

PRIMERA PARTE

ACTO DEL 8 DE MARZO. IGUALDAD DE LAS MUJERES

LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO EN LA UNIÓN EUROPEA*

María Amparo Ballester Pastor**

Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Preámbulo. –2. Cronología de la normativa de la Unión Europea sobre discriminación retributiva: de la evitación del *dumping* social a la lucha por la efectividad. –3. La necesaria visibilización de las condiciones concurrentes en los puestos desarrollados mayoritariamente por mujeres. –4. La configuración de criterios retributivos objetivos. –5. Los factores relevantes para la valoración de puestos de trabajo. –6. La transparencia retributiva. –7. Los nuevos retos de la igualdad retributiva en torno a los nuevos conceptos de discriminación.

RESUMEN

El artículo presenta la evolución y alcance actual de la protección antidiscriminatoria por razón de sexo en materia de discriminación retributiva en la Unión Europea, haciendo referencia también a los retos pendientes y a las perspectivas de futuro. Con detallada referencia jurisprudencial se exponen los ejes en los que se sustenta la protección contra la discriminación retributiva en la Unión Europea y las fórmulas que actualmente se apuntan para que la igualdad en este ámbito sea real efectiva. A tal efecto, se identifican los parámetros para la igual valoración de los puestos de trabajo y se apuntan las soluciones aportadas por las instituciones comunitarias. Especial atención se presta a la Recomendación para la transparencia retributiva realizada por la Comisión Europea en 2014. El trabajo concluye con el análisis de las recientes tendencias en materia de protección contra la discriminación retributiva y que fundamentalmente consisten en una nueva elaboración y comprensión de los conceptos antidiscriminatorios.

ABSTRACT

The article presents the evolution and current scope of the anti-discrimination protection by reason of sex in terms of gender wage discrimination in the European Union, also referring to the pending challenges and to the future prospects. A detailed jurisprudential reference sets out the axes on which the protection against wage discrimination in the European Union is based and the formulas that are currently being formulated so that equality in this area is real and ef-

*Recibido el 26 de octubre de 2018. Aprobado el 16 de diciembre de 2018.

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

fective. For this purpose, the parameters for the equal assessment of the jobs are identified and the solutions provided by the European Union are pointed out. Special attention is paid to the Recommendation for transparency of remuneration made by the European Commission in 2014. The work concludes with the analysis of recent trends in protection against wage discrimination and that fundamentally consist in a new elaboration and understanding of the anti-discriminatory concepts.

Palabras clave: Discriminación laboral por razón de sexo, derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea, discriminación retributiva

Key words: Labor discrimination based on sex, anti-discrimination law of the European Union, wage discrimination

1. PREÁMBULO

Lo que se ha dado en llamar brecha salarial (que es un concepto general que constata la diferencia retributiva intersectorial entre hombres y mujeres en un país) mide causa y efecto de un mismo fenómeno: la diferencia retributiva no es solo una vertiente de la discriminación sino también la más clara manifestación y la más exacta medición del nivel de discriminación por razón de sexo en un país. El término brecha salarial (*o pay gap*)¹ se ha generalizado en la documentación reciente de las instituciones europeas y, aunque la lucha contra la discriminación retributiva es ya antigua en el seno de la Unión Europea, actualmente a través del mismo se advierte un interés renovado, transversal, global y preocupado por su efectividad. Efectivamente, las políticas para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres solo pueden ser efectivas si son globales y transversales. No es necesario señalar ahora la gran trascendencia que tiene en la equiparación retributiva la equiparación en el reparto de responsabilidades. También es evidente que la lucha efectiva contra la discriminación laboral (por ejemplo en la promoción) es susceptible de repercutir directamente en la desigualdad retributiva. Otros factores relevantes guardan relación con la mayor precarización del trabajo femenino y con su mayor predisposición al trabajo a tiempo parcial que no es con carácter general, como pudiera pensarse, un trabajo al que mayoritariamente se opte con carácter voluntario², por lo que vuelve a conectar la cuestión

¹ Los datos oficiales en la Unión Europea se basan en encuestas cuatrienales (encuestas de estructura salarial) y, por ello, no están actualizados. Los últimos disponibles fueron elaborados en 2014. Los datos que se refieren a continuación proceden de estos datos cuatrienales. Tanto éstos, como otros más recientes que provienen de encuestas anuales pueden encontrarse en COMISIÓN EUROPEA “La brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea”, http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/140319_gpg_es.pdf. Debe tenerse en cuenta que existen varias formas de determinar la brecha salarial, lo que explica la diferencia en las cifras. EUROSTAT utiliza dos conceptos: *unadjusted gender pay gap* y *gender overall earnings gap*. La brecha salarial clásica (*unadjusted gender pay gap*, o brecha por hora) es la diferencia en promedio del salario bruto por hora entre hombres y mujeres en toda la economía de un país. Este concepto, que tan solo tiene en cuenta pues los trabajos a tiempo completo, es 16,3% de promedio en la Unión Europea En España es del 14,9% (siguiendo los datos de la encuesta cuatrienal de estructura salarial última cuyos datos proceden de 2014). La brecha global (*Gender Overall Earnings Gap*) es un concepto más complejo, que pretende hallar la diferencia entre las ganancias anuales de los hombres activos y las ganancias anuales de las mujeres activas. Por tanto, este medidor tiene en cuenta factores que no tiene en cuenta el clásico concepto de brecha salarial, como el trabajo a tiempo parcial, los abandonos (o permisos) del mercado de trabajo por cuidado de familiares, la rotación laboral, las alternancias con desempleo subsidiado o no, etc. En la UE esta cifra es singularmente alta: 39,6%. En España es del 35,7%. Una síntesis sobre el alcance de ambos conceptos en <http://ec.europa.eu/eurostat/web/products-datasets/product?code=teqges01>

² Entre otros, DUEÑAS FERNANDEZ D., IGLESIAS FERNANDEZ, C., y LLORENTE HERAS, R., “La involuntariedad en el empleo a tiempo parcial y la gran recesión: un análisis de género en España”, *Ekonomiaz*, 90, 2º semestre, 2016, pág. 2.

retributiva con la cuestión discriminatoria general. La brecha salarial refleja la segregación horizontal (que margina a muchas mujeres en actividades de escasa valoración social o en modalidades contractuales precarias) y vertical (en la promoción y en la carrera profesional). En definitiva, la brecha salarial es indicador de estereotipos (fundamentalmente vinculados al cuidado familiar), de infravaloraciones e hipervaloraciones así como de discriminaciones ocultas. Este planteamiento, sin embargo, no puede conducir a que la solución de la discriminación retributiva se abandone a la corrección de la discriminación general. De hecho en el seno de la Unión Europea la protección contra la discriminación retributiva ha tenido siempre un tratamiento específico y diferenciado: durante muchos años se reguló en una Directiva específica, la Directiva 75/117 y, cuando la actual Directiva 2006/54 refundó buena parte de la normativa antidiscriminatoria siguió regulando la cuestión retributiva en un capítulo diferenciado. El establecimiento de estrategias y herramientas específicas para la consecución de la igualdad retributiva no es utópico ni imposible e incluso tiene una vertiente preventiva que le hace muy efectiva para la alteración de estereotipos.

La lucha efectiva contra la discriminación retributiva reclama, en primer lugar, la identificación concreta del problema. La incorrecta valoración del trabajo suele contenerse en las clasificaciones profesionales y por ello los convenios colectivos son los primeros agentes de la discriminación retributiva, pero no son los únicos. También las actuaciones empresariales unilaterales, que pueden infravalorar los trabajos feminizados a la hora de configurar retribuciones o beneficios o en el momento de atribuir bonos o complementos, establecidos en el convenio o creados por la propia empresa, pueden reflejar incorrectas valoraciones y, por ello, ser constitutivos de discriminación retributiva. Es en este despliegue de posibles manifestaciones de incorrectas valoraciones de puestos de trabajo cuando surgen dudas acerca de la capacidad que puede tener la ley para su identificación, control y, en su caso, represión. Efectivamente, resulta difícil que la norma pueda llegar a identificar y especificar todos los supuestos y manifestaciones de incorrectas valoraciones, básicamente porque tampoco es su función. La detección en atención a las circunstancias concretas corresponde a los tribunales de justicia y solo a partir de sus resoluciones sería posible llegar a una especie de código implícito de actuación empresarial en el que quedarían identificadas las incorrectas valoraciones y establecidas las pautas de actuación para la generación de prácticas empresariales y convencionales correctas en materia de valoración de puestos de trabajo. En España es muy escaso el volumen de sentencias de los altos tribunales de justicia en materia de valoración de puestos de trabajo constitutivo de discriminación retributiva, lo que dificulta considerablemente la configuración de estos criterios. La escasa implicación de los Poderes Públicos, tanto en el control de los convenios colectivos como de las prácticas empresariales, sumado a la escasa respuesta de la representación de los trabajadores y a la situación de precariedad en la que se encuentra buena parte de población trabajadora femenina, son algunos de los factores que pueden explicar el escaso número de reclamaciones judiciales sobre esta materia³. Precisamente esta dificultad en que la discriminación retributiva emerja hace imprescindible que el compromiso de los Poderes Públicos se manifieste también por parte del poder legislativo. Informando todo ello se encuentra la normativa de la Unión Europea sobre discriminación retributiva y la doctrina aplicativa del TJUE, que dispone de un volumen considerable de sentencias sobre la materia que se han ido desarrollando a lo largo de muchos años y que han dado lugar a una consolidada doctrina que resulta directamente aplicable para los Estados miembros.

