

NOVEDADES DE LA DIRECTIVA 2023/970 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 10 DE MAYO DE 2023, 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 CUMPLIMIENTO.

Departamento de Empleo, Diversidad y Protección Social

Julio 2023

NOVEDADES QUE INCORPORA LA DIRECTIVA 2023/970*:

*[*Los artículos de la Directiva no citados a continuación se omiten por no incorporar novedades a las obligaciones ya previstas en nuestro ordenamiento en materia de igualdad retributiva]*

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

- **Se extiende el ámbito subjetivo** del derecho a la transparencia retributiva **a los solicitantes de empleo** durante el proceso de selección, y no sólo a las personas trabajadoras ya contratadas por la empresa.

*Nota: el art. 2 RD 901/2020, que regula los Planes de Igualdad, se limita a un **análisis de la situación del proceso de selección durante** la realización del **diagnóstico de situación** previo a la elaboración del Plan de Igualdad.*

Artículo 5. Transparencia retributiva previa al empleo.

- El **contenido** de este derecho **para los solicitantes de empleo** se refiere a
 - El derecho a recibir **información** sobre **la retribución inicial o la banda retributiva inicial** y sobre el **convenio colectivo aplicado** por la empresa.
 - El derecho a que **ningún potencial empleador** pueda hacer **preguntas sobre el historial retributivo** del candidato al puesto.
 - Y el derecho a que los **anuncios de las vacantes** y los procesos de contratación se desarrollen de un modo no discriminatorio.

Artículo 7. Derecho a la información.

- **Se prohíben las cláusulas contractuales de confidencialidad relativa al salario**, de manera que no puede impedirse al trabajador, con base en una cláusula de confidencialidad, que divulgue su retribución. No obstante, se prevé que los trabajadores no podrán emplear la información obtenida con arreglo a su derecho a la igualdad retributiva con fines distintos del ejercicio de este derecho.

Artículo 9. Información sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras.

- (Apartado 7) Se establece la obligación de que la **brecha retributiva se divulgue en la página web** de la empresa o en cualquier otro medio de difusión, convirtiendo así esta información en un **dato de acceso público**.

Nota: dicha disposición también se contiene en el art. 32 de esta Directiva.

Este mismo artículo, en sus primeros apartados, contiene además la previsión de que las empresas de 100 o más trabajadores deberán disponer de los indicadores sobre la brecha retributiva previstos al efecto; obligación que nuestro RD 902/2020 satisface por encima del estándar previsto en esta Directiva.

Artículo 10. Evaluación retributiva conjunta.

- **Se rebaja al 5% la diferencia retributiva media** entre trabajadoras y trabajadores **a partir de la cual la empresa** tiene que **justificar** que dicha diferencia entre uno y otro sexo **obedece solo a criterios objetivos y neutros con respecto al género**, siempre que la empresa no haya subsanado la diferencia retributiva injustificada en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones. En tal supuesto, la empresa deberá realizar una **evaluación retributiva conjunta**, en cooperación con los representantes de los trabajadores.

*Nota: el art. 6 RD 902/2020 prevé que dicha justificación sólo debe aportarse cuando la diferencia retributiva entre un sexo y el otro sea superior a la del otro en, **al menos, un 25%**.*

- Se especifican en concreto cada uno de los **aspectos** que ha de incluir dicha **"evaluación retributiva conjunta"**:

*[Nota: estas "evaluaciones retributivas conjuntas" **se asimilan a lo previsto en nuestra legislación sobre las auditorías retributivas** que deben incluir todos los planes de igualdad (arts. 7 y 8 RD 902/2020)].*

- Análisis de la **proporción** de trabajadores y trabajadoras de **cada categoría**.
- **Niveles retributivos medios** de las trabajadoras y los trabajadores de cada categoría profesional y complementos salariales **variables** para cada categoría profesional.
- **Diferencias entre ambos sexos** en cada categoría.

- **Razones** de tales diferencias –que han de estar basadas en cualquier caso en criterios objetivos y neutros respecto al género–.
 - Proporción de trabajadoras y trabajadores que han recibido alguna **mejora tras su reincorporación** de permisos por nacimiento o cuidado.
 - **Medidas para resolver** las diferencias retributivas **si éstas no están justificadas** conforme a criterios objetivos y neutros respecto al género.
 - **Evaluación de la eficacia** de dichas medidas.
- Se prevé la obligación de que el empleador **subsane las diferencias retributivas injustificadas** en un **“plazo razonable”** en colaboración con los representantes de los trabajadores y pudiendo solicitar a la inspección de trabajo o al organismo de igualdad correspondiente que participen en el proceso.

