

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo

por María Amparo Ballester Pastor

Una reseña

La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo de María Amparo Ballester Pastor¹ ahonda en el estudio de la discriminación retributiva como vertiente y manifestación de la discriminación por razón de sexo. En este sentido, trata de identificar los ejes o factores que configuran el problema de la discriminación salarial, prestando especial atención a la incorrecta valoración del trabajo desarrollado por mujeres, y analiza las distintas medidas de tutela existentes y posibles con el objetivo de conseguir una efectiva protección contra el mismo.

Con este trabajo, Ballester Pastor engrosa su obra como especialista en el estudio del derecho a la no discriminación, en general, y a la no discriminación por razón de sexo, en particular, desde la perspectiva del Derecho laboral, como así demuestra su amplia bibliografía sobre la materia².

Estructuralmente, la obra objeto de reseña se divide en dos capítulos

¹ Bomarzo, 2018, ISBN 978-84-17310-44-8.

² Entre otros trabajos de Ballester Pastor en materia antidiscriminatoria, pueden citarse los siguientes: *Igualdad de remuneración por razón de sexo*, en J.M. GOERLICH PESET (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016, 547-556; *Desigualdades y discriminaciones retributivas: ultraactividad contractual, comparador hipotético, transparencia salarial y otros fenómenos*, en *Trabajo y Derecho*, 2015, n. 6, 19-42; *Igualdad, no discriminación y políticas de género*, en A. NOGUERA FERNÁNDEZ, A. GUAMÁN HERNÁNDEZ (Dir.), *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, 2014, 393-413; M.A. BALLESTER PASTOR (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, 2010.

precedidos de un preámbulo en el que se pone de manifiesto la actualidad y el interés que despierta la cuestión de la brecha salarial.

El primer capítulo, titulado *La identificación de la discriminación retributiva por razón de género*, aborda, principalmente, el análisis de cuatro cuestiones. La primera, la complejidad del problema de la discriminación salarial. La segunda, la invisibilidad de las condiciones del trabajo desarrollado por mujeres. La tercera, la relación entre discriminación retributiva y derechos vinculados a la maternidad. Y, la cuarta, la figura del comparador hipotético.

Así, en primer lugar, da cuenta de la complejidad que reviste el problema de la discriminación retributiva debido a las dificultades de su dimensionamiento e identificación. El dimensionamiento de la brecha salarial, de un lado, resulta complejo por los muchos factores que determinan su existencia y que se habrían de tener en cuenta para su cuantificación real en cifras. En efecto, la multitud de circunstancias que influyen en su manifestación como vertiente de la discriminación por razón de sexo, configuran a la brecha salarial como un medidor de la discriminación global existente entre hombres y mujeres. Ello se observa, como concluye la autora, en que la brecha se revela más amplia cuantos más criterios se tienen en cuenta para su cuantificación³.

La identificación de la discriminación retributiva por razón de sexo, de otro lado, se complica debido a que las múltiples razones que determinan su existencia anidan, en definitiva, en estereotipos de género y percepciones sexistas sobre el valor del trabajo femenino que se encuentran plenamente vigentes y que, por su normalización, dificultan su identificación como expresiones de tal discriminación.

En segundo lugar, analiza la cuestión de la invisibilidad de las condiciones del trabajo desarrollado por mujeres. Para Ballester Pastor esta sería la principal causa de la discriminación retributiva por razón de género y, como tal, se aborda tomando como referencia, por un lado, a la incorrecta valoración de los puestos de trabajo y, por otro, a la opacidad retributiva.

La incorrecta valoración de los puestos de trabajo en detrimento de la

³ En prueba de esta idea, la autora compara dos conceptos de cálculo utilizados por Eurostat: el *Gender Pay Gap* o brecha por hora, que solo tiene en cuenta los trabajos a tiempo completo para hallar la diferencia en promedio del salario bruto por hora entre hombres y mujeres, conforme al cual la brecha sería de promedio del 16,3% en la Unión Europea (UE) y del 14,9% en España, y el *Gender Overall Earnings Gap* o brecha global, que tiene en cuenta más factores que el anterior (v. gr. el trabajo a tiempo parcial) para hallar la diferencia entre las ganancias anuales de los hombres activos y las mujeres activas, conforme al cual la brecha alcanzaría el 39,6% en la UE y el 35,7% en España. A este respecto, véase la página 16 de la obra objeto de reseña.

consideración del trabajo femenino se puede observar en la interiorización de los referidos estereotipos por parte de los convenios colectivos y las actuaciones empresariales cuando, en definición de los puestos y en configuración de sus retribuciones, se produce una infravaloración de los puestos desarrollados por mujeres y una hipervaloración de los desarrollados por hombres.

