

Principio de igualdad retributiva y trabajos de “igual valor”: el alcance del efecto directo del art.157 TFUE. A propósito de la STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), *asunto Tesco Stores*

Principle of equal pay and work of "equal value": the scope of the direct effect of art.157 TFEU. Regarding the STJUE (Second Chamber) of 3 June 2021 (C-624/19), *Tesco Stores case*

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*
✉ <https://orcid.org/0000-0001-5316-3637>

Cita sugerida: MARTÍNEZ MORENO, C. "Principio de igualdad retributiva y trabajos de “igual valor”: el alcance del efecto directo del art.157 TFUE. A propósito de la STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), *asunto Tesco Stores*". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. n.º 2 (2022): 125-134.*

Resumen

La STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), asunto *Tesco Stores* dirime una cuestión de la máxima relevancia, como es el efecto directo del art.157 TFUE en relación con el alcance del principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor; llegando a la conclusión de que dicho precepto impone de manera clara y precisa una obligación de resultado y tiene carácter imperativo tanto en lo que respecta a un mismo trabajo como a un trabajo de igual valor; vinculando tanto a los poderes públicos como a los convenios colectivos o a los contratos. Lo contrario podría menoscabar el efecto útil del precepto y la consecución del objetivo que persigue la norma de la UE. Respecto al problema de la fuente única de aplicación, las recomendaciones contenidas en la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, destinadas a la Comisión en relación con la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras aclara que los empleos relacionados con diferentes convenios colectivos y diferentes profesiones pueden compararse en los tribunales a estos efectos. De todos modos, pese a los enormes esfuerzos realizados por nuestra normativa interna, el modo de determinar lo que se considera un trabajo de igual valor y cómo ha de hacerse la labor comparativa sigue constituyendo un asunto difícil y problemático.

Palabras clave

efecto directo; igualdad retributiva entre mujeres y hombres; discriminación; trabajos de igual valor

Abstract

The STJUE (Second Chamber), of June 3, 2021 (C-624/19), *Tesco Stores case* resolves an issue of the utmost relevance, such as the direct effect of art.157 TFEU on the scope of the principle of equal pay for men and women for equal work or work of equal value; concluding that that provision imposes a clear and precise obligation of result and is mandatory both for the same work and for work of equal value, thereby binding both public authorities and collective agreements or contracts. Otherwise, it could undermine the useful effect of the precept and the achievement of the objective pursued by the EU regulation. With regard to the problem of the single source of application, the recommendations contained in the European Parliament's resolution of 24 May 2012 to the Commission on the application of the principle of equal pay for male and female workers clarify that jobs related to different collective agreements and different professions can be compared in court for this purpose. However, despite the enormous efforts made by our domestic legislation, how to determine what is considered to be work of equal value and how the comparative work is to be done remains a difficult and problematic issue.

Keywords

direct effect; equal pay for women and men; discrimination; work of equal value

1. BREVE PROLEGÓMENO SOBRE LA IGUALDAD RETRIBUTIVA EN LA UE

La igualdad entre mujeres y hombres –particularmente en su vertiente retributiva— se encuentra en el código genético de la Unión Europea. Desde su reconocimiento en el texto fundacional, el Tratado de Roma de 1957 (art.119), hasta su actual configuración como objetivo institucional prioritario, exigencia de funcionamiento y eje de la acción política y normativa de la Unión (arts.3.3.2º TUE, 157 TFUE y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales), la igualdad laboral entre las personas de uno y otro sexo constituye un asunto que sigue ocupando y preocupando a las instituciones comunitarias. Congruentemente con ello, esta sentencia que ahora se comenta, por de pronto nos recuerda que este principio forma, en efecto, parte de los fundamentos de la Unión¹.

En el Derecho derivado, la igualdad de retribuciones entre mujeres y hombres encontró una temprana específica acogida en la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975. Por su parte, la vigente Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación² se refiere a esta máxima acogiendo una noción amplia y omnicompreensiva de retribución³, en los términos en que ya hiciera el Convenio nº100 de la OIT, y que ha inspirado nuestra reciente normativa legal y reglamentaria en materia de igualdad y transparencia retributiva⁴.