Artículo 16. Derecho a indemnización.

- Se obliga a establecer **una “indemnización o reparación íntegra”**, “disuasoria y proporcionada”, por los perjuicios que hayan podido sufrir los trabajadores por el incumplimiento del principio de igualdad retributiva, estableciéndose expresamente que dichas indemnizaciones **no podrán toparse ni consistir en cuantías tasadas**.

Nota: la novedad estaría en que nuestro sistema sí prevé una referencia para que el juzgador pueda establecer unos topes máximos y mínimos en la indemnización por el daño moral causado por una vulneración de derechos fundamentales –como en este caso sería la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación–; indemnización sobre la que el juzgador deberá pronunciarse siempre que aprecie la vulneración de derechos fundamentales (art. 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

*La indemnización se fija en función de la gravedad del incumplimiento y **de acuerdo con las horquillas de las sanciones económicas recogidas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social** (LISOS, Capítulo VI), conforme a la práctica judicial pacífica.*

*No obstante, cabe destacar que **la nueva doctrina fijada en la STS de 23 febrero 2022 –recurso núm. 4322/2019–** (en el mismo sentido, la posterior STS 214/2022, de 9 de marzo), **matiza en cierto modo la referencia única a la LISOS** para el cálculo de dicha indemnización, matización consistente en que estas **horquillas de la LISOS deben ponderarse junto con** la valoración de la **gravedad de la vulneración, la antigüedad del trabajador en la empresa o el salario bruto anual** percibido. Con base en ello, el*

TS entiende que lo más razonable es condenar a la empresa al abono de la cantidad mínima fijada para las sanciones por faltas muy graves en materia de relaciones laborales –conforme a la redacción del entonces vigente del art. 40 LISOS, un total de 6.251 euros–, rebajándose notablemente la cantidad inicialmente reclamada de 15.525 euros, por considerarla “manifiestamente excesiva y desproporcionada”.

Artículo 18. Inversión de la carga de la prueba.

- Se prevé la **inversión de la carga de la prueba en sede judicial** cuando la persona trabajadora presente indicios de haber sido perjudicada por no habersele aplicado el principio de igualdad de retribución o presente indicios de incumplimiento por la empresa de las obligaciones de transparencia retributiva, **correspondiendo a la parte reclamada demostrar que no se ha producido una discriminación directa o indirecta.**

*Nota: el art. 96.1 LRJS ya contempla la inversión de la carga de la prueba (siendo competencia del demandado) cuando se presenten **indicios de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo**, por lo que esta nueva previsión supondría más bien una **concreción** de que, concurriendo una posible desigualdad retributiva, que es un tipo de discriminación por razón de sexo, también se invertiría la carga de la prueba.*

Artículo 19. Probar la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor.

- A efectos de la **prueba del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor**, la Directiva ordena tomar **como referencia** la “**fuentes única**” que determine las condiciones de retribución, esto es, **la referencia principal será la del sector de actividad** en el que se enmarque la relación laboral, debiendo considerarse el salario más comúnmente abonado por el mismo trabajo o un trabajo de igual valor en ese sector económico.
- Para dicha comparación, **no se tomará exclusivamente** a los trabajadores que estén **empleados al mismo tiempo y para el mismo empleador**.

Artículo 20. Acceso a las pruebas.

- Se prevé que las autoridades públicas u órganos jurisdiccionales competentes puedan **obligar a la exhibición de cualquier prueba pertinente** en un procedimiento de reclamación de igualdad retributiva.

*Nota: previsión bastante similar a lo previsto en el art. 77.1 LRJS, si bien, de nuevo, esto supondría una **previsión expresa** en lo relativo a los procedimientos de reclamación de igualdad retributiva.*

Artículo 21. Plazos de prescripción.

- Se ordena la fijación de un **plazo específico de prescripción** que **no puede ser inferior a tres años** para los procedimientos relacionados con la igualdad retributiva, que han de referirse tanto al inicio del plazo, como a su duración y condiciones para la interrupción.

*Nota: esta previsión se opondría al **plazo genérico de prescripción** de **un año** establecido en nuestra legislación (art. 59.2 ET).*

- La prescripción deberá poder **interrumpirse con la primera reclamación** del demandante al empleador, ya sea judicial o extrajudicial.

Artículo 23. Sanciones.

