

EL RENOVADO INTERÉS DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA EN LA DIRECTIVA (UE) 2023/970

THE RENEWED INTEREST OF THE PAY DISCRIMINATION TEST IN DIRECTIVE (EU) 2023/970

Azucena Escudero Prieto
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid, Valladolid, España
azucena.escudero@uva.es
ORCID: 0000-0001-7987-3792

RESUMEN: Las categorías de discriminación directa e indirecta determinan que el juicio de comparación resulte indispensable para conceptualizar la discriminación e identificar diferencias retributivas por razón de sexo. Entre la serie de elementos complejos que presenta la acreditación probatoria de la discriminación retributiva en sede judicial, la opacidad de los salarios de las personas trabajadoras comparables constituye uno de los obstáculos de mayor envergadura.

La carga de la prueba se sitúa como el elemento central de cualquier litigio por brecha salarial ante los tribunales. Históricamente, las personas trabajadoras con sospechas de discriminación retributiva afrontaban graves obstáculos para acceder a dichas evidencias, dado que su obtención dependía de requerir la información al empresario o, en su caso, a los representantes legales de los trabajadores, depositarios de los datos necesarios para contrastar los grupos, categorías o puestos de trabajo comparables. Asimismo, los límites impuestos por la normativa de protección de datos a la difusión de la información salarial revelan dificultades para obtener la prueba discriminatoria. La Directiva 2023/970 transforma por completo el paradigma de la transparencia salarial y el marco normativo europeo ordena que las empresas faciliten dicha información retributiva de forma directa a las personas trabajadoras, salvaguardando el derecho a la protección de datos.

Recibido: 15 jun 2026; Aceptado: 03 jul 2026

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 12 (2026) 131-161
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2026.i12.04>

PALABRAS CLAVE: Directiva 2023/970, discriminación salarial, igualdad retributiva, protección de datos salariales, prueba de la discriminación.

ABSTRACT: The categories of direct and indirect discrimination determine that the judgment of comparison is essential to conceptualize discrimination and identify differences in pay based on sex. Among the series of complex elements presented by the evidentiary accreditation of pay discrimination in court, the opacity of comparable workers' salaries constitutes one of the most important obstacles.

The burden of proof stands at the heart of any pay gap litigation before the courts. Historically, workers with suspicions of pay discrimination faced serious obstacles in accessing such evidence, since obtaining it depended on requesting information from the employer or, where appropriate, from the workers' legal representatives, who were the depositories of the data necessary to compare comparable groups, categories or jobs. In addition, the limits imposed by data protection regulations on the dissemination of salary information reveal difficulties in obtaining discriminatory evidence. Directive 2023/970 completely transforms the paradigm of pay transparency and the European regulatory framework mandates that companies provide such remuneration information directly to workers, safeguarding the right to data protection.

KEYWORDS: Directive 2023/970, pay discrimination, equal pay, protection of pay data, proof of discrimination.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA DIFERENCIA DE TRATO EN EL ORIGEN DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN. 2. LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA. 2.1. La prueba comparativa. 2.2. El comparador hipotético. 2.3. La prueba estadística. 3. DOS DERECHOS ENFRENTADOS EN LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA: LA INFORMACIÓN SOBRE SALARIOS Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. 4. CONSIDERACIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN. LA DIFERENCIA DE TRATO EN EL ORIGEN DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN

La protección de la igualdad entre mujeres y hombres aparece en las fuentes del derecho primario de la Unión Europea (UE) como un valor fundamental de la Unión y un valor común del modelo social que deben alcanzar los Estados miembros, art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE). La igualdad entre hombres y mujeres y la lucha contra todas formas de discriminación y exclusión social como objetivos y prioridades para la acción de la UE están ahora incluidas en el art. 3 TUE, trasladándose a los arts. 8 y 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

donde, de forma transversal, en todas sus acciones, la Unión se fija como objetivo eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover la igualdad. De modo que la igualdad entre hombres y mujeres se describe como valor fundacional fundamental de la UE.

El art. 157 TFUE completa este marco consagrando la igualdad retributiva entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo del mismo valor. Los arts. 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) lo reconocen como derecho fundamental europeo y su art. 23 reconoce la protección de la igualdad de forma transversal en todos los ámbitos, en particular en materia de empleo, trabajo y retribución.

Entre los objetivos de la expansión económica, que no es un fin en sí misma, los Estados miembros priorizaron la reducción de las disparidades en las condiciones de vida, subrayando la importancia de desarrollar una política comunitaria en el ámbito social¹, y adoptaron medidas urgentes para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres. De igual modo, centradas en cuatro ejes principales: el acceso al empleo, la formación profesional, la promoción y las condiciones laborales, incluido el salario.

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) también contribuye en este avance desde la sentencia *Defrenne*², en la cual el Tribunal se pronuncia sobre el alcance de las normas europeas en el ámbito de la política social, consagrando la aplicación directa del artículo 119 TCEE sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, y dejando claro que el objetivo de la igualdad salarial perseguido por esta disposición permite inferir que es un principio fundamental de la UE. En la posterior sentencia *Defrenne II*, reafirmó que el principio de igualdad entre hombres y mujeres y la eliminación de la discriminación por razón de sexo se encontraban entre los derechos fundamentales y, como tal, entre los principios generales del derecho comunitario, cuya observancia debía garantizar el propio Tribunal³.

En esta materia, no constituye cuestión menor que la protección de las mujeres y la garantía de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres se recogen en última instancia también en documentos de *soft law*, sin ánimo de recoger todos, merece la pena destacar el Pilar Europeo de Derechos Sociales⁴ y la Estrategia de

1. Expuesto así por el Consejo de las Comunidades Europeas en su Resolución de 21 de enero de 1974 sobre un programa de acción social, C. 13/2, 12 de febrero.

2. STJUE de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75, *Gabrielle Defrenne contra Sociedad Anónima Belga de Navegación Aérea Sabena*.

3. STJUE de 15 de junio de 1978, asunto C-149/77, *Gabrielle Defrenne contra Sociedad Anónima Belga de Navegación Aérea Sabena*.

4. Proclamada el 17, de noviembre de 2017 en Gotemburgo por la Comisión Europea y el Parlamento Europeo. Establece 20 principios fundamentales dirigidos a buscar mercados de trabajo y sistemas de protección social, estructurados entorno a tres categorías: igualdad de oportunidades y de acceso al trabajo, condiciones de trabajo justas y protección e inclusión social. Aborda la igualdad de género, la eliminación de la brecha salarial y la igualdad de trato y de oportunidades por razón de género.

Igualdad de Género de la UE 2020-2025, recientemente sustituida por la Estrategia 2026-2030⁵.

El sucinto desarrollo descrito anteriormente permite descubrir las razones en virtud de las cuales disfruta de un lugar prioritario y la marcada tendencia del objetivo de igualdad entre hombres y mujeres, también cómo se ha ido reforzando y evolucionando en los últimos años a consecuencia del proceso de integración europea, de forma que esta protección ha sido ampliada progresivamente con el propósito de abarcar junto al espacio físico también el digital, debido a que la intensificación por la empresa del uso de la inteligencia artificial en la gestión de los recursos humanos⁶, incrementa el riesgo de discriminación por razón de género en la valoración de puestos de trabajo, en la promoción y en la remuneración⁷.

Una vez sentado el papel prioritario de valor fundamental que desempeña el principio de igualdad entre hombres y mujeres dentro del Derecho europeo, la implicación más inmediata radica en integrar la dimensión de género en todas las políticas y actividades de la UE, incluyendo la búsqueda de la independencia económica igualitaria entre ambos sexos⁸. Identificar los desafíos de la discriminación de género y la intersección entre género y otros motivos de discriminación resulta esencial para

5. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia para la Igualdad de Género 2026-2030, COM/2026/113 final. La estrategia presta especial atención a las mujeres de orígenes raciales y étnicos minoritarios, las mujeres migrantes, las mujeres con discapacidad, las mujeres en entornos socioeconómicos más desfavorecidos, las mujeres jóvenes y mayores y las mujeres LGBTIQ+.

6. UNESCO, OCDE y BID: Los efectos de la inteligencia artificial en la vida laboral de las mujeres, 2022, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380871>

7. Informe de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales: “Sesgo en algoritmos, Inteligencia artificial y discriminación”, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2022, <https://www.inclusion.gob.es/web/oberaxe/w/el-sesgo-en-los-algoritmos-de-vigilancia-predictiva-y-de-deteccion-de-discursos-de-odio-puede-producir-discriminacion>. Este tema ha sido analizado ampliamente por la doctrina, para un estudio sobre el género como muestra de marginación en la introducción de las tecnologías en los procesos productivo. Para un análisis general sobre el “derecho digital del trabajo, Álvarez Cuesta, H. (2020), *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona. Una publicación reciente para valorar el impacto de la inteligencia artificial en la discriminación por razón de género, Rodríguez Escanciano, S. (2025), “Trabajo y discriminación algorítmica: El género como factor transversal”, *Empresas y trabajadores: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 1, pp. 107-131

8. El informe sobre la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres en la Unión Titulado: situación, retos y camino a seguir, elaboración de directrices para evaluar mejor y remuneración más equitativa del trabajo en los sectores dominados por mujeres (2025/2038(INI)), de 19 de febrero de 2026, de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, elaborado tras una evaluación exhaustiva de las brechas de género en toda la Unión Europea, descubre que las brechas persistentes derivan de una serie de factores, entre los que destaca, por encima de cualquier otro, la discriminación en la remuneración y la progresión profesional.

desarrollar e implementar políticas y acciones específicas necesarias y orientar los recursos de la UE a su implementación⁹.

Los derechos a la igualdad y a la no discriminación no son totalmente coincidentes ni tampoco se proyectan de la misma manera sobre las relaciones laborales¹⁰. El derecho a la igualdad permite introducir diferencias de trato si existe una justificación objetiva, razonable y proporcionada para hacerlo; sin embargo, la discriminación tiene como origen razones odiosas que justifican su especial protección también cuando provienen de un empresario privado¹¹. Esta determinación ha encontrado fundamento en el origen mismo de la injusticia de la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral¹², pues deriva de la circunstancia de que un ser humano es tratado como un inferior por el mero hecho de su pertenencia a un grupo social vinculado a estereotipos de hondo arraigo social e histórico y; si, necesita especial protección, se debe a que entre los grupos sociales en desventaja, el de las mujeres es el más numeroso y a que la discriminación entre las mujeres es la más básica y primaria¹³.

