos de igual valor, previendo incluso reparación de daños y perjuicios tanto de carácter material como de carácter moral.

La propuesta de Directiva propone que los órganos jurisdiccionales de los estados miembros adopten medidas cautelares, en las que se declare la vulneración de cualquiera de los derechos o las obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, y se ordene el cese de dicha infracción. Los Estados miembros tendrán que velar por garantizar el cumplimiento de cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. En esta línea, los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes puedan ordenar, a petición de la parte demandante y a expensas de la parte demandada:

- a) una medida cautelar por la que se declare la vulneración de cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución

.....

³⁶ Esas entidades deben tener derecho a actuar en nombre o en favor de un trabajador o una trabajadora en esos procedimientos, con su autorización. Los organismos de igualdad, concretamente, carecen en la actualidad del derecho a interponer demandas ante los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado miembro.

entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor y se ordene el cese de la infracción;

- b) una medida cautelar por la que se ordene a la parte demandada que adopte medidas estructurales u organizativas para hacer cumplir cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor o para poner fin a cualquier infracción de esos derechos u obligaciones.

Asimismo, la propuesta de Directiva declara que todo trabajador o trabajadora que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de una infracción de cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres por un mismo trabajo de igual valor pueda reclamar y obtener una indemnización o reparación integral, según determine el Estado miembro, por dicho perjuicio.

Esta indemnización tendrá que garantizar una compensación real y efectiva por las pérdidas y daños sufridos. Incluirá la recuperación integral de los atrasos y las primas o los pagos correspondientes, además del resarcimiento por la pérdida de oportunidades y los daños morales. También tendrá que incluir el derecho a percibir intereses de demora, si bien no podrá estar sujeta a ningún límite fijado previamente. En todo caso, la indemnización deberá ser de carácter disuasoria y proporcional al daño sufrido.

Sobre el trascendental tema de la carga de la prueba en los procesos por no haberseles aplicado a los trabajadores el principio de igualdad retributiva por igual trabajo o trabajos de igual valor, el art. 16 establece el régimen de mínimos por el que los deben transitar los Estados miembros.

La estructura del dicho precepto se configura en dos niveles. En un primer nivel, reside la obligación de la carga de la alegación y prueba del derecho a la igualdad retributiva. Cumple con esta obligación a través de la alegación y de la prueba de hechos que permitan presumir la existencia de la situación discriminatoria. Para ello, los Tribunales de los Estados miembros deben asegurarse de que existe certeza de incumplimiento de alguna de las causas que transgreden la transparencia retributiva. Concluido este primer nivel, se inicia el segundo, en el que el demandado puede alegar y probar que ni existe transgresión del derecho a la no discriminación, o que existe un motivo de justificación de la discriminación.

En cuanto a la causalidad del motivo de discriminación, el demandante no ha de acreditar todas las pruebas para que el juez adquiera la plena convicción de los hechos de atentatorios, sino que es suficiente con que aporte una prueba “reducida” de indicios razonables que manifiesten que el acto empresarial ha lesionado el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por igual trabajo o trabajos de igual valor.

En este sentido, los estados miembros garantizarán que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar la exhibición de las pruebas que contengan información confidencial cuando lo consideren pertinente para la demanda, si bien deberán disponer, a su vez, medidas eficaces para proteger tal información. A través de esta prueba se presupone un “probabilidad preponderante” de la existencia de motivos que permitan establecer una presunción de discriminación retributiva directa o indirecta retributiva por igual trabajo o trabajos de igual valor. Le corresponderá a la parte demandada demostrar que no se ha producido tal discriminación directa o indirecta en relación con la retribución.

En conclusión, la discriminación directa, pero, sobre todo, la discriminación indirecta en materia retributiva es difícil de detectar, tanto por su difusa configuración como por la necesidad de su determinación casuística. Ciertamente es que la Directiva 2006/54 CE ya recoge esta clase de discriminación en materia retributiva, pero la propuesta de Directiva da un paso más allá tratando de establecer unos mínimos legales que articulen los instrumentos y medidas que integren y apliquen el principio de transparencia e igualdad retributiva e el Derecho de la Unión Europea.