- Se prevé la obligatoriedad de que se establezca un régimen de **sanciones específicas**, “proporcionadas y disuasorias”, en el caso de incumplimiento de las obligaciones relativas al principio de igualdad de retribución.

*Nota: la LISOS ya contempla, aunque sólo **de forma genérica**, como **conductas sancionables**, todas las posibles **vulneraciones del principio de igualdad y no discriminación** (arts. 7.13, 8.12, 8.13 y 8.13 bis LISOS), además de las sanciones específicas por **carecer** de un **Plan de Igualdad** cuando sea obligatorio y por las carencias que puedan observarse en el mismo conforme a las obligaciones ex lege (art. 46 bis, en conexión con el art. 8.17 LISOS).*

- Según la Directiva, dichas sanciones han de tener un efecto **disuasorio**, tener en cuenta factores **agravantes y atenuantes**, deben valorar la **reincidencia** en las actuaciones y se deben prever **medidas que aseguren su cumplimiento**.

Artículo 24. Igualdad de retribución en los contratos y concesiones públicos.

- Se prevé la posibilidad de **condicionar el acceso a la contratación con las Administraciones Públicas** al cumplimiento de las obligaciones relativas al principio de igualdad de retribución, lo cual incluye asimismo la existencia de una brecha retributiva de más del 5% en cualquier categoría que no esté justificada en

base a criterios objetivos, mediante la posibilidad de imposición de **sanciones y condiciones de rescisión** por parte de los poderes adjudicadores.

*Nota: **nuestro sistema ya contempla sanciones que impiden la contratación con la Administración Pública, pero no existen condiciones expresas de rescisión** (“causas de resolución” en la terminología de nuestra LCSP) en caso de vulneración de las obligaciones que se desprenden de la normativa de Igualdad –salvo que pudieran preverse específicamente en la concesión de la que se trate (arts. 211 y 34 Ley de Contratos del Sector Público, “LCSP”)–:*

- La LCSP **prohíbe** contratar con la Administración Pública a todas aquellas empresas que, teniendo la obligación de disponer de un **Plan de Igualdad por tener más de 50 trabajadores, no cumplen** con la misma [art. 71.1, d) LCSP].
- La reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (Ley “Whistleblowing”), incorporó una nueva redacción al art.71.1b) LCSP, por medio de la cual **se prohíbe contratar con la AP a las empresas sancionadas por “infracciones muy graves” de las previstas en esta Ley Whistleblowing**, que incluyen la discriminación por razón de sexo, el acoso sexual o por razón de sexo o cualquier otro tipo de vulneración de las obligaciones relativas al principio de igualdad y no discriminación.
- La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Ley “LGTBI”) modificó también el apartado b) del art. 71.1 de la LCSP estableciéndose asimismo la **prohibición de contratar a aquellas empresas que hubieran sido sancionadas por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales**.

Artículo 25. Victimización y protección frente a un trato menos favorable.

- Se asegura la **protección mediante una suerte de garantía de indemnidad** a todo trabajador que haga valer los derechos contenidos en la Directiva, **prohibiéndose las represalias** por este motivo.

Artículo 29. Seguimiento y sensibilización.

- Se establece la creación de un **organismo para el seguimiento y apoyo** de las medidas contenidas en esta Directiva, cuyas **funciones** consistirán en:

- Sensibilizar a las **empresas y organizaciones** públicas y privadas, a los **interlocutores sociales** y a la ciudadanía en general acerca del objetivo de promover el principio de igualdad de retribución.
 - **Analizar las causas de la brecha retributiva** de género.
 - **Recopilar los datos recibidos** de los empleadores.
 - **Reunir los informes** de las “**evaluaciones retributivas conjuntas**”.
 - **Agregar los datos** sobre el **número y tipos de denuncias** por discriminación retributiva.
- Se fija como plazo máximo el 7 de junio de 2028 (y, posteriormente, cada dos años) para que los Estados Miembros **faciliten a la Comisión los datos arriba referidos**.

Artículo 33. Aplicación.

- Abre la **posibilidad de que sea competencia de los interlocutores sociales** la aplicación de esta Directiva, **especialmente**, en lo referido a las **herramientas o metodologías que miden el valor del trabajo** en los términos de la Directiva, y en lo referido a las **sanciones pecuniarias** equivalentes a multas.

Artículo 34. Transposición.

- Se establece como **tope máximo para la transposición** de la Directiva el **7 de junio de 2026**.