Frente a esta incorrección, destaca la autora, el principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor resulta fundamental por dos razones. La primera, porque es el principio que ha servido de fundamento al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y al Tribunal Constitucional para resolver supuestos de discriminación retributiva debida a una incorrecta valoración de los puestos de trabajo, exigiendo conforme al mismo la consideración de todos los factores concurrentes en los puestos comparados y no solo la similitud de los trabajos a desarrollar⁴. Y la segunda, por la relación existente entre discriminación retributiva, incorrecta valoración de los puestos de trabajo, principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor y discriminación indirecta por razón de sexo. En efecto, la importancia de dicha relación radica en que el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo se configuró en la jurisprudencia del TJUE en torno a dos supuestos de discriminación retributiva, uno relativo a la incorrecta valoración de los trabajos⁵ y otro relativo al trabajo a tiempo parcial⁶, para expandirse posteriormente a otras manifestaciones de discriminación indirecta por razón de sexo distintas de la salarial.

La opacidad retributiva, como el otro factor determinante de la invisibilidad de las condiciones del trabajo femenino y, por ende, de la discriminación salarial, se analiza por la autora tratando de encontrar soluciones a lo que considera que son sus dos principales expresiones: la opacidad en la configuración de las partidas retributivas variables y la opacidad por desconocimiento de la retribución abonada en la empresa al resto de trabajadores.

La opacidad en la configuración de las partida retributivas variables se produce cuando la aplicación de tales partidas se vincula, bien por convenio o bien por la empresa, al conseguimiento de un fin u objetivo que no queda plenamente definido o a una causa imprecisa o ficticia. Su

⁴ La autora se apoya, en tal sentido, en la sentencia del TJUE 1º julio 1986, *Gisela Rummler c. Dato-Druck GmbH*, asunto 237/85, y en la sentencia del Tribunal Constitucional n. 145/1991.

⁵ Sentencia del TJUE recaída en el precitado asunto *Rummler*.

⁶ Sentencia del TJUE 31 marzo 1981, *J.P. Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, asunto 96/80.

solución, según Ballester Pastor, pasaría por la utilización de criterios objetivos en la configuración de dichas retribuciones. Con esta conclusión, la autora se alinea con el Convenio 100 de la OIT de 1951, que impone el uso de tales criterios objetivos, y con la jurisprudencia del TJUE, que, pese a la inexistencia de una norma en la Unión Europea (UE) o en España que imponga que la atribución de retribuciones debe seguir criterios objetivos, ha terminado por reconocer una obligación implícita al respecto por parte del empresario, conforme a la cual sería responsable de generar una discriminación salarial si su aplicación diera lugar a una diferencia retributiva injustificada entre hombres y mujeres⁷.

La opacidad debida al desconocimiento de las retribuciones abonadas en la empresa al resto de trabajadores, por su parte, encontraría solución en el establecimiento de medidas de transparencia salarial que permitieran identificar la existencia de diferencias retributivas constitutivas de discriminación, a fin de facilitar las reclamaciones judiciales y, en consecuencia, alentar al empresario a la instauración de sistemas retributivos objetivos.

En este sentido, la autora analiza el alcance necesario de tales medidas de transparencia y sus límites frente al derecho a la intimidad. Así, en relación con su alcance, concluye que, a efectos de identificar la discriminación salarial, sería suficiente aquel mecanismo que permitiera el conocimiento de los datos retributivos generales de la empresa, convenientemente desglosados y promediados; como así señala la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014⁸. Y en cuanto a los límites de dichas medidas frente al derecho a la intimidad, subraya que en España no contraviene a este derecho el conocimiento de las retribuciones de los trabajadores por parte de los representantes, la Inspección de Trabajo o los tribunales. A este respecto, se ha de destacar la visión de futuro de Ballester Pastor, cuyas propuestas y conclusiones en relación con las medidas de transparencia salarial han sido asumidas por el legislador con posterioridad a la publicación de la obra objeto de reseña⁹.