Sin embargo, en numerosos documentos institucionales de la UE se sigue subrayando la modestia de los logros alcanzados y se insiste en la necesidad de adoptar medidas para mejorar resultados en relación con la lucha frente a la desigualdad salarial por razón de sexo. Por destacar sólo un par de ellos, y específicamente en relación con el aspecto en concreto que ahora nos ocupa, la valoración del trabajo, es interesante lo que al respecto se dice en la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio e igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia (2014/124/UE)⁵. En concreto, en sus considerandos 13, 21 y 22, en los que se alude, por un lado, a las dificultades que concurren en esa labor como consecuencia de la falta de transparencia en los sistemas de remuneración y de claridad y seguridad jurídica sobre el concepto o la definición de lo que se considera “trabajo de igual valor”; y, a partir de ahí, a la necesidad de contar con una indicación clara de los criterios de evaluación y comparación de empleos diferentes, que deberían atender a una serie de factores, entre ellos la naturaleza del trabajo, la formación y las condiciones de su desempeño. En concordancia con ello, en su Recomendación 10 encomienda a los Estados miembros el deber de precisar en sus legislaciones el concepto de “trabajo de igual valor”, debiendo evaluarse el valor del trabajo y llevar a cabo la oportuna comparación conforme a criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión. Idea en la que persiste la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de octubre de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE⁶.

Abordar la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres, en fin, aparece como un desafío con enunciado autónomo en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al

¹ Con cita de la Sentencia de 3 de octubre de 2006, *Cadman*, C-17/05 (EU:C:2006:633), apartado 28 y jurisprudencia citada.

² Diario Oficial de la Unión Europea L 204/23 de 26.7.2006.

³ Cfr., por todos, CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, pp. 79 y ss. [http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/viewFile/6174/5822].

⁴ Contendida en el art.28.1 ET y el RD 902/2020, de 13 de octubre (BOE 14 de octubre).

⁵ Diario Oficial de la Unión Europea L 69/112 de 8.3.2014.

⁶ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0351_ES.html (consultada el 24 de noviembre de 2021).

Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “Una Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025”⁷.

2. LAS CUESTIONES SUSCITADAS EN LA SENTENCIA *TESCO STORES*

La STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021, *asunto Tesco Stores* (C-624/19) [ECLI:EU:C:2021:429]⁸ comienza por dar respuesta a una duda previa referida a su propia competencia para dirimir las cuestiones de fondo que se le plantean por el órgano jurisdiccional remitente. La razón de esa pregunta es que el asunto proviene del Reino Unido, que –como es bien sabido— a resultas del *Brexit* ha dejado de formar parte de la UE. Sin embargo, como la petición de decisión prejudicial se presentó antes del final del período transitorio fijado para el 31 de diciembre de 2020, conforme a lo dispuesto en el art.86.2 del Acuerdo de retirada⁹, el TJUE sigue siendo competente para pronunciarse.

Por lo que respecta a la materia sobre la que versan las dos cuestiones que se someten a la consideración del TJ, la primera es si tiene efecto directo el art.157 TFUE en litigios entre particulares en los que se invoque la vulneración del principio de igualdad de retribución entre trabajadores de uno y otro sexo para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Y la segunda, si en caso de respuesta negativa a la primera, el criterio de la “fuente única” de fijación de las condiciones de trabajo –retributivas en este caso— en cuanto a la posible comparación constituye una cuestión diferente de la relativa al igual valor. Y si lo fuera, si ese criterio debiera tener también efecto directo.

Para entender esta segunda cuestión es menester tener en cuenta que en la normativa sobre igualdad del Reino Unido, en concreto en el art.79 de la *Equality Act 2010*¹⁰, a propósito de la forma en que se ha de hacer la comparación para determinar si existe un trato desigual injustificado, se dice que dos trabajadores podrán compararse cuando trabajen para un mismo empresario, aunque en un establecimiento distinto, si en ambos rigen condiciones comunes. Esto es a lo que se alude con la expresión “fuente única”, que la normativa aplicable sea la misma para los dos puestos de trabajo comparados.

Demos, en primer lugar, un repaso a la situación fáctica controvertida. La empleadora *Tesco Stores* es una empresa minorista que vende sus productos en línea en más de tres mil tiendas de tamaño dispar situadas en el Reino Unido, dando empleo a un total, aproximadamente, de 250.000 trabajadores, a los que retribuye por unidad de tiempo, sobre una base horaria rezan los antecedentes de la sentencia. La empresa cuenta, a su vez, con una red de distribución integrada por 24 centros que ocupan a unos 11.000 empleados, que también realizan o desempeñan distintos tipos de trabajos y cobran igualmente por horas. Las demandantes del litigio principal están empleadas en esos centros de distribución, y alegan que su trabajo tiene igual valor que el de los trabajadores varones, que aunque desarrollen su labor en otros centros distintos, tienen salarios fijados en una “fuente única” común para todos. Dicho en otras palabras –al menos así lo entiendo yo— que la empresa aplica las mismas reglas o reglas comunes para la determinación de los salarios de sus empleados, sea cual sea el centro en el que prestan sus servicios.

⁷ Bruselas, 5.3.2020, COM(2020) 152 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=ES> (última consulta el 25 de noviembre de 2021).

⁸ Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores de un mismo empresario aunque presten servicios en establecimientos distintos. Efecto directo horizontal del art. 157 TFUE”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº.7, 2021 [https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001339] (consultada el 25 de noviembre de 2021).

⁹ https://ec.europa.eu/info/strategy/reactions-non-eu-countries/reactions-united-kingdom/eu-uk-withdrawal-agreement_es (consultado el 25 de noviembre de 2021).

¹⁰ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/79> (consultada el 25 de noviembre de 2021).

La empresa opone a esta pretensión justamente el argumento de la falta de efecto directo de la normativa europea, sobre la base de que la determinación de lo que son trabajos de “igual valor” requiere de una normativa de desarrollo del art.157 TFUE inexistente [STJUE de 8 de abril de 1976, *asunto Defrenne*, C-43/75 (EU:C:1976:56), apartados 18 a 23].

Frente a esta alegación, el TJUE sostiene que —tal y como ya tiene declarado en otras ocasiones— el precepto de referencia impone “de manera clara y precisa” una obligación de resultado y tiene carácter imperativo tanto en lo que respecta a un “mismo trabajo” como a un “trabajo de igual valor”; y vincula tanto a los poderes públicos como a los convenios colectivos o a los contratos¹¹; desplegando, pues, efectos directos y creando para los particulares derechos que los tribunales nacionales deben salvaguardar¹². El precepto exige, por otra parte, que no se traten de manera diferente situaciones que sean comparables, a menos que ese trato esté objetivamente justificado¹³. Y prosigue recordando el TJUE que el alcance de los conceptos “mismo trabajo”, “mismo puesto de trabajo” y “trabajo de igual valor” constituye una cuestión puramente cualitativa, esto es, que se liga exclusivamente a la naturaleza del trabajo efectivamente realizado¹⁴. Por consiguiente, el efecto directo que produce el art.157 TFUE se extiende igualmente a las situaciones en las que no se realiza un mismo trabajo sino un trabajo de igual valor. Lo contrario, distinguir entre trabajos iguales o de igual valor a estos efectos, podría menoscabar el efecto útil del precepto y la consecución del objetivo que persigue la norma.

Sin embargo, como viene siendo habitual, el TJUE concluye que corresponde al juez nacional, a la vista de los hechos, determinar si, atendiendo a la naturaleza concreta de las actividades realizadas, un trabajo tiene igual valor a otro¹⁵, con lo que la seguridad jurídica y la certidumbre que proporciona este pronunciamiento no llegan a ser completas.

Sin perjuicio de todo lo anterior, y desde mi personal punto de vista, esta sentencia contiene algunas consideraciones poco claras y no menos inquietantes en lo que atañe al asunto de la “fuente única”, al sostener que cuando las diferentes condiciones de la retribución —aun tratándose de trabajos iguales o del mismo valor— se deban a la existencia de más de una fuente (de fijación) no será posible atribuir responsabilidad a la entidad ni requerir el restablecimiento de una situación respetuosa con la igualdad de trato¹⁶. Es verdad que acaba calificando a *Tesco Stores*, en su condición de empresario, como una fuente única a la que poder imputar las condiciones de la retribución de todos sus trabajadores y, en su caso, responsabilidad por una eventual discriminación prohibida por el art.157 TFUE. Pero me queda la duda de si esto significa que no puedan compararse salarios percibidos por el hecho de tener distinto pagador, o, más claramente, porque resulte de aplicación un diferente convenio colectivo. Con lo que quedarían fuera de esta posible tutela antidiscriminatoria situaciones de injusticia como la que sufren las empleadas de empresas de servicios como es el caso paradigmático de las camareras de piso, las *kellys*. Problema, por cierto, tremendamente mal resuelto por nuestro Tribunal Supremo, como muestra la —para mí, desafortunada y decepcionante— STS de 12 de febrero de 2021 (Rec.2839/19)¹⁷. Cuyo criterio, además, se acaba de incorporar al art.42.6 ET, adicionado a la redacción del precepto de referencia

¹¹ Sentencia de 8 de mayo de 2019, *Praxair MRC*, C-486/18 (EU:C:2019:379), apartado 67 y jurisprudencia citada.

¹² Sentencia de 7 de octubre de 2019, *Safeway*, C-171/18 (EU:C:2019:839), apartado 23 y jurisprudencia citada; Sentencia de 13 de enero de 2004, *Allonby*, C-256/01 (EU:C:2004:18), apartado 45; Sentencia de 11 de marzo de 1981, *Worringham y Humphreys*, 69/80 (EU:C:1981:63), apartado 23; Sentencia de 4 de febrero de 1988, *Murphy y otros*, 157/86 (EU:C:1988:62), apartado 9.

¹³ Sentencia de 26 de junio de 2001, *Brunnhofner*, C-381/99 (EU:C:2001:358), apartados 27 y 28 y jurisprudencia citada.

¹⁴ Sentencia de 26 de junio de 2001, *Brunnhofner*, C-381/99 (EU:C:2001:358), apartado 42 y jurisprudencia citada.

¹⁵ Sentencias de 31 de mayo de 1995, *Royal Copenhagen*, C-400/93 (EU:C:1995:155), apartado 42, y de 26 de junio de 2001, *Brunnhofner*, C-381/99 (EU:C:2001:358), apartado 49 y jurisprudencia citada.

¹⁶ Sentencias de 17 de septiembre de 2002, *Lawrence y otros*, C-320/00 (EU:C:2002:498), apartados 17 y 18, y de 13 de enero de 2004, *Allonby*, C-256/01 (EU:C:2004:18), apartado 46.

¹⁷ ECLI:ES:TS:2021:486.

por el *Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*¹⁸, según el cual el convenio de aplicación a las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica. Y salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III, incluido uno de empresa.

De todos modos, tal vez la solución a esta delicada cuestión podría provenir de la propia UE, por paradójico e incluso tautológico que pudiera parecer. En concreto, me estoy refiriendo a una de las recomendaciones contenidas en la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, destinadas a la Comisión en relación con la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, que trata de aclarar que “los empleos relacionados con diferentes convenios colectivos y diferentes profesiones pueden compararse en los tribunales siempre que se refieran a un mismo trabajo o a un trabajo de igual valor”¹⁹. Aunque, bien mirado, estamos de nuevo en la casilla de salida.

3. EL ETERNO PROBLEMA DE LA LABOR COMPARATIVA Y SU TRATAMIENTO EN LA NORMATIVA SOBRE IGUALDAD Y TRANSPARENCIA SALARIAL

Como acabo de apuntar hace un momento, me parece que la sentencia del TJUE objeto de este breve comentario ni mucho menos resuelve el problema de la determinación de lo que es un trabajo de igual valor. Si acaso, nos hace caer en la cuenta de las dificultades que ello comporta.

De hecho, esa preocupación por contar con criterios objetivos y adecuados de atribución de valor al trabajo fue justamente la que inspiró la modificación de los arts.22 y 28 ET por el *RDL 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*²⁰. El primero, para decir en su apartado tercero –pese a todo, no con excesiva claridad— que la definición de los grupos profesionales debía seguir un sistema sin sesgos, en el que la correlación entre retribuciones y criterios de valoración de los puestos de trabajo fuese exacta y objetiva, sin desviaciones como las que nos muestran los supuestos sobre los que trata la tradicional doctrina constitucional²¹ –que a su vez sigue la del TJUE—²² relativa a la desigual valoración de rasgos o factores como el esfuerzo físico o la fuerza muscular. Y ello, de conformidad con lo dispuesto en el art.28.1 ET en relación con el principio de igualdad retributiva por trabajo de “igual valor”²³.

En la doctrina se ha explicado en qué consiste esa requerida neutralidad en la valoración a través del llamado “diferencial retributivo”²⁴, que entiendo como un método o herramienta basado

¹⁸ BOE 30 de diciembre.

¹⁹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0225_ES.html (última consulta, 23 de noviembre de 2021).

²⁰ BOE 7 de marzo.

²¹ Fundamentalmente, desde la STC 145/1991, de 1 de julio, *caso Hospital Provincial de Madrid*, a la que siguieron la STC 58/1994, de 28 de febrero, *caso Puig*, y la STC 147/1995, de 15 de octubre, *caso Gomaytex*.

²² Particularmente, la STJUE de 1 de julio de 1986, *asunto Dato-Druck* (C-237/85) [ECLI:EU:C:1986:277], según la cual “el hecho de basarse en valores correspondientes a los resultados medios de los trabajadores de un único sexo, para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo u ocasiona una carga o es físicamente pesado, constituye una forma de discriminación por razón de sexo, prohibida por la Directiva”.

²³ El principio de igualdad salarial referido a trabajos de igual valor se había acogido ya en la normativa preconstitucional, en concreto en la *Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer*, desapareciendo de modo un tanto incomprensible en la versión inicial del Estatuto de los Trabajadores, al que retorna por mor de la reforma laboral de 1994. Cfr. LÓPEZ BALAGUER, M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La discriminación retributiva por razón de sexo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF* núm. 431, 2019, p. 57

²⁴ Véase BELTRÁN ADELL, A., “Anexo I: propuesta de herramienta para el análisis de la neutralidad o no de género de los sistemas de clasificación profesional a través del diferencial retributivo”, GARRIGUES GIMÉNEZ, A., (Dir.), (...)

en el cruce de datos entre los sistemas de clasificación profesional y las tablas salariales de los convenios, en la línea, una vez más, del enjuiciamiento que lleva a cabo del TC en esos significativos pronunciamientos a los que se acaba de hacer alusión.

Por su parte, la redacción del art.28.1 ET asumirá esa noción amplia y omnicomprendiva de retribución a la que asimismo se hacía referencia hace un momento, que incluye toda percepción satisfecha directa o indirectamente, tanto de naturaleza salarial como extrasalarial. De modo que la comparación habrá de hacerse respecto de todos los conceptos y partidas que puedan estar percibiendo las personas comparadas. Pero en relación con el aspecto que de modo más directo concierne a la materia que nos ocupa, el referido a la determinación de cuándo un trabajo tiene igual valor que otro, el precepto trató de concretar cuáles eran los criterios a que había de atender enumerando, en primer lugar, la naturaleza de las funciones o tareas desempeñadas; a continuación, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio; y, por fin, tomando en consideración los factores relacionados con su desempeño y con las condiciones laborales en que las actividades se lleven a cabo.

Más de un año después del cambio de redacción del art.28.1 ET –que se produce en marzo de 2019–, el reglamento aprobado por el RD 902/2020, de 13 de octubre (RIR)²⁵ intentó completar la explicación de cómo se determina qué son trabajos de igual valor. Y así, por naturaleza de las funciones o tareas encomendadas dice que hay que entender las que formen parte del contenido efectivo de la actividad desempeñada y del contenido esencial de la prestación laboral. Por condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas, las correspondientes a cualificaciones regladas que a su vez tengan alguna relación con la actividad, lo que constituye una variable o un elemento de incuestionable carácter objetivo; aunque también se valore un factor más difícil de calibrar como es la experiencia y formación no reglada con conexión con la actividad. Y, por último, también se tomará en consideración la equivalencia de las condiciones laborales y otros factores vinculados al desempeño del trabajo distintos de los anteriores, pero que tengan alguna relevancia para su desenvolvimiento. A título de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, se mencionan entre otros la penosidad y la dificultad; las posturas forzadas; los movimientos repetitivos; la destreza y minuciosidad; el aislamiento; la responsabilidad económica y relacionada con el bienestar de las personas; la polivalencia o definición extensa de obligaciones; las habilidades sociales, y las de cuidado y atención a las personas; la capacidad de resolución de conflictos y la de organización (art.4.2 y 3 RIR).

La regulación reglamentaria se completa con una referencia un tanto redundante a tres principios que deberán informar la labor de valoración de los puestos de trabajo, el de adecuación –conexión de los factores relevantes para la valoración con la actividad realizada o desarrollada–; el de totalidad –toma en consideración de todas las condiciones y características que concurren en el puesto de trabajo y no sólo de alguna–; y el de objetividad, entendida como neutralidad y claridad o transparencia en los criterios tenidos en cuenta para la atribución de valor al trabajo y la fijación de las cuantías de las retribuciones (art.4.4 RIR).

El reglamento preveía además la aprobación de una OM por iniciativa de los dos Ministerios con competencias en la materia, el de Trabajo y Economía Social, y el de Igualdad, con el fin desarrollar todavía más, completar y clarificar el procedimiento de valoración de puestos de trabajo²⁶, a través de una herramienta y una guía de uso al estilo de la existente en relación con el registro salarial. Desarrollo que a la fecha²⁷ aún no se ha producido aunque es posible que sea

Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial, Madrid, Reus, 2017, pp. 299 y ss.

²⁵ Un comentario más amplio en MARTÍNEZ MORENO, C., “El nuevo marco de ordenación de las obligaciones empresariales en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021 (revista electrónica y de acceso abierto).

²⁶ Disposición Final Primera RIR.

²⁷ Las presentes líneas se escriben a fecha 24 de enero de 2022.

inminente²⁸. Y que con toda probabilidad adoptará el “Método de puntos por factor” OIT²⁹, tal vez con el máximo desglose posible de los que se hayan de tomar en consideración para valorar cada puesto de trabajo.

4. ¿PERMITIRÁ EL MÉTODO DE PUNTOS POR FACTOR SUPERAR TODAS LAS DIFICULTADES Y GARANTIZAR LA NEUTRALIDAD EN LA VALORACIÓN DEL TRABAJO?

Desde luego ese es el objetivo. Pero veamos cuáles pueden ser los inconvenientes o los riesgos para la completa consecución de ese logro.

El método —explicado brevemente— consiste en asignar una puntuación a cada puesto de acuerdo con cuatro grandes factores, que pueden a su vez desglosarse en múltiples variables más concretas. Los grandes factores son las cualificaciones, los esfuerzos, las responsabilidades y las condiciones de trabajo. Entre las primeras habría que tener en cuenta no sólo las educativas y de formación, sino también las interpersonales o relacionales, las de comunicación y las físicas (aquí es donde, propiamente, habría que calibrar las condiciones físicas de la persona en relación con las exigencias del puesto de trabajo, y no solamente la fuerza muscular, tal vez también otras facultades, como la agudeza visual, por poner sólo un ejemplo, la complexión, la presencia...). Mientras que en el factor esfuerzo no sólo habría que considerar la fuerza muscular exigible, igualmente entrarían aquí la dificultad mental o la carga emocional del trabajo, muy presentes, por ejemplo, en los trabajos de cuidados, limpieza, educación infantil, o en tareas repetitivas y monótonas como las de las industrias conserveras, por poner un caso. En el capítulo de la responsabilidad, que por lo general aparece equiparada a mando y jefatura, o circunscrita a la esfera financiera o patrimonial de la entidad³⁰, no se debería descartar la que recae sobre otras personas —clientes, usuarios, colaboradores— u otras áreas estratégicas o recursos de la compañía. Por fin, las condiciones de trabajo no serían únicamente las físicas, sino que comprenderían las que repercuten en el ambiente de trabajo, incluidos los riesgos psicosociales.

El problema o la dificultad, tal y como se describe en algún documento de interés que se ocupa de esta materia³¹, es que sobre el papel y el peso atribuido a todos estos elementos y variables podrían recaer a su vez prejuicios y sesgos de género que, en último término, desembocarían una vez más en minusvaloración o sobrevaloración de ciertos puestos de trabajo o tareas. Se ofrecen de ello algunos ejemplos, como valorar en menor medida o no hacerlo en absoluto las cualificaciones

²⁸ Si bien es cierto que el Instituto de la Mujer ya contaba con una herramienta y guía de uso de la misma que está disponible en su página web [https://www.igualdadnlaempresa.es/HerramientaSVPT/Guia_Uso_Hrrta_SVPT.pdf]. También desde otros ámbitos se ha intentado ilustrar sobre qué es la valoración de puestos con perspectiva de género. Por todas, GARCÍA GIL, M. B.: “Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género”, *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, vol. 6, núm. 2, 2021, pp. 61-83. <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6136> (última consulta el 17 de enero de 2022).

²⁹ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_101326.pdf (última consulta, 24 de enero de 2022).

³⁰ Y así y todo, el ser responsable de finanzas no exime de padecer una discriminación por razón de sexo, como pone de relieve la STSJ de Andalucía (Málaga), de 14 de febrero de 2018 (Rec.2089/17), en la que la responsable de ese departamento era una mujer que, pese a todo, en el período 2014-2016 había recibido el complemento por incentivos en cuantía sustancialmente inferior a la de los otros dos responsables varones de otros departamentos. El complemento lo atribuía discrecionalmente el gerente de la compañía. En el pleito la empresa opuso razones vagas y no justificó objetivamente el motivo de la diferencia, por lo que la Sala concluye confirmando la sentencia de instancia que había otorgado a la demandante la tutela solicitada, ordenando la restitución retroactiva de derechos y condenando a la empresa a abonar las diferencias salariales más una indemnización por la lesión del derecho de la trabajadora a la no discriminación en cuantía de 35.000 euros.

³¹ *El trabajo de igual valor. Guía práctica para identificar puestos de trabajo de igual valor sin sesgos de género*, Euskal Autonomia Erkidegoko Herri Administrazioa - Lan eta Enplegu Saila / Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco - Departamento de Trabajo y Empleo, 2ª ed., 2021 [<https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/libro/el-trabajo-de-igual-valor/>].

que se consideran innatas como las referidas, una vez más, al cuidado de la vida, la salud y el bienestar de las personas, el orden o la limpieza. Lo que no deja de llamar la atención si se comparan con la sobrevaloración de la fuerza física o el esfuerzo muscular. En la responsabilidad, porque –tal y como se acaba de decir— casi siempre aparece equiparada a jerarquía o capacidad de mando y decisión. O cuando se valora la autonomía atribuida a un puesto de trabajo como equivalente asimismo de jefatura y nivel jerárquico y no como lo que realmente significa, como inexistencia o menor incidencia de indicaciones, instrucciones u órdenes en el desempeño del trabajo, que puede perfectamente concurrir en los niveles inferiores o trabajos menos cualificados, frecuentemente ocupados por mujeres. En cambio, son manifestaciones de la asunción de responsabilidades mucho menos estudiadas las que recaen sobre los conocimientos, la propiedad industrial o intelectual de la empresa, y sobre los datos. Cuestiones como la protección de estos últimos, la confidencialidad, la denuncia de conductas inapropiadas (el poco estudiado aún *whistleblowing*), están poco tratadas, seguramente reconducidas a una noción o idea de responsabilidad de nuevo muy genérica, poco definida y entendida en los términos habituales de jerarquía y mando. Todo lo cual no está ni mucho menos desprovisto de sesgos.

Por último, la atribución de puntuaciones en el apartado de las condiciones de trabajo puede adolecer de este mismo problema. Por ejemplo, si no se considera o valora en menor medida la dureza psicológica, la carga mental, la exigencia de esfuerzo o la penalidad y sacrificio que conllevan ciertas tareas o puestos de trabajo feminizados. Puede ilustrar esta apreciación el asunto sobre el que versa la STSJ de Canarias, de 2 de julio de 2019 (Rec.369/19)³², que confirma una sanción pecuniaria impuesta a un hotel por no haber realizado la valoración ergonómica de los puestos de trabajo del departamento de pisos; y en la que se pone de manifiesto cómo no existe duda alguna sobre los riesgos físicos que comporta subirse a un andamio o manipular una colada en un alto horno, pero en cambio se desprecien los que padecen y a los que se ven sin la menor duda sometidas las camareras de piso que han de adecentar y dejar en perfecto estado un número importante de habitaciones en cada una de sus extenuantes jornadas de trabajo. De hecho, existen estudios epidemiológicos que evidencian que las *kellys* constituyen un colectivo con cifras preocupantes en relación con el consumo de fármacos para combatir no sólo las dolencias músculo esqueléticas, sino también síntomas como la ansiedad, la depresión, los problemas de concentración o los trastornos del sueño³³.

Otro ejemplo reciente lo ofrece la STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Social, de 14 de julio de 2021 (Rec.327/21)³⁴, en la que se considera originada en accidente de trabajo la baja médica de una enfermera de un centro de salud que, encontrándose de guardia asistiendo a una lactante, fue víctima de amenazas y de una agresión verbal y física por parte de varios familiares de la paciente, provocando la declaración al día siguiente de una situación de incapacidad temporal derivada del estado de ansiedad consiguiente.

O, en fin, la aún más reciente –interesante a la par que criticada en algunos medios— STSJ de Canarias, de 27 de julio de 2021 (Rec.867/21), dictada en un procedimiento de conflicto colectivo cuya pretensión era la calificación como discriminatoria de la diferencia retributiva recogida en el convenio colectivo de aplicación existente entre las categorías de “peones” y “peones polivalentes”. Consta en su relato fáctico, en primer lugar, que la empresa tenía contratado con el Ayuntamiento de Telde (Gran Canaria) la actividad de limpieza y recogida de residuos en las vías públicas de la ciudad; y que el convenio fijaba un salario diferente, de mayor cuantía, para los denominados “peones polivalentes” (la diferencia anual es de 1.490, 28 euros), mayoría hombres; mientras que la categoría de “peón” está ocupada mayoritariamente por mujeres. En la instancia se

³² ECLI: ES:TSJICAN:2019:891.

³³ <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Dossier%20consumo-farmacos-camareras-piso.pdf>
<https://www.europapress.es/turismo/hoteles/noticia-70-camareras-piso-consumen-farmacos-manera-habitual-paliar-dolor-muscular-20190207142545.html> (últimas consultas el 2 de octubre de 2021).

³⁴ ECLI: ES:TSJCL:2021:2890.

había desestimado la pretensión sobre la base de que las funciones desempeñadas por unos y otras eran distintas.

La Sala de suplicación comienza por estimar la revisión fáctica postulada por el Comité de empresa recurrente, en el sentido de constatar la clara mayoría de mujeres que realizan tareas de peón, 29 mujeres frente a 19 varones; así como el hecho de que estos últimos se encuentren sustituyendo a trabajadoras en situación de baja laboral, agrupando la categoría de peón polivalente a sólo dos mujeres frente a veinte hombres. Conforme a las definiciones que incorpora el convenio el peón es el “operario que se dedica a las funciones concretas y determinadas y para cuya ejecución se requiere únicamente la aportación de esfuerzo físico y atención, en jornada diurna”; y al peón polivalente, como “aquel que se dedica a las funciones de recogida o barrido a criterio del encargado, en horario nocturno o diurno y para cuya ejecución se requiere únicamente la aportación de esfuerzo físico y atención”.

La decisión de la Sala parte de la apreciación de un “indicio discriminatorio con impacto adverso desproporcionado de género”³⁵, a partir del cual se analizan las semejanzas y diferencias en el contenido funcional de ambas categorías, llegándose a la conclusión de que los requerimientos en cuanto a formación, experiencia y capacidades son los mismos, “aportación de esfuerzo físico y atención”. A continuación, se considera que las tareas efectivamente desempeñadas son asimismo similares o equiparables, pues ambos colectivos efectúan funciones de barrido, si bien el peón polivalente también “recoge trastos”. Aunque sobre este extremo no se realizó en el procedimiento una concluyente actividad probatoria capaz de precisar en términos cuantitativos ni cualitativos en qué medida ello marcaba las diferencias con las tareas de los peones. A lo cual se suma el hecho de que las bajas temporales de unos se cubren habitualmente por los otros, lo que constituye una evidencia más de la fáctica equiparación de sus respectivos cometidos. Y, por fin, respecto de la nocturnidad de los polivalentes —que sí hubiera prestado soporte a la desigualdad retributiva—, tampoco resulta concluyente al no haberse acreditado la jornada nocturna realizada ni las diferencias de percepciones en función del tipo de jornada realizada (a todos se les paga igual). La conclusión es clara, con estimación del recurso, la Sala califica como discriminatoria ese dispar tratamiento retributivo, declara su nulidad y condena a la entidad demandada a retribuir a los peones a secas como a los polivalentes.

En definitiva, sin desconfiar de la fiabilidad y exactitud de la herramienta que está pronta a estar a disposición de las empresas para llevar a cabo esta difícil labor de valorar objetivamente los puestos de trabajo, no es fácil pronosticar si su uso va a garantizar en todo caso la neutralidad. Y, por el contrario, sí lo es que tanto nuestros órganos jurisdiccionales internos como el propio TJUE tendrán que seguir ocupándose de casos semejantes a los que aquí se han traído a colación. Si bien hay una cosa que sí ha quedado clara, el efecto directo en pleitos entre particulares del art.157 TFUE, en toda su extensión y comprensión.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN ADELL, A.: “Anexo I: propuesta de herramienta para el análisis de la neutralidad o no de género de los sistemas de clasificación profesional a través del diferencial retributivo”, GARRIGUES GIMÉNEZ, A., (Dir.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*, Madrid, Reus, 2017.
- CABEZA PEREIRO, J.: “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012. [http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/viewFile/6174/5822]
- GARCÍA GIL, M. B.: “Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género”, *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, vol. 6, núm. 2, 2021. <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6136> (última consulta el 17 de enero de 2022).

³⁵ En expresión textual que recoge la propia ponente en POYATOS I MATAS, G.: “Trabajos de igual valor, discriminación salarial y justifica con perspectiva de género”, *Net21* núm. 6, 2021 (visitada el 3 de noviembre de 2021).

- LÓPEZ BALAGUER, M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La discriminación retributiva por razón de sexo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 431, 2019.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: “El nuevo marco de ordenación de las obligaciones empresariales en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021 (revista electrónica y de acceso abierto).
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores de un mismo empresario aunque presten servicios en establecimientos distintos. Efecto directo horizontal del art. 157 TFUE”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2021. [https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001339]
- POYATOS I MATAS, G.: “Trabajos de igual valor, discriminación salarial y justifica con perspectiva de género”, *Net21*, núm. 6, 2021.