En las páginas que siguen se expondrá cual ha sido la evolución y alcance de la protección antidiscriminatoria por razón de sexo en materia de discriminación retributiva en la Unión Europea. Se advertirá que el foco de atención se ha ido desplazando desde la intensa jurisprudencia del TJUE de décadas pasadas al ámbito del *soft law*. De ello, sin embargo, no cabe deducir

³ Analicé el fenómeno del escaso volumen de sentencias de los altos tribunales de justicia españoles sobre valoración de puestos de trabajo en relación con la discriminación por razón de género en mi trabajo BALLESTER PASTOR, *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 63 ss.

que se haya producido una disminución del interés de las instituciones de la Unión Europea. La consolidada doctrina del TJUE sobre valoración de puestos de trabajo no se ha alterado pero hace ya años que la cuestión se encuentra estancada. El escaso avance en la igualdad retributiva en los últimos años ha obligado a las instituciones comunitarias a formular nuevas estrategias dirigidas no tanto a formular principios y prohibiciones, sino más bien a establecer herramientas concretas de actuación. La recomendación sobre transparencia salarial de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014 es buena muestra de ello. El hecho de que sea una mera recomendación y, por tanto, mero *soft law* no le resta interés, dado que existen posibilidades de que parte de su contenido termine siendo vinculante para los Estados miembros. Al menos esta es la intención que ha hecho pública la Comisión Europea. A salvo este documento, sin embargo, el análisis que se presenta a continuación no hará referencia a los numerosos documentos de las instituciones europeas que carecen de eficacia vinculante. Ello provocaría un efecto distorsionante que impediría advertir la gran importancia que tienen las normas de la UE y las sentencias del TJUE.

Debe, asimismo, tenerse en cuenta que la prohibición de discriminación retributiva entre mujeres y hombres en los términos configurados por la normativa y jurisprudencia de la UE es, no solo de obligado cumplimiento para los Estados miembros, sino también susceptible de ser reclamado directamente entre particulares. En la sentencia dictada en el asunto *Defrenne I*⁴ el TJUE estableció que la discriminación retributiva por razón de sexo era una materia que provenía del derecho originario (art. 119 del Tratado de Roma) y por tanto podía reclamarse entre privados por aplicación de la eficacia directa horizontal de lo establecido en el Tratado de Roma⁵. Con posterioridad, la doctrina de la eficacia directa horizontal de la normativa sobre discriminación por razón de sexo ha tenido algunas matizaciones, por ejemplo en el asunto *Defrenne II*⁶, e importantes extensiones a las otras causas de discriminación prohibidas de nueva generación, particularmente en relación con la edad⁷. Pero estas precisiones y matizaciones nunca han afectado a la materia relacionada con la discriminación retributiva por razón de sexo que puede por ello ser instada directamente por un particular frente a otro aunque el Estado miembro no haya traspuesto adecuadamente la normativa correspondiente. En el ámbito de la discriminación retributiva por razón de sexo la normativa de la UE y la jurisprudencia del TJUE adquieren, por tanto, una dimensión privilegiada, dado que su aplicación directa horizontal se añade al rango jerárquico superior al de la normativa interna que, por propia naturaleza, tiene la normativa de la Unión Europea.

2. CRONOLOGÍA DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA: DE LA EVITACIÓN DEL *DUMPING* SOCIAL A LA LUCHA POR LA EFECTIVIDAD

En el art. 119 del Tratado de Roma aprobado en 1957 ya aparecía, aunque limitada al trabajo igual, una rotunda prohibición de la discriminación retributiva entre hombres y mujeres. En esos mismos años el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres se formuló con similar rotundidad en textos internacionales de gran relevancia como el Convenio 100 OIT (1951), el art. 4.3 de la Carta Social Europea (1961) y el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, 1966). El art. 119 del Tratado de Roma estableció el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres por trabajo igual como un instrumento dirigido a evitar la competencia desleal por parte de los eventuales países que legitimaran que el trabajo de las mujeres fuera peor retribuido que el de los hombres. Había, pues,

⁴ STJUE de 8 de abril de 1976, C-43/75.

⁵ STJUE de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*, C-26/62.

⁶ STJUE de 15 de junio de 1978, C-149/77. El TJUE estableció en esta sentencia que la eficacia directa horizontal abarcaba solo la discriminación retributiva porque éste era el único tema tratado por el art. 119 TCEE.

⁷ Se ha reconocido la eficacia directa horizontal de la Directiva 2000/78, con relación a la discriminación por razón de la edad (STJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto *Mangold*, C-144/04 y STJUE de 19 de enero de 2010, asunto *Kücükdeveci*, C-555/07).

una finalidad fundamentalmente económica en esta previsión dirigida realmente a garantizar el funcionamiento del libre mercado. El carácter esencialmente mercantilista de este precepto se advertía en una de sus principales deficiencias: no contemplaba la igualdad retributiva por trabajo de igual valor, sino la igualdad retributiva por trabajo meramente igual. La carencia no era casual, porque en el convenio 100 OIT, que era anterior, ya se hacía referencia a la igualdad retributiva por trabajo de igual valor, por lo que en el momento en que se realizó el Tratado de Roma el concepto de igual retribución por trabajo de igual valor era sobradamente conocido. Probablemente en estos primeros años la entonces CEE no estaba todavía preparada para asumir compromisos de naturaleza social y mucho menos para configurar derechos laborales que rozaban los derechos fundamentales. Pese a ello durante la década de los 70 la previsión del art. 119 TCE actuó como motor de muchas otras medidas de política social comunitaria, lo que a su vez supuso que el principio de no discriminación por razón de sexo llegara a consolidarse en ámbitos más extensos que el de la mera retribución. El art. 119 TCEE fue desarrollado por la Directiva 75/17, de 10 de febrero de 1975, que supuso el despegue de la firme política antidiscriminatoria en la Unión Europea: un año después se aprobó la Directiva 76/2017, de 9 de febrero de 1976, que extendió la discriminación prohibida a todas las condiciones de trabajo, y a ellas siguieron otras más que abarcaron múltiples aspectos⁸. Lo más relevante de la Directiva 75/116 es que expresamente extendió el concepto de igualdad retributiva al trabajo de igual valor⁹, con lo que se despegó de la asepsia del art. 119 del Tratado de Roma. Por lo demás, la discriminación retributiva prohibida por la Directiva 75/117 se formuló con un carácter que pretendía garantizar su efectividad. Por ello se establecía expresamente la obligación de los Estados miembros de informar a los trabajadores/as sobre el contenido de la Directiva, de garantizar el derecho a la reclamación judicial y de proteger a quien ejerciera estos derechos frente a las represalias. Era, pues, una Directiva que establecía algunos interesantes instrumentos para su efectividad.

En la actualidad, el art. 157.1 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) establece el principio de no discriminación retributiva entre hombres y mujeres, especificando expresamente que ello supone igualdad retributiva por trabajo de igual valor¹⁰. A su vez el art. 157.2 TFUE precisa lo que se entiende por retribución a tales efectos. Dos de los cuatro párrafos del actual art. 157 TFUE que, actualmente se extiende a todas las condiciones de trabajo, se dedican a la discriminación retributiva por razón de sexo, con lo cual esta materia sigue siendo la que tiene un tratamiento más intenso en el derecho originario. De otro lado, el contenido de la Directiva 75/117 se ha incorporado actualmente al capítulo primero del título primero de la Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de Julio de 2006 (relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres —refundición—). El mandato de igualdad retributiva por trabajo de igual valor se encuentra en el art. 4 de la Directiva 2006/54¹¹ que es el primero de un capítulo dedicado por entero a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres (artículos 4 a 13). El hecho de que actualmente la prohibición de discriminación retributiva se encuentre en la Directiva 2006/54 tiene gran trascendencia porque esta norma no solo establece obligaciones genéricas sino que insiste en la efectividad de los instrumentos de transposición utilizados por los Estados miembros, particu-

⁸ Como por ejemplo la seguridad social (Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978) o el acceso a los bienes y servicios (Directiva 2004/113, de 13 de diciembre de 2004).

⁹ Señala que la Directiva 75/117 superó el ámbito del art. 119 TCCE, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, "Igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma", *Relaciones Laborales*, tomo I, 1996, pág. 169.

¹⁰ 157.1 TFUE: *Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.*

¹¹ Art. 4 Directiva 2006/54: *Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo.*

larmente exigiendo de ellos que garanticen en caso de discriminación por razón de sexo reparaciones efectivas a las víctimas y sanciones disuasorias. El compromiso de efectividad de la tutela contra la discriminación retributiva que ya establecía la Directiva 75/117 se intensifica, pues, en la Directiva 2006/54.