En tercer lugar, el primer capítulo realiza un examen de las particularidades que reviste la discriminación retributiva desde el punto de

⁷ Sentencia del TJUE 17 octubre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Danfoss*, asunto 109/88.

⁸ Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia.

⁹ Véase, en este sentido, el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en su redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1º 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.

vista normativo y jurisprudencial, tanto a nivel europeo como nacional, cuando se pone en conexión con el ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad.

Por lo que respecta a la UE, destaca que el carácter absoluto e incondicionado reconocido a los derechos vinculados a la maternidad por la Directiva 2006/54/CE¹⁰ y la jurisprudencia del TJUE¹¹ bajo el principio de no perjuicio o indemnidad, encuentra excepción en los derechos retributivos de las trabajadoras durante las situaciones de embarazo y maternidad.

Así se observa, desde el punto de vista normativo, en la regulación específica de tales derechos retributivos contenida en la Directiva 92/85/CEE, que no compele a los Estados Miembros a garantizar que las trabajadoras perciban durante las situaciones de embarazo o maternidad lo mismo que percibían previamente, sino a garantizar que perciben, al menos, lo mismo que habrían de percibir en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud¹². Pese a las declaraciones institucionales en contrario¹³, para Ballester Pastor esta regulación, además de resultar contradictoria con el referido principio de no perjuicio, supone a todas luces una asimilación de las situaciones de embarazo y maternidad a la de enfermedad.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el TJUE se ha situado en lo que la autora califica como un espacio intermedio, como así se deduce de los asuntos *Gassmayr*¹⁴ y *Parviainen*¹⁵, relativos, respectivamente, a situaciones de suspensión del trabajo y de cambio de puesto por razón del embarazo. En efecto, en estos pronunciamientos el TJUE trata de superar el listón

¹⁰ Art. 2.2.c) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

¹¹ Sentencia del TJUE 8 noviembre 1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, asunto C-177/88.

¹² Art. 11.3 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

¹³ Declaración del Consejo y de la Comisión relativa al punto 3 del artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE, incluida en el acta de la 1 608 sesión del Consejo (Luxemburgo, 19 de octubre de 1992).

¹⁴ Sentencia del TJUE 1º julio 2010, *Susanne Gassmayr c. Bundesminister für Wissenschaft und Forschung*, asunto C-194/08.

¹⁵ Sentencia del TJUE 1º julio 2010, *Sanna Maria Parviainen c. Finnair Oyj*, asunto C-471/08.

mínimo de percepción por enfermedad, acercándose más al principio de indemnidad, pero sin llegar a reconocer el derecho a la retribución íntegra percibida antes de las citadas situaciones.

Por lo que a España se refiere, los derechos retributivos de las trabajadoras parecen encontrar una protección más intensa que la otorgada a nivel europeo en relación con el ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad, ya que, cuando se trata de garantizar que la trabajadora resulte indemne en ejercicio de tales derechos, no se advierte una diferencia como la expuesta entre los aspectos salariales y el resto de condiciones de trabajo. En favor de esta conclusión, la autora se apoya en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 24 enero de 2017, en las que se reconoce sin ambages que constituye discriminación directa cualquier pérdida de derechos laborales (incluidos los salariales) como consecuencia del ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad¹⁶, y en los arts. 179, 187 y 189 de la Ley General de la Seguridad Social¹⁷, por cuanto que garantizan la percepción del 100% de la base reguladora en casos de suspensión del contrato por maternidad¹⁸ o por riesgo durante el embarazo o la lactancia. Ahora bien, esta mayor protección que los derechos retributivos encuentran a nivel normativo no ha de llevar a suponer que el ordenamiento garantice que las trabajadoras perciban durante las situaciones de embarazo o maternidad lo que previamente les correspondía, pues, como así afirma Ballester Pastor, el mismo no está totalmente blindado frente a posibles diferencias en las percepciones de las trabajadoras que se encuentren en dichas situaciones.