Si el origen de la prohibición de discriminación expresa un trato desfavorable por motivo de pertenecer a un sexo, por poseer una característica que le acarrea comportamientos perjudiciales. Siendo así, podría afirmarse que la prueba comparativa en la defensa del principio de prohibición de discriminación no es esencial, como sí resultaría serlo en la del principio de igualdad, debido a que presupone una relación de

9. Comunicación de la Comisión, Una Unión de Igualdad: la estrategia de Igualdad de Género 2020-2025, de 3 de marzo de 2020, COM/2020/152, final ya consideraba que la intersección entre género y otros motivos de discriminación será abordada en todas las políticas de la UE. Las mujeres son un grupo heterogéneo y pueden enfrentarse a discriminación interseccional basada en varias características personales.

10. Para un análisis sobre los derechos fundamentales de la persona del trabajador desde su reconocimiento, pasando por su desarrollo y vicisitudes y su compleja ubicación en el ámbito laboral véase Valdés Dal-Ré, F., “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, *XVII Congreso mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2 al 5 de septiembre de 2003, Libro de Informes generales, Montevideo*, (AUDTSS & SIDTSS), Montevideo, 2003, pp. 37-160.

11. Para un estudio actualizado de la evolución del concepto de igualdad y de no discriminación en la legislación y en la jurisprudencia véase Casas Baamonde, M^a.E., “Igualdad, diferencia, no discriminación y acción positiva por sexo-género ;y el fundamento constitucional del derecho antidiscriminatorio?”, en *Igualdad y derecho laboral en el siglo XXI: el pilar europeo como marco de desarrollo*, AA. VV: Emma Rodríguez Rodríguez (Dir.), Irene Dozo Mougán y Rosa Rodríguez Martín-Retortillo (Coord.), Bomarzo, Albacete, 2026, pp. 27-60.

12. El derecho a no ser discriminado por razón de sexo es un derecho fundamental como declara con contundencia la STJUE de 10 de febrero de 2000, asuntos acumulados C-270/97 y C-271/97, *Deutsche Post* y las sentencias que cita.

13. Rey Martínez, F., “Presentación del estudio igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva de Castilla y León”, AA. VV: *Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva de Castilla y León, Junta de Castilla y León*, Consejería de Sanidad y Bienestar Social. Dirección General de la Mujer e Igualdad de Oportunidades, Gráficas VARONA, Salamanca, 2001, pp. 11-12.

equivalencia entre personas trabajadoras, cuya vulneración exige probar la existencia de una diferencia de trato entre ellas que no esté justificada por razones objetivas, razonables y proporcionadas¹⁴.

Este principio ha sido impulsado por el Derecho de la Unión Europea desde el art. 119 del Tratado CEE y la prohibición terminante de toda discriminación por razón de sexo en los arts. 14 y 9.2 CE. El Derecho europeo y el Derecho español aluden a la discriminación como una diferencia de trato que de inmediato invita a pensar en la idea de una comparación con otra persona. Apreciada, de este modo, la comparación ofrece muchas facilidades en el ámbito de la discriminación de ahí que se haya generalizado como medio de prueba en los litigios donde esta se denuncia. En concordancia con los argumentos expuestos, se puede manifestar que si la discriminación no se definiera como una diferencia de trato no sería necesario hacer una investigación comparativa.

Con la elaboración del presente trabajo se pretende examinar el ejercicio del derecho a la prueba por parte de la persona trabajadora, que considerando que es víctima de una discriminación retributiva desea tener acceso a evidencias para demostrarlo. Con el análisis de la Directiva 2023/970 y la jurisprudencia de los tribunales europeos y españoles, como se analizará seguidamente, a pesar de que la prueba comparativa se ha consolidado como medio eficaz para evidenciar la brecha salarial, en ocasiones entra en conflicto con otros derechos, entre ellos, en particular con el derecho a la protección de datos personales.

La aprobación de la Directiva 2023/970¹⁵ de transparencia salarial supone un cambio radical para combatir la discriminación salarial y la infravaloración de los empleos ocupados mayoritariamente por mujeres, que son las causas principales de la brecha salarial de género. La Comisión se compromete a seguir apoyando a los Estados miembros en la implementación efectiva de esta Directiva¹⁶ y, en cooperación con el Instituto Europeo de Igualdad de Género, a publicar un conjunto de herramientas sobre evaluación y clasificación de empleos neutrales en cuanto al género en 2026, adaptadas para ayudar a pequeñas y medianas empresas a desarrollar estos procesos internamente, sin necesidad de consultoría externa¹⁷. En relación con los

14. Rey Martínez, F., *Derecho discriminatorio*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Pamplona, 2019, pp. 67 y ss.

15. Directiva (UE) 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.

16. También proporcionando financiación adicional para apoyar su implementación y organizando un taller para dar a conocer a los interlocutores sociales cómo pueden apoyar en esta tarea.

17. La actualización el 26 de marzo de 2026 de las directrices a nivel de la UE ha sido desarrollada por el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE) y la Comisión Europea, en el contexto del artículo 4 de la Directiva 2023/970. Las directrices actualizadas están estructuradas como un conjunto práctico paso a paso para la evaluación y clasificación de puestos neutrales en cuanto al género.

medios de prueba, se analizará que entre sus objetivos propone reforzar los mecanismos de ejecución de la transparencia retributiva, facilitando la actividad probatoria con la finalidad de mejorar el acceso de las víctimas a la vía jurisdiccional previsto en el Capítulo III, arts. 14 a 26.

2. LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA

A pesar de que no es necesario contar con una prueba concluyente desde el primer momento, pues el ordenamiento jurídico permite invertir la carga de la prueba en casos de discriminación salarial, la persona trabajadora que lo denuncia debe presentar indicios razonables de recibir un trato desigual, para que sea la empresa quien deba demostrar que su política salarial responde a criterios objetivos y no discriminatorios.

Antes de la aprobación de la Directiva 97/80¹⁸, la carga de la prueba se introdujo en el Derecho europeo a través de la jurisprudencia comunitaria, inaugurada con la resolución del asunto *Jenkins*¹⁹. Dicha sentencia cambió el eje de la actuación discriminatoria, desplazando el centro de gravedad de la intencionalidad al impacto adverso no justificado del colectivo de mujeres. La doctrina del TJUE sobre la distribución del *onus probandi* en la discriminación indirecta (entre quien la alega y la parte demandada) se asienta sobre una premisa esencial: quien denuncia la discriminación indirecta no está obligado a presentar una prueba plena. Al desplazar la carga hacia el demandado, admite el uso de la estadística y se excluye por completo la necesidad de demostrar que existió una intención explícita de postergar injustificadamente²⁰.

La igualdad salarial es un principio que constituye el núcleo del derecho originario de la legislación europea contra la discriminación, reforzado por las medidas contenidas en la Directiva 2023/970, entre las que ocupa un lugar destacado la regulación de la vía contenciosa con la finalidad de lograr que la igualdad salarial sea un derecho fácilmente exigible, respaldado por la obligación empresarial de transparencia retributiva mediante la publicidad de los salarios²¹ y la justificación objetiva de las diferencias retributivas²².

18. Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, refundiéndose en 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; modificada por la Directiva 2023/970, para sustituir sus disposiciones clave sobre transparencia retributiva.

19. STJUE de 31 de enero de 1981, asunto (C- 96/84), *Jenkins*.

20. Ampliamente véase Lousada Arochena, J.F., “La prueba de la discriminación en el derecho comunitario”, *Revista de derecho social*, nº 60, 2012, pp. 125-138.

21. Arts. 7, 8 y 9 Directiva 2023/970.

22. Art. 10 Directiva 2023/970.

La discriminación salarial no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable, por lo que la prueba de la discriminación suele resultar difícil, aunque, por definición, la diferencia de trato se base abiertamente en una característica (sexo) de la víctima (mujer). Los presuntos autores de la brecha salarial no siempre declaran que aplican un trato menos favorable a unas personas que a otras, ni los motivos de tal actuación. Una mujer puede ser rechazada para ocupar un puesto de trabajo y alegar el empresario que es porque su cualificación es inferior que la del candidato hombre, en este caso le puede resultar difícil demostrar que ha sido objeto de discriminación por razón de sexo. Para compensar esta dificultad, entre otras actuaciones que se irán analizando con posterioridad, la legislación europea contra la discriminación establece el reparto de la carga de la prueba, siendo esta técnica especialmente útil en las reclamaciones de discriminación indirecta donde resulta necesario acreditar que determinada disposición o práctica tiene un efecto desproporcionado sobre un grupo concreto.

En el plano teórico el principio de igualdad retributiva está protegido en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 28 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Desde la perspectiva de las vías de reparación de las personas perjudicadas por la vulneración del principio de igualdad retributiva, el principal obstáculo para denunciar una situación de discriminación salarial es el acceso a la información. La persona trabajadora que sospecha o conoce una desigualdad retributiva necesita presentar pruebas que lo acrediten, pero estas no siempre están disponibles para quien desea contrastar su existencia. Esta realidad se presenta a pesar de que la legislación laboral ha introducido evidentes avances en materia de transparencia, exigiendo a las empresas llevar un registro retributivo en el art. 28.2 ET y también (las empresas con una plantilla superior a 50 trabajadores) contar con una auditoría retributiva dentro de su plan de igualdad, art. 7 del RD 902/2020²³.

La acreditación de la discriminación retributiva en el proceso laboral aparece articulada formalmente a través del mecanismo de la inversión de la prueba conforme a lo previsto en el art. 181.2 LRJS. Bajo esta premisa, la persona trabajadora que invoca la existencia de una brecha salarial, para satisfacer la primera fase probatoria debe presentar indicios razonables, serios y suficientes que generen un principio de prueba de que existe diferencia retributiva no justificada basada en el sexo, lesionando sus derechos fundamentales. De este modo traslada al empresario la obligación de justificar de forma objetiva, razonable y proporcionada las diferencias detectadas. El desplazamiento hacia el empleador no opera de manera automática, pues la consolidada jurisprudencia del TJUE desde el asunto *Jenkins*, y en el TC desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, exige que el demandante desarrolle una actividad alegatoria y

23. Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

probatoria inicial que supere el umbral de la mera sospecha subjetiva o conjetura, que desprenda una apariencia sólida y razonable de sesgo discriminatorio o, también, por el incumplimiento del empresario de sus deberes de transparencia retributiva, defendida por la doctrina del TJUE en el asunto *Danfoss* y recogida en el Derecho europeo por el art. 18.2 Directiva 2023/970.

Pese a que la prueba comparativa se ha ido consolidando en los litigios por discriminación, su campo de actuación siempre ha presentado problemas en cuanto a la delimitación del marco comparable y sus parámetros. A estas dificultades se ha sumado más recientemente la tensión jurídica que suscita la compleja conciliación del derecho a la protección de datos y el derecho a la prueba. En este sentido, como se examinará seguidamente la prueba de la discriminación salarial despierta un renovado interés en el Capítulo III, arts. 14 a 26 de la Directiva 2023/970, destinado a fortalecer los mecanismos orientados a la defensa judicial del principio de igualdad salarial.

2.1. La prueba comparativa

Aunque la declaración de discriminación retributiva de la trabajadora no necesita obligatoriamente la comparación con otras personas trabajadoras, lo habitual es que la víctima se sirva de este tipo de pruebas para sustentar la denuncia; al fin y al cabo, el concepto dado de discriminación invita a considerar que la comparación es esencial. La prueba comparativa se ha consolidado, por tanto, como el medio que evidencia la discriminación salarial ahora prevista en el art. 19 Directiva 2023/970. Asimismo, en este punto cobra una gran trascendencia la publicidad de los salarios contenida en el art. 7 Directiva 2023/970. Por consiguiente, este deber empresarial dirigido directamente a la persona trabajadora puede y debe contribuir a facilitar estos métodos de prueba, consistentes en la obtención de parámetros válidos para que la víctima exprese la diferencia de trato; después de todo, ese es uno de sus propósitos.

Cuando la brecha salarial entre mujeres y hombres no está justificada por razones objetivas legítimas y proporcionadas, puede encerrar una discriminación directa o indirecta que la persona trabajadora afectada puede y debe reclamar. Ahora bien, ya se ha señalado que las opciones para poder actuar frente a la discriminación retributiva encuentran, al menos, una doble dificultad: la posibilidad de identificarla, por una parte, y la probabilidad de obtener medios de prueba para denunciarla, por otra.

La prueba es un elemento que está siempre presente en todos los conflictos que se sustancian ante la jurisdicción social²⁴. Generalmente, ante una reclamación por brecha salarial, es necesario presentar pruebas enfocadas a contrastar la posición

24. Para un análisis amplio Preciado Domenech, C.H. y Purcalla Bonilla, M.A., *La prueba en el proceso social*, Thomsom Reuters, Pamplona, 2015, pp. 1-832.

retributiva de la persona que denuncia por discriminación con la de aquellas personas trabajadoras que se encuentren en una situación homogénea, atendiendo a funciones, antigüedad, centro de trabajo y circunstancias equivalentes. De modo que la prueba comparativa se ha consolidado como la más conveniente para evidenciar la discriminación, contrastando a la persona trabajadora con otras que tienen un mismo perfil retributivo como vía para facilitar a la víctima la demostración de la brecha salarial.

La comparación permite establecer la diferencia salarial a la que está sometida una persona por motivo de sexo, por lo que se erige en un medio de prueba inherente a la discriminación. Esto significa que para poder identificar la discriminación será necesario comparar la situación salarial de la persona que denuncia la diferencia de trato por ser mujer con otras personas trabajadoras que no presentan dicha característica, de modo que la prueba comparativa facilita obtener una constatación de la desigualdad retributiva denunciada.

Cabe deducir que la comparación es indispensable en la concepción de la discriminación. Así las cosas, atendiendo al concepto de discriminación directa contenido en el art. 6 de la LO 3/2007 (LOI)²⁵ como la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. También a la noción de discriminación directa del art. 3.1.i) de la Directiva 2023/970 como la situación en la que una persona recibe un trato menos favorable, debido a su sexo, que el trato que recibe, haya recibido o pudiera recibir otra persona en una situación comparable. Sobre tal base, es válido plantear que en el concepto de discriminación directa la prueba comparativa es doblemente esencial, al estar integrada tanto en la identificación del objeto de la discriminación directa (trato menos favorable), como singularmente en la técnica empleada para su identificación (en relación con otra persona en situación comparable)²⁶.

En vista de ello, resulta que tanto el art. 6 LOI como el art. 3.1.i) Directiva 2023/970 favorece desarrollar la investigación por comparación de la discriminación prohibida habilitando, para lograrlo, tres líneas temporales. La primera, se puede identificar como “simultánea” donde se produce la coincidencia temporal de todas las personas trabajadoras que se encuentran en una situación comparable objeto de examen (trato que recibe en el momento presente). La segunda, “sucesiva”, donde la comparación transcurre desde una persona trabajadora actual a otra anterior que se

25. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

26. Para un estudio de la evolución de la noción de prohibición de no discriminación Pérez Del Río, T., Del Rey Guanter, S. y Fernández López, M^a.F. (1993), *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993. Sobre la discriminación sufrida específicamente por las mujeres Rey Martínez, F., *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, Madrid, 1995.

encontraba en una situación comparable (trato que haya recibido). Y una tercera, de confección “hipotética”, diseñada mediante la comparación de la persona trabajadora en el momento presente con ella misma en una posición ficticia a la que se otorga entidad para verificar la situación discriminatoria denunciada (trato que pudiera recibir si no fuera discriminada).

Estas tres líneas temporales conducentes a probar comparativamente la realización del mismo trabajo, o uno de igual valor, están perfectamente trazadas en el art. 19.1 de la Directiva 2023/970, de modo que la aplicación del principio de igualdad salarial por igual salario precisa una comparación entre personas trabajadoras que se encuentran en una situación equiparable, aunque pertenezcan a la plantilla de otra empresa si se aplica el mismo convenio colectivo o, incluso, sin que existan en la actualidad. Este precepto abre la posibilidad a que personas trabajadoras comparables puedan serlo aquellas que no realizan simultáneamente el mismo trabajo para el mismo empleador o no lo hagan en el mismo tiempo. En fin, la Directiva supera la barrera de la prestación de trabajo para un mismo empresario, ampliando el perímetro comparable en la evaluación de la discriminación salarial por la realización de un mismo trabajo o uno de igual valor a las personas trabajadoras que prestan servicios para distintos empresarios como había admitido el TJUE en el asunto *Lawrence*²⁷.

De igual forma, la comparación actúa como eje central del método de prueba si se atiende a la noción de discriminación indirecta contenida en el art. 6 LOI. Esta se define como aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. Esta definición también coincide con la prevista en el art. 3.1 j) Directiva 2023/970, en la que se aborda la medición del perjuicio de una persona trabajadora mujer en comparación con los empleados hombres que probablemente proceda de una disposición, criterio o práctica en apariencia neutros pero que sitúan a las mujeres trabajadoras en una situación de desventaja en la cuantía salarial.

Este es el planteamiento de las primeras sentencias que abordan la discriminación directa e indirecta. Ponen el foco en analizar el impacto adverso que la conducta discriminatoria, aparentemente neutra vierte sobre el colectivo de mujeres y en la dificultad de obtener la prueba; sobre todo de la discriminación indirecta, por lo que la jurisprudencia comunitaria desarrolla la doctrina de la inversión de la carga de la prueba. La evolución de esta doctrina demuestra que no hay una única regla válida en la prueba comparativa de la discriminación salarial, sino que para buscar en cada caso la situación discriminatoria sexista es preciso aplicar las evidencias más

27. STJUE de 17 de septiembre de 2002, asunto (C-320/00), *Lawrence*.

adecuadas al alcance de los tribunales para lograrlo. En el asunto *Enderby*²⁸, anterior a la Directiva 97/89, el TJUE enfrenta dos categorías profesionales distintas, una feminizada de logopedas y otra masculinizada de farmacéuticos, a las que incluso se les aplica un convenio colectivo diferente, desplazando la carga de la prueba para no privar a las trabajadoras víctimas de discriminación indirecta de todo medio eficaz para hacer que se respete el principio de igualdad retributiva. En el asunto *Danfoss*²⁹, el Tribunal elabora la doctrina que presume que la falta total de transparencia del sistema retributivo de la empresa es un indicio suficientemente claro para invertir la carga de la prueba y que el empresario justifique que su política de salarios no es discriminatoria. Esta doctrina es la que ahora recoge el primer apartado del art. 18.2.1º Directiva 2023/970, que prevé la inversión de la carga de la prueba cuando se revele que el empresario ha incumplido las obligaciones de transparencia retributiva en ella contenidas.

En el asunto *Brunnhöfer*³⁰, el TJUE diseña las reglas esenciales sobre cómo interpretar el principio de mismo trabajo o trabajo de igual valor, estableciendo que deben comprobarse las funciones que se llevan a cabo en la realidad. No fue este el razonamiento del Tribunal en el asunto *Air Nostrum*³¹, donde justifica la diferente manera en que unos mismos interlocutores sociales habían negociado para dos colectivos diferenciados dentro de una misma empresa (el de pilotos y el de tripulantes de cabina) un mismo concepto (las dietas por desplazamientos) no es contraria al contenido del artículo 2.1.e) de la Directiva 2006/54. En su razonamiento, el trabajo desempeñado por ambos colectivos no puede ser calificado como trabajo de “igual valor” en los términos exigidos por la norma europea, dadas las diferentes condiciones del trabajo entre ambos. Asegura que los pilotos, por tener unas funciones de mayor responsabilidad, pueden recibir este mismo complemento indemnizatorio en una cuantía superior que las mujeres tripulantes de cabina de pasajeros sin que se deduzca discriminación indirecta. Sorprende que, a pesar de las conclusiones previas del Abogado General, el Tribunal defienda la asimilación de conceptos retributivos que son de naturaleza diversa, introduciendo una comparación que no resulta válida en la lucha contra la brecha salarial, no en vano asimila indemnizaciones (dietas) y salario para justificar que no se puede aplicar el concepto de trabajo de igual valor. En fin, esta resolución se aparta expresamente del criterio jurisprudencial reiterado mantenido hasta la fecha sobre el principio de igualdad salarial, declarando la inaplicación de dicha doctrina y descartando, igualmente, la utilización de la perspectiva de género en

28. STJUE, de 27 de octubre de 1993, asunto (C-127/92), *Enderby*.

29. STJUE, de 17 de octubre de 1989, asunto (C- 109/88), *Danfoss*.

30. STJUE, de 26 de junio de 2001, asunto (C-381/99), *Brunnhöfer*.

31. STJUE de 4 de octubre de 2024, asunto (C-314/23), *Sindicato de Tripulantes Auxiliares de Vuelo de Líneas Aéreas (STAVLA) y Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, S.A.*

el presente caso, lo que supone un retroceso preocupante en el camino para lograr la igualdad efectiva.

En fin, tampoco la STS de 9 de abril de 2026³² realiza ningún esfuerzo para incorporar una valoración diferente en este asunto, ampliando los parámetros comparativos como más acertadamente propuso el Abogado General y aplicando la perspectiva de género. El Tribunal, defiende que el art. 28 ET es una transposición del art. 4 de la Directiva 2006/54/CE y acepta que el concepto de retribución de su art. 2.1 e) coincide con el ordenamiento jurídico español “al integrar todo importe que sea satisfecho, directa o indirectamente, por razón del trabajo, por lo que cabe esa diferencia de trato cuando estamos ante trabajos que no tengan el mismo valor, de modo que esa es la justificación objetiva y razonable”.

2.2. El comparador hipotético

Entre el conjunto de medidas previstas por la Directiva 2023/970 para reforzar la aplicación del principio de igualdad salarial entre mujeres y hombres, se encuentra la de facilitar la comparación de las personas trabajadoras que realizan un trabajo del mismo valor y, dentro de los medios previstos, el art. 19 destaca de manera específica la posibilidad de llevar a cabo una comparación hipotética cuando no se pueda encontrar una persona de referencia real. La finalidad de este método está recogida en el considerando 28 al decir que “en las situaciones en las que no exista ningún referente real, debe permitirse la utilización de un referente de comparación hipotético para que los trabajadores puedan demostrar que no han recibido el mismo trato que ese referente hipotético de otro sexo”.

A diferencia de la prueba de discriminación salarial, que tiene como origen la realización de un mismo trabajo, la prueba del trabajo del mismo valor precisa identificar cuáles son estos trabajos. El objetivo queda situado en señalar el trato desfavorable que sufre una persona trabajadora por poseer la característica de ser mujer y, para conseguirlo, necesita tener a su alcance herramientas que le permitan comparar su salario con el de aquellas personas trabajadoras que comparten características comunes, excepto la que se ha tenido en cuenta de manera discriminatoria (el sexo). Esta es una información (identificar los trabajos de igual valor) que el art. 7.1 Directiva 2023/970 propone que se facilite a las personas trabajadoras, reconociéndoles el derecho a solicitar y recibir por escrito, en un formato accesible a las personas con discapacidad, información sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo.

32. STS de 9 de abril de 2026, rec. 77/2025 ECLI:ES:TS:2026:1791

Como el contenido queda referido a categorías de quienes realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, resultará necesario que el empresario haya desarrollado un esfuerzo de análisis previo identificando aquellos de igual valor. En el ordenamiento jurídico español la aplicación del principio de transparencia retributiva a través del registro retributivo y, en su caso, la auditoría retributiva previstos en el RD 902/2020, permiten al empresario poder contar con esos resultados en los términos recogidos en los arts. 28.1 ET y 4 del RD 902/2020, facilitándose la implementación de este deber.

Además de la prueba estadística y el comparador hipotético, el art. 19 Directiva 2023/970 filtra distintos métodos de prueba con la garantía de que han sido avalados previamente por el TJUE. En consecuencia, permite que en la determinación de la discriminación directa o indirecta, la evaluación de situación comparable pueda superar las situaciones en las que las personas trabajadoras trabajan simultáneamente para el mismo empleador, ampliándose la fuente única que determina las condiciones de retribución, cuando establezca los elementos retributivos pertinentes a efectos de comparación entre los trabajadores, como puede ser el convenio colectivo de ámbito sectorial, que también extiende a cuantos trabajadores no estén empleados al mismo tiempo que la persona trabajadora de que se trate.

En fin, la Directiva 2023/970 reconoce en el art. 19.3, como parte complementaria del conjunto de medidas que propone para reforzar la aplicación del principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres, la necesidad de facilitar el acceso a procedimientos judiciales para su cumplimiento, incluso después de que haya terminado la relación laboral durante la cual se haya producido la presunta discriminación. Para lograrlo, promueve como medio de prueba las situaciones comparables y, al mismo tiempo, reconoce la posibilidad de utilizar cualquier otra ordenada a demostrar la presunta discriminación retributiva, cuando no se pueda encontrar una persona trabajadora comparable, según sucede con las estadísticas y con el comparados hipotético³³.

33. Sobre el análisis del contenido de la Directiva 2023/970 entre otros, véase, Roqueta Buj, R., “La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, nº 3, 2023, pp. 70-92; Fuentes Rodríguez, F., “La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 168, 2023, pp. 223-249; ; Moraru, G. F., “La consolidación del principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia retributiva y los mecanismos para su cumplimiento: La directiva (UE) 2023/970”, *Revista justicia y trabajo*, nº 3, 2023, pp. 203-226; Ballester Pastor, M.A., “Desentrañando la Directiva 2023/970 de transparencia retributiva”, *Revista de derecho social*, nº. 111, 2025, pp. 13-48; Ricou Casal, M., “La Directiva de transparencia retributiva y su alcance real: entre la norma y la práctica: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista crítica de relaciones de trabajo*, Laborum, nº 15, 2025, pp. 79-101; Escudero Prieto, A., “La Directiva de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento con la finalidad de reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución

Esta regulación del art. 19 Directiva 2023/970 determina el marco de actuación para comprobar la existencia de una posible discriminación en materia de retribución, consagrando la doctrina defendida ya en el asunto *Macarthys* cuando asume la posibilidad de comparar la situación de la persona demandante con la de otras personas trabajadoras que no se encuentran empleadas al mismo tiempo. El Tribunal declaró que el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo no se limita a las situaciones en las que hombres y mujeres efectúan simultáneamente un mismo trabajo para el mismo empleador³⁴. En este caso, el órgano jurisdiccional examina los argumentos expuestos por la demandada en el asunto principal, por los que una persona trabajadora de sexo femenino puede reclamar no sólo el salario percibido por otra de sexo masculino que hubiera efectuado con anterioridad el mismo trabajo para su empleador, sino también de manera más general, la retribución a la que pudiera pretender, si fuera un hombre, incluso cuando ningún trabajador masculino realice en ese momento o haya realizado con anterioridad un trabajo comparable. El Tribunal, con una doctrina muy avanzada, defiende que el principio de igualdad de retribución del artículo 119 TCEE, se aplica en caso de que se demuestre que un trabajador femenino, habida cuenta de la naturaleza de sus servicios, ha percibido una retribución inferior a la que percibía quien efectuaba el mismo trabajo, empleado con anterioridad al período de empleo de la trabajadora.

De modo similar en el fallo histórico del asunto *Dekker*³⁵, en el que el TJUE consolida la interpretación del principio de igualdad de trato de la Directiva 76/207, recogida en la Directiva 2006/54 y 2023/970, prohibiendo de manera absoluta cualquier penalización por embarazo tanto en el acceso como en el mantenimiento del empleo, utilizando la técnica del comparador hipotético. El Tribunal hace gala aquí de una enorme creatividad para comprobar la existencia de discriminación directa por razón de sexo, refiriéndose al marco en el cual procede comprobar la existencia de la discriminación por embarazo, de modo que la ausencia de candidatos masculinos no puede afectar a la prueba discriminatoria por razón de sexo. En este caso se realiza una comparación entre personas del mismo sexo (solo habían concurrido mujeres), utilizando un referente hipotético para declarar que la negativa a emplear a una mujer embarazada es una decisión directamente vinculada al sexo de la candidata, sin que en estas circunstancias (embarazo de la trabajadora) tenga trascendencia la ausencia de candidatos masculinos.

por razón de género”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 179, 2025, pp. 79-109.

34. La demandada en el asunto principal había definido este término de comparación por referencia a la noción de lo que ella llama un «hipotético trabajador masculino», STJUE de 27 de marzo de 1980, asunto C-129/79, *Macarthys*.

35. STJUE de 8 de noviembre de 1990, asunto C-177/88, *Dekker*.

Los referentes hipotéticos admitidos como medio de prueba por la doctrina del TJUE³⁶, y ahora recogidos en el art. 19 Directiva 2023/970, deberían ser incorporados expresamente en la legislación española, ya que pueden convertirse en una herramienta eficaz para detectar las discriminaciones directas ocultas y permiten facilitar la aplicación práctica del concepto de discriminación directa³⁷. Adicionalmente, además, el propósito del comparador hipotético se encuentra bien identificado en el considerando 28 cuando, después de declarar que la determinación de un referente de comparación válido es un parámetro importante para resolver si un trabajo puede considerarse de igual valor a otro, propone que se permita la utilización de un referente de comparación hipotético, facilitando que las personas trabajadoras puedan demostrar que no han recibido el mismo trato que un referente hipotético de otro sexo.

A pesar de la decidida apuesta del Derecho europeo por incorporar en la legislación de los Estados miembros la comparación hipotética, este método seguirá planteando diversas dificultades para lograr su natural desarrollo. Uno de los principales obstáculos se encuentra en que el duplicado necesita asentarse sobre premisas objetivas, es decir, no se puede inventar una figura referente desde la nada y situarla en el lugar que resulta conveniente para descubrir una situación de discriminación salarial. Cuando no hay referencias en la empresa de la persona demandante será necesario acudir a referentes comparables, como puede ser el salario que perciben los hombres en otras empresas del mismo sector, para revelar que si fuera un hombre quien ocupara ese puesto de trabajo, tendría un sueldo más elevado. Así se logra que la comparación, aun siendo hipotética, esté basada en datos objetivos; más aún al encontrarse este método ahora reforzado por el art. 19.1 Directiva 2023/970, que permite ampliar la evaluación comparable a la fuente única que determine las condiciones de retribución.

Sin perjuicio de las dificultades que suscita en la práctica este método de prueba en materia retributiva, es preciso indicar la relevancia que adquiere el comparador hipotético en los sectores que presentan una fuerte segregación de género, motivo por el cual resultaría interesante explorarlo en este marco.

2.3. La prueba estadística

El art. 19.3 Directiva 2023/970 permite utilizar la prueba estadística para demostrar la presunta discriminación retributiva en el caso de que no se pueda utilizar ningún referente de comparación real. La doctrina del TJUE ha establecido desde hace tiempo el criterio de que la discriminación indirecta pueda ser demostrada por

36. Los tribunales españoles no utilizan este medio de prueba hipotética, véase Ballester Pastor, M^a.A., *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2018, p.19.

37. Roqueta Buj, R., “La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España”, op. cit., p. 83.

cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que estos no se refieran a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, también, de manera general resulten significativos.

El TJUE autoriza que se utilice este medio de prueba mediante la integración indiciaaria como mecanismo para probar la discriminación indirecta en el asunto *Schuch Ghannadan*³⁸. Aunque el debate no tenía relación con la decisión de un empresario, pues giraba en torno a la naturaleza potencialmente discriminatoria de la legislación austriaca sobre universidades, el Tribunal ampara que la falta de acceso a información relevante o datos estadísticos puede poner en peligro la consecución del objetivo perseguido por la Directiva 2006/54³⁹. En consecuencia, permite que un trabajador que se considere perjudicado por la discriminación indirecta por motivos de sexo pueda demostrar una apariencia de discriminación sobre la base de datos estadísticos generales del mercado laboral del Estado en cuestión, cuando no se puede esperar que la persona implicada elabore datos más precisos relativos al grupo de trabajadores correspondiente, estos sean de difícil acceso o, incluso, no se encuentren disponibles.

De forma similar, el Tribunal en el asunto *Villar Laiz*⁴⁰ mantiene que una desventaja particular se puede corroborar, probando que una normativa afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo significativamente más alta que la de las personas del otro sexo, cuando la demandante sustenta que aquella supone una discriminación indirecta. En base a la prueba estadística declara incontrovertible que las trabajadoras son las principales usuarias de este tipo de contrato “a tiempo parcial”, incluso el propio juzgador remitente estima estadísticamente probado que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres, por cuanto en España al menos el 80 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres⁴¹. De igual importancia, el Tribunal también recurre a la prueba estadística para declarar que la indemnización por despido de una trabajadora que reduce su jornada para prestar servicios a tiempo parcial debido a un permiso parental y considera que debe calcularse teniendo en cuenta la jornada a tiempo completo, esta práctica constituye discriminación indirecta contra las mujeres en aplicación del artículo 157 TFUE de igualdad retributiva entre trabajadoras y trabajadores. En el fondo, en Francia el 96 por ciento de las personas trabajadoras que solicitan un permiso parental son mujeres, conforme recoge el pronunciamiento en el asunto *Praxair MRC*⁴². En suma, la reiterada jurisprudencia el TJUE ratifica

38. STJUE, de 3 de octubre de 2019, asunto (C-274/18), *Schuch Ghannadan*.

39. 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).

40. STJUE, de 8 mayo 2019, asunto (C-161/18), *Villar Laiz*.

41. STJUE, de 22 de noviembre de 2012, asunto (C-385/11), *Elbal Moreno*.

42. STJUE, de 8 de mayo de 2019, asunto (C- 486/18), *Praxair MRC SAS*.

que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres⁴³.

Después de todo, la tesis de la prueba estadística para descubrir la discriminación indirecta se ha ido abriendo camino en la jurisprudencia europea, no sin esfuerzos y alguna corrección de rumbo⁴⁴, como en el asunto *Cachaldora Fernández*⁴⁵, donde no fue de utilidad este método porque la disposición nacional controvertida en el litigio principal no se aplicaba a todos los trabajadores comparables (a tiempo parcial). El Tribunal alcanza una resolución que introduce en el campo de la prueba estadística cierta inseguridad; en esta ocasión, no acepta esta comparación para declarar la actuación discriminatoria porque interpreta que los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores comparables (a tiempo parcial), considerados en su totalidad, no son pertinentes para demostrar que dicha disposición afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres.

La elección de la prueba estadística presenta un reto, pero el universo de este método comparativo no puede ser tan simplificador, aceptando solo una visión dualista, por cuanto, mientras el principio de no discriminación prohíba la consideración de ciertos motivos, una mujer en relación con los hombres en el caso de discriminación por razón de sexo resultará que la discriminación es perfectamente posible dentro de un grupo de personas que presentan un mismo motivo. Así lo acepta el TJUE entre el colectivo de trabajadores discapacitados en el asunto *VL contra Szpital Kliniczny im*⁴⁶, declarando discriminatoria una medida aparentemente neutra, consistente en el abono de un complemento salarial a los que hayan presentado su certificado de discapacidad después de una fecha elegida por dicho empresario, y no a los trabajadores que lo hubieran hecho antes de esa fecha, porque tuvo el efecto de ocasionar una desventaja particular a personas con ciertas discapacidades en comparación con otras personas discapacitadas con otras discapacidades.

Por otra parte, a pesar de estos tropiezos en la construcción de la prueba estadística, se reconoce en el asunto *Seymour-Smith y Pérez*⁴⁷ que es el órgano jurisdiccional nacional el encargado de apreciar en qué medida los datos estadísticos que se le

43. SSTJUE de 9 de febrero de 1999, asunto (C- 167/97) *Seymour-Smith y Pérez*; de 23 de octubre de 2003, asuntos acumulados (C-4/02 y C-5/02), *Hilde Schönheit/Standt Frankfurt am Main y Silvia Beker/ Land Hessen*; de 16 de mayo de 2006, asunto (C-372/04), *Watts*, y jurisprudencia citada; de 5 de noviembre de 2014, asunto (C-103/13), *Snezhana Somova*, y jurisprudencia citada.

44. “Sea como fuere, los datos estadísticos aportados son un punto de partida en la aplicación de la flexibilización de la carga de la prueba a los casos de discriminación sexista indirecta”, Lousada Arochena, J.F., *La prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales (Su regulación en los procesos civil, contencioso-administrativo y social)*, Bomarzo, Albacete, 2021, p. 145.

45. STJUE, de 14 de abril de 2015, asunto (C-527/13), *Cachaldora Fernández*.

46. STJUE, de 26 de enero de 2021, asunto (C-16/19), *VL contra Szpital Kliniczny im*.

47. STJUE de 9 de febrero de 1999, asunto (C- 167/97), *Seymour-Smith y Pérez*.

someten (que en este caso indicaban que el 77,4 % de los hombres y el 68,9 % de las mujeres se ajustaban al criterio de controversia), son válidos si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, si en general, resultan significativos. Este caso es interesante porque el Tribunal admite que se pueda demostrar una discriminación indirecta con diferencias numéricas menos desproporcionadas entre mujeres y hombres, pero persistentes y constantes durante un largo periodo de tiempo.

El TC aplica este mismo criterio al establecer que el análisis de la discriminación indirecta requiere ineludiblemente el respaldo de datos estadísticos, defendiendo claramente que para abordar el análisis de la discriminación indirecta hay que acudir necesariamente a los datos revelados por la estadística⁴⁸, cuando estos son conocidos por tratarse de una evidencia empírica. En la discriminación indirecta por razón de sexo, la doctrina constitucional ha asumido el concepto elaborado por la jurisprudencia del TJUE, para referirse a aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres. El argumento es simple: tales medidas están prohibidas salvo que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo⁴⁹.

La incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, pues deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística⁵⁰, ya sean aportados por el órgano judicial promotor de la respectiva cuestión de inconstitucionalidad o actualizados de oficio por el Tribunal⁵¹. Para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho⁵².

Con apoyo en la doctrina del TJUE y del TC, en la interpretación del contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de las personas trabajadoras, el Tribunal Supremo (TS) declara que la estadística puede constituir una decisiva fuente de indicios de discriminación indirecta⁵³; además, defiende que el principio de igualdad de trato exige eliminar no sólo la discriminación abierta, sino también toda forma de discriminación encubierta que, por la

48. SSTC 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre y 145/1991, de 1 de julio; 61/2013, de 14 de marzo; 91/2019, de 3 de julio.

49. SSTC 22/1994, de 27 de enero; 240/1999, de 20 de diciembre.

50. STC 128/1987, de 16 de julio.

51. STC 253/2004, de 22 de diciembre.

52. STC 253/2004, de 22 de diciembre.

53. STS de 18 de julio de 2011, Rec. 133/2010, ECLI:ES:TS:2011:5798.

aplicación de otros criterios, lleve, de hecho, al mismo resultado. Y tal eliminación resulta aquí factible mediante la utilización de criterios interpretativos finalistas⁵⁴. El TS también utiliza los datos empíricos disponibles en un supuesto en el que la empresa asigna un plus voluntario, cuya finalidad, no era más que “compensar las tareas de los trabajadores”, asignando unas cantidades significativamente inferiores en los departamentos integrados exclusivamente por mujeres (10,37 € mensuales por persona en el de “pisos”) respecto a las retribuciones que otorga en los departamentos mayoritariamente ocupados por hombres (118,42 y 168,19 €/mes en “cocina” y “bares”, respectivamente)⁵⁵.

En consecuencia, lo relevante es que se va consolidando la doctrina que sustenta la utilización de una regla comparativa adaptada al caso concreto para investigar la situación discriminatoria sexista, como acepta también el TS cuando comprueba empíricamente si procede aplicar la disminución proporcional del complemento salarial de asistencia y puntualidad a las personas trabajadoras acogidas a una reducción de jornada por guarda legal. Por cierto, merece la pena destacar que, a través de la resolución alcanzada en este asunto, se pone de manifiesto que cuando el TS utiliza la perspectiva de género demuestra enfocar mucho mejor la aplicación del principio de igualdad por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales⁵⁶.

3. DOS DERECHOS ENFRENTADOS EN LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA: LA INFORMACIÓN SOBRE SALARIOS Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La prueba es fundamental en cualquier denuncia por discriminación salarial por razón de sexo que se pretenda resolver ante un tribunal de la jurisdicción social. La dificultad de esta práctica radica en dos realidades añadidas a las hasta ahora descritas; por un lado, la falta de transparencia de los datos sobre el desarrollo profesional

54. STS de 29 de enero de 2020, Rec. 3097/2017, ECLI: ES:TS:2020:416. “La Sala no puede dejar de poner de relieve que la circunstancia ya analizada de la afectación ampliamente femenina, que el sistema de pensiones del SOVI presenta, se reitera igualmente en relación con las prestaciones en favor de familiares, las cuales se generan en número también significativamente superior por parte de personas beneficiarias de sexo femenino (los datos estadísticos de la Seguridad Social del mes de octubre de 2019 arrojan un total de 29.450 mujeres, frente a 13.330 hombres)”.

55. STS de 14 de mayo de 2014, Rec. 2328/2013, ECLI:ES:TS:2014:1908, véase Marín Malo, M., “Discriminación salarial indirecta y los sistemas de valoración de puestos de trabajo”. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, nº 6, 2021, pp. 34-60.

56. STS de 4 de octubre de 2022, Rec. 574/2019, ECLI:ES:TS:2022:3548, véase Maldonado Molina, J.A., “Fecha del Hecho Causante de la IP en caso de revisión de grado. Repercusiones en orden al complemento por maternidad. La STS 4 de octubre de 2022”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 34, 2023, pp. 89-98; Ruiz González, C.M., “La pensión de gran invalidez no tiene autonomía propia: A propósito de la STS de 4 de octubre de 2022 (recurso 222/2020)”, *Revista de Derecho Laboral vLex (RDLV)*, nº 7, 2022, pp. 106-110.

de las personas trabajadoras comparables; y, por otro, la protección legal de dicha información como datos personales, cuya divulgación podría vulnerar derechos constitucionalmente protegidos.

Ya se ha expuesto que la discriminación no siempre exige presentar una prueba comparativa que permita conocer la situación de una persona trabajadora en relación con otras, pero ante una denuncia de trato salarial desfavorable por razón de sexo será inevitable que se indague sobre su posición contrastada con la de otras personas trabajadoras comparables.

Es conocida la complejidad que entraña pasar de una opinión subjetiva de la persona trabajadora a una evaluación cuantitativa basada en datos salariales, también los tribunales, cada vez con mayor frecuencia, realizando una revisión de proporcionalidad, que se ha ido endureciendo en la exigencia de requisitos, declaran que entra en conflicto con otros derechos, en particular con el derecho a la protección de datos personales de las personas trabajadoras comparables. Los tribunales han ido incorporando gradualmente nuevos requisitos a la hora de declarar que la prueba indiciaria de la discriminación salarial cumple el criterio de proporcionalidad y respeta el derecho a la protección de datos personales. Por esta razón, y en el curso de los últimos años, se asiste a un intenso debate jurídico cuyo centro de interés reside en la confrontación de ambos derechos, el de la prueba y el del respeto a los datos personales.

Probar la discriminación salarial ante un tribunal es un proceso complejo que exige analizar detalladamente el derecho a la prueba. Es preciso determinar qué debe acreditar quien denuncia la discriminación (ya sea por bajos salarios, brecha salarial o falta de promoción) para que el órgano judicial ordene a la empresa presentar los documentos correspondientes. En realidad, se trata de determinar cómo puede la persona trabajadora que denuncia discriminación salarial⁵⁷ acceder a las nóminas de sus compañeros para demostrar el trato discriminatorio como medio de prueba de la presunta diferencia salarial, previsto en los arts. 96.1 y 181.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) y en el art. 20 Directiva 2023/970⁵⁸.

57. La STC 308/2000, de 18 de diciembre de 2000, sustenta que para que opere el desplazamiento al demandado de la carga de la prueba, no basta con que el afectado estime sufrir una conducta lesiva de derechos fundamentales, sino que ha de acreditar, mediante la presentación de la prueba indiciaria, la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato.

58. La STC 17/2003, de 30 de enero de 2003, señala que la prueba indiciaria se articula en un doble plano (defendido en SSTC 90/1997, de 6 de mayo y 66/2002, de 21 de marzo de 2002), el primero en la necesidad de la persona trabajadora de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que haya podido producirse SSTC 87/1998, de 21 de abril, 293/1993, de 18 de octubre, 140/1999, de 22 de

Desde la aparición del Reglamento General de protección de datos (RGPD)⁵⁹, la extraordinaria expansión en el ámbito laboral del derecho a la protección de datos personales se refleja, en una revisión de la concepción del principio de proporcionalidad que exige requisitos más elevados, de modo que el empresario se opone a la elaboración de documentos o la comunicación de datos personales de personas trabajadoras distintas a la solicitante, esto es terceros comparadores, acogiéndose al derecho a la protección de datos establecido en el RGPD, haciendo que la expansión del derecho a la protección repercuta en los principios de igualdad y no discriminación⁶⁰.

El principio de proporcionalidad en la defensa del derecho a la información salarial y el derecho a la protección de datos personales aparece recogido en los arts. 7.6 y 12.3 Directiva 2023/970, en cuanto que el empresario debe adoptar medidas orientadas a exigir a las personas trabajadoras la confidencialidad de los datos personales que les facilita, salvo que deban ser divulgados para ejercer la defensa del derecho fundamental a la igualdad salarial.

Sin poder entrar en un estudio sobre los complejos pormenores del debate jurídico cuyo centro de interés se ha situado en delimitar la información contenida en el registro salarial cuando su divulgación pueda suponer la individualización de la retribución, debido a que el derecho a obtener esta información salarial choca con los mandatos del RGPD. A este conflicto se ha extendido el canon de proporcionalidad establecido por el TC para ponderar derechos fundamentales⁶¹. El TJUE en el asunto *Norra Stockholm Bygg*⁶² defendió que el derecho a la protección de los datos personales contenido del RGPD no es un derecho absoluto, antes bien, debe ser tomado en consideración en relación con su papel en el ámbito en el cual se quiera poner en valor. De esta manera afirma que los arts. 5 y 6 del Reglamento 2016/679 deben interpretarse en el sentido de que, el órgano jurisdiccional nacional, al apreciar si debe ordenarse la presentación de un documento que contenga datos personales,

julio, 29/2000, de 31 de enero, 207/2001, de 22 de octubre, 214/2001, de 29 de octubre, 14/2002, de 28 de enero, 29/2002, de 11 de febrero y 30/2002, de 11 de febrero. El segundo, se inicia una vez cumplido este primer e inexcusable deber del demandante de presentar indicios que permitan declarar la lesión del derecho fundamental si la parte demandada no logra probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

59. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

60. Rodríguez Cardo, I.A., “Acerca de la transparencia del registro salarial”, *Briefs AEDTSS*, 115, 2024, p. 483.

61. Superando tres juicios: de idoneidad, de necesidad; y, de proporcionalidad en sentido estricto, requerido por la doctrina del TC, entre otras, en las SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre, 37/1998, de 17 de febrero; 186/2000, de 10 de julio.

62. STJUE de 2 de marzo de 2023, asunto C-268/21, *Norra Stockholm Bygg*.

está obligado a tener en cuenta los intereses de los afectados y a ponderarlos en función de las circunstancias de cada caso, del tipo de procedimiento de que se trate y de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad; en particular, las procedentes del principio de minimización de datos a que se refiere el artículo 5.1.c) de dicho Reglamento.

Cuanto cabe deducir de lo expuesto es que el derecho a la protección de datos dista de ser un derecho absoluto y debe ser sopesado frente a otros derechos de acuerdo con el principio de proporcionalidad; por ende, la posibilidad de alegar la aplicación del RGPD no constituye un obstáculo absoluto para elaborar documentos que contengan datos personales de terceros. No obstante, resta atender a la referencia al principio de minimización de datos personales contenida en el art. 5.1.c) RGPD. Esta cuestión se advierte importante en las reclamaciones por motivos de discriminación salarial, en atención a la trascendencia que adquiere el contraste de datos de personas trabajadoras comparables y apreciar, en su caso, el volumen de datos necesarios para ello.

En el ordenamiento jurídico español el art. 28.2 ET prevé el registro salarial. La jurisprudencia interpreta que esta exigencia legal no debe cumplirse cuando incluya datos que permitan identificar la retribución individualizada de una persona trabajadora, debido a que en este supuesto el derecho a la prueba entra en conflicto con otros derechos y libertades objeto de protección, en particular con el derecho a la protección de datos de esa persona trabajadora protegido por el RGPD y por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD).

Los tribunales españoles han tenido ocasión de pronunciarse sobre este aspecto contenido en la Directiva 2023/970. La SAN de 29 de mayo de 2023⁶³ resultó pionera al interpretar que las medidas de garantía manifestadas en su considerando 44, cuando exige que todo tratamiento de datos se ajuste a lo dispuesto en el RGPD y que se añadan garantías específicas a sus prescripciones para evitar la divulgación de información sobre un trabajador identificable, se refuerza con las previsiones contenidas en su art. 12.3. La previsión es lo que lleva al Tribunal a reforzar su conclusión de que el derecho a la protección de datos no se garantiza excluyendo ciertas retribuciones, sino aplicando medidas de seguridad específicas para este fin. Estas garantías se traducen en la posibilidad de que los Estados miembros puedan decidir limitar el acceso a esta información a las personas trabajadoras, de modo que solo se facilite a los representantes de los trabajadores y la inspección de trabajo o, en su caso, al organismo de igualdad del art. 13.3 Directiva 2023/970.

Resulta significativamente importante recordar, como hace el Tribunal, que el art. 5 LOPD prevé que todas las personas que intervengan en cualquier fase del

63. SAN de 29 de mayo de 2023, re. 76/2023, ECLI:ES:AN:2023:2650.

tratamiento de datos quedarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el art. 5.1.f) RGPD, deber, por otra parte, de carácter general recogido en el art. 65.2 ET, que atañe expresamente a la representación legal de los trabajadores y que, cuando se haga realidad la transposición de la Directiva en el derecho español, deberá extenderse también a las personas trabajadoras que accedan a los datos retributivos como estipula el art. 7.6 Directiva 2023/970.

El Tribunal Supremo, asumiendo la hipotética aplicación de la Directiva 2023/970 en este conflicto⁶⁴, interpreta que prevalece el derecho de protección de datos sobre la transparencia retributiva⁶⁵, declarando que la Directiva no permite esta divulgación si supone conocer el salario de un trabajador individual, porque se trataría de un dato personal constitucionalmente protegido.

El ejercicio del derecho fundamental a la igualdad salarial no se sustrae a la regla general de que debe ejercerse en unos términos que resulten compatibles con el resto de los derechos, bienes y valores constitucionalmente amparados. Esta compatibilidad se garantiza mediante la imposición de unos límites a dicho ejercicio, pues si bien, y conforme ya se ha desarrollado, el derecho fundamental a la igualdad salarial por razón de sexo no es un derecho absoluto, como derecho fundamental protegido amplia y sólidamente, cuya titularidad es de la persona trabajadora, solo puede experimentar restricciones de otros derechos, bienes y valores de rango equivalente.

En el fondo, cada derecho tiene su peso específico y desprende en la relación laboral sus efectos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁶⁶, sin desconocer la importancia del derecho a la protección de datos personales en el ámbito laboral, afirma que cuando se produce un conflicto entre este derecho y la prohibición de discriminación salarial debe ampararse la efectividad de esta última, especialmente en materia de igualdad retributiva. Las normas internas o prácticas empresariales restrictivas pueden afectar negativamente al control judicial efectivo de las prácticas discriminatorias, impedir su detección y hacer inviable la acreditación de diferencias de trato relevantes. El Tribunal, haciendo un juicio de ponderación, constata que, en este caso, la vulneración del principio de confidencialidad al que se había comprometido la demandante no justifica la medida adoptada por la empresa (despido), al no ser proporcionada entre el bien que se tutela (igualdad salarial) y el sacrificio del derecho (confidencialidad de las nóminas)⁶⁷.

64. STS de 21 de noviembre de 2024, rec. 218/2023 ECLI:ES:TS:2024:5709 y STS de 15 de enero de 2025, rec. 136/2023; ECLI:ES:TS:2025:154.

65. Para un análisis de esta doctrina jurisprudencial véase Gómez García, F.X., “Aportaciones jurisprudenciales entorno a la transparencia salarial”, *Revista crítica de relaciones de trabajo*, Laborum, nº 16, 2025, pp. 211-218.

66. STEDH de 4 de diciembre de 2025 *Caso Ortega Ortega* contra España, demanda (nº 36325/22).

67. El análisis de esta sentencia puede verse Maneiro Vázquez, Y., “El complejo equilibrio entre la prohibición de discriminación salarial y el derecho a la protección de datos: STEDH Ortega Ortega

La protección de la discriminación no puede quedar anulada por un uso extensivo o desproporcionado de la confidencialidad o de la normativa sobre protección de datos⁶⁸. Estas obligaciones (contractuales) deben conciliarse con la posibilidad real de que quienes alegan una brecha salarial accedan a la información necesaria imprescindible para realizar la comparación adecuada. Negar un acceso razonable a estos datos conlleva el riesgo de vaciar de contenido las garantías antidiscriminatorias y de convertir a la igualdad salarial en un derecho meramente formal. Por esta razón, la legislación y la práctica judicial deben lograr alcanzar un equilibrio adecuado entre confidencialidad y transparencia suficiente para la detección de eventuales prácticas discriminatorias salariales por razón de sexo, tal y como apunta el art. 12.3 Directiva 2023/970.

La interpretación de los tribunales españoles, desestimando la demanda por despido de la trabajadora, es el resultado de una estricta contractualización de los derechos fundamentales⁶⁹. Probablemente si se hubiera recurrido al canon de proporcionalidad el resultado hubiera sido muy diferente. Habida cuenta de que de todas las medidas que pudo adoptar la empresa, el despido fue la más gravosa para castigar el incumplimiento contractual de la trabajadora utilizado como medio de prueba comparativo, para ejercer su derecho a reclamar la brecha salarial previamente reivindicada y reconocida. Y a pesar de todo, con estos antecedentes, los tribunales españoles atendieron a la razón contractual para resolver el caso, en lugar de emplear el recurso del juicio de ponderación, que probablemente hubiera llevado a obtener otro resultado. Porque se puede aceptar que la medida adoptada por el empresario fuera adecuada, con muchos reparos; incluso, asumir que la medida fuera necesaria para la empresa, lo que no resulta de ningún modo tolerable es que fuera proporcionada al interés perseguido. De todas maneras, en este caso el absoluto sacrificio del derecho fundamental a la igualdad salarial invocado resulta desproporcionado en relación con el interés del bien que resulta protegido; esto es, el derecho de los trabajadores a que no sea conocido el salario real que perciben por una compañera que sufre una

contra España, *Revista general de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, nº 73, 2026, pp. 801-811; García Campá, S., “Anatomía de una represalia empresarial tras obtener la tutela judicial del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo en las retribuciones. Comentario a la sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 2025 (Ortega vs. España)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 491, 2026, pp. 218-227; Sierra Hernáiz, E., “Garantía de indemnidad versus protección de datos. Análisis del caso Ortega Ortega del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Trabajo y Derecho*, nº 136, 2026.

68. Así lo defiende también Rodríguez Cardo, I.A., “Acerca de la transparencia del registro salarial”, op. cit. p. 483.

69. Ampliamente sobre la evolución en los tribunales de la descontractualización de los derechos fundamentales laborales y su reconstitucionalización, Goerlich Peset, J.M., “Las libertades de expresión e información en las relaciones laborales”, AA. VV: *La libertad de información y de expresión*, Madrid, CEPC, 2002, pp. 87 y ss.

discriminación salarial y necesita esa información para denunciarla, aquí es donde reside el principal interés de la doctrina defendida por el TEDH.

Cuestión distinta es que el derecho de protección de datos circunscriba la difusión y uso de esa información sobre el salario de un trabajador identificable a la defensa del derecho a la igualdad salarial y esta defensa parece tener un tratamiento jurídico prioritario en la Directiva 2023/970. Vale la pena traer aquí de nuevo a colación que el art. 4 LOI declara la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres principio informador del ordenamiento jurídico⁷⁰, que el TJUE subraya su trascendencia en el asunto *Loredas*⁷¹, al recordar a los órganos jurisdiccionales nacionales que están obligados, cuando aplican el derecho interno, a interpretarlo tomando en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y a aplicar los métodos de interpretación reconocidos por este para hacerlo, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que esta persigue.

Pretender que el derecho a la información salarial reconocido expresamente en el art. 7 Directiva 2023/970 pueda ser amputado en ciertos supuestos por el riesgo de que se revele el salario y este pueda ser identificable y vinculable con personas trabajadoras concretas dejaría en manos del empresario la decisión de publicar los datos salariales en cuanto considere que existe el riesgo de dar a conocer la retribución de quienes pueden resultar identificables. En este contexto, con estas limitaciones apuntadas por el TS, cabe interrogarse sobre cómo logrará la legislación española extender el derecho de información a las personas trabajadoras sin necesidad de intermediarios; a la sazón la finalidad de esta norma europea⁷².

La Directiva 2023/970 aborda sin complejos la falta de transparencia y el desconocimiento por las trabajadoras del salario que perciben los trabajadores comparables en general, aquellos que trabajan en el mismo ámbito y ocupan un puesto de trabajo igual o de igual valor. Varios de sus preceptos defienden la transparencia salarial dentro del equilibrio que implica el principio de proporcionalidad en la defensa de derechos fundamentales. La decidida apuesta en la defensa del principio de igualdad retributiva por razón de sexo se enfoca en la ordenación de una medida singular, que entiende y así lo califica eficaz para erradicar la brecha salarial. El marco comunitario establece que la publicidad de las retribuciones y la transparencia salarial son herramientas fundamentales, efectivas para detectar y erradicar las diferencias salariales

70. La STS de 21 diciembre 2009, Rec. 201/2009 sostuvo por vez primera la obligación de los jueces y tribunales de llevar a cabo un enjuiciamiento guiado por la perspectiva de género mediante el examen de la transversalidad del principio de igualdad a través de una interpretación de la ley que fuera acorde con los postulados impuestos por la LOI, la cual supuso un hito normativo que compele a los jueces y tribunales a incorporar tal criterio de hermenéutica normativa.

71. STJUE, de 19 de diciembre de 2024, en el asunto (C-531/23), *Loredas*.

72. Defender la prioridad del derecho a la protección de datos personales aplicado al salario es una anomalía jurídica difícil de justificar, estaría privando de efectividad a un derecho fundamental de todos los trabajadores Rodríguez Cardo, I.A., "Acercas de la transparencia del registro salarial", op. cit., p. 485

discriminatorias. En definitiva, la transparencia retributiva mediante la publicidad de los salarios es para el legislador europeo la herramienta proporcionada para descubrir la brecha salarial, el objetivo es facilitar que las personas trabajadoras tengan a su alcance información fidedigna sobre las diferencias salariales que perciben las personas trabajadoras comparables, dentro, claro es, del respeto a la protección de datos⁷³. Por encima de todo, el art. 7 de la Directiva prevé un derecho a la información que podría cambiar la orientación de esta disputa.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Según ha quedado expuesto a pesar de que la comparación no resulte esencial para denunciar la discriminación, es el método más seguro de luchar contra la brecha salarial estructural. La viabilidad de la prueba discriminatoria se sustenta, necesariamente, en un juicio de comparación retributiva respecto al grupo (hombres) de contraste. No obstante, se advierte una asimetría informativa evidente; las fuentes de prueba esenciales no se encuentran en la esfera de control de la trabajadora que denuncia la discriminación salarial, situándose bajo la exclusiva custodia del empresario. Para corregir este desequilibrio en el acceso a la información sobre salarios comparables el derecho comunitario articula medidas de transparencia retributiva en la Directiva 2023/970, en buena parte recogidas en el art. 28.2 ET a través del deber empresarial de registro retributivo.

La obligación de entregar los datos prevista en la Directiva 2023/970 propone garantizar la transparencia salarial integrándola dentro del principio de igualdad retributiva por razón de sexo. En particular, para alcanzar los objetivos fijados por el legislador europeo, resulta necesario incluir los datos de toda la plantilla de la empresa, tal y como establece la propia norma europea garantiza que el derecho a la transparencia retributiva pueda ejercerse plenamente, permitiendo que todas las personas trabajadoras accedan a los datos sobre los niveles salariales de las categorías profesionales que realicen el mismo trabajo o uno de igual valor previamente identificado. De este modo, y también, se facilita la eliminación de las discriminaciones actuales, al disponer de la información necesaria para interponer reclamaciones de igualdad retributiva con éxito y, al mismo tiempo, es probable que se puedan prevenir las brechas salariales futuras.

Por encima de todo, el ordenamiento europeo consagra el derecho de las personas trabajadoras a la información retributiva, este específico derecho muestra una particular efectividad en su art. 7. A la vez, el art. 20 Directiva 2023/970 dedicado a ordenar el acceso a pruebas, establece que los Estados miembros deben asegurar, en

73. Art. 12 y considerando 44 Directiva 2023/970.

particular, que los tribunales nacionales están facultados para ordenar la producción de pruebas que contengan información confidencial considerada útil en el contexto de una acción relativa a la igualdad salarial.

No obstante, cabe razonablemente deducir que la protección de datos amparada por la Directiva, tal y como viene configurada, en principio no conduce a interpretar que quienes acrediten interés no tengan acceso a conocer los datos sobre personas trabajadoras concretas cuando sospechan que son víctimas de una brecha salarial. El legislador europeo en ningún momento sitúa el derecho a la protección de datos en una posición de conflicto con el derecho a la información salarial que quiere que llegue directamente a las personas trabajadoras.

Por esta razón, deja en manos de los Estados miembros, la facultad de decidir que sean una serie de instituciones que la propia norma identifica: los representantes de los trabajadores; la Inspección de Trabajo; o, el organismo de fomento de la igualdad, quienes reciban esta información, en aquellos casos en los que la transparencia salarial suponga personalizar el salario en una persona identificable. Aun así, esta circunstancia no justifica que el empresario pueda ocultar datos sobre la política salarial de la empresa. El legislador nacional cuando decida ordenar que en estos casos la información debe dirigirse a una institución, en lugar de hacerse a la persona trabajadora directamente, habrá de sopesar cómo la prescripción del art. 12.3 Directiva 2023/970 impone una importante carga de responsabilidad hacia estas instituciones en orden a exigir que asuman el deber de informar a la persona trabajadora sobre la sospecha de la existencia de una brecha salarial y de asesorarle para que pueda iniciar el procedimiento de reclamación judicial. El propósito de esta medida es prevenir escenarios de opacidad absoluta de las empresas sobre su política salarial que pueda ocultar prácticas discriminatorias.

Es razonable defender que la discriminación que tiene como causa el sexo, siempre se ha utilizado dentro de una posición avanzada en la lucha contra la discriminación, dada la indiscutida significación que ocupa esta perspectiva, sorprende la rapidez con la que se acepta que la protección del principio de igualdad por razón de sexo quede relegada por el derecho a la protección de datos personales en el marco de la relación laboral, cuya naturaleza protectora procede de la necesidad de salvaguardar la vida privada de la persona trabajadora frente al poder de dirección del empresario, y en este marco protector no se encuentra incluido el salario. El salario forma parte del contenido de la relación laboral, constituye la contraprestación económica principal del contrato, manteniéndose ajeno a la singularidad, personalidad y dignidad humana de la persona trabajadora que se encuentran en el origen del traslado del derecho a la protección de datos al marco de la relación laboral.

Si el derecho a la protección de datos personales nace con la finalidad de proteger a la persona trabajadora frente al empresario, para preservar su intimidad como sujeto humano y en su condición de ciudadano, de modo que sus datos personales

y económicos, rentas exteriores a los ingresos que perciba del empresario y ajenos a la empresa, sus ideas políticas, religiosas, sindicales, orientación sexual, identidad de género o el estado civil, anteriores a la contratación laboral quedan preservados tras el desarrollo del RGPD por el derecho a la protección de datos⁷⁴. Sin embargo (aunque se haya extendido ya ampliamente por la jurisprudencia del TS), contrariamente a este enfoque inicial perseguido por el traslado al marco laboral del derecho a la protección de datos personales, el hecho de introducir obstáculos excesivos a la publicidad de los salarios no protege a las mujeres; antes, al contrario, su desconocimiento se sitúa en dirección opuesta a dicha protección. La opacidad de los datos sobre las diferencias salariales dificulta identificar la brecha salarial y retrasa la reclamación ante los tribunales, que es la finalidad de la transparencia retributiva diseñada por la Directiva 2023/970.

5. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cuesta, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020.

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

Ballester Pastor, M.A., “Desentrañando la Directiva 2023/970 de transparencia retributiva”, *Revista de derecho social*, nº. 111, 2025.

Casas Baamonde, M^a.E., “Igualdad, diferencia, no discriminación y acción positiva por sexo-género ¿y el fundamento constitucional del derecho antidiscriminatorio?”, en *Igualdad y derecho laboral en el siglo XXI: el pilar europeo como marco de desarrollo*, AA. VV: Emma Rodríguez Rodríguez (Dir.), Irene Dozo Mougán y Rosa Rodríguez Martín-Retortillo (Coord.), Bomarzo, Albacete, 2026.

Escudero Prieto, A., “La Directiva de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento con la finalidad de reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución por razón de género”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 179, 2025.

Fuentes Rodríguez, F., “La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 168, 2023.

García Campá, S., “Anatomía de una represalia empresarial tras obtener la tutela judicial del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo en

74. El análisis acerca de la evolución de esta protección en el ámbito laboral puede verse en Valdés Dal-Ré, F., “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, cit., pp. 94 y ss.

- las retribuciones. Comentario a la sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 2025 (Ortega vs. España)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 491, 2026.
- Goerlich Peset, J.M., "Las libertades de expresión e información en las relaciones laborales", AA. VV: *La libertad de información y de expresión*, Madrid, CEPC, 2002.
- Gómez García, F.X., "Aportaciones jurisprudenciales entorno a la transparencia salarial", *Revista crítica de relaciones de trabajo*, Laborum, nº 16, 2025.
- Lousada Arochena, J.F., "La prueba de la discriminación en el derecho comunitario", *Revista de derecho social*, nº 60, 2012.
- Lousada Arochena, J.F., *La prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales (Su regulación en los procesos civil, contencioso-administrativo y social)*, Bomarzo, Albacete, 2021.
- Maldonado Molina, J.A., "Fecha del Hecho Causante de la IP en caso de revisión de grado. Repercusiones en orden al complemento por maternidad. La STS 4 de octubre de 2022", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 2023, nº 34, 2023.
- Maneiro Vázquez, Y., "El complejo equilibrio entre la prohibición de discriminación salarial y el derecho a la protección de datos: STEDH Ortega Ortega contra España, *Revista general de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, nº 73, 2026.
- Pérez del Río, T., Del Rey Guanter, S. y Fernández López, M^a.F., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993.
- Marín Malo, M., "Discriminación salarial indirecta y los sistemas de valoración de puestos de trabajo". *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, nº 6, 2021.
- Moraru, G. F., "La consolidación del principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia retributiva y los mecanismos para su cumplimiento: La directiva (UE) 2023/970", *Revista justicia y trabajo*, nº 3, 2023.
- Preciado Domenech, C.H. y Purcalla Bonilla, M.A., *La prueba en el proceso social*, Thomsom Reuters, Pamplona, 2015.
- Rey Martínez, F., *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, Madrid, 1995.
- Rey Martínez, F., "Presentación del estudio igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva de Castilla y León", AA. VV: *Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva de Castilla y León*, Junta de Castilla y León, Consejería de Sanidad y Bienestar Social. Dirección General de la Mujer e Igualdad de Oportunidades, Gráficas VARONA, Salamanca, 2001.

- Rey Martínez, F., *Derecho discriminatorio*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Pamplona, 2019.
- Ricou Casal, M., “La Directiva de transparencia retributiva y su alcance real: entre la norma y la práctica: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista crítica de relaciones de trabajo*, Laborum, nº 15, 2025.
- Rodríguez Cardo, I.A., “Acerca de la transparencia del registro salarial”, *Briefs AEDTSS*, 115, 2024.
- Rodríguez Escanciano, S., “Trabajo y discriminación algorítmica: El género como factor transversal”, *Empresas y trabajadores: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 1, 2025.
- Roqueta Buj, R., “La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España”, *LABOS* nº 3, 2023.
- Ruiz González, C.M., “La pensión de gran invalidez no tiene autonomía propia: A propósito de la STS de 4 de octubre de 2022 (recurso 222/2020)”, *Revista de Derecho Laboral vLex (RDLV)*, nº 7, 2022.
- Sierra Hernáiz, E., “Garantía de indemnidad versus protección de datos. Análisis del caso Ortega Ortega del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Trabajo y Derecho*, nº 136, 2026.
- Valdés Dal-Ré, F., “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, *XVII Congreso mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2 al 5 de septiembre de 2003, Libro de Informes generales, Montevideo*, (AUDTSS & SIDTSS), Montevideo, 2003.