Pese a la relevancia que la protección contra la discriminación retributiva por razón de sexo ha tenido en la normativa de la Unión Europea, la brecha salarial no ha mejorado significativamente ni siquiera en los países más comprometidos normativamente con la igualdad entre mujeres y hombres. Según la Comisión Europea, conforme a los últimos datos oficiales al respecto, la brecha salarial en la Unión Europea (utilizando como referencia el *gender pay gap* de 2017) tiene el siguiente alcance: la brecha media de todos los países de la UE es del 16,2%. El país con brecha salarial más alta es Estonia (25,3%), aunque superan el 20% países como Alemania, Austria y Reino Unido. Superando el 16,2% de media europea están países como Finlandia o Islandia. Entre el 14 y el 15% están Francia, Dinamarca, Suecia o España. Por debajo del 10% tienen brecha salarial países como Rumanía, Italia, Luxemburgo o Polonia¹². Llama la atención en estos datos que el fenómeno de la brecha salarial se produce independientemente del nivel económico, de la legislación antidiscriminatoria o, incluso de la cultura al respecto del país. Este desconcierto frente a las causas, y esta resistencia al avance explica en parte la preocupación de las instituciones comunitarias y su interés por instaurar instrumentos más específicos de actuación.

A efectos de ayudar a configurar estos instrumentos el 7 de marzo de 2014 la Comisión Europea aprobó la recomendación sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia¹³. El documento, pese a su naturaleza recomendatoria, tiene una notable trascendencia porque establece compromisos muy concretos a efectos de facilitar la información necesaria para que opere una correcta valoración de los puestos de trabajo. Es una recomendación que establece instrucciones específicas redactadas generalmente con la utilización del verbo “deber” y que se encontraba sometida a un plazo máximo de adaptación para los Estados miembros (técnica propia de las Directivas) que concluyó el día 31 de diciembre de 2015. Establece asimismo que los Estados miembros “deben” escoger al menos una de las cuatro posibilidades que se ofrecen. Esta obligación de información sobre la situación salarial en la empresa que configura la recomendación no ha surgido de la nada. Ya en el art. 21.4 de la Directiva 2006/54 se establecía cierta obligación informativa cuando se configuró la obligación de que los Estados miembros alentaran a los empresarios a facilitar información sobre la igualdad en la empresa haciendo expresa referencia a la cuestión retributiva¹⁴. En noviembre de 2017, tras un informe encargado por la Comisión Europea para determinar el grado en que los países de la Unión Europea habían acometido medidas para luchar efectivamente contra la brecha salarial, y transcurridos tres años desde la recomendación de 2014, la Comisión Europea elaboró el Plan de Acción 2017-2019 titulado “Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres”¹⁵. La primera de sus actuaciones se titula “Mejorar la aplicación del principio de igualdad de retribución” y tiene por contenido el siguiente: *La Comisión evaluará la necesidad de adoptar nuevas medidas legales para mejorar la aplicación del principio y seguirá supervisando y haciendo respetar los derechos existentes en la UE*. Específicamente hace referencia a la posibilidad de que se establezcan como vinculantes algunas de las medidas contenidas en

¹² https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Gender_pay_gap_statistics

¹³ <https://www.boe.es/doue/2014/069/L00112-00116.pdf>

¹⁴ El art. 21. 4 de la Directiva 2006/54 establece lo siguiente: *A tal fin, deberá alentarse a los empresarios a presentar con una periodicidad adecuada a los empleados y/o a sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en la empresa. Esta información podrá incluir un inventario sobre la proporción de hombres y mujeres en los diferentes niveles de la organización, los salarios y las diferencias salariales entre hombres y mujeres, así como posibles medidas para mejorar la situación, determinadas en cooperación con los representantes de los trabajadores.*

¹⁵ Se puede encontrar en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-678-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

la recomendación de transparencia salarial de la Comisión Europea de 2014. Existe, pues, la posibilidad de que la transparencia salarial termine configurándose con carácter obligatorio para los Estados miembros como instrumento concreto para la efectividad de la igualdad retributiva entre mujeres y hombres. El momento actual parece clave: no solo existe un claro interés por parte de las instituciones comunitarias en que avance la igualdad entre mujeres y hombres de modo efectivo, sino que también se está apuntando a un nuevo modo más concreto de establecer obligaciones en materia de igualdad entre hombres y mujeres, que supera el mero establecimiento de objetivos y consecución de resultados (el ámbito típico y clásico de las Directivas antidiscriminatorias).

3. LA NECESARIA VISIBILIZACIÓN DE LAS CONDICIONES CONCURRENTES EN LOS PUESTOS DESARROLLADOS MAYORITARIAMENTE POR MUJERES

El TJUE fue consciente desde muy temprano de que el principal problema para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres era la invisibilidad de las condiciones y características que concurren en los puestos de trabajo desarrollados fundamentalmente por mujeres. La escasa valoración del trabajo femenino forma parte del mundo de los estereotipos y en muchas ocasiones no es advertido. Desde las primeras sentencias del TJUE sobre discriminación retributiva se estableció que la correcta valoración de los puestos de trabajo implicaba que no se debía hipervalorar los trabajos ocupados mayoritariamente por hombres o infravalorar los ocupados mayoritariamente por mujeres. La sentencia que suele considerarse como la primera y más representativa al respecto fue la dictada en el asunto *Dato*¹⁶, que suele también utilizarse como referencia con relación al factor del esfuerzo físico, el que más claramente representaba las condiciones propias de los puestos masculinizados, al menos a la altura de 1986, y que inspiró la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en sentencias emblemáticas¹⁷. En *Dato* el TJUE tuvo que resolver el dilema de cual debía ser el instrumento aplicable para detectar la existencia de discriminación retributiva por incorrecta valoración. En teoría habían dos posibilidades: una subjetiva y otra objetiva. El TJUE optó por la objetiva. Si el TJUE hubiera optado por la interpretación subjetiva, ello hubiera implicado que el esfuerzo físico, en cada trabajo, debía valorarse en atención a lo que significaba en atención a las características de hombres, de un lado, y mujeres, de otro. Conforme a esta primera posibilidad interpretativa, el esfuerzo muscular no se debería medir con criterios objetivos (lo requerido por la actividad) sino con criterios subjetivos medios (el esfuerzo que supone para las mujeres en atención a sus características físicas medias y lo que supone para los hombres en atención a las suyas). El TJUE en *Dato* no adoptó esta interpretación, sino la segunda posible, de carácter objetivo: entendió que la valoración debía realizarse sin correcciones en atención a las características medias físicas de hombres y mujeres. Pero, a renglón seguido, el TJUE indicó que la correcta valoración de los puestos de trabajo requería que, dentro de esta estimación estrictamente objetiva, debían tenerse en cuenta *todas* las características concurrentes en los puestos de trabajo, particularmente las concurrentes en los puestos desarrollados por mujeres que son los que con más frecuencia tienden a invisibilizarse. En el párrafo 15 de la sentencia *Dato* el TJUE indicó que *un sistema no es necesariamente discriminatorio únicamente por el hecho de que uno de sus criterios se refiera a cualidades que poseen más fácilmente los hombres. Para no ser discriminatorio en su conjunto y responder así a los principios de la Directiva, un sistema de clasificación profesional deberá estar constituido, sin embargo, de tal manera que implique, si la naturaleza de las tareas de que se trata lo permite, empleos a los que se atribuya un mismo valor y respecto de los que se tengan en cuenta otros criterios con relación a los cuales los trabajadores femeninos pueden presentar especiales aptitudes*. El asunto *Dato* parecía un caso referido a una condición concreta (el esfuerzo físico) pero terminó dando lugar a una sentencia de enorme trascendencia que obligó a que las valoraciones se realizaran de modo global, teniendo en cuenta todas las características concurrentes en los puestos de trabajo e introduciendo en la comparación cualidades a menudo olvidadas como la paciencia, la destreza, la experiencia, la reiteración, el es-

¹⁶ STJUE de 1 de julio de 1986, C-237/85, asunto *Rummler-Dato*.

¹⁷ La STC 145/1991, de 1 de julio resolvió un asunto muy similar al planteado en el asunto *Dato*.

fuerzo mental u otras que normalmente recaen en los puestos desarrollados mayoritariamente por mujeres. Así pues, pese a que con la incorporación de innovaciones técnicas en la empresa y, sobre todo, por aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, el volumen de los trabajos que requieren esfuerzo muscular intenso es mucho más reducido actualmente que lo era en 1986, ello no ha hecho que el asunto *Dato* perdiera interés.