En cuarto y último lugar, el primer capítulo se dedica al estudio del tratamiento dado al comparador hipotético, como herramienta para la identificación y tutela de determinados supuestos de discriminación retributiva directa. La figura del comparador hipotético guarda relación con el examen de comparabilidad que exige la conceptualización de la discriminación y permite que, en el marco de dicho examen, no solo se comparen elementos reales sino también elementos ficticios o hipotéticos, otorgando, en consecuencia, una mayor flexibilidad a la detección de situaciones discriminatorias. Ello cobra especial relevancia en relación con

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 10 enero 2017, rec. 283/2015, y 24 enero 2017, rec. 1902/2015.

¹⁷ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹⁸ Téngase en cuenta que, tras la reforma operada sobre el ET por el precitado Real Decreto-ley 6/2019, las referencias contenidas en la obra objeto de reseña a las prestaciones de maternidad deberán entenderse efectuadas a las de nacimiento y cuidado de menor.

aquellos supuestos de discriminación directa oculta entre hombres y mujeres que no encuentran una dimensión colectiva al modo de la discriminación indirecta, ya que, como señala la autora, la prueba de sus indicios no se constata a partir de datos de afectación mayoritaria (pej. vía desproporción estadística), sino a partir de datos comparativos con lo que hubiere sucedido si la persona afectada hubiera sido un hombre en vez de una mujer.

El reconocimiento normativo del comparador hipotético se produce, a nivel europeo, a través del concepto de discriminación directa ofrecido por la precitada Directiva 2006/54/CE, que entiende por tal aquella «situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable»¹⁹. En efecto, bajo la expresión «o pudiera ser tratada» se encuentra, aun tácitamente, el reconocimiento de esta figura.

De igual forma ocurre a nivel nacional, ya que la Ley 3/2007 formula un concepto similar de lo que se ha de entender por discriminación directa, incluyendo la expresión hipotética de «o pudiera ser tratada»²⁰. No obstante este reconocimiento tácito del comparador hipotético, ni el ordenamiento hace referencia expresa a su alcance ni los tribunales se han pronunciado directamente al respecto. Sin embargo, Ballester Pastor encuentra una aplicación efectiva del comparador hipotético por parte de algunos tribunales españoles cuando, en resolución de supuestos de discriminación, tienen en cuenta la situación general en la empresa para llegar a la cuestión de si sería razonable pensar que, en función de la misma, la trabajadora hubiera sido mejor retribuida de haber sido un hombre²¹.

El segundo capítulo, titulado *La valoración de los puestos de trabajo en el ordenamiento español y de la Unión Europea*, realiza un análisis normativo y jurisprudencial del régimen jurídico aplicable a la correcta valoración de los puestos de trabajo en el marco europeo y nacional, prestando especial atención a la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014, y concluye con la aportación de propuestas de reforma sobre el particular.

En relación con el tratamiento normativo dado a la valoración de los puestos de trabajo, comienza la autora resaltando la desproporción que se

¹⁹ Art. 2.1.a) de la Directiva 2006/54/CE.

²⁰ Art. 6.1 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

²¹ La autora se apoya, en este sentido, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) 14 febrero 2018, rec. 2089/2017, y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) 19 junio 2013, rec. 909/2013.

observa al respecto entre la UE y España. A nivel europeo, el legislador ha dado muestras de verdadero interés por abordar la cuestión de la correcta valoración de los trabajos, como así se desprende tanto del Derecho originario como del derivado.

Por lo que al Derecho originario se refiere, destaca que el art. 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) ya contuviera la prohibición de la discriminación retributiva por igual trabajo, y que el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) establezca el principio de no discriminación salarial especificando que ello supone igualdad retributiva por trabajo de igual valor.

