



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo: desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de voz colectiva



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo:
desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de
voz colectiva

PATROCINADORES



AUSPICIADORES



Retos de los Sistemas de Legislación Laboral y Seguridad Social
PRIMERA EDICIÓN DIGITAL MARZO 2023
Prohibida su reproducción total o parcial DERECHOS RESERVADOS D. Leg. N.º 822
<p>Autores: Alberto Pizzoferrato / Sergio Torres Teixeira / Wilfredo Sanguinetti Raymond / Kurt Paerli / Masahiko Iwamura / Helga Špadina / Petra Herzfeld Olsson / Pamhidzai Bamu / Roberto Fragale Filho / María Luisa Molero Marañón / Bernd Waas / Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón / Carlos De Fuentes García-Romero De Tejada / Marina Fernández Ramírez / Carmen Ferradans Caramés / Giovanni Gaudio / Francisca Moreno Romero / María Olaya Martín Rodríguez / Rodrigo Palomo Vélez / Adrián Pérez Pastrana / César Alfredo Puntriano Rosas / María Carmen Tatay Puchades / Mireia Llobera / Dulce María Cairós Barreto / Carlos García Gallego / María Katia García Landaburu / Luis Gordo González / Oscar Hernández Álvarez / José Eduardo López Ahumada / Priscila Martín Vales / Rosa María Morato García / Daniel Peres Díaz / Gastón López Argonz / Matthieu Chabannes / Leopoldo Gamarra Vilchez / Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca / Javier Paitán Martínez / Leiso Fasney Restrepo Aguirre / Gaye Burcu Yıldız / Francisca Bernal Santamaria / Karla Giamnina Cánova Talledo / Chiara Cristofolini/ Vincenzo Cangemi/ Roberto Pettinelli / Ljubinka Kovačević/ Boško Latković / Kwang-Taek Lee / Jovana Rajić-Čalić / Jovana Misailović / Carlos Eduardo Saco Chipana / Daniel Ulloa Millares / Christa Caro Palacios / Ángela Sofía Bilbao Pazmiño / Laura Sofía Pérez Pianda / Stefano Guadagno / Chiara Hassemer / Flávia Souza Máximo Pereira / Luis Mendoza Legoaas / Fiorella Peyrone Villacorta / Ivan Ramiro Campero Villalba / Lilli Carollo / Macarena Castro Conde / Emilio De Castro Marín / Viviana Mariel Dobarro / María Begoña García Gil / Luciana Guaglianone / María Laura Parisi / Balwinder Kaur / Diego Megino Fernández / Pedro Oliveira / Ccantu Stefany Osorio Velarde / Luz Pacheco Zerga / María Gema Quintero Lima / Carmen Grau Pineda / Concha Sanz Sáez / Sarai Rodríguez González / Fernando Varela Bohórquez / Juan Manuel Moreno Díaz.</p>
<p>Coordinadora: María Katia García Landaburú</p> <p>© Comisión Organizadora del Congreso: Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente), Guillermo Boza Pró, María Katia García Landaburu, Emilio Morgado Valenzuela, Mónica Pizarro Díaz, Michael Vidal Salazar</p>
<p>Copyright 2021 Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</p>
<p>Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Dirección: Av. Dos de Mayo 516, dpto. 201. Miraflores - Lima, Perú Telef.: 51(1) 7055586</p>
<p>ISBN: 978-9972-9422-4-2 Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-02736 Publicado en el mes de marzo de 2023 DERECHOS RESERVADOS. Prohibida su reproducción parcial o total (D. Leg. 822)</p>

En su edición electrónica, el libro alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Esta edición se encuentra alojada y disponible para descarga libre en la página web de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: www.spdts.org.pe

COMISIÓN ORGANIZADORA DEL CONGRESO

Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente)

Guillermo Boza Pró

María Katia García Landaburu

Emilio Morgado Valenzuela

Mónica Pizarro Díaz

Michael Vidal Salazar

COMISIÓN REVISORA DE PONENCIAS

Guillermo Boza Pró

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

María Katia García Landaburu

César