En la jurisprudencia española del Tribunal Constitucional existen algunos ejemplos interesantes en los que se aplicó la doctrina *Dato* con relación a la ilícita hipervaloración del esfuerzo muscular¹⁸, pero datan de fechas bastante antiguas. Tanto en el TJUE como en la jurisprudencia de los Estados miembros el tema del esfuerzo muscular parece ya superado y, en la actualidad, el problema de la invisibilización de las condiciones del trabajo desarrollado mayoritariamente por mujeres se ha hecho mucho más complejo. Siguiendo con los ejemplos procedentes de nuestro Tribunal Constitucional, se advierte que en el momento en que empezaron a aparecer otros factores diferenciales entre trabajos, distintos del esfuerzo muscular, el análisis global y completo de condiciones concurrentes que requería el TJUE desde el asunto *Dato* comenzó a diluirse. El ejemplo de la responsabilidad (que recae mayoritariamente en los puestos masculinizados) es bastante claro porque a menudo es el factor determinante que suele servir para justificar las diferencias retributivas. Algunas sentencias españolas han aplicado la doctrina *Dato* y han realizado un análisis global de condiciones que permitió en su momento detectar la existencia de una incorrecta valoración de puestos de trabajo¹⁹, pero otras tantas no se han planteado si la responsabilidad concurría también en los puestos feminizados y sobre todo, si se habían valorado también aquellas otras condiciones normalmente invisibilizadas en los puestos feminizados, limitándose a admitir que la responsabilidad que requiere un puesto de trabajo constituye por sí misma un factor justificativo de la diferencia retributiva²⁰. Algo similar ha sucedido en el ámbito del TJUE: aunque la doctrina *Dato* sigue vigente, y la identificación de todos los factores concurrentes sigue siendo el punto de partida en los asuntos sobre discriminación retributiva, lo cierto es que se ha producido cierta parcelación de los mismos, y en la actualidad el análisis jurisprudencial del TJUE suele centrarse en factores puntuales más que en análisis globales de todos los factores concurrentes. El análisis global de condiciones y la salida a la superficie de las condiciones generalmente invisibilizadas que concurren en los puestos desarrollados mayoritariamente por mujeres ha pasado a ser tarea de los tribunales internos.

El problema de la invisibilidad de las condiciones del trabajo desarrollado mayoritariamente por mujeres que pretendía combatir la doctrina *Dato* está lejos de haber quedado definitivamente resuelto. De hecho tiene actualmente numerosas y variadas manifestaciones. Por ejemplo, en el sector industria es frecuente que las características adicionales a un puesto de trabajo que constituyen complemento de puesto, tengan un tratamiento específico y se retribuyan adicionalmente (complementos de toxicidad, penosidad, etc.). Sin embargo, en los sectores y actividades feminizados dichas características especiales de los puestos de trabajo no suelen dar lugar a complementos adicionales sino que se encuentran normalmente subsumidos en el propio trabajo (las actividades de limpieza o de asistencia personal/social son buena prueba de ello). Otro ejemplo es la forma en que suelen definirse los trabajos masculinizados y feminizados: aquellos suelen tener una mayor concreción en su configuración (el sector industria vuelve a ser un buen ejemplo); sin embargo, las funciones correspondientes a muchos trabajos feminizados apenas están definidas, abundando las menciones genéricas a funciones de asistencia o de apoyo, generalmente sin mención de actividades concretas, por lo que terminan en la práctica por incluir todo tipo de tareas a las que se añaden sucesivamente otras que van apareciendo

¹⁸ SSTC 145/1991, de 1 de julio de 1991; 58/1994, de 28 de febrero.

¹⁹ En la STC 147/1995, de 16 de octubre, se operó la comparación global de condiciones de trabajo entre el trabajo de envasado (mayoritariamente femenino) y el de industria (mayoritariamente masculino), llegándose a la conclusión de que ambos eran de igual valor. En la STS de 14 de mayo de 2014, rec. 2328/2013, la comparación operó entre el trabajo de camarero/a de pisos y encargado/a de bar, llegando el TS a la conclusión de que eran puestos de trabajo de igual valor.

²⁰ SSTC 286/1994, de 27 de octubre; 250/2000, de 30 de octubre.

y que van integrándose en el referido campo de invisibilidad. Muchas de las actividades en el sector de administración y servicios podrían ejemplificar este segundo tipo de multiactividad infravalorada. También el factor de la responsabilidad como elemento determinante de una mayor retribución suele ser elemento de infravaloración del trabajo desarrollado por las mujeres: así sucede cuando se alega automáticamente la concurrencia de responsabilidad en atención a la mayor jerarquía, sin atender al hecho de que la responsabilidad puede también ser característica de los puestos jerárquicamente inferiores²¹. En todos estos casos la aplicación de la doctrina *Dato* requeriría un análisis comparativo global de las condiciones concurrentes que podría concluir en la concurrencia de discriminación retributiva.

4. LA CONFIGURACIÓN DE CRITERIOS RETRIBUTIVOS OBJETIVOS

Otro elemento susceptible de provocar incorrectas valoraciones de puestos de trabajo es la utilización de criterios retributivos arbitrarios u opacos. Concorre opacidad retributiva cuando, o bien la retribución o parte de ella queda vinculada a que se alcance una finalidad u objetivo que no se encuentra correctamente definido (por ejemplo, algunos complementos vinculados a la calidad del trabajo o a la implicación del trabajador/a, en los que se desconocen los parámetros objetivos para la consideración de que concurren aquellas calidad o implicación) o simplemente cuando se establecen complementos o *bonus* que no tienen causa concreta o cuando aquella es ficticia o imprecisa hasta el punto de que no puede saberse cuando procede su aplicación. Lo que se está describiendo es un fenómeno bastante habitual en la práctica de la negociación colectiva y también en la práctica empresarial, que atribuye al empresario la libertad para determinar los beneficiarios/as de determinadas retribuciones variables. Cuando su aplicación genera una diferencia por razón de género y, al operar la inversión de la carga de la prueba, el empresario no es capaz de probar que no concurre causa discriminatoria (lo que solo puede hacerse por medio de la aportación de razones objetivas de aplicación de dichas cuantías variables), éste será responsable de discriminación retributiva por razón de género. La aplicación de criterios objetivos para la atribución de conceptos retributivos variables como regla general de actuación en todas las empresas constituye, pues, la única política empresarial adecuada para la defensa ante una eventual demanda por discriminación retributiva por diferencias en su abono entre hombres y mujeres. En principio, no existe ninguna norma en la Unión Europea que establezca que los criterios de atribución de retribuciones tengan que seguir criterios objetivos, pero si la aplicación de los mismos da como resultado una diferencia en su percepción por parte de hombres y mujeres y la empresa no puede justificar objetiva y razonablemente la diferencia (por medio de la existencia de criterios objetivos), el empresario será responsable de haber generado una discriminación retributiva. Sobre esta materia existe doctrina consolidada del TJUE de la que es paradigmática la sentencia dictada en el asunto *Danfoss*.

La necesaria utilización de criterios de configuración retributiva objetiva ya fue establecida en el art. 3.1 del Convenio 100 OIT (1951), que estableció en su momento la obligación de configurar medidas para la promoción de la evaluación objetiva del empleo²². En la normativa de la Unión Europea nunca se estableció un precepto de similar naturaleza pero desde antiguo el TJUE ha establecido una obligación implícita al respecto por parte del empresario, al menos si pretende no ser condenado por discriminación retributiva. La sentencia clave fue la dictada por el TJUE en el asunto *Danfoss*²³. La actuación sometida a juicio del TJUE en este caso fue la habilitación contenida en convenio colectivo para que el empresario incrementara individualmente la retribución establecida en atención a factores tales como la flexibilidad, la formación profesional o la antigüedad de sus trabajadores/as. Los datos aportados durante el juicio mos-

²¹ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT / SWD/ 2013/0512 final. *Annex I gender neutral job evaluation and classification system*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52013SC0512>.

²² El art. 3.1 del Convenio 100 establece lo siguiente: *Se deberán adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio.*

²³ STJUE de 17 de octubre de 1989, C-109/88.

traron que había una diferencia en la cuantía que percibían hombres y mujeres. El TJUE analizó dichos factores, que constituían la justificación aportada por la empresa. Cuando tuvo que analizar el factor de “flexibilidad”, que no tenía atribuida ninguna causa y que, en su aplicación, dependía de criterios desconocidos e indeterminados, el TJUE concluyó que el empresario no había justificado la diferencia retributiva existente y, por lo tanto, era culpable de discriminación retributiva por razón de sexo. Debe señalarse que la flexibilidad en la que supuestamente se basaba la diferencia retributiva que dio lugar a la sentencia dictada en el asunto *Danfoss* no era una flexibilidad relacionada con la disponibilidad para el trabajo (que también plantearía algunos dilemas en relación a las personas con responsabilidades de cuidado que no corresponde tratar en este momento). El problema era que no constaba su causa real por lo que se constituía como una prerrogativa empresarial arbitraria, carente de control alguno, que causaba un impacto adverso al colectivo femenino. A partir de *Danfoss*, si la aplicación de determinada percepción retributiva tiene efectos diferentes para hombres y mujeres (indicio de discriminación) el empresario deberá ser capaz de aportar prueba de que concurre justificación objetiva y razonable para ello (inversión de la carga de la prueba), lo que requerirá por su parte que pueda acreditar que en la atribución de dicha percepción se siguieron criterios objetivos. La doctrina *Danfoss* se reflejó en otras sentencias del TJUE: por ejemplo la dictada en el asunto *Royal Copenhagen*²⁴, donde se estableció también que la falta de transparencia en los criterios para el abono de una percepción retributiva constituía indicio de discriminación, lo que trasladaba al empresario la carga de probar que concurría justificación objetiva y razonable. El establecimiento de criterios objetivos para el abono de las retribuciones constituye, pues, un instrumento preventivo contra la discriminación retributiva y defensivo para el empresario.

La doctrina *Dato* y la doctrina *Danfoss* constituyeron un tándem teóricamente perfecto para luchar contra los estereotipos que estaban detrás de las incorrectas valoraciones de puestos de trabajo y que desencadenaban el efecto de la desigualdad retributiva. Pero significativamente estas dos sentencias no operaron el efecto esperado. Podrían haber sido dos las razones: de un lado, ante el TJUE se comenzaron a plantear asuntos sobre factores concretos y ello supuso cierto retroceso en sus pronunciamientos, o al menos en la rotundidad con la que se habían producido. Efectivamente, la postura del TJUE ante estas cuestiones prejudiciales a partir de la década de los 90 fue desviar su conocimiento a los tribunales internos y realizar pronunciamientos generales. Los factores a analizar eran mucho más complejos que el esfuerzo muscular de *Dato* o que la imprecisa flexibilidad de *Danfoss*. De otro lado, la falta de conocimiento de las retribuciones abonadas en la empresa impedía la aplicación de la prueba indiciaria necesaria para desencadenar la obligada justificación empresarial. La confidencialidad en el ámbito retributivo era una materia difícil de afrontar desde la normativa comunitaria, no solo porque conducía a una disminución en la libertad empresarial para la fijación de las retribuciones sino también porque podía chocar con el derecho a la intimidad de las personas.

5. LOS FACTORES RELEVANTES PARA LA VALORACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

Después de *Dato* y *Danfoss* el TJUE fue algo más cauto en la valoración de los factores concurrentes. En muchas ocasiones se limitó simplemente a recordar los principios generales transfiriendo su concreta determinación a los tribunales internos. Esta fue la razón de algunas sentencias con fallos imprecisos en los que no se terminaba de calificar la validez o invalidez de los criterios utilizados para la valoración de puestos de trabajo. Así, por ejemplo, en el asunto *Jamö*²⁵, el TJUE estableció meramente los criterios generales que debían tenerse en cuenta para llevar a cabo la comparación entre el puesto de trabajo de comadrona y el de ingeniero clínico. En un sentido todavía menos comprometido se pronunció la STJUE dictada en el asunto *Lawrence*²⁶, que estableció que no podía entrar en el asunto dado que la diferencia retributiva

²⁴ STJUE de 31 de mayo de 1995, C-400/93.

²⁵ STJUE de 30 de marzo de 2000, C-236/98.

²⁶ STJUE de 17 de septiembre de 2002, C-320/00

estaba sustentada en múltiples factores. No puede decirse, en todo caso, que todo ello signifique un retroceso: es sencillamente una devolución a los tribunales internos de las competencias que, en realidad, les corresponden, después de una primera e intensa tarea por parte del TJUE estableciendo los criterios básicos de valoración de puestos que siguen estando actualmente vigentes.

Pese a esta nueva actitud del TJUE la doctrina básica *Dato-Danfoss* es incuestionable y se encuentra reforzada y complementada por lo establecido en otras sentencias posteriores cuyos aspectos más relevantes podrían sintetizarse del siguiente modo:

(i) Los criterios para la valoración de los puestos de trabajo deben tener conexión con el trabajo a realizar. En el propio asunto *Danfoss* ya se formuló la idea de que, para que un criterio justificara una diferencia retributiva debía tener directa conexión con la ejecución del trabajo o, más concretamente, que éste tuviera *importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador*. En consecuencia, en *Danfoss* el TJUE consideró que podían estar justificadas tanto una determinada formación profesional, como la adaptabilidad de los horarios o la antigüedad en la empresa. Es fácil advertir que se trata de un concepto jurídico indeterminado que requiere análisis específico caso por caso pero en todo caso destacan claramente dos aspectos: que el factor que se analiza debe ser “importante” y que el punto de referencia son las “tareas específicas” del trabajador. Ello impide que se utilicen como pretendidas justificaciones de una diferencia retributiva condiciones o habilidades que no están conectadas estrictamente con las tareas concretas y específicas desarrolladas.

Otra cuestión que puede plantearse en relación con la conexión entre el factor de referencia y la actividad profesional es si dicha conexión debe ser actual o potencial. El TJUE ha aplicado el valor potencial de un determinado trabajo para justificar su mayor valoración. En el asunto *Wiener*²⁷ al plantearse una cuestión prejudicial relacionada con la menor retribución establecida para los psicoterapeutas psicólogos (mayoritariamente mujeres) en relación con la establecida para los psicoterapeutas médicos (mayoritariamente hombres) pese a que la actividad realizada por ambos era idéntica, el Tribunal justificó la legitimidad comunitaria de la diferencia retributiva en la diferente formación de base y en la mayor movilidad (disponibilidad para otras funciones) de los médicos psicoterapeutas en relación con los psicólogos psicoterapeutas. Resulta de particular interés que en este caso las funciones desarrolladas por ambos colectivos no eran solo de igual valor, sino idénticas.

De otro lado, hay un factor que opera a juicio del TJUE cierta presunción de legitimidad automática de que concurre conexión con el trabajo y que, por tanto, se encuentra *a priori* justificado: es la antigüedad. En el asunto *Cadman*²⁸, el TJUE señaló que la antigüedad puede ser susceptible de implicar tratos discriminatorios indirectos por razón de género dado el mayor nivel de rotación de la mano de obra femenina. Sin embargo concluyó que, en principio, considerar la antigüedad como criterio retributivo no constituye discriminación indirecta por razón de sexo. Estableció de este modo la validez de dicho criterio salvo prueba en contrario. El pronunciamiento resulta particularmente importante porque el Tribunal eliminó en este caso la aplicación de la inversión de la carga de la prueba y presumió la validez del criterio de la antigüedad, transfiriendo a la víctima de una discriminación de esta naturaleza la obligación de probar su carácter injustificado.

(ii) La obligación de igual retribución por trabajo de igual valor opera en todo el ámbito de la empresa o de las actividades empresariales, por lo que se aplica incluso cuando la comparación se refiere a varios convenios o a varios empresarios. A efectos de detectar la existencia de discriminación retributiva por incorrecta valoración de puestos de trabajo no es imprescindible que la misma se encuentre en el mismo convenio colectivo (asunto *Enderby*²⁹). Pero aún más, ni si-

²⁷ STJUE de 11 de mayo de 1999, C-309/97.

²⁸ STJUE de 3 de octubre de 2006, C-17/05.

²⁹ STJUE de 27 de octubre de 1993, C-127/92.

quiera es imprescindible para que se aplique la obligación de igual retribución por trabajo de igual valor que los trabajos se desarrollen para el mismo empresario, bastando al respecto que los trabajos se produzcan en el mismo establecimiento. Así lo estableció desde antiguo el TJUE (asunto *Defrenne I*), que lo ha reiterado en varias ocasiones³⁰. Este pronunciamiento reconduce al tema de las diferencias retributivas entre empresas contratistas y empresas contratantes aunque debe decirse que en ninguna de las sentencias del TJUE en las que se ha establecido la aplicación del principio de igual retribución por trabajo de igual valor se planteaba un supuesto de diferencias retributivas entre este tipo de empresas. En todas las sentencias del TJUE en las que se hace referencia a la aplicación del derecho a la igualdad retributiva independientemente del empresario, cuando el trabajo se desarrollara en el mismo establecimiento, esta referencia se realiza con carácter general, a efectos de resaltar que el principio de igualdad retributiva tiene efecto extensivo, pero sin especificación concreta al fenómeno de la contrata. No cabe duda, sin embargo, de que la insistencia con que el TJUE ha hecho referencia a que el principio de igual retribución por trabajo de igual valor se aplica a toda las actividades desarrolladas en el mismo establecimiento no debiera pasar inadvertida.

(iii) Cuando los factores relevantes para la diferencia retributiva entroncan con la situación del mercado de trabajo o con las valoraciones sociales de determinadas actividades la cuestión de la conexión con el trabajo y de la objetividad en la valoración se desdibuja. Es en este ámbito donde los pronunciamientos del TJUE son más imprecisos. En el asunto *Enderby* se planteaba la mayor valoración social de determinadas actividades profesionales motivada por la escasez de sujetos cualificados y el interés por parte de la empresa de captarlos. En este caso el TJUE desplazó la resolución al tribunal interno³¹. Algo similar sucedió en el asunto *Kenny*³². Se trataba en este caso de una comparativa entre el trabajo administrativo en el cuerpo de policía desarrollado por las personas que habían accedido específicamente a estos trabajos desde el principio (colectivo mayoritariamente femenino) y el trabajo de la misma naturaleza desarrollado por policías que habían dejado de desarrollar funciones estrictamente policiales, fundamentalmente por razón de la edad (mayoritariamente hombres) y que, por su específico convenio, percibían una retribución superior. El TJUE consideró que correspondía al tribunal interno determinar si era un criterio válido para configurar una diferencia retributiva entre puestos masculinizados y feminizados el interés por mantener “buenas relaciones laborales” (*sic*)³³. De este modo, aunque previamente en el asunto *Enderby* el TJUE había establecido con rotundidad que el hecho de que las condiciones retributivas estuvieran contenidas en diferentes convenios colectivos no podía justificar la diferencia retributiva, en el asunto *Kenny* terminó utilizando como factor justificativo las circunstancias en que se desarrolló la negociación y, en el fondo, la valoración que merecía la actividad previamente desarrollada por los policías que habían dejado de realizar actividades estrictamente policiales y que se encontraban apoyados por sus compañeros en activo en tales tareas. Podría parecer que tras *Kenny* el TJUE había alterado el criterio

³⁰ STJUE de 8 de abril de 1978, C-43/75, asunto *Defrenne I*, párrafo 22 y párrafo 40; STJUE de 27 de marzo de 1980, C-129/79, asunto *Macarthys*, párrafo 10; STJUE de 17 de septiembre de 2002, C-320/00, asunto *Lawrence*, párrafo 17.

³¹ En el fallo de la sentencia dictada en el asunto *Enderby* se establece lo siguiente: *En consecuencia, procede responder a la tercera cuestión que corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar, aplicando, si fuera menester, el principio de proporcionalidad, si y en qué medida la escasez de candidatos a una función y la necesidad de atraerlos mediante salarios más elevados constituyen una razón económica objetivamente justificada de la diferencia de retribución entre las funciones de que se trata.*

³² STJUE de 28 de octubre de 2013, C-247/11. Un interesante comentario crítico sobre su alcance, por todos, por JACQMAIN, “Egalité entre travailleurs féminins et masculins-autres discriminations”, *Journal de droit européen*, 9, 2013, págs. 358 ss.

³³ En el fallo de la sentencia dictada en el asunto *Kenny* se establece lo siguiente: *...el interés por mantener unas buenas relaciones laborales puede ser tomado en consideración por el órgano jurisdiccional nacional entre otros elementos para apreciar si las diferencias entre las retribuciones de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo y son conformes con el principio de proporcionalidad.*

de la necesidad de la “importancia” del factor en el desarrollo de la actividad específica, aunque en realidad no es así. En ninguna de las sentencias que hasta ahora el TJUE ha pronunciado se ha establecido con toda rotundidad que un determinado factor no puede ser en ningún caso tenido en cuenta en la valoración del puesto de trabajo por ser intrínsecamente discriminatorio. Por ello la sentencia dictada en el asunto *Kenny* probablemente no podía tener otro sentido que el que tuvo.

En el fondo de esta última generación de sentencias sobre discriminación retributiva por incorrecta valoración de puestos de trabajo late una cuestión de enorme trascendencia que todavía no ha sido resuelta por la jurisprudencia del TJUE: ¿legitimaría una diferencia retributiva entre mujeres y hombres una eventual mayor valoración social de determinadas actividades desarrolladas mayoritariamente por hombres? Piénsese, por ejemplo, en el valor de mercado que puede darse a determinadas profesiones y que puede ser reflejo de estereotipos y discriminaciones latentes en la sociedad que no debieran servir de justificación para una diferencia retributiva entre profesiones feminizadas y masculinizadas. El ejemplo más claro serían las retribuciones de los/las deportistas profesionales, particularmente de élite, pero cabrían muchos más tal y como parece que se está planteando actualmente en algunos países³⁴.

6. LA TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA

La transparencia salarial constituye un instrumento esencial para posibilitar las reclamaciones judiciales y, consiguientemente, también para inspirar en el empresariado un mayor interés (siquiera preventivo) en la instauración de sistemas de retribución objetivos. Algunos países como Suecia, Noruega o Finlandia³⁵, publican los datos fiscales de sus ciudadanos, lo que permite un conocimiento generalizado de las retribuciones por parte de la ciudadanía que comprende también a los compañeros/as de trabajo y que facilita la identificación de la discriminación retributiva. Lo que se aplica en estos países, sin embargo, es excepcional y lo que es más habitual es que la información retributiva individualizada forme parte de la información personal de los ciudadanos protegida por el derecho a la intimidad. No es este, sin embargo, el caso de España, dado que el Tribunal Constitucional ha establecido que la información económica de los trabajadores/no constituye parte del derecho a la intimidad³⁶. En todo caso, cuando la Co-

³⁴ En Noruega y en Hungría en algunas ocasiones se ha admitido el valor de mercado del trabajo como criterio de valoración de puestos de trabajo a efectos de justificar diferencias retributivas entre mujeres y hombres. Referido en VVAA, (European Network of Legal experts in gender equality and non discrimination), *The enforcement of the principle of equal pay for equal work or work of equal value A legal analysis of the situation in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, Bruselas, 2017, pág. 45, <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4466-the-enforcement-of-the-principle-of-equal-pay-for-equal-work-or-work-of-equal-value-pdf-840-kb>

³⁵ Sobre su alcance, sus ventajas e inconvenientes, JOEL SLEMROAD, “Administración tributaria y sistemas fiscales”, en VVAA (Ed. DURAN y ESTELLER), *De nuestros impuestos y su administración*, Ed. Economía Universidad de Barcelona, 2015, pág. 29.

³⁶ En la STC 142/1993, de 2 de Abril, que se pronunció acerca de la legitimidad constitucional de la copia básica de los contratos que debía entregarse a los representantes de los trabajadores, se estableció expresamente lo siguiente: *Las retribuciones que el trabajador obtiene de su trabajo no pueden en principio desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, para introducirse en este último, y hay que descartar que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores. Al margen de que la Ley 2/1991 se limita a imponer la obligación de incluir en la “copia básica” la retribución pactada en un único momento de la relación laboral –el de su inicio, pues las sucesivas modificaciones sólo son objeto de notificación (1.2 Ley 2/1991)–, lo cierto es que el acceso a la información relativa a la retribución no permite en modo alguno la reconstrucción de datos del trabajador incluidos en la esfera de su intimidad. En este sentido, no puede olvidarse que, por sí solo, el dato de la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad de gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, sólo o en compañía de su familia, pueda desarrollar en su tiempo libre. No es ocioso recordar que aún antes de la Ley 2/1991 los salarios percibidos eran ya accesibles al conocimiento de los representantes de los trabajadores, en cuanto tales salarios sirven de base de cotización a la Seguridad Social, y dichos representantes pueden conocer y comprobar los correspondientes documentos de cotización (art. 87.3, Orden de 23 de octubre de 1986 y art. 95.3, Orden de 8 de abril de 1992).*

misión Europea aprobó la recomendación para la transparencia salarial de 2014 optó por no establecer que se hiciera referencia a la información retributiva individualizada. Se limitó sencillamente a establecer que dicha información debía ser promediada y desglosada, con lo que ya se podía acceder a la prueba indiciaria para la detección de la discriminación retributiva en la empresa. La transparencia salarial apuntada en la recomendación de 2014 fue reflejo de la que con anterioridad había sido incorporada por algunos Estados miembros como Francia en 2006³⁷ o Bélgica en 2012³⁸ a sus respectivos ordenamientos. También fue particularmente interesante el ejemplo de la normativa portuguesa sobre transparencia salarial aprobada en 2009: a partir de la misma se pudo constatar una disminución de la brecha salarial en este país³⁹. En total, trece Estados miembros disponen de normativa específica sobre transparencia salarial⁴⁰. Solo cinco de ellos han aprobado o modificado su normativa sobre transparencia tras la recomendación de 2014⁴¹. Los más recientes han sido Alemania, en marzo de 2017, y Reino Unido, en abril de 2017⁴².

La recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014 señala con carácter rotundo que los Estados miembros deberán comprometerse a que los ordenamientos incluyan una especificación de los factores relevantes a tener en cuenta para evaluar la desigualdad retributiva. Establece por tanto que los Estados miembros deben establecer el concepto de trabajo de igual valor, lo que resulta fundamental para reforzar la importancia de la igual valoración y también para configurar las pautas que deben ser tenidas en cuenta a efectos de que dicha valoración sea correcta⁴³. Se deja, sin embargo, a los Estados miembros libertad para que establezcan el concepto de trabajo de igual valor siempre y cuando se garantice que la valoración tiene carácter objetivo. La definición de lo que debe entenderse por trabajo de igual valor ha

³⁷ Ley 2006-340, de 23 de marzo.

³⁸ Ley de 22 de abril de 2012, modificada por Ley de 12 de julio de 2013. Para un comentario detallado acerca de su alcance y significado, DEMAGOS, *L'ecart salarial entre hommes et femmes*, Bruselas, 2015, pág. 49 ss. En Bélgica ya se aprobó otra ley previamente para la erradicación de la brecha salarial en 2007 (Ley de 10 de mayo de 2007), en cuyo art. 33 se establecía expresamente cuales debían ser los indicios concretos a partir de los cuales podía identificarse la existencia de discriminación retributiva. Lo refiere y analiza, LOUSADA AROCHENA, "La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español", *Revista de trabajo y seguridad social* (CEF), 400, 2016, pág. 17.

³⁹ Según el Informe sobre la aplicación de la recomendación de la Comisión sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres a través de la transparencia, Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 20 de noviembre de 2017, pág. 10

⁴⁰ Según el Informe *cit. supra*. once países tienen normativa específica sobre transparencia salarial (pág. 3): Austria, Bélgica, Alemania, Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Lituania, Suecia y Reino Unido. Tal vez por error el informe olvida citar Portugal, aunque el mismo informe (pág. 10) más adelante indica que este país dispone de esta normativa. Asimismo, Holanda dispone de una regulación de transparencia retributiva que obliga al empresario a facilitar información desglosada y promediada en la empresa a los representantes de los trabajadores (descrito en VVAA (European Network of Legal experts in gender equality and non discrimination), *The enforcement ...*, op. cit. pág. 54. Estas discordancias en las cifras, dependiendo del informe que se maneje, son reflejo de la dificultad en conocer si los países disponen o no de mecanismos de transparencia: no siempre hay instrumentos específicos y en ocasiones existen mecanismos de transparencia generales que sirven a la función de transparencia retributiva entre hombres y mujeres.

⁴¹ Según el Informe *cit. supra* (pág. 3), Alemania, Francia, Finlandia, Lituania y Reino Unido.

⁴² Sobre el alcance de esta normativa del Reino Unido y Alemania, siquiera cuando estaba todavía a nivel de proyecto, así como del resto de países de la Unión Europea en materia de transparencia salarial, VVAA (European Network of Legal experts in gender equality and non discrimination), *Pay transparency. A legal analysis in the EU member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, Bruselas, 2017, <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4073-pay-transparency-in-the-eu-pdf-693-kb>

⁴³ En el apartado 10 de la recomendación de 2014 se establece lo siguiente: *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.*

sido incorporada a la gran mayoría de los países europeos: De los 32 Estados que actualmente componen la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo, 24 tienen expresamente reconocido en sus legislaciones el concepto de trabajo de igual valor. Solo 8, entre los que se encuentra España⁴⁴, carecen de dicha definición⁴⁵.

La recomendación de 2014 establece asimismo que los Estados miembros debieran garantizar al menos uno de los siguientes mecanismos para la transparencia retributiva: (i) Formulación del derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por género (promedios) a requerimiento del trabajador/a⁴⁶; (ii) Atribución del derecho a esta información con carácter periódico, en beneficio del trabajador y de sus representantes, en las empresas de más de 50 trabajadores⁴⁷; (iii) Obligación de que las empresas con más de 250 trabajadores elaboren auditorías salariales (con promedios retributivos y análisis de sistemas de valoración de puestos) que deben ponerse a disposición de los/as representantes⁴⁸; (iv) Garantía de que la cuestión de la igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debata en el nivel adecuado de la negociación colectiva⁴⁹. Este último es el nivel más tibio de la recomendación.

Las auditorías son el sistema aparentemente más interesante aunque en la práctica es el menos habitual por la elevada implicación que requiere de los Poderes Públicos si se espera que sean efectivas. Las auditorías o los planes de igualdad son sistemas propios de los sistemas de relaciones laborales escandinavos, pero tienen escasa eficacia práctica (al menos como instrumento de corrección efectivo) en otros países. Los planes de igualdad establecidos en el ordenamiento español son buen ejemplo de ello porque raramente tienen el nivel de eficacia y compromiso de los planes de igualdad de los países nórdicos. Debe señalarse que, entre todos los países de la Unión Europea, solo Suecia tiene instaurados los cuatro mecanismos de transparencia salarial establecidos en la recomendación de 2014⁵⁰. En los últimos meses ha tenido una gran repercusión social y mediática la reforma normativa de Islandia, que establecería, después del correspondiente periodo transitorio, la obligación de auditorías salariales en todas las empresas con más de 25 trabajadores/as. Es, sin duda, una norma de notable interés, cuya

⁴⁴ El art. 28 ET establece la prohibición de diferente retribución por trabajo de igual valor pero no establece ninguna definición ni aproximación a lo que debe entenderse por trabajo de igual valor.

⁴⁵ Datos de VVAA (European Network of Legal experts in gender equality and non discrimination), *Pay transparency...*, op. cit. pág. 40.

⁴⁶ Recomendación 3: *Los Estados miembros deben establecer medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar que los empleados puedan solicitar información sobre los niveles salariales, desglosada por género, para las categorías de trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Esta información deberá incluir los componentes variables o complementarios además del sueldo base fijo, tales como los pagos en especie y la participación en los beneficios.*

⁴⁷ Recomendación 4: *Los Estados miembros deben establecer medidas que garanticen que los empleadores de empresas u organizaciones con al menos 50 trabajadores informen periódicamente a los trabajadores, a los representantes de los trabajadores y a los interlocutores sociales de la remuneración media por categoría de trabajador o puesto, desglosada por sexos.*

⁴⁸ Recomendación 5: *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. 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.*

⁴⁹ Recomendación 6: *Sin perjuicio de la autonomía de los interlocutores sociales y de conformidad con la legislación y prácticas nacionales, los Estados miembros deben velar por que la cuestión de la igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debata en el nivel adecuado de la negociación colectiva.*

⁵⁰ Según el Informe sobre la aplicación de la recomendación de la Comisión sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres a través de la transparencia, Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 20 de noviembre de 2017, pág. 4.

aplicación quedará facilitada por dicha implicación pública y probablemente también por un tipo de sociedad bastante sensible a la responsabilidad social de sus empresas⁵¹.

Lo establecido en la recomendación de la Comisión Europea de 2014 supone una extensa limitación a los poderes empresariales en la empresa pero no solo el empresariado puede tener reticencias a su aplicación. Hay un posible efecto que resulta evidente: la corrección de la discriminación retributiva por razón de sexo puede implicar la disminución generalizada global de todas las retribuciones, y en mayor medida de las de los hombres. Ello explicaría también el escaso interés en el tema por parte de los interlocutores sociales. Por ello tiene especial trascendencia el compromiso de la Comisión Europea con la configuración de mecanismos vinculantes para la transparencia retributiva. Existe la posibilidad de que la actual recomendación, que ha tenido un seguimiento dispar por parte de los Estados miembros, de lugar a una propuesta de directiva⁵². Está por ver, sin embargo, si la Directiva que eventualmente se aprobara podría vencer las muchas reticencias que esta cuestión suscita y establecer mecanismos de transparencia suficientemente operativos.

7. LOS NUEVOS RETOS DE LA IGUALDAD RETRIBUTIVA EN TORNO A LOS NUEVOS CONCEPTOS DE DISCRIMINACIÓN

La reforma operada por medio de la Directiva 2002/73 de 23 de septiembre de 2002 en la entonces vigente Directiva antidiscriminatoria por razón de sexo (Directiva 76/207) fue de notable importancia⁵³, entre otros aspectos, porque alteró sutilmente el concepto de discriminación indirecta y porque estableció un concepto de discriminación directa por razón de sexo que incorporaba posibilidades que hasta entonces no se habían planteado con relación a la posibilidad de comparadores hipotéticos. La definición contenida en el art. 2.1 de la Directiva 2006/54 actualmente vigente reproduce exactamente los conceptos de discriminación directa e indirecta introducidos por la Directiva 2002/73. Han pasado más de quince años desde aquella reforma y lo cierto es que no existen pronunciamientos del TJUE en los que claramente conste que estos nuevos conceptos han cambiado los mecanismos para la identificación retributiva. Pese a todo, siquiera porque sirven para identificar los nuevos retos a los que se enfrenta la igualdad retributiva y porque configuran posibles soluciones así como tal vez líneas de tendencia, procede su exposición en este momento.

La incorrecta valoración de puestos de trabajo constituye una discriminación indirecta por razón de sexo. La discriminación indirecta por razón de sexo concurre cuando existe una conducta o un acto de cualquier naturaleza que, aun teniendo un contenido aparentemente neutro, tiene un efecto particularmente adverso para las mujeres (o les causa una “desventaja particular” según el concepto de la Directiva 2006/54)⁵⁴. Cuando se opera una incorrecta valoración dife-

⁵¹ Sobre el alcance de esta normativa, incluyendo también algún comentario crítico, VVAA (European Network of Legal experts in gender equality and non discrimination), *The enforcement ...* op cit. pág. 46 ss

⁵² En el Informe sobre la aplicación de la recomendación de la Comisión sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres a través de la transparencia, Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 20 de noviembre de 2017, pág. 12, hace expresa referencia a la *posible necesidad de medidas adicionales específicas a nivel de la UE*.

⁵³ Estos mismos nuevos conceptos estaban ya contenidos en la Directiva 2000/43 (antidiscriminatoria por razón de etnia) y en la Directiva 2000/78 (antidiscriminatoria por razón de religión, convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual), aunque se referían a estas causas de discriminación y no específicamente a la discriminación por razón de sexo.

⁵⁴ El art. 2 de la Directiva 2006/54 es la norma que actualmente define la discriminación indirecta del siguiente modo: *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*. Desarrollé el alcance del concepto de discriminación indirecta por razón de sexo tomando como referencia la mención a la “desventaja particular” que hace el art. 2 de la Directiva 2006/54 (y que se introdujo por primera vez por la Directiva 2002/73) en BALLESTER PASTOR, *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

rencial de los puestos de trabajo, porque a la hora de fijar la retribución se tienen en cuenta las condiciones y factores que recaen en los puestos masculinizados pero no se advierten las condiciones y factores que recaen en los puestos feminizados se dan los presupuestos de la discriminación indirecta: conducta aparentemente neutra que causa una desventaja particular a las mujeres y que no tiene justificación objetiva y razonable. El concepto de discriminación indirecta anterior a 2002 identificaba la discriminación indirecta a partir de una afectación que implicara una *proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo*. La norma anterior que recogía este concepto de discriminación indirecta por razón de sexo fue la Directiva 97/81 de 15 de diciembre relativa a la inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Esta definición de discriminación indirecta requería prueba estadística de que la disposición, criterio o práctica afectaba en mayor medida a las mujeres que a los hombres. Con la reforma de 2002 desapareció la referencia a la desproporción estadística: bastaría con que se presentara indicio (por modificación de la carga de la prueba) de que la disposición, criterio o práctica sitúa al colectivo de mujeres en una “desventaja particular” respecto al colectivo de hombres. Esta alteración implica el tránsito de un sistema de detección cuantitativa de la discriminación indirecta a un sistema cualitativo en el que deberían analizarse, por ejemplo, los efectos potenciales sobre las mujeres de una determinada medida⁵⁵. Sin embargo, no parece que el TJUE haya adoptado esta nueva interpretación porque, siquiera nominalmente, sigue mencionando en sus sentencias posteriores a 2002 un concepto de discriminación indirecta asentado en el criterio cuantitativo o estadístico⁵⁶. En ninguno de los casos planteados hasta ahora ante el TJUE, ni siquiera no relacionados con la discriminación retributiva, se ha planteado directamente la cuestión del alcance cualitativo del concepto actual de discriminación indirecta, por lo que podría decirse que su alcance real está todavía por determinar. En todo caso, en el ámbito de la discriminación retributiva la suavización en los criterios para la identificación de la discriminación indirecta que supone el concepto actual es particularmente importante no solamente para advertir si efectivamente existe una mayor afectación femenina sino también porque es difícil determinar a partir de qué porcentaje diferencial existe una diferencia relevante entre mujeres y hombres susceptible de constituir indicio de discriminación. La “desventaja particular” como elemento determinante permitiría que al menos a nivel indiciario (y al menos en teoría) no se exigieran porcentajes diferenciales relevantes para apreciar la existencia de una posible diferencia retributiva.

También en relación al concepto de discriminación directa retributiva puede tener relevancia el concepto actual de discriminación directa incorporado por la Directiva 2002/73 y después trasladado a la actualmente vigente Directiva 2006/54. Aunque normalmente la cuestión de la discriminación retributiva guarda relación con la incorrecta valoración de puestos de trabajo no puede decirse que la discriminación directa retributiva por razón de sexo haya desaparecido. Concorre, por ejemplo, cuando la persona afectada es una sola mujer, lo que puede detectarse en trabajos con escasa participación femenina. No puede hablarse entonces de discriminación indirecta: la mujer cobraría menos por el hecho de ser mujer, no por pertenecer a un colectivo (el femenino), que está mayoritariamente afectado por una determinada previsión. Esta situación plantea importantes problemas de prueba porque los indicios de discriminación directa no se constatan a partir de datos de afectación mayoritaria sino a partir de datos comparativos con lo que hubiera sucedido si, en lugar de mujer, la persona afectada hubiera sido un hombre. Surge entonces el tema de los comparadores relevantes: si el comparador que se exige para detectar la existencia de discriminación retributiva es estricto (idéntico trabajo) será muy difícil que prospere una demanda de discriminación directa retributiva por razón de sexo. Sin embargo, si hay mayor flexibilidad en la aplicación de los comparadores las posibilidades de que prosperen las demandas por esta causa son mayores. La normativa de la Unión Europea establece que deben aplicarse comparadores flexibles o incluso comparadores hipotéticos, lo que simplifica notablemente su identificación.

⁵⁵ MARKEY, “Le principe de non-discrimination endroitcommunautaire: égalité entre femmes et hommes et autres discriminations” en VVAA *Actualités en droit social européen*, Bruselas, 2010, pág. 144-145.

⁵⁶ Así lo refiere JACQMAIN, “Egalité entre travailleurs féminins et masculins – autres discriminations”, *Journal de droit européen*, 9, 2013, pág. 359. Por ejemplo, STJUE de 28 de octubre de 2013, C-247/11.

La definición actual de discriminación directa se contiene en el art. 2.a de la Directiva 2006/54 que define el concepto de discriminación directa como *la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*. Hasta entonces ninguna norma de la Unión Europea había definido el concepto de discriminación directa por razón de sexo. Esta redacción incorpora el concepto de comparador hipotético que permite detectar la existencia de discriminación retributiva directa no solo cuando la trabajadora hubiera sido retribuida de modo diferente respecto a un trabajador comparable sino meramente cuando la víctima “pudiera haber sido tratada” de modo diferente, lo que tiene la virtualidad de facilitar la presentación de indicios. Cabe una interpretación del comparador hipotético que permitiría considerar que un determinado clima, ambiente o tendencia así como una expectativa de tratamiento peyorativo por el hecho de ser mujer implicaría la existencia de discriminación directa. Con esta interpretación el comparador hipotético sería un concepto que permitiría soslayar el carácter estricto de los comparadores reales y que permitiría trascender al clima laboral o a las expectativas en la empresa.

En algunos países que disponen de regulación específica contra la discriminación retributiva y que tienen mecanismos normativos concretos para la identificación de la misma se ha planteado de modo explícito el alcance del comparador hipotético. En Irlanda, por ejemplo, la *Employment Equality Act* de 1998 (la última de cuyas reformas data de 2015) requiere un comparador que puede ser hipotético pero que en todo caso tiene que ser real según interpretación jurisprudencial⁵⁷. Ello suele reconducir la cuestión al análisis del trabajo de igual valor de modo que, en los casos de discriminación directa por razón de sexo las reclamaciones por discriminación retributiva directa consisten fundamentalmente en la averiguación de si el puesto de trabajo de la reclamante y el del trabajador que aporta como comparador tienen el mismo valor. Cuando la retribución del trabajador que se aporta como comparador es desconocida para la trabajadora demandante y el empresario se niega a facilitar esta información los Tribunales irlandeses han admitido la demanda y han interpretado que concurría discriminación retributiva⁵⁸. La interpretación del alcance del comparador hipotético aplicado por los jueces irlandeses parece más restrictivo que la de los británicos que aplican la *Equality Act* de 2010⁵⁹. En efecto, también la norma británica, como la irlandesa, contiene formalmente la aplicación del comparador hipotético en los términos establecidos por la Directiva 2006/54 pero parece ser que sus Tribunales no necesariamente requieren la existencia de un comparador real en términos tan estrictos como los que exigen los Tribunales irlandeses y admiten también, siquiera en la fundamentación que aportan algunos de sus jueces, la posibilidad de que el comparador hipotético se aplique también por referencia al modo de actuación en la empresa⁶⁰. Aunque otros países no se han planteado expresamente el alcance del comparador hipotético, ni expresamente en su normativa ni por parte de sus Tribunales internos, ello no implica que no apliquen criterios extensos para la identificación de la discriminación directa. Así ocurre, por ejemplo, en Francia donde su Corte de Casación ha establecido expresamente que la existencia de dis-

⁵⁷ *Brides v. Minister for Agriculture* [1998] 4 I.R. 250 at 270. Un sumario de las sentencias en similar sentido posteriores a ésta en Irlanda en COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT / SWD/ 2013/0512 final. *Annex I gender neutral job evaluation and classification system*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52013SC0512>

⁵⁸ *Irish Ale Breweries Limited v. O'Sullivan* [2007] E.L.R. 150.

⁵⁹ Un sumario del alcance del comparador hipotético en Reino Unido en EPSTEIN y MASTER, “Direct discrimination: a practical guide to comparators”, <http://www.cloisters.com/seminar-downloads/comparators-in-direct-discrimination-cases-9-9-11-final.pdf>

⁶⁰ Así señalaba en el dicta 116 Lord Scott en el pronunciamiento de la Cámara de los Lores en el asunto *Shamoon v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [2003] UKHL 11. Por ello se establecieron algunas interesantes referencias acerca de que en la comparación deben tenerse en cuenta las actitudes, tendencias y expectativas en atención a la actuación habitual de la empresa en torno a los hombres y las mujeres. Así lo refieren, SCHIEK, WADDINGTON Y BELL (Ed), *Non discrimination law (Cases, materials and text on National, Supranational and International)*, Ed Hart Publishing, 2007, pag. 98. También aplicando estos criterios extensivos respecto al comparador hipotético en un caso de discriminación laboral por razón de género (si bien no en materia retributiva), tal y como citan los autores anteriores, *Anya v. University of Oxford* [2001] IRLR 377.

criminación directa retributiva por razón de sexo no requiere necesariamente la existencia de una comparación con otro/s trabajador/es concretos⁶¹. En España no se ha planteado en el ámbito judicial de modo expreso el tema del comparador hipotético.

Tanto la posibilidad de comparadores hipotéticos en el caso de discriminaciones retributivas directas por razón de sexo como la mayor facilidad para la identificación de la discriminación indirecta a partir de su constatación a partir de desventajas particulares, introducen nuevas posibilidades en la lucha contra la discriminación retributiva por razón de sexo que podrían ir surgiendo y configurándose en la doctrina próxima del TJUE.

⁶¹ Cour de cassation, chambre sociale, audience publique 10 November 2009, No. 07-42849. También en sentido similar, Cour de cassation, chambre sociale, audience publique 29 June 2011, No. 10-14067.