En cuanto al Derecho derivado, Ballester Pastor subraya la importancia de la Directiva 75/117/CEE²², por cuanto que extendió el concepto de igualdad retributiva al trabajo de igual valor en desarrollo del art. 119 TCEE, y supuso un punto de inflexión en la política antidiscriminatoria de la UE al aprobarse a partir de la misma otras tantas Directivas sobre la materia. Pese a su derogación, sus contenidos se encuentran asumidos en la citada Directiva 2006/54/CE, en la que, además, se intensifica el compromiso respecto a la efectiva tutela contra la discriminación retributiva al insistir en la efectividad de los instrumentos a utilizar en su transposición por los Estados Miembros.

A nivel nacional, por el contrario, el legislador ha revelado una menor sensibilidad respecto al tratamiento antidiscriminatorio de la valoración de los puestos de trabajo, pareciendo considerar la cuestión como una obligación impuesta desde la UE. Para evidenciar esta circunstancia, la autora denota las carencias que a estos efectos encuentra en los arts. 22.3 y 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET), como preceptos específicos en torno a los cuales se configura la prohibición de la discriminación retributiva en España.

El art. 22.3 ET, de un lado, dispone que la definición de los grupos profesionales debe ajustarse a criterios y sistemas que tengan por objeto garantizar la ausencia de discriminación, frente a lo cual entiende Ballester Pastor que hubiera resultado más conveniente referir en general a la clasificación profesional y no solo a la definición de los grupos profesionales.

El art. 28 ET, de otro lado, establece el principio de no discriminación salarial en referencia tanto al trabajo igual como al trabajo de igual valor. Las críticas de la autora hacia esta disposición apuntan a la falta de

²² Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

definición de lo que se habría de entender por trabajo de igual valor y a su falta de compromiso y generalidad, puesto que el legislador se ha limitado a adaptarla en función de las exigencias europeas y no añade contenido respecto a los preceptos antidiscriminatorios generales. A este respecto, se ha de destacar que el juicio de Ballester Pastor sobre el art. 28 ET obedece a la redacción que éste encontraba en el momento de publicación de la obra objeto de reseña, ya que la redacción dada al mismo posteriormente ha incluido una definición de trabajo de igual valor²³. Con ello, se pone de manifiesto, una vez más, la visión de futuro de la autora en materia antidiscriminatoria.

Mención especial merece la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014, a la que Ballester Pastor hace continuas referencias a lo largo de la obra y dedica parte del segundo capítulo. Esta Recomendación resulta trascendental por dos razones. La primera, porque establece compromisos concretos a efectos de facilitar la información necesaria para que pueda operar una correcta valoración de los puestos de trabajo. Y, la segunda, porque compele a los Estados Miembros a comprometerse a especificar los factores relevantes a tener en cuenta para evaluar la desigualdad retributiva y a garantizar, al menos, uno de los cuatro siguientes mecanismos de transparencia salarial:

- 1) formulación del derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por géneros (promedios) a requerimientos del trabajador;
- 2) atribución del derecho a esta información con carácter periódico, en beneficio del trabajador y de sus representantes, en las empresas de más de 50 trabajadores;
- 3) obligación de que las empresas con más de 250 trabajadores elaboren y pongan a disposición de los representantes auditorías salariales con promedios retributivos y análisis de sistemas de valoración de puestos;
- 4) garantía de que la cuestión de la igualdad de retribución se debata en el nivel adecuado de la negociación colectiva.

Tras el análisis de la regulación dada a la valoración de los puestos de trabajo, el segundo capítulo examina el recorrido que la misma ha tenido en la jurisprudencia del TJUE y en la de los tribunales españoles y trata de sistematizar los criterios que de su evolución se extraen.

La jurisprudencia del TJUE sobre valoración de puestos se nutre de un importante número de sentencias recaídas a lo largo de un amplio periodo

²³ Véase, en este sentido, el art. 28 ET en su redacción dada por el ya citado Real Decreto-ley 6/2019.

de tiempo, en el que se puede observar una evolución marcada por dos tendencias. Una primera, más comprometida, en la que el TJUE aborda con cierta rotundidad cuestiones elementales sobre la materia. Y una segunda, tal vez más moderada, en la que el TJUE realiza indicaciones generales sobre los criterios básicos de valoración para devolver el análisis de la cuestión de fondo a los tribunales nacionales.

Sirviéndose de las sentencias en las que se enmarca esta evolución, la autora estructura los criterios de valoración que se extraen de la jurisprudencia del TJUE en torno a las siguientes conclusiones:

- 1) no deben invisibilizarse los factores y condiciones de trabajo que concurren en los puestos ocupados mayoritariamente por mujeres;
- 2) los criterios para la fijación de retribuciones deben ser transparentes;
- 3) los criterios tenidos en cuenta para la valoración de los puestos de trabajo deben tener conexión con el trabajo a realizar;
- 4) los tribunales internos son los que tienen competencia en la valoración concreta de los puestos de trabajo;
- 5) la igual retribución por trabajo de igual valor se aplica incluso cuando la comparación se refiere a varios convenios o a varios empresarios;
- 6) el TJUE no se ha pronunciado abiertamente sobre la valoración social o de las circunstancias sociales como criterio justificativo de diferencias retributivas.

La jurisprudencia española acerca de la valoración de los puestos de trabajo, en cambio, no es tan nutrida como la europea, estando compuesta por un total de seis pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. A esta escasa litigiosidad sobre el particular se añade, además, una escasa homogeneidad argumental entre las sentencias, como así advierte Ballester Pastor tras su análisis. Este recorrido jurisprudencial, en suma, impide concluir una línea evolutiva de sus contenidos y conocer con claridad cuáles han de ser los criterios para una correcta valoración de los puestos.

Finalmente, el segundo capítulo concluye con la aportación de una quincena de propuestas de reforma para la correcta valoración de los puestos de trabajo. Tales propuestas concretas se formulan por la autora partiendo de la consideración general de que la mejor herramienta para la igualdad retributiva es aquella que mejor combata la discriminación por razón de sexo en todos los ámbitos, y se enuncian previamente a su desarrollo como sigue:

- 1) debe establecerse un sistema efectivo de información a los trabajadores y a sus representantes sobre la retribución promediada y desglosada en la empresa;
- 2) deberían establecerse auditorías salariales obligatorias en las empresas

- de más de 250 trabajadores;
- 3) el ordenamiento español debe tener un concepto expreso de trabajo de igual valor y debe establecer presunciones para favorecer la identificación de discriminaciones retributivas;
 - 4) debe garantizarse que los criterios de valoración de los puestos de trabajo consten expresamente en los convenios colectivos;
 - 5) deben establecerse medidas para que se refuerce la actuación del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de oportunidades, como así de los órganos autonómicos similares;
 - 6) debería procederse a la remoción de obstáculos para la reclamación judicial por discriminación retributiva y considerarse establecer una legitimación para la impugnación de convenios colectivos estatutarios extendida a las asociaciones de ámbito estatal en defensa de los intereses de las mujeres;
 - 7) debería desarrollarse un marco sancionador efectivo y disuasorio;
 - 8) deben establecerse órganos administrativos específicos para la eliminación de la discriminación retributiva;
 - 9) debe asegurarse la igualdad retributiva entre trabajadores de empresas contratantes y contratistas;
 - 10) debe acometerse la corrección de la regulación del trabajo a tiempo parcial tanto en materia laboral como de seguridad social;
 - 11) debe operarse una reforma integral de los mecanismos de conciliación y corresponsabilidad;
 - 12) es necesario que se establezcan medidas obligatorias para la representación equilibrada de hombres y mujeres en los órganos de representación en las empresas y en la Administración Pública;
 - 13) debe asegurarse la existencia de técnicos expertos en igualdad de género en negociación y representación en las Administraciones Públicas;
 - 14) deben establecerse mecanismos de información entre empresa y Tesorería de la Seguridad Social en materia de retribución de hombres y mujeres;
 - 15) toda la normativa para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres debe extenderse a todos los colectivos.

En definitiva, *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo* es una obra en la que Ballester Pastor consigue apuntar las claves de un problema, por su naturaleza complejo, como es el de la discriminación salarial. A través del análisis de la respuesta que el mismo ha tenido a nivel normativo y jurisprudencial, tanto en la UE como en España, y la formulación de propuestas de mejora, permite al lector conocer, asentar y corregir los distintos aspectos

que lo configuran, resultando por ello un texto de obligada lectura.

Rubén Parres Miralles*

* Alumno de doctorado de la Universidad de Alicante.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo