LA DIRECTIVA 2023/970 SOBRE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE MUJERES Y HOMBRES: UN POCO MÁS CERCA DE LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(en servicios especiales)
Universitat de València

La Directiva 2023/97 es una norma de la postpandemia, que refuerza lo social e introduce una nueva forma de implicación de la Unión Europea en materia de igualdad que dista bastante, en forma y contenidos, de la modesta recomendación de transparencia retributiva que la Comisión Europea elaboró en 2014. En la Directiva de 2023 el compromiso social es firme; y el camino hacia la igualdad real y efectiva es particularmente preciso.

Estamos ante una norma instrumental, una verdadera herramienta mecánica que trasciende las declaraciones y reconocimientos generales para descender al espacio real donde se deben implicar las instituciones para identificar las discriminaciones y para establecer consecuencias rotundas ante los incumplimientos. El principio de subsidiariedad que tantas veces ha servido para demorar avances sociales en la Unión Europea ahora se reconfigura, dando lugar a una Directiva que en su propio título establece sin complejos que es una norma de «medidas» de transparencia retributiva y de «mecanismos» para su cumplimiento.

Esta configuración específica y concreta de las obligaciones de la Directiva va a requerir ajustes en las normativas de todos los Estados miembros, incluyendo también aquellos que ya disponen de mecanismos de transparencia retributiva de cierta entidad como es el caso español que, en el RD 902/2020, supera en muchos aspectos lo establecido en la Directiva 2023/970 (por ejemplo, la norma española

establece la obligación de transparencia para todas las empresas y no solo para las de más de 100 personas trabajadoras). La mayoría de esos ajustes serán puntuales y podrán realizarse mediante enmiendas al RD 902/2020, pero otros obligarán a reflexiones acerca de instituciones largamente consolidadas, como el plazo de prescripción judicial español de un año que tendrá que revisarse en la ley laboral y procesal para cumplir el plazo mínimo de tres años establecido en el art. 21 de la Directiva.

La transparencia retributiva, configurada de modo extensivo y detallado en torno a porcentajes y promedios desglosados, constituye el contenido central de la Directiva. Es un sistema de transparencia muy intenso que incluye el momento de la selección, y que obliga a los Estados miembros a garantizar que la retribución del puesto ofertado deberá hacerse pública y que las personas candidatas no podrán ser interrogadas acerca de sus retribuciones previas (art. 5). Se trata de una previsión de especial interés porque la selección es en demasiadas ocasiones un espacio al margen de ley que condiciona el futuro profesional, donde las personas candidatas son especialmente vulnerables y donde las posibilidades de reclamación son muy limitadas. Aunque ciertamente estas medidas de la Directiva no terminarán con las discriminaciones en el acceso al empleo, resulta evidente que reforzarán la lucha antidiscriminatoria en un espacio clave para la igualdad real y efectiva. Serán bastantes los países que tendrán que acomodar su legislación a este nuevo mandato y España será uno de ellos.

También refuerza la Directiva el carácter negociado que debe tener la transparencia retributiva usando al respecto el término «evaluación retributiva conjunta» (art. 10), que es fácil identificar en España con las auditorias retributivas que deben incluir todos los planes de igualdad en nuestro país (art. 7 y 8 del RD 902/2020). Las auditorias retributivas españolas son obligatorias en todas las empresas de más de 50 personas trabajadoras, por lo que superan ampliamente el ámbito establecido para la evaluación retributiva conjunta en el art. 10.1 de la Directiva.

La obligación de transparencia que configura la Directiva se expande más allá de la empresa y tiene dimensión social, porque se establece la obligación de que la brecha retributiva se divulgue en la página web de la compañía o por otros medios (art. 9.7). La divulgación de la brecha retributiva tiene una gran capacidad correctora y disuasoria, pero sobre todo tiene una inmensa capacidad de identificación de estereotipos y de implicación social en la lucha antidiscriminatoria. Es conocido el efecto que tuvo la publicación de la brecha retributiva de Ryanair en 2018 que por entonces superaba el 70 % y que tenía un fuerte componente de segregación.

El capítulo III de la Directiva está dedicado a «las vías de reparación y cumplimiento efectivo» otorgando un papel especial a los mecanismos que directa o indirectamente refuerzan la tutela judicial. En España hay pocas demandas de dis-

criminación retributiva por razón de género y el mismo fenómeno se advierte en el resto de Europa. La escasa litigiosidad se explica en parte porque la discriminación retributiva es difícil de identificar al implicar infravaloraciones que conectan con estereotipos ancestrales. El tándem formado por la transparencia retributiva, de un lado, y la inversión de la carga de la prueba, de otro, es un incentivo claro para que desde las empresas se elaboren criterios objetivos de valoración del trabajo de todas las personas trabajadoras. La amenaza de acción judicial con la consiguiente obligación de justificación por parte de la empresa tiene un claro poder preventivo. En este aspecto, la Directiva 2023/970 y el RD 902/2020 comparten la misma perspectiva y establecen similares instrumentos, incluyendo la necesidad de que se apliquen indemnizaciones compensatorias y disuasorias que, según la Directiva, no pueden consistir en cuantías tasadas.

Por lo demás, la Directiva 2023/970 opera una interesante integración de la doctrina clásica del TJUE en materia de valoración de los puestos de trabajo y, por eso establece expresamente que la retribución debe configurarse con criterios neutros y objetivos que no deben excluir factores ni subestimar las aptitudes pertinentes (STJUE de 1 de julio de 1986, asunto Dato; y STC 145/1991, de 1 de julio). De modo probablemente más claro y rotundo en España el art. 4 del RD 902/2020 establece que la valoración de puestos de trabajo debe realizarse teniendo en cuenta los criterios de adecuación, totalidad y objetividad.

En definitiva, la Directiva 2023/970 es una directiva comprometida con la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, que establece instrumentos firmes de avance y que, por una vez, no se ha quedado a mitad de camino.