

CRITERIOS Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL: El papel de la negociación colectiva como garante de la equidad salarial de las personas trabajadoras*

JOB CLASSIFICATION CRITERIA AND SYSTEMS: The role of collective bargaining as a guarantor of pay equity for workers

Patricia Espejo Megías

*Profesora Contratada Doctora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha*

patricia.espejo@uclm.es ORCID [0000-0001-6151-277X](https://orcid.org/0000-0001-6151-277X)

Recepción de trabajo: 17-02-2023 - Aceptación: 15-03-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 186-215

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN DE EUROPA RESPECTO DE LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL: BREVE RECORRIDO POR LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE LA MATERIA. ■ 3. LA POSTURA DE ESPAÑA EN MATERIA DE IGUALDAD RETRIBUTIVA A PARTIR DE LA PRÁCTICA NEGOCIAL. ■ 4. LOS PLANES DE IGUALDAD: SU IMPULSO A TRAVÉS DEL REAL DECRETO 901/2020. ■ 5. LA TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA EN BASE AL REAL DECRETO 902/2020. ■ 6. BREVE CONCLUSIÓN FINAL. ■ 7. BIBLIOGRAFÍA.

* El presente trabajo es el resultado de la Ponencia realizada por esta autora en el Acto Institucional "Igualdad de las Mujeres" organizada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS) sobre "Igualdad de género, sistemas de clasificación profesional y valoración de puestos de trabajo", celebrado el día 4 de marzo de 2021, tras haber sido elegida por unanimidad de la Junta Directiva de la Sección Juvenil de dicha asociación como representante en este importante Congreso Nacional interanual.

RESUMEN

En este estudio se pretende reflexionar acerca del papel determinante de la negociación colectiva como garante de la igualdad retributiva de las personas trabajadoras, sobre todo, de los reales decretos 901 y 902 de 13 de octubre de 2020, no sin antes detenerme en algunas consideraciones previas sumamente relevantes. El objetivo principal de esta investigación es analizar la clasificación profesional como mecanismo discriminatorio retributivo. Existen otros elementos en juego, tales como la prestación a tiempo parcial del trabajo o la temporalidad como indicio de disminución salarial, que serán objeto de estudio en futuros trabajos.

PALABRAS CLAVE: clasificación profesional, valoración de puestos de trabajo, negociación colectiva, igualdad retributiva, brecha salarial de género.

ABSTRACT

The aim of this study is to reflect on the determining role of collective bargaining as a guarantor of equal pay for workers, especially Royal Decrees 901 and 902 of October 13, 2020, but not before stopping to consider some highly relevant preliminary considerations. The main objective of this research is to analyze professional classification as a discriminatory pay mechanism. There are other elements in play, such as part-time work or temporary work as an indication of a salary reduction, which will be the subject of study in future works.

KEYWORDS: work classification, job post valuation, collective bargaining, equal payment, gender pay gap.

1. INTRODUCCIÓN

A nadie sorprenderá que afirme que las crisis, la inflación, la depreciación de los salarios, las políticas de austeridad del pasado y la Reforma Laboral del año 2012 no han afectado por igual a hombres que a mujeres. De nuevo, fueron las trabajadoras las que soportaron en mayor medida los efectos nocivos de unas políticas insensibles al género.

Tampoco la crisis sanitaria, económica, social y política que vivimos en la actualidad como consecuencia de la pandemia global iniciada en nuestro país en marzo de 2020 ha afectado por igual a hombres y a mujeres. Pero, si algo ha puesto de manifiesto la COVID-19 son las debilidades estructurales de nuestro mercado de trabajo, en particular las que traen causa de la tradicional división sexual del trabajo, que condena a las mujeres a sufrir brechas tanto en la remuneración de su trabajo como en el resto de condiciones laborales.

Los datos del Sistema Público de la Seguridad Social español ponen de manifiesto cómo la recuperación de los sectores y empleos más afectados por la paralización de la economía tras el estado de alarma y las subsiguientes medidas necesarias para la contención del coronavirus que afectan al mercado de trabajo no ha sido una recuperación equilibrada en clave de género. Los datos oficiales evidencian que la recuperación no ha llegado ni tanto ni tan pronto a las mujeres como a los hombres, situándose la tasa de recuperación de mujeres y de hombres en el 14,6% y en el 42%, respectivamente¹.

Evidentemente, esta brecha en la recuperación del empleo masculino y femenino responde a la vulnerabilidad que supone la existencia endémica de todas las brechas de género, entre ellas la salarial.

La conjugación del trinomio 'trabajo, salario y mujeres' da como resultado una multiplicidad de desigualdades que corrompen la democracia de las relaciones laborales. Hablar del trabajo de las mujeres obliga a hablar del salario de las mujeres como condición laboral esencial y, por lo tanto, toda situación constatable que muestre un resultado perjudicial a este respecto para las mujeres por el mero hecho de serlo no será sino una evidencia axiomática de la fuerte discriminación laboral por razón de sexo femenino con la que convivimos a diario.

La violencia económica que supone la existencia de un pago desigual a hombres y a mujeres por la realización de trabajos iguales o de igual valor es probablemente la más clara manifestación de la subdiscriminación² de las mujeres en uno de los ámbitos más importantes de la vida. Esta desigualdad es, en definitiva, el ejemplo más claro de que eso que las mujeres hacemos vale menos

1 https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/situacion-mujeres/index.htm

2 Término acuñado por Barrère Unzueta, M., *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, Grijley, 2014, y en otros textos de su autoría.

o no vale nada. Además, la brecha salarial entre mujeres y hombres es una de esas discriminaciones de carácter transversal, en tanto en cuanto, afecta a todos los sectores de actividad, sin excepción.

El porcentaje de brecha salarial en perjuicio de las trabajadoras se sitúa entre el 16% y el 20%, una oscilación que se explica por la existencia de diferentes estudios que toman en consideración diferentes referencias para calcular esta brecha en los salarios de las mujeres y los hombres. Por ejemplo, el Informe de la UGT de 2020 dedicado a la brecha salarial confirma que a brecha salarial “en salario hora” es del 14,2%³. Sea como fuere, hablamos de un porcentaje que permanece incólume hasta nuestros días, erigiéndose como el símbolo por excelencia de la violencia que sufrimos las mujeres en el empleo y en la vida. Porque es difícil vivir una vida con dignidad si nuestra capacidad económica y, por tanto, “*nuestra habitación propia*” siempre es menor y de peor calidad por nuestro sexo biológico.

2. APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN DE EUROPA RESPECTO DE LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL: BREVE RECORRIDO POR LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE LA MATERIA

Naturalmente, el escenario actual es significativamente diferente al que se enfrentaron las mujeres el siglo pasado. Ya no son las leyes las que directamente nos impiden acceder a los estudios universitarios o a determinadas profesiones. Tampoco somos discriminadas por ley en los trabajos y en los salarios respecto de nuestros colegas varones por el mero hecho de haber nacido mujeres. Por lo tanto, el siglo XXI es sin duda el siglo de la igualdad formal a nivel tanto nacional como supranacional; sin embargo, la igualdad de las mujeres y los hombres en el trabajo sigue siendo un anhelo futuro y no una realidad del presente. Se trata de un reconocimiento expreso que se remonta a los años cincuenta del pasado siglo.

La Unión Europea ha prohibido expresamente desde el propio Tratado Constitutivo de 1957 la discriminación salarial por razón de sexo al consagrar el principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores para un mismo trabajo, dando cumplimiento, además, al contenido del Convenio núm. 100 de la OIT de 1951 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (art. 141)⁴.

Con la firma del Tratado de Maastricht en 1992, la Unión Europea reconoce que la igualdad entre mujeres y hombres constituye un valor fundamental de la Unión que está consagrado en todos los

3 Departamento Confederal de la Mujer Trabajadora de UGT, “Reducir la brecha salarial, la prioridad”, 2020.

4 Pérez del Río, T., “La normativa comunitaria en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo”, Revista jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 13, 1991, págs. 385-430.

CRITERIOS Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Tratados y que, por lo tanto, su efectivo cumplimiento ha de ser uno de los objetivos y cometidos de la UE (arts. 2 y 3 apartado 3).

Y por medio del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 1957, recuperando el antiguo art. 3.2 del TCE, la Unión se fija el objetivo de eliminar todas las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad “en todas sus acciones” (artículo 8 TFUE), configurándose la transversalidad de género en el seno de la Unión Europea, esto es, la incorporación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en todas las actividades, acciones y normas de la UE como un objetivo general y prioritario.

Si bien, no será hasta el Tratado de Ámsterdam de 1997 cuando aparezca reconocido expresamente (artículo 141) el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor como un elemento determinante del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y como una parte esencial e indispensable en la normativa y en la jurisprudencia de la Unión Europea en lo que se refiere a la discriminación por razón de sexo o, para mayor corrección, como señala la profesora María Emilia Casas “*discriminación por razón de sexo femenino*”⁵, aunque esta no venga así adjetivada ni en la Constitución Española ni en los textos internacionales.

Observamos, pues, cómo, si bien el principio de igualdad de retribución para igual trabajo entre mujeres y hombres había quedado recogido ya en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en 1957, no fue hasta 1997, cuarenta años más tarde, cuando el acervo comunitario incluyó el objetivo más amplio de eliminar las desigualdades existentes en los salarios de hombres y de mujeres con situaciones comparables y promover su igualdad material en todas las actividades de la Unión Europea⁶.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe, como es natural, toda discriminación por razón de sexo y consagra el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución (artículos 21 y 23).

De hecho, como es por todas y todos conocido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido reiteradamente desde los años setenta⁷ la nuclear importancia de garantizar el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de retribución blindado en el artículo 141 del Tratado Constitutivo toda vez que se evidenciase que efectivamente dos personas trabajadoras se encuentran en una situación comparable, y, para ello, el TJUE ha venido destacando como factores a considerar sobre

5 Casas Baamonde, M.E., “La igualdad de género en el Estado Constitucional”, Revista de Derecho Social, núm. 88, 2019.

6 Pérez del Río, T., “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario”, Cuadernos de derecho judicial, núm. 10, 1997, págs. 47-110.

7 El principio de igualdad salarial se invocó con éxito en la conocida Sentencia de 8 de abril de 1976, en el famoso “Caso Defrenne” (azafata de vuelo Grabrelle Defrenne vs. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena) a través de una cuestión prejudicial elevada por la Cour du travail de Bruselas en relación con la interpretación de artículo 119 del Tratado CEE. Identificador Europeo de Jurisprudencia: ECLI:EU:C:1976:56.

todo tres: la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales propias. Asimismo, es importante que la máxima instancia judicial de la Unión determinase expresamente que “el principio de igualdad de retribución no queda limitado a aquellas situaciones en las que trabajadores y trabajadoras trabajan para un mismo empleador”⁸, entre otras cuestiones. Como es natural, la jurisprudencia que ha alumbrado nuestro Tribunal Constitucional desde los años ochenta ha ido en consonancia con la precitada europea.

Desde luego, el apartado tercero del referido artículo 141 había proporcionado una base jurídica específica para la adopción de medidas comunitarias destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, no sin dificultades *ab initio* a la hora de aplicarse por medio de los instrumentos colectivos⁹.

A partir de ese momento, Europa aprobó las primeras normas vinculantes de Derecho Derivado sobre igualdad de género, entre las que quisiera destacar la Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en relación con la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, que bebe del precitado artículo 141 del Tratado.

Tres décadas más tarde, y con el objetivo de simplificar la legislación comunitaria en materia de igualdad de género y dotarla de coherencia, la Unión Europea aprobó la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación el 5 de julio de 2006, en virtud de la cual se refundían en un solo texto todas las disposiciones en materia de igualdad, entre ellas, la de 1975 sobre igualdad retributiva.

La Directiva Europea de 2006 prohíbe expresamente la discriminación en la retribución y aclara que esta no es solo el salario o sueldo normal de base o mínimo, sino también cualquier otra gratificación abonada directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario a la persona trabajadora en pago de su prestación laboral e incorpora oportunamente el principio de igualdad de retribución para trabajos de igual valor al determinar su artículo 4 que deberá ser eliminado todo atisbo de discriminación directa o indirecta por causa del sexo en cualquier elemento o condición de la retribución de trabajos iguales o de trabajos para a los que se atribuye un mismo valor.

A propósito de ello, la Directiva de refundición, con buen criterio, no pasa por alto la relevancia que tienen los sistemas de clasificación profesional para la configuración de sistemas salariales igualitarios y recuerda que los sistemas y criterios de clasificación profesional de las empresas deberán basarse en criterios comunes a los trabajadores de forma que se excluya toda posibilidad de discriminar al sexo femenino.

8 Considerando número 10 de la Exposición de motivos de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación el 5 de julio de 2006.

9 Pérez del Río, T., “La problemática salarial en la negociación colectiva”, Revista de Derecho Social, núm. 1, 1998, págs. 179-210.

CRITERIOS Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Además, cabe destacar cómo en su artículo 21, el Parlamento y el Consejo instan al empresariado a presentar con periodicidad adecuada a las personas que prestan servicios en su organización o a su representación legal información adecuada sobre la igualdad del trabajo de los hombres y las mujeres en la empresa incluyendo la proporción de mujeres y de hombres en los diferentes niveles de la organización, los salarios y las diferencias salariales ambos sexos, y alienta a los empresarios a proponer soluciones que mejoren la situación en cooperación con la representación legal de las personas trabajadoras.

Desafortunadamente, el cumplimiento por parte de las empresas de lo preceptuado en el referido artículo 21 ha sido imperceptible en estas dos décadas, a pesar de ser un mandato contenido en una norma de obligado cumplimiento.

Al mismo tiempo, debe recordarse cómo la orientación de las políticas de acción de la Unión Europea en materia de igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo se había venido ampliando a través de diferentes disposiciones de carácter no vinculante desde los años noventa del pasado siglo¹⁰. Estas Estrategias y comunicaciones europeas, a pesar de no ser preceptivas, revisten un incalculable valor pedagógico, y demuestran que la igualdad de las personas trabajadoras en el empleo redundaba en favor de la sostenibilidad de la Unión y de un crecimiento económico inteligente.

Por ejemplo, la “Estrategia 2010-2015 para la Igualdad entre mujeres y hombres”, incluye la igualdad retributiva como uno de los objetivos principales a conseguir por la Unión y apuesta por la mejora de la transparencia de los sistemas salariales. La “Estrategia Europa 2020” hace hincapié en la importancia de las políticas públicas de igualdad de género para el crecimiento económico integrador, la prosperidad de la Unión y la competitividad en el mercado global, emplazando a todos los EEMM a poner en marcha medidas concretas para promover el empleo de las mujeres, eliminar la estereotipia de género a nivel educacional y formativo para eliminar, en definitiva, la segregación

¹⁰ A destacar: la Estrategia Europea de Empleo (EEE) de 1997 apuntaba a las consecuencias negativas que la discriminación por razón de género tenía en la economía europea; la Comunicación de la Comisión de 2007 sobre la brecha salarial entre mujeres y hombres proponía tímidamente ciertas acciones concretas para combatir esta desigualdad que en la práctica se tradujeron en buenas prácticas para promocionar la igualdad salarial de hombres y mujeres y sus beneficios; la Estrategia 2010-2015 para la Igualdad entre mujeres y hombres, que incluyó la igualdad retributiva como uno de los objetivos principales a conseguir por la Unión y apostó por la mejora de la «transparencia de los sistemas salariales». Pero no solo. Hizo hincapié en la importancia de una mayor participación de las mujeres en el empleo promoviendo medidas eficaces para asegurar un justo equilibrio de los tiempos dedicados al trabajo y a la vida personal y familiar, y dio importancia a las políticas públicas de familia tales como las guarderías públicas, entre otras. Pero, también, la Comisión se comprometió a apoyar y fomentar medidas que permitiesen colaborar con el sector privado (con las empresas) para conseguir aumentar el número de mujeres en puestos de dirección, mando y toma de decisiones; la Estrategia “Europa 2020” para el Empleo, aprobada en 2010 asumió esa finalidad de crecimiento económico inteligente y sostenible a largo plazo que tuviese en cuenta el talento de mujeres y de hombres debiendo para ello procurar de eliminar todas las barreras existentes para la participación de las mujeres en el mercado laboral, aumentando en particular la tasa de empleabilidad femenina. En el Informe “Apoyo de la aplicación de la Estrategia 2010-2015 de la Comisión Europea para la igualdad entre mujeres y hombres” de fecha 6-12-2010” la Comisión se comprometía intensificar las medidas para reducir la brecha salarial entre Mujeres y hombres. Merece también ser destacado el Pacto Europeo por la Igualdad de Género 2011-2020 a través del cual el Consejo Europeo pretende reforzar la gobernanza mediante la incorporación de medidas concretas que aseguren la transversalidad de género.

ocupacional, fomentar la puesta en marcha de planes de igualdad por parte de las empresas estén o no obligadas por su derecho interno, promover el justo equilibrio entre la vida laboral y privada de las mujeres, que todavía sostienen la carga de los trabajos donados de cuidados y domésticos y, en especial, garantizar de forma contundente una misma retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

Por su parte, la actual “Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025” reconoce que su objetivo no es otro que conseguir una “Unión de la Igualdad”, presentando nuevos objetivos para avanzar de forma sustancial hacia una Europa más igual, incluyendo actuaciones específicas para reducir las brechas de género.

En junio de 2019, el Consejo Europeo marca la igualdad salarial en la agenda europea e interpela a la Comisión Europea para que elaboren esas medidas concretas vinculantes destinadas a aumentar la transparencia de las retribuciones que acaben con la persistente aplicación fallida del derecho fundamental a la igualdad de retribución y garanticen su igual aplicación en toda la Unión Europea.

La Comisión Europea recoge el guante y presenta a principios de marzo de 2021 una Propuesta de Directiva sobre transparencia retributiva¹¹ que incluye medidas de transparencia específicas con las que pretende lograr definitivamente que las europeas y los europeos reciban la misma retribución por realizar un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Con esta Propuesta de Directiva, la Unión Europea reconoce expresamente que, a pesar de la existencia de un acervo normativo amplio y consolidado respecto del principio de igualdad de retribución, la falta de transparencia empresarial en esta materia figura como uno de los principales factores explicativos de la falta de cumplimiento efectivo de este derecho ya que la ausencia legal de instrumentos de transparencia concretos y preceptivos ha permitido a las empresas una ocultación de los datos relativos a los salarios de su plantilla y, con ella, la reproducción de las desigualdades retributivas entre los sexos¹². Con el objetivo declarado de combatir esta discriminación por género en la retribución, esta propuesta de directiva sobre transparencia salarial contempla la posibilidad, entre otras medidas, de sancionar a aquellos que incumplan la igualdad salarial en los centros de trabajo, pero acepta como “válido” hasta un 5% de brecha salarial. Todo está por ver.

La Comisión Europea propone este texto legal transcurrido un año de pandemia de COVID-19 que, como decía al inicio, ha intensificado las desigualdades salariales entre los sexos y ha evidenciado que la existencia de la brecha de género salarial tiene gran repercusión a largo plazo en la vida de las trabajadoras, traduciéndose en una brecha de género de las pensiones y aumentando, en definitiva, las probabilidades femeninas de caer en la pobreza.

¹¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de marzo de 2021, 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 cumplimiento (2021/0050/(COD)).

¹² Vid. Contexto de la Propuesta: motivaciones de la Propuesta.

Vemos cómo el objetivo de la acción de transparencia de la Unión es, por lo tanto, reforzar, mejorar y aumentar los instrumentos a través de los cuales los Estados miembros venían aplicando el derecho a la igualdad de salarios de trabajos equivalentes habida cuenta de que, tras las últimas evaluaciones de la Comisión (2020) e informes se constata cómo muchos Estados miembros adolecen en la actualidad de una falta evidente de transparencia retributiva que impide o, cuanto menos, dificulta la efectividad del principio de igualdad de las retribuciones entre mujeres y hombres. La finalidad no es otra que la fijación de nuevos mecanismos de transparencia que permitan la detección en tiempo y forma de las discriminaciones por razón de sexo en los sistemas salariales y, como es natural, su consecuente y rápida corrección.

Entre las herramientas de transparencia que la Comisión Europea propone para que dirección y plantilla puedan hacer frente a la discriminación en el trabajo encontramos la preceptiva información empresarial previa a la contratación laboral de cualquier persona sobre los términos exactos de su salario y sobre el índice de brecha de género salarial detectado en su empresa. En segundo lugar, la propuesta refuerza los instrumentos a partir de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer valer sus derechos, facilitando, en este sentido, el acceso a la justicia. En tercer lugar, el nuevo texto impide a la dirección de las empresas un requerimiento sobre el historial salarial a quienes se presenten a un proceso de selección. Además, es importante destacar que la norma exige al empresario la facilitación de la información retributiva de forma anonimizada a cualquier persona que preste servicios en su organización y así lo solicite.

En último término, la Propuesta de Directiva adopta una serie de criterios de naturaleza resarcitoria al prever que toda persona que sea efectivamente discriminada por motivos salariales tendrá derecho a ser compensada, es decir, tendrá derecho a percibir una indemnización. El objeto de esta reparación, que debe ser integral, disuasoria y proporcional al perjuicio económico sufrido, es compensar a la trabajadora discriminada por las ganancias dejadas de percibir y por los daños sufridos, restituyéndola a la situación en la que se hubiera encontrado en caso de no haberse vulnerado su derecho a la igualdad de retribuciones desde una perspectiva de género. La norma subraya la importancia de la integridad de la reparación abarcando esta la pérdida de oportunidades, los intereses de demora que pudieran generarse en su caso y, por supuesto, el daño moral padecido¹³.

Además, para aquellos supuestos en los que se de la conducta discriminatoria, y, por tanto, la infracción, sea reiterada, se interpela a los Estados miembros para que establezcan baremos con sanciones específicas, con una indicación de cuáles son las multas mínimas. Otro aspecto importante de la propuesta es el reforzamiento de la inversión de la carga de la prueba en materia de igualdad y no discriminación al tener que ser las empresas, y no quienes trabajan en ellas, las que demuestren la ausencia de discriminación retributiva. Por último, en atención a los problemas específicos que la situación actual de pandemia genera para las empresas, sobre todo, para las pequeñas y medianas

¹³ Vid. Artículo 14 de la Propuesta de Directiva.

empresas, se establecen mecanismos de proporcionalidad y flexibilidad en la aplicación de las medidas que en el texto se contienen¹⁴.

3. LA POSTURA DE ESPAÑA EN MATERIA DE IGUALDAD RETRIBUTIVA A PARTIR DE LA PRÁCTICA NEGOCIAL

En España, el debate jurídico-político sobre el Principio de Igualdad de trato y de oportunidades y de no discriminación por causa del sexo experimenta avances pero también sufre importantes retrocesos¹⁵, y su construcción y asentamiento jurídico como un derecho fundamental esencial sobre el que pivoten el resto de derechos constitucionales ha sido y es objeto de fuertes discusiones políticas¹⁶.

A pesar de los innegables avances en materia de la igualdad de derechos de mujeres y hombres, la desigualdad de las retribuciones económicas por igual o equivalente trabajo en perjuicio de las mujeres no es sino la constatación del machismo que todavía impregna nuestra sociedad y la negociación colectiva no es, evidentemente, ajena a ello. Existe un importante debate sobre igualdad y no discriminación en el ámbito de los sujetos privados que, como es natural, alcanza las lides de la negociación colectiva¹⁷ que se ha mostrado en la cara y en la cruz de la misma moneda pues, a pesar de su potencialidad como una importante vía para combatir las distintas discriminaciones hacia las mujeres en el ámbito de las relaciones de trabajo, ha podido favorecer, en ocasiones, el mantenimiento de esta discriminación.

Mas, a pesar de una andanza no carente de vaivanes, considero que la negociación colectiva queda configurada en nuestro ordenamiento jurídico laboral en el tiempo actual como un instrumento idóneo para la aplicación del principio de igualdad en las relaciones laborales.

La garantía más genuina de la que gozan las personas trabajadoras en relación con su derecho constitucional a no ser discriminadas por razón de su sexo en materia salarial se traduce en una prohibición taxativa de la discriminación retributiva en el derecho español. Esta prohibición de discriminación salarial en las normas con rango de ley, en los reglamentos, en los convenios colectivos y, también, en los contratos de trabajo constituye la base mínima de prohibición de la discriminación

14 Una vez concluido el proceso parlamentario, los Estados miembros dispondrán de dos años para incorporar la Directiva al ordenamiento jurídico nacional y comunicar los instrumentos pertinentes a la Comisión. Transcurridos ocho años, la Comisión Europea deberá efectuar una evaluación de esta Directiva.

15 Casas Baamonde, M.E., "La igualdad de género en el Estado Constitucional", Op. Cit., pág. 51.

16 Pérez del Río, Teresa, *Mujer e igualdad: estudio en material social y laboral: (la evolución de la normativa y la jurisprudencia comunitarias y la jurisprudencia constitucional, 1994-1998)*, Instituto Andaluz de la Mujer, 1999.

17 Alfonso Mellado, C.L. y Fabregat Monfort, G., "Igualdad y discriminación de género en la negociación colectiva", *Arxius de sociología*, núm. 6, 2002, págs. 113 y ss.

salarial en nuestro país pues se trata de la garantía legal mínima de prohibición de las discriminaciones retributivas de carácter “directo”. Este concepto de “discriminación directa” por razón de sexo contenido en nuestro ordenamiento jurídico social se inspira, como es deducible, en el derecho de la Unión Europea antes analizado.

Ahora bien, como recuerda la doctrina más solvente en la materia, la proscripción de toda discriminación salarial directa no significa que no deban de protegerse de forma específica y excepcional aquellas situaciones donde la condición biológica de la mujeres suponga *per se* un trato diferencial y un consiguiente perjuicio salarial, como son los casos de riesgo durante la gestación, el parto, el posparto, la lactancia y el riesgo durante la lactancia (STJCE de 12 de julio de 1984 [Asunto Hofmann, C-184/83] y STC 173/1994, entre otras)¹⁸. Y es que, como establece el art. 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en lo sucesivo, LOIEMH) todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad constituye un supuesto específico de discriminación directa por razón de sexo y qué duda cabe que el derecho a la igualdad salarial de la trabajadora embarazada, puérpera o lactante resulta vulnerado siempre y en todo caso si se vulnera el precepto antedicho.

El art. 8 y también el 15 de la LOIEMH no son sino la implementación y aplicación de la normativa y la jurisprudencia de la UE sobre discriminación por embarazo consagrada en el art. 2.2c de la Directiva 2006/54, que trae causa de la STJCE de 8 de noviembre de 1990 [Asunto Dekker, C-177/88] que determinó la discriminación directa que suponía la no contratación de una trabajadora embarazada cuando debería constituir un derecho infranqueable y consolidado en nuestro país en la práctica empresarial que ni el embarazo ni el riesgo durante el mismo ningún generen ningún tipo de desequilibrio salarial¹⁹.

Las discriminaciones salariales de tipo directo son visibles y, por lo común, fácilmente detectables habida cuenta de la correlación inmediata entre la medida diferencial injustificada adoptada y el daño causado. Pero, ¿qué sucede cuando la discriminación salarial no es directa?, ¿a qué tipo de situaciones nos estamos refiriendo? Es más común de lo que a priori puede parecer la proliferación de situaciones aparentemente neutras que esconden prácticas constitutivas de una auténtica discriminación salarial por razón de sexo²⁰.

18 Rodríguez González, S., La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico, Bomarzo, Albacete, 2020, pág. 214.

19 La STS de 24 de enero de 2017 [Rec. 1902/2015] es un claro ejemplo que evidencia cómo cuando se trata de la percepción de retribuciones de carácter no consolidable la desprotección de la trabajadora embarazada en todavía mayor. El fallo de la sentencia reconoce el derecho de una médica interna residente en un hospital público a recuperar con carácter retroactivo las cuantías salariales correspondiente a todas las guardias que no pudo realizar durante su situación de riesgo durante el embarazo.

20 Ballester Pastor, M.A., La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo, Bomarzo, Albacete, 2018, pág. 36.

Ya en los años ochenta, la Unión Europea mostró su preocupación por estas conductas formalmente ecuanímes, e incorporó una primera definición de discriminación indirecta al decir que existirá toda vez que una práctica aparentemente neutral perjudique de un modo desproporcionado a las personas de uno u otro sexo (art. 5 de la propuesta de Directiva de 24 de mayo de 1988). A partir de ahí, la normativa europea (Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre, relativa a la inversión de la carga de la prueba, en el art. 2.2.) y la española (LOIEMH, en su art. 6.2.) han blindado el derecho al desempeño de un empleo sin sufrir discriminaciones de tipo indirecto al prohibir expresamente disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutros que pongan a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, a excepción de los casos en que esas disposiciones, criterios o prácticas puedan justificarse “de forma objetiva” en atención a una “finalidad legítima” y que “los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

En este orden de consideraciones, y sin perjuicio de esta protección formal en el plano europeo y en nuestro ordenamiento interno, los datos oficiales muestran cómo queda todavía un largo camino por recorrer para erradicar de manera real y efectiva este tipo de conductas constitutivas de una discriminación retributiva inaceptable, que se naturaliza y expande como consecuencia de su naturaleza silenciosa y encubierta. Estos criterios y prácticas profesionales formalmente igualitarios son igual de discriminatorios en sus efectos que los que discriminan de forma directa a las trabajadoras y el perjuicio que causan puede ser, incluso, mayor. La apreciación de la discriminación indirecta se complejiza en tanto en cuanto requiere la comprobación y evaluación estadística de las consecuencias nocivas que genera la medida “neutra”, comparando los efectos por grupos y categorías. Esta necesaria huida de la valoración del perjuicio a nivel únicamente individual dificulta su definitiva constatación. Recordemos los instrumentos que tanto la normativa europea como la española incluyen para excluir de la prohibición de discriminación indirecta una disposición, una práctica o un criterio que sitúe en una situación de desventaja a una persona de un sexo respecto a una del otro: justificación objetivable, finalidad legítima y proporcionalidad de los medios.

Así las cosas, necesitamos responder en este punto del análisis a la pregunta lanzada previamente: ¿a qué tipo de situaciones nos referimos cuando hablamos de discriminaciones salariales indirectas? Hemos visto, de forma muy breve, cómo la situación biológica de las trabajadoras (embarazo y maternidad) genera toda una serie de discriminaciones de tipo directo. Ahora, debemos de responder a la pregunta de si los trabajos de cuidados vitalicios que supone traer una criatura al mundo provocan discriminaciones retributivas indirectas en perjuicio de las mujeres. Expertas en esta problemática aseguran que así es²¹. Las dificultades para pactar adaptaciones de jornada con las empresas y la irremediable opción involuntaria por reducciones de jornada y excedencias por parte de las trabajadoras en una proporción significativamente mayor a la de los varones origina una pérdida salarial real en perjuicio de ellas que solo puede ser considerada una discriminación retributiva.

Por lo tanto, los trabajos de cuidados, hoy por hoy feminizados, penalizan a las trabajadoras que

21 Sáez Lara, C., “Igualdad de retribución por razón de género y prohibición de discriminación por embarazo y maternidad”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2018, págs. 688 y ss.

ven mermado su poder adquisitivo y lastrada su promoción profesional, lo que, a la postre, acrecienta la pérdida salarial, constituyendo un supuesto innegable de discriminación retributiva de carácter indirecto. Si bien, en el presente trabajo centraremos el análisis en la discriminación indirecta que trae causa de la incorrecta valoración de los puestos de trabajo.

La estructuración laboral se concreta a través de diferentes sistemas y criterios clasificatorios cuya función ha de ser la ordenación imparcial y ecuaníme de la prestación del trabajo subordinado para lo que deberán estar basados, en todo caso, en indicadores que tomen como referencia el principio informador de a igual trabajo, igual valoración y a igual valoración, igual categoría²². Sin embargo, la doctrina laboralista más relevante viene denunciando cómo buena parte de los supuestos discriminatorios en materia salarial se producen precisamente a partir de los sistemas y de los criterios de clasificación profesional²³.

Pero, vayamos por partes. ¿Qué implica clasificar el trabajo? Según el Diccionario de la RAE, clasificar significa “ordenar y disponer por clases”. Así pues, la función de la clasificación profesional es, con carácter general, la ordenación del trabajo “por clases”. Por lo tanto, la clasificación profesional es una categoría jurídica ensamblada con la división del trabajo que debería garantizar que dicha estructuración del trabajo se sustenta sobre sólidos parámetros objetivos que aseguran una neutralidad desde el punto de vista del sexo y del género.

La sistematización y concreción de estas categorías, grupos, funciones y niveles profesionales tanto a nivel contractual como convencional deben ser en la práctica un muro de contención fuerte a un uso abusivo por parte del empleador o empleadora de sus amplias facultades directivas ya que a través de los sistemas y criterios clasificatorios la persona que ostente la dirección de la empresa no podrá asignar tareas más allá de la categoría laboral convenida. Ahora bien, debemos recordar que tanto la clasificación profesional (art. 22 ET) como la movilidad funcional (art. 39 ET) constituyen el corazón del poder de dirección empresarial. La clasificación representa el aspecto estático de la ordenación del trabajo a partir de la determinación de distintas categorías, grupos, funciones y niveles retributivos y la movilidad funcional permite su dinamicidad²⁴.

Así las cosas, es absolutamente necesario que la prohibición de discriminación por razón de sexo opere realmente como límite a la libre discrecionalidad empresarial respecto de su *ius variandi* en materia de retribución y de promoción profesionales, como condiciones de especial sustancialidad dentro del abanico de condiciones laborales que quedaron, por cierto, a merced de la dirección de la empresa por mor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Reforma laboral.

22 Alemán Páez, F., Consideración teóricas sobre los elementos de la clasificación y los sistemas de encuadramiento: hacia una comprensión político-estructural de los sesgos discriminatorios por razón de sexo y género, AAVV (Dir. Garrigues, A.), Reus, 2017, pág. 21.

23 Pérez del Río, T., El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el derecho del trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984; Quintanilla Navarro, B., Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo, Marcial Pons, 1996, pág. 190; Alemán Páez, F., “El encuadramiento profesional”, Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, págs. 59 y ss.

24 Valdés de la Vega, B., La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral, Trotta, 1997.

CRITERIOS Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Sea como fuere, si la determinación de las categorías laborales no se ha llevado a cabo conforme a verdaderos criterios objetivos y neutros ello abrirá la puerta a desigualdades por causa del sexo que probablemente se traduzcan, como así sucede, en discriminaciones indirectas en perjuicio de las mujeres. Y es que, entre los criterios y sistemas de valoración de los grupos y categorías laborales se observa todavía cierta resistencia de la negociación colectiva a acabar con la tradicional estereotipia subyacente en la acción de fijación de estos criterios clasificatorios.

Las consideraciones descritas hasta ahora evidencian cómo la clasificación profesional de las trabajadoras y los trabajadores en diferentes grupos y categorías laborales es una institución jurídico-laboral que cumple una función central en la organización del trabajo subordinado pues de ella depende el trato justo de mujeres y hombres según determinadas condiciones personales y sociales irrenunciables.

La clasificación laboral es, en definitiva, el eje medidor a partir del cual cada persona trabajadora tendrá un sistema retributivo determinado. Y como la ordenación salarial se ejecuta en base a la clasificación profesional, resulta una institución clave a la hora de acabar con la brecha salarial entre mujeres y hombres.

Hasta finales del siglo pasado, la negociación colectiva ha prestado poca atención a las cuestiones relativas a la igualdad entre mujeres y hombres. El número de convenios colectivos hasta 2007 que contienen cláusulas referidas a la prevención de las discriminaciones hacia las mujeres en el acceso al empleo, en la clasificación profesional y en las condiciones de trabajo, en particular, las salariales no es precisamente elevado. Con ello no quiero decir que la preocupación de la negociación colectiva se sitúe únicamente a partir del año 2007. Sin embargo, es un hecho que lo preceptuado por la LOIEMH en este sentido condujo a una mejor y mayor atención por parte de la negociación colectiva al problema de la discriminación retributiva entre trabajadoras y trabajadores.

Las discriminaciones indirectas traspasan los sistemas de clasificación profesional, la metodología de valoración de los puestos de trabajo y las reglas de promoción profesional al primar valores asociados a la distribución estereotipada del lugar que mujeres y hombres debemos ocupar en la vida, en general, y en el trabajo, en particular.

La observación empírica en base a un cotejo analítico convencional en las últimas décadas del pasado siglo y en los albores del siglo XXI llama la atención sobre la existencia de importantes inercias respecto de la forma en la que se venían valorando los puestos de trabajo y fijando las retribuciones. Los factores a partir de los cuales se diseñan los sistemas de clasificación profesional beben del propio sistema patriarcal en el que vivimos, mostrándose como un obstáculo al alcance de la plena y real igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el marco de las relaciones laborales.

El año 2007 supuso un punto de inflexión importante en la negociación colectiva de convenios que contuviesen medidas que diesen cumplimiento real al derecho humano fundamental que es la igualdad de trato y de oportunidades y la no discriminación por razón de sexo a propósito de la relación laboral. La LOIEMH consiguió la integración de la dimensión de género en la totalidad de los ámbitos jurídicos y articuló un nuevo marco normativo donde se reconoce a la negociación colectiva

como una herramienta idónea para el establecimiento de medidas de acción positiva que favoreciesen el acceso de las mujeres al empleo y que permitiesen la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres, reforzando de forma sustancial lo preceptuado en el art. 14 de nuestra Carta Magna. El art. 43 LOIEMH conseguiría dotar de cierto dinamismo a una negociación colectiva que había permanecido en parte silente en lo relativo a la igualdad de los sexos en asuntos de retribución, para que se ocupase y (pre)ocupase por que acceso de las mujeres y los hombres a los trabajos, sus condiciones de desarrollo y su promoción se realizase en auténticas condiciones de igualdad.

La LOIEMH es una norma ambiciosa que se proyecta no solo en el plano jurídico sino sobre los diferentes ámbitos sociales, incardinando su aplicación en las relaciones del trabajo como un objetivo destacado. Y para corregir la apremiante desigualdad que existe en el ámbito de las relaciones laborales se apoya en la negociación colectiva dejando que sean las partes las que libremente acuerden el contenido de los planes de igualdad. Por tanto, no cabe duda de que la LOIEMH otorga a la negociación colectiva un papel esencial en la lucha por la igualdad real de las condiciones laborales de mujeres y hombres y, en particular, en lo que se refiere a la igualdad salarial, evidenciando la esencialidad de la clasificación profesional como elemento determinante no solo en la retribución sino también en la promoción profesional²⁵.

A partir de esa fecha, se comienzan a incluir en la negociación de los convenios colectivos y en la negociación de los primeros planes de igualdad dos cuestiones relativas al derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres en el trabajo que acapararán toda la atención negocial en una primera etapa. De un lado, se (re)formula la conciliación de la vida personal, familiar y laboral como aspecto a tener en cuenta en la concreción convencional del tiempo de trabajo de las personas trabajadoras, aspecto que toma fuerza transcurrida casi una década desde la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. De otro lado, se traslada el mandato legal respecto de la elaboración y aplicación de los planes de igualdad a la negociación colectiva sectorial en consideración de su importancia para lograr la igualdad material de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas, a la sazón, las de más de doscientas cincuenta personas en plantilla.

Los planes de igualdad constituyen claramente la principal novedad de la LOIEMH, configurándose como una suerte de especialización de la negociación colectiva y un instrumento clave para contribuir de forma eficaz a la reducción de las desigualdades salariales entre mujeres y hombres. Si bien, la referencia a la negociación colectiva a través de los planes de igualdad en las empresas no es unívoca ya que se comparte con técnicas de responsabilidad social corporativa.

No obstante, el protagonismo de las cláusulas relativas a la clasificación profesional en los convenios colectivos no fue el esperado aun a pesar de la aprobación de la LOIEMH, de que esta fue-

²⁵ Garrigues Jiménez, Amparo (Dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva: un análisis multi e intersectorial*, Reus, 2017, pág. 13.

se contenido esencial de los planes de igualdad y de que la doctrina académica y jurisprudencial coincidiese en reconocer que la discriminación salarial hallaba allí, en los sistemas de clasificación profesional, su más destacado aliado, alertando de la perversión que suponía la existencia de estas discriminaciones indirectas o “directas ocultas” en el seno de los sistemas y criterios de clasificación profesional²⁶.

Según se aprecia, las pocas referencias a la discriminación en los convenios colectivos post 2007 que alberga la clasificación profesional tienen que ver con la discriminación del lenguaje al nombrar las categorías profesionales que se muestran claramente estereotipadas. Naturalmente, la crisis financiera mundial iniciada en 2007-2008 y las reformas laborales acaecidas en España entre 2010 y 2012, sobre todo y fundamentalmente la introducida por Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, tienen una repercusión directa en la materia que nos ocupa que escapan del objeto de estudio del presente trabajo pero que no debemos olvidar.

Ya en el año 2015, las principales organizaciones sindicales y empresariales de nuestro país suscribían el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2015-2017. Menciono este tercer AENC porque me parece importante que ponga el acento en el aumento significativo de la desigualdad de género en el empleo y en una preocupante apertura de la brecha salarial de género y que reconozca expresamente que “el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo se debe configurar como un objetivo fundamental de la negociación colectiva”. De acuerdo con este planteamiento, no es de extrañar que este tercer acuerdo haga hincapié, al fin, en la necesaria introducción de ciertos criterios en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres que sean al fin tenidos en cuenta a la hora de negociar los convenios colectivos, entre otros: incorporación de cláusulas de acción positiva en pro de la igualdad real y efectiva; establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación que respeten el Principio de igualdad; eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional y subsanación de las diferencias retributivas por causa del sexo y del género.

En este orden de consideraciones, me parece importante vindicar que las Cláusulas de Garantía Salarial que albergan estos acuerdos sean vistas por los agentes sociales implicados como un instrumento que no solo asegure el poder adquisitivo de la clase trabajadora desde un punto de vista neutro sino que ayude a las mujeres a recuperar su capacidad económica, dañada durante tantas décadas.

Y así, tras este recorrido, llegamos a la aprobación Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación²⁷, que es el que luego desarrollan los reglamentos 901 y 902 que analizaremos *a posteriori*. Este Real Decreto-ley pone encima de la mesa los discretos resultados de la aplicación de las medidas contempladas en la LOIEMH, medidas que considera “de naturaleza fun-

²⁶ Lousada Arochena, J.F. (Dir.), El principio de igualdad en la negociación colectiva, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, págs. 191 y ss.

²⁷ Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE 07.03.2019).

damentalmente promocional o de fomento”, y reconoce la persistencia de unas “desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres”²⁸, resultando necesaria la elaboración de un nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de trato con base a los arts 9.2 y 14 de nuestra Carta Magna.

El Real Decreto-ley 6/2019 parte de la premisa de que la situación de desigualdad por razón de género es visible, sobre todo, en la brecha salarial, que no ha sido reducida en los últimos años, considerándola el paradigma de la violencia hacia las mujeres en el ámbito de las relaciones laborales en la medida en que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación que vulnera sus derechos fundamentales y ello exige una actuación urgente por parte del Estado. Esta ley reconoce de forma categórica que el derecho a la igualdad de oportunidades entre los sexos supone su equiparación en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones de tal forma que existan las condiciones necesarias para que su igualdad sea efectiva en el empleo y la ocupación.

A tal fin, el Real Decreto-ley 6/2019 contiene siete artículos que se corresponden con la modificación de siete leyes cuyo impacto en la igualdad entre mujeres y hombres es directo. De estas modificaciones, interesa en este trabajo destacar la operada en el artículo 45.2 LOIEMH referido al deber de las empresas que tengan más de cincuenta personas en plantilla de elaborar y aplicar un plan de igualdad que deberá ser en todo caso objeto de negociación. Pero es que también deberá ser ahora negociado el diagnóstico de situación previo y en sus contenidos habrá de incluirse una auditoria salarial entre mujeres y hombres. Asimismo, se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General del Trabajo de Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas quedando las empresas obligadas a inscribir en él sus planes de igualdad.

Igualmente significativo a los efectos del presente trabajo es el nuevo artículo 9.3 ET que establece que en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, la persona trabajadora tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor. Por su parte, el artículo 28 ET reconoce expresamente la igualdad de remuneración por razón de sexo y obliga al empresariado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución. Además, el citado precepto aporta acertadamente una definición de trabajos de igual valor que analizaremos más adelante en consonancia con lo preceptuado por el Real Decreto 902/2020. El referido precepto obliga a las empresas a elaborar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, siempre de forma desagregada, por sexos, y distribuida por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Conviene, en este punto, alertar de la importancia de incluir de forma taxativa y rigurosa los valores medios de los complementos salariales pues su desatención ha provocado, en buena medida, el

28 Exposición de Motivos del Real Decreto 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

“refuerzo” e, incluso, la elevación de la brecha salarial entre mujeres y hombres. Esto es así, en tanto en cuanto, según los datos oficiales, las mujeres cobran menos en concepto de complementos salariales lo que hace que esta brecha se sitúe en torno al 16% si se computa únicamente el salario base, pero que se incremente hasta el 26% si se analizan los complementos salariales percibidos por cada uno de los sexos²⁹.

De igual forma, se modifica el artículo 64.3 ET para reconocer el derecho de las personas trabajadoras a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro antedicho (artículo 28.2 ET) y los datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo. Asimismo, se encomienda al comité de empresa el ejercicio de una labor de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, especialmente en materia salarial.

En este escenario, un año más tarde de la entrada en vigor del precitado Real Decreto-ley, el Consejo de Ministras y Ministros aprueba dos importantes normas en la lucha contra la discriminación salarial indirecta: los Reales Decretos 901 y 902, de 13 de octubre de 2020. Estos dos reglamentos suponen su desarrollo reglamentario en las dos cuestiones clave: planes de igualdad y transparencia retributiva, dotando a nuestro ordenamiento jurídico de medidas específicas para procurar que la efectividad del principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres en el marco de las relaciones de trabajo pueda ser una realidad más pronto que tarde. Se trata de medidas y criterios concretos que sin duda dificultan las posibilidades de considerar el sexo o los enfoques estereotipados basados en el género a la hora de fijar criterios retributivos.

Por lo tanto, se trata de dos reglamentos que vienen a desarrollar aspectos esenciales de la normativa de igualdad vigente en nuestro país, es decir, la LOIEMH 3/2007 y el Real Decreto-ley 6/2019 y reviste especial importancia que sean fruto del diálogo social entre el gobierno, a través de los Ministerios de Trabajo y de Igualdad, y las organizaciones sindicales más representativas.

Resulta conveniente reparar en el hecho de que los epígrafes que siguen guardan una absoluta relación causa-efecto en la medida en que la clasificación profesional es contenido esencial de los planes de igualdad de las empresas y en que la incorrecta clasificación de los grupos y sistemas profesionales y una sesgada valoración de los puestos de trabajo la combinación perfecta para que pueda perpetuarse sutilmente la brecha salarial en perjuicio del sexo femenino. Dicho esto, y sin perjuicio de algunas consideraciones conjuntas, trataremos de analizar separadamente ambas normas y las medidas que contienen.

29 INE. Encuesta cuatrienal de estructura salarial. Composición del salario bruto mensual. Datos correspondientes al año 2020 (últimos publicados). Puede consultarse en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177025&menu=ultiDatos&idp=1254735976596

4. LOS PLANES DE IGUALDAD: SU IMPULSO A TRAVÉS DEL REAL DECRETO 901/2020

Como avanzábamos, los planes de igualdad serían en el año 2007 la gran apuesta del legislador de la LOIEMH para conseguir una mejora notoria en las condiciones laborales de las trabajadoras de este país. El fin último de los planes de igualdad creados con la LOIEMH era acabar con la discriminación laboral por razón de sexo cuyo exponente más claro era y es, como ya se ha señalado, la brecha salarial. Una discriminación salarial que podría ser definida como “la parte de esa diferencia que no queda justificada por una distinta aportación de valor en el desempeño de un trabajo igual o de igual valor y que solo puede ser explicada en función del sexo de la persona que lo realiza³⁰. Se trata de una brecha en la que no olvidemos influye todo un conjunto de discriminaciones hacia las mujeres que se dan cita en el mercado de trabajo todavía en pleno siglo XXI: altas tasas de parcialidad, temporalidad y rotación en el empleo, infravaloración, segregación horizontal, segregación vertical y falta de corresponsabilidad familiar, empresarial y social y estatal, entre otras.

En este orden de consideraciones, y transcurridas casi dos décadas desde la entrada en vigor en España de la LOIEMH, estamos en condiciones de valorar su impacto real en las brechas laborales, afirmando que no ha sido precisamente el esperado. Las cuestiones, dudas y lagunas legislativas encontradas por los responsables de su efectivo cumplimiento, esto es, los agentes sociales, impidieron el logro de “auténticos planes de igualdad”³¹. Así las cosas, el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro (en adelante, RD 901/2020)³² declara de forma expresa que su finalidad es precisamente la mejora y el fortalecimiento de la regulación de los planes de igualdad, incluido su registro. La nueva regulación de los planes de igualdad viene a corregir buena parte de las deficiencias advertidas en este dilatado periodo de funcionamiento de los planes de igualdad puestos en marcha de acuerdo con las reglas y requisitos previstos en la LOIEMH.

Desde el 1 de marzo de 2019, en virtud del Real Decreto-ley 6/2019 analizado *supra*, las empresas con cincuenta personas en plantilla (con inclusión de las personas trabajadoras que hayan sido puestas a disposición por empresas de trabajo temporal) quedaban obligadas a negociar, elaborar e implementar un plan de igualdad. Aun reconociendo que esta extensión de la exigencia de negociación de los planes de las empresas que tengan doscientas cincuenta personas en plantilla a las

30 Plan estratégico de igualdad de oportunidades (años 2014-2016).

31 Serrano Gil, J.M., “La nueva regulación de los planes de igualdad, en AA.VV. (Dir. Nieto Rojas, P.) Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa, Dykinson, Madrid, 2021, pág. 48.

32 Real Decreto 901/2020 de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro (BOE 14.10.2020), que modifica, a su vez, el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE 12.06.2010) tiene como finalidad la mejora y el fortalecimiento de la regulación de los planes de igualdad y también su registro, modificándose a tal efecto, también, el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE 12.06.2010).

que tengan cincuenta no es baladí, no tiene ninguna razón de ser condicionar por más tiempo la efectividad práctica de un derecho fundamental tan importante como es la igualdad a la dimensión de los lugares donde se despliega.

En este sentido, primero de todo, cabe destacar que el RD 901/2020 obliga de forma directa a las empresas a cumplir fielmente con el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el empleo, independientemente del número de personas en plantilla, al decir expresamente que las empresas debieran adoptar, previa negociación, medidas que eviten la discriminación entre hombre y mujeres y promuevan condiciones de trabajo que impidan situaciones de acoso sexual y de acoso por razón de sexo (art. 2). Ahora bien, ¿no había ordenado la LOIEMH esto mismo en sus arts. 45 a 49?; ¿qué diferencia o mejora aporta este Real Decreto? Efectivamente, desde el año 2007, en virtud de la LOIEMH, se exigía a las empresas la puesta en marcha de medidas tendentes a prevenir o eliminar las diferentes manifestaciones de la discriminación entre los sexos en la empresa.

La mejora se halla, en primer lugar, en la claridad con la que el RD 901/2020 subraya que “todas las empresas”, sin excepción, deben de poner en funcionamiento este tipo de medidas antidiscriminatorias, más allá del acoso. Por lo tanto, desde octubre de 2020 podemos afirmar que todas las personas, trabajen donde trabajen, gozan de protección frente a las discriminaciones laborales desde una perspectiva de sexo.

Naturalmente, existe una diferencia significativa entre trabajar en una empresa que haya negociado un plan de igualdad y en una que no. La protección mencionada no es la misma. Las garantías que la efectiva aplicación de un plan de igualdad por parte de la empresa supone para las personas que prestan servicios en ella marca esa diferencia. Es por ello que no parece que tenga sentido alguno seguir condicionando el derecho a la igualdad de trato y oportunidades en la empresa a su dimensión, sobre todo en un país cuyo tejido empresarial está formado fundamentalmente por pequeñas empresas³³.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene subrayar que tener una dimensión inferior a las cincuenta personas en plantilla que exige la normativa vigente no impide a las empresas decidir *motu proprio* la adopción de un plan de igualdad. Esta iniciativa empresarial supondría un cambio sustancial en el escenario presente, habida cuenta de que los planes de igualdad que nos seguimos encontrando son los obligatorios, bien por la dimensión descrita, bien por exigencia expresa del convenio colectivo que le sea de aplicación o como conmuta de una sanción por parte de Inspección de Trabajo. De hecho, desde marzo de 2007, estas eran las dos únicas vías por las que las empresas españolas que no tenían la obligación legal de adoptar un plan (recordemos: empresas de más de 250 trabajadoras en un país con un 99,8% de pequeñas empresas) podían quedar dentro del ámbito objetivo de la ley.

Queda patente la importancia de comprobar si una empresa cumple o no con el referido requisito legal (número de personas trabajadoras en plantilla). Por lo tanto, resultaba necesario que la

³³ En España, las pymes suponen el 99,8% de las empresas, representan poco más del 62% del Valor Añadido Bruto (VAB) y el 66% del empleo empresarial total. Véase los datos en: <https://industria.gob.es/es-es/Servicios/MarcoEstrategicoPYME/Marco%20Estrat%C3%A9gico%20PYME.pdf>

normativa española determinara sin ambages cuándo se debe hacer ese cómputo, su periodo de validez y, por supuesto, quiénes son los sujetos legitimados para ello.

Estos interrogantes han sido resueltos con buen criterio por el RD 901/2020. Así, por ejemplo, en relación con el momento en el que contabilizar el número de personas trabajadoras de cada empresa, la norma establece el último día del mes de junio y del mes de diciembre para los supuestos en los que una empresa no lo haya llevado a cabo, bien *motu proprio*, bien a instancia de la RLT. Esta cierta periodicidad en el “(re)cálculo” es fundamental porque saber con certeza que el número de personas en plantilla supera el umbral descrito va a determinar la exigencia inmediata de negociación de un plan de igualdad. La cuestión plantea una problemática mayor. Esto es, determinar quienes están legitimados para solicitarlo puede parecer sencillo, a priori, pues lo razonable es pensar que esta facultad le pertenece, por supuesto, a quien la tiene para negociar, es decir, la RLT. Sin embargo, no en todas las empresas va a existir esta representación legal de la clase trabajadora y en todos esos casos el asunto se complejiza ya que parece ineluctable que gocen de legitimación para exigir a la empresa el cumplimiento de este deber los sindicatos más representativos a nivel estatal o del sector en cuestión, que son los sindicatos precisamente los sindicatos legitimados para formar parte de la comisión negociadora, que, a continuación, veremos, la Inspección de Trabajo o el órgano judicial previa denuncia por parte de los propios trabajadores y trabajadoras del incumplimiento empresarial en este sentido³⁴.

Mencionábamos, también, la necesidad de resolver las dudas en relación con el periodo de validez de este cómputo y ello importa en la medida en que podría ocurrir que el número de personas trabajadoras se aminore una vez se hayan iniciado las negociaciones para suscribir el plan de igualdad. La norma dispone que esta posibilidad no interferirá en la obligación de negociar el plan, como tampoco lo hará una disminución de la plantilla de una empresa por debajo de las cincuenta personas durante toda la vigencia del plan, en todo caso, cuatro años.

Resueltas estas dudas, es hora de centrarnos en la obligación de “negociar” un plan de igualdad. Este aspecto es crucial. No es sino a partir de la entrada en vigor del RD 901/2020 que los planes de igualdad han de ser obligatoriamente “negociados” entre la representación legal de la empresa y los sindicatos o la representación legal de las personas trabajadoras en la empresa. A tal fin, deberá constituirse una comisión negociadora en la que habrán de estar representadas las empresas y las personas trabajadoras de forma paritaria, a través de sus representantes legales. Como es natural, la presencia suficiente de ambas partes en el órgano negociador pretende, de un lado, compensar la asimetría de poder entre la dirección de la empresa y su población asalariada y, de otro, solventar la falta de bilateralidad de los acuerdos colectivos, entre otras cuestiones.

En este orden de consideraciones, nos encontramos, de nuevo, con diversos escenarios. El primero, si en la empresa hay comité de empresa, delegadas y delegados de personal o secciones sindicales, en cuyo caso, serán estos quienes, como regla general, participen en la comisión negociadora

34 Serrano Gil, J.M., “La nueva regulación de los planes de igualdad”, Op. Cit., pág. 51.

del plan de igualdad. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el artículo 5 del Real Decreto 901/2020 establece que, en todo caso, si las secciones sindicales suman la mayoría de los miembros del comité de empresa o la mayoría entre las delegadas y delegados de personal y acuerdan su intervención en la negociación del plan esta les corresponde (todo ello en relación con las reglas del art. 89 ET o del 87 ET si se trata de grupos de empresa).

El segundo escenario se presentaría a partir del elemento “dimensión de la empresa”, esto es, ante la ausencia en la empresa de las referidas representaciones legales de las personas trabajadoras. En este caso, el art. 5.3 del reglamento prevé la creación de una comisión negociadora, cuya composición de la parte social correspondería a los sindicatos más representativos y a los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca esa empresa que no son otros que los que ostenten legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable. Esta comisión se denominará comisión sindical. Esta representación sindical naturalmente deberá ser proporcional a la representatividad en el sector de actividad al que pertenezca la empresa y habrá de garantizarse la presencia en la comisión negociadora de todos los sindicatos legitimados que respondan a la convocatoria en tiempo y forma³⁵.

La previsión por parte del Real Decreto 901/2020 de legitimación negociadora a los sindicatos más representativos o más representativos del sector en aquellos supuestos en los que no exista en la empresa ni Comité de empresa, ni delegadas o delegados de personal, ni secciones sindicales ha recibido la oposición de la patronal³⁶. Desde un primer momento, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (en adelante, CEOE) se postuló para que en aquellas empresas donde no existiese ningún tipo de representación legal de las personas trabajadoras fueran estas quienes, constituidas en comisiones *ad hoc*, negociasen los planes de igualdad por la parte social en estos casos. La postura de CEOE en contra del reconocimiento de la representación democrática de los sindicatos en nuestro país ha llegado hasta el punto de impugnar el Real Decreto 901 ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. La patronal solicitaba la nulidad del art. 5.3, precepto por el cual se otorga a los sindicatos más representativos y a los sindicatos más representativos del sector la representación legal de las personas trabajadoras en aquellas empresas en las que, en ausencia de elecciones sindicales, no existan comités de empresa o delegados/as de personal.

Recientemente, el Alto Tribunal ha dado su respaldo al Reglamento de los planes de igualdad desestimando el recurso interpuesto por la CEOE en 2020 contra el RD 901/2020 en Sentencia de 28 de marzo de 2022³⁷, confirmando que los sindicatos más representativos y representativos del sector están legitimados para negociar los planes de igualdad. El Tribunal Supremo rechaza la infracción del principio de reserva de ley denunciada en tanto en cuanto el citado art. 5.3 traslada y adapta las

35 Con ello se evita que se aplique la regla de la “comisión ad hoc” del art. 41.4 a) ET, un tema central que por su importancia y complejidad será analizado en un futuro trabajo.

36 Vid. Artículo 53 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, sobre planes de igualdad.

37 ID CENDOJ: 28079130032022100070. Nº de Recurso: 359/2020.

previsiones del ET y de la LOIEMH a la hora de establecer la comisión negociadora. Así, resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el ET en relación con la constitución de la comisión negociadora reconociendo legitimación negocial a las organizaciones sindicales más representativas cuando no existen otros órganos de representación de las personas trabajadoras (arts. 41.4, 88.2 y 87 ET).

Asimismo, el Tribunal Supremo zanja la polémica en torno a otros asuntos planteados por la CEOE tales como inexistencia una previsión legal para este tipo de comisiones de naturaleza híbrida. El Alto Tribunal afirma que “no puede considerarse carente de previsión legal ni una creación reglamentaria *ex novo* y al margen de la ley, sino la especificación para la negociación de los planes de igualdad de lo que ya se establecía en normas con rango de ley, cumpliendo así esta disposición reglamentaria con lo previsto la función de desarrollo y adaptación de la previsión legal que tiene encomendada por la Disposición Final Primera del Real Decreto Ley 6/2019 de 1 de marzo, la Disposición Final Tercera de la LOIEMH y la Disposición Final Segunda del Estatuto de los Trabajadores”.

El recurso de la CEOE cuestiona también el art. 5.3 del Real Decreto 901/2020 por entender que no especifica que ocurrirá en el supuesto de que ningún sindicato habilitado reglamentariamente responda a la convocatoria para negociar el plan de igualdad. Al respecto, el Tribunal Supremo entiende que esta alegación no implica reproche jurídico alguno, en todo caso una crítica a la efectividad de esta previsión, sin que le corresponda efectuar ni un juicio de oportunidad ni de efectividad de una norma frente a “hipotéticas situaciones futuras”. La patronal critica también que de la aplicación conjunta del párrafo segundo del art. 5.3 del RD 901/2020, en relación con el art. 87.4 del ET podría llegarse al absurdo de que un sindicato mayoritario a nivel de Comunidad Autónoma asumiera la representación de las personas trabajadoras de un centro de trabajo ubicado en otra Comunidad Autónoma en la que no tiene ninguna representación en la medida en que el artículo 5.3 del RD 901/2020 estaría otorgando legitimación para representar a la plantilla de un centro de trabajo a quienes tienen legitimación para negociar un convenio sectorial que pudiera ser estatal, es decir, que estaría utilizando unidades de imputación que no siempre guardan correspondencia. Tampoco en este caso el tribunal considera que se plantee una infracción jurídica que pueda determinar la nulidad de este precepto ya que la representación de las personas trabajadoras tiene cobertura legal y es conforme a derecho.

A hilo de esta sentencia, conviene subrayar una cuestión central: la obligación de negociar un plan de igualdad no nace únicamente si las empresas alcanzan las cincuenta personas en plantilla. No olvidemos que, como señalábamos *supra*, en el año 2007, la LOIEMH preveía tres situaciones en las que una empresa quedaría obligada a elaborar e implementar un plan de igualdad (ahora negociado) que se mantienen: la dimensión, la previsión en el convenio colectivo de aplicación y la sustitución de sanciones.

Sentado lo anterior, cabe mencionar que tanto las empresas que tengan cincuenta personas en plantilla como aquellas otras obligadas por convenio a negociar un plan de igualdad dispondrán de un plazo de tres meses para iniciar el procedimiento de negociación (salvo que en el Convenio Colectivo se disponga un plazo distinto). Si, por el contrario, la negociación, elaboración e implementación del plan de igualdad viene a sustituir las sanciones accesorias impuestas a una empresa en el

marco de un procedimiento sancionador, la nueva norma prevé que en el acuerdo de sustitución se debe establecer el plazo del que disponen estas empresas para iniciar el procedimiento negociador. Sea como fuere, todas las empresas obligadas a negociar un plan de igualdad contarán con el plazo máximo de un año (a contar desde el día siguiente a la finalización del procedimiento negociador) para presentar, al menos, la solicitud de registro de su plan.

Por expreso mandato legal, deben ser negociados con la representación legal de las personas trabajadoras todos y cada uno de los puntos que la norma contempla como contenido básico e irrenunciable de los planes de igualdad de las empresas, entre ellos, la clasificación profesional y las condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 902/2020.

5. LA TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA EN BASE AL REAL DECRETO 902/2020

A la par que el Real Decreto analizado, se aprueba el Real Decreto 902/2020³⁸, centrado en desarrollar un conjunto de medidas de transparencia retributiva dirigidas a combatir la incesante brecha salarial de género en perjuicio de las mujeres y dar cumplimiento efectivo al derecho fundamental a la igualdad de las retribuciones que nos permita dar el salto definitivo de la igualdad formal a igualdad material. El principio de transparencia retributiva tiene por objeto identificar todas las discriminaciones directas e indirectas y particularmente las que se deben a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo, lo que ocurre cuando desempeñado un trabajo de igual valor se perciba un salario inferior sin que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios³⁹.

El principio de transparencia retributiva se erige como un requisito *sine qua non* para dar cumplimiento al principio de igual retribución por trabajo de igual valor y cuya aplicación efectiva se garantizará a través del registro salarial, de la auditoría salarial, del sistema de valoración de puestos de trabajo y de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo de aplicación y del derecho de información de las personas trabajadoras. Estas nuevas herramientas

³⁸ Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE 14.10.2020)

³⁹ Sin entrar en valoraciones, conviene tener presente que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la legislación laboral no impone la igualdad de trato en sentido absoluto, pues el principio de autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede disponer la retribución del trabajador (STC 197/2000). Sería admisible, por tanto, que la empresa abonara una retribución diferente a personas trabajadoras que realizaran unas mismas funciones, salvo en el empleo público, donde la Administración no se rige por el principio de la autonomía de la voluntad, debiendo actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Por lo tanto, ante situaciones iguales, el trato retributivo debe ser necesariamente idéntico (STC 34/2004).

que, o bien introduce, o bien desarrolla, el Real Decreto 902/2020 impedirán o, al menos, dificultarán a las empresas el enmascaramiento de los datos relativos a los salarios de su plantilla.

Antes de continuar con la nueva norma, resulta necesario destacar que la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia aparece como una norma pionera en ordenar a los Estados miembros diferentes fórmulas a través de las cuales deben de dar cumplimiento al principio de igualdad de las retribuciones consagrado en todos los Tratados de la Unión desde hace setenta años, haciendo especial hincapié en la necesidad de que los Estados miembros doten de efectividad práctica a cada derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por sexos (promedios) siempre que lo requiera el trabajador o trabajadora; aseguren la periodicidad de la información sobre los datos salariales entre la empresa y la plantilla; incluyan auditorías salariales obligatorias (con promedios retributivos y explicación detallada de los criterios de valoración de los puestos de trabajo) en las empresas que deberán ponerse a disposición de la representación legal de las personas trabajadoras y, en cuarto y último lugar, debatan las cuestiones referidas a la igualdad de retribución por razón de sexo, con especial atención a las auditorías salariales, en el nivel adecuado de la negociación colectiva⁴⁰.

La Recomendación de 2014 no logró una aplicación más efectiva del principio de igualdad retributiva a través de la transparencia debido a su naturaleza no vinculante y, en definitiva, a su limitada aplicación por parte de los Estados miembros. Así, algunos años más tarde, la Comisión Europea, a través de su Plan de Acción 2017-2019 que lleva por título "Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres", señala la extraordinaria necesidad de introducir nuevas disposiciones legales, esta vez de obligado cumplimiento, que permitan la aplicabilidad directa y efectiva del principio de igualdad de retribución y de oportunidades entre trabajadoras y trabajadores.

Con la entrada en vigor del Real Decreto 902/2020, del mismo modo que debe ser negociado con la representación legal de las personas trabajadoras el contenido del plan de igualdad, debe serlo el diagnóstico previo de situación de la empresa. Este diagnóstico es esencial ya que, por un lado, deberá realizar una descripción de los sistemas y criterios de valoración de los puestos de trabajo⁴¹, de las tareas y de las funciones, y de los sistemas y criterios de clasificación profesional utilizados por grupos o por categorías profesionales y, al mismo tiempo, deberá de analizar la distribución de la plantilla conforme al sistema o criterio de clasificación profesional empleado en la empresa.

Además de contemplarse por expreso mandato legal⁴² el contenido mínimo del diagnóstico de situación de la empresa, la norma atribuye a la nueva auditoría salarial un papel clave como garante de la ausencia de discriminación en las retribuciones de hombres y de mujeres en las empresas obli-

⁴⁰ Así precisamente lo señala, también, el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de Igualdad Retributiva en su Exposición de Motivos.

⁴¹ Vid. Anexo RD 901/2020, de 13 de octubre, sobre planes de igualdad: Punto 3 clasificación profesional, retribuciones y auditorías retributivas

⁴² Artículo 7 del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

gadas a negociar, elaborar y aplicar un plan de igualdad. La obligación para estas empresas de llevar a cabo una auditoría salarial alcanza precisamente y, primero de todo, la realización del diagnóstico de la situación retributiva en estas empresas.

La descripción que en cada diagnóstico previo al plan se haga sobre los sistemas y criterios de valoración de puestos de trabajo y de los sistemas y criterios de clasificación profesional de la empresa en cuestión es fundamental para poder detectar la existencia de discriminaciones por razón de sexo femenino.

Especial atención debe prestarse a la hora de tratar en el diagnóstico los datos e indicadores relativos a los salarios. Para lograr un auténtico canal de información al respecto, las empresas quedarán obligadas a facilitar a la comisión negociadora todos los datos sobre el salario, entendiéndose por tal el salario base, los complementos salariales⁴³, cualquier otra percepción salarial y, también, aunque de forma separada, otros conceptos extrasalariales, si los hubiera.

Como es natural, y de hecho se establece en el Real Decreto 901/2020 analizado en el epígrafe anterior como criterio general aplicable a todas las materias que deberán formar parte del diagnóstico, “todos los datos sobre salarios que las empresas habrán de aportar deberán estar desagregados por sexo”. Y, aunque la norma no especifica nada acerca de la fecha hasta la que la empresa debe facilitar los datos salariales, sería altamente recomendable que la comisión negociadora contase con datos actuales y pasados para poder hacer un estudio con cierta perspectiva histórica de la empresa. Esto permitirá a la comisión tener una idea más completa de la evolución de la empresa en materia de igualdad entre mujeres y hombres y retribuciones en caso de que sea dudosa la razón por la cual se aprecian ciertas diferencias en este sentido entre los trabajadores de uno y otro sexo.

Todas las nuevas medidas incorporadas tanto por el Real Decreto 901/2020 como por el Real Decreto 902/2020 vienen a completar buena parte de las omisiones habidas en el artículo 22.3 ET que, a pesar de la inclusión expresa de una exigencia antidiscriminatoria negociada a partir del año 2010, contenía lagunas de calado.

El artículo 8 del Real Decreto 902/2020 evoca al legislador del 2007 que, como se ha señalado, había dispuesto en su artículo 43 que la negociación colectiva cumpliera un papel decisivo en la protección de las trabajadoras respecto de la discriminación en sus condiciones laborales, especialmente en sus condiciones salariales con respecto a las de sus colegas varones, poniendo de manifiesto, de nuevo, el carácter esencial de la clasificación profesional como elemento determinante tanto en relación con el sistema retributivo como en relación con el sistema de promoción profesional de las personas trabajadoras.

Por lo tanto, resulta absolutamente imprescindible que la evaluación de los puestos de trabajo se realice teniendo en cuenta el mandato expreso dirigido al empresariado, contenido en los arts. 28.1 ET y 4 RD 902/2020, de pagar igual retribución por la prestación de un trabajo de igual valor sin

⁴³ Recuérdese los datos que arroja el INE y la influencia que tiene la valoración de la brecha salarial con o sin complementos salariales (p. 15 del presente trabajo).

que ese pago encierre discriminación por razón de sexo alguna en ningún elemento o condición del salario e independientemente de si este tiene una naturaleza salarial o extrasalarial.

Y para todo ello es fundamental la realización de una auditoría retributiva de puestos de trabajo en los términos previstos en el precitado artículo 8. La pretensión del legislador es precisamente poder realizar una evaluación transversal de todas las tareas y funciones de cada puesto de trabajo con su correspondiente valoración numérica. Dicho con otras palabras, se trata de la posibilidad de elaborar una estimación global y objetiva de todos y cada uno de los factores que se dan cita en un puesto de trabajo determinado o que en el futuro pudiesen aparecer.

Llamo la atención sobre la conveniencia de que las personas encargadas de realizar la auditoría retributiva de los puestos de trabajo en las empresas no olviden incluir en la valoración ningún elemento integrante de los diferentes puestos de trabajo de la empresa, por insignificante que pueda parecer. Esto incluye las órdenes o instrucciones empresariales relacionadas con la movilidad o con una exigencia injustificada de disponibilidad que afecte o pueda afectar al derecho de las personas trabajadoras a un igual salario o una igual promoción profesional en situaciones equiparables.

En segundo lugar, y una vez realizado el diagnóstico de la situación de la empresa con especial atención a los salarios y a los puestos de trabajo, la empresa deberá elaborar e implantar sin más demora un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas detectadas. Este plan correctivo deberá incluir un cronograma temporal donde se especifiquen los objetivos a conseguir y las actuaciones concretas a realizar, y habrá de señalar qué persona o personas van a ser responsables de su implantación, de su seguimiento y de implementar los cambios que permitan mejorar la situación diagnosticada a partir de la correlación de resultados obtenidos.

Los sesgos y estereotipos de género propios del sistema patriarcal detectados en los sistemas de valoración de los puestos de trabajo y de los grupos y en la clasificación de las categorías laborales habrán de ser corregidos de forma adecuada, esto es, teniendo en consideración los nuevos criterios de valoración introducidos por la nueva norma. El Real Decreto 902/2020 aclara a qué se refiere el Real Decreto-ley 6/2019 cuando introdujo en nuestro ordenamiento jurídico que dos trabajos tendrán igual valor cuando “la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”.

Faltaba detallar y puntualizar el significado de los diferentes elementos de componen esta conceptualización del artículo 28.1 ET. Así, el RD 902/2020 explica que la naturaleza de las funciones o tareas no es sino el contenido esencial de la relación laboral tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo aplicable como en atención al contenido ‘efectivo’ de la actividad desempeñada. Seguidamente, clarifica y diferencia el alcance de las condiciones educativas y de las condiciones profesionales o de formación al decir que las primeras son las condiciones relativas a las titulaciones regladas que guarden relación con el contenido de la actividad y las segundas son las condiciones que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora incluyendo

tanto la experiencia como la formación no reglada, siempre y cuando tengan conexión con el desarrollo de la actividad.

Asimismo, por condiciones laborales estrictamente relacionadas con el puesto de trabajo la norma explica que el legislador se refiere a aquellos factores relevantes que están estrictamente relacionados con la concreta actividad desempeñada (diferentes de la letra a)) y, entre otros, reseña los siguientes: penosidad, dificultad, posturas forzadas, movimientos repetitivos, destreza, minuciosidad, aislamiento, responsabilidad económica, responsabilidad relacionada con el bienestar de personas, polivalencia (definición extensa de funciones), habilidades sociales, habilidades de cuidado y atención a personas, capacidad de resolución de conflictos y capacidad de organización⁴⁴.

Una comparación ponderada entre los factores tradicionalmente observados y los que se incluyen en el listado *numerus apertus* de la nueva norma refleja un cambio sustancial en la consideración y valoración de factores que cumpliría a la postre con los criterios de adecuación, totalidad y objetividad. Porque tener en cuenta todos estos factores y otros que pudieran ser relevantes, permite llevar a cabo una correcta y más justa valoración de los puestos de trabajo al considerar factores típicos de puestos feminizados tales como la destreza, la minuciosidad, la responsabilidad relacionada con el bienestar de personas, las habilidades sociales las habilidades de cuidado y atención a personas.

El principio de adecuación implica que los factores relevantes en la valoración efectivamente concurren en la actividad desempeñada, dotando de efectividad a los principios de totalidad y objetividad, ausentes en la clásica valoración estereotipada. Por su parte, el principio de totalidad supone que para constatar si ocurre igual valor en dos trabajos se han de tener en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto de trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore, dejando atrás una valoración que no era global y que se correspondía únicamente con las destrezas típicamente masculinas. Por último, el principio de objetividad significa que deben existir mecanismos claros e inequívocos que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género.

6. BREVE CONCLUSIÓN FINAL

Las últimas reflexiones del presente trabajo inciden en la capital importancia del contenido simbólico de la negociación de los planes de igualdad. Dicho con otras palabras, en opinión de quien escribe, debe haber un cambio en la postura comercial frente a los planes de igualdad y, al igual que

⁴⁴ Resulta esencial detenernos en cómo la ampliación del listado de factores relevantes de la actividad laboral incluye por primera vez destrezas, habilidades y tareas de empleos claramente feminizados: destreza, minuciosidad, responsabilidad relacionada con el bienestar de personas, polivalencia, habilidades sociales, habilidades de cuidado y atención a personas, capacidad de resolución de conflictos y capacidad de organización.

a la hora de negociar un convenio colectivo sectorial del ámbito o del tipo que sea la postura sindical es firme y no se admiten concesiones innecesarias, tampoco deberían hacerse cuando lo que está en juego es ni más ni menos que democratizar y humanizar las relaciones del trabajo a través de la negociación de los planes de igualdad.

Han sido *gender blind* tanto las políticas públicas como, sobre todo, las prácticas de muchas empresas, así como, también, la negociación de algunos convenios colectivos y, en particular, la negociación de los planes de igualdad como acuerdos colectivos igualmente importantes no solo como herramientas contra las brechas sino también contra las crisis y la injusticia social. Esta es una problemática que deriva de la LOIEMH. Por ello, todavía en la práctica sigue siendo necesario invocar la fuerza vinculante de los planes de igualdad como acuerdos colectivos, habiendo llegado la hora de reivindicar de forma categórica los planes de igualdad en las empresas como auténticos acuerdos colectivos debiendo (re)significar el papel clave de los planes de igualdad como negociación colectiva feminista.

En este orden de consideraciones, cabe mencionar cómo buena parte de los planes de igualdad registrados desde el año 2007 fueron simplemente elaborados de forma unilateral por la representación de las empresas, habiendo coincidido los tribunales a partir del año 2020 en anular muchos planes de igualdad precisamente porque no se había cumplido el procedimiento de negociación.

Lo que está en juego es la aprobación de acuerdos colectivos que son imprescindibles para remover los obstáculos, que han sido ya identificados, que están impidiendo que mujeres y hombres seamos igualmente tratados en el seno de las organizaciones en las que prestamos nuestra fuerza de trabajo, nuestro tiempo y nuestra vida. Estos obstáculos imposibilitan que la igualdad de género laboral se cumpla y muchos de ellos se traducen en valoraciones incorrectas de los puestos de trabajo. Por ello la parte preceptiva de los planes de igualdad relativa a la clasificación profesional es trascendental y por ello son tan valiosos los Reales Decretos 901 y 902 del año 2020 como instrumentos de cambio.

Una reformulación de los sistemas de clasificación profesional y de los criterios de valoración de los puestos de trabajo alejada de los sesgos y estereotipos de género propios del sistema patriarcal permitirá que nuestro sistema de relaciones laborales esté mucho más cerca de poder garantizar la justicia social y la viabilidad económica a medio y largo plazo de su modelo de relaciones de trabajo y de su población trabajadora.

7. BIBLIOGRAFÍA

Alemán Páez, F., Consideración teóricas sobre los elementos de la clasificación y los sistemas de encuadramiento: hacia una comprensión político-estructural de los sesgos discriminatorios por razón de sexo y género, AAVV (Dir. Garrigues, A.), Reus, 2017.

Alemán Páez, F., "El encuadramiento profesional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, 1995.

CRITERIOS Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

- Alfonso Mellado, C.L. y Fabregat Monfort, G., "Igualdad y discriminación de género en la negociación colectiva", *Arxius de sociología*, núm. 6, 2002.
- Ballester Pastor, M.A., *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2018.
- Barrère Unzueta, M., *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, GrijLey, 2014.
- Baylos Grau, A., "Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género", *Revista de Derecho Social*, núm. 72, 2015.
- Casas Baamonde, M.E., "La igualdad de género en el Estado Constitucional", *Revista de Derecho Social*, núm. 88, 2019.
- Departamento Confederal de la Mujer Trabajadora de UGT, "Reducir la brecha salarial, la prioridad", 2020.
- Garrigues Jiménez, Amparo (Dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva: un análisis multi e intersectorial*, Reus, 2017.
- Lousada Arochena, J.F. (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2008.
- Lousada Arochena, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Tirant lo Blanch*, Valencia, 2014.
- Martínez Moreno, C., *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Bomarzo, 2019.
- Pérez del Río, T., "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario", *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 10, 1997.
- Pérez del Río, T., *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984.
- Pérez del Río, T., "La normativa comunitaria en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 13, 1991.
- Pérez del Río, T., "La problemática salarial en la negociación colectiva", *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998.
- Pérez del Río, Teresa, *Mujer e igualdad: estudio en material social y laboral: (la evolución de la normativa y la jurisprudencia comunitarias y la jurisprudencia constitucional, 1994-1998)*, Instituto Andaluz de la Mujer, 1999.
- Quintanilla Navarro, B., *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, 1996.
- Rodríguez González, S., *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- Rodríguez Piñero, M. y Fernández López, M.F., *Igualdad y no discriminación*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Sáez Lara, C., "Igualdad de retribución por razón de género y prohibición de discriminación por embarazo y maternidad", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2018.
- Serrano Gil, J.M., "La nueva regulación de los planes de igualdad", en AA.VV. (Dir. Nieto Rojas, P.) *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, Dykinson, Madrid, 2021.
- Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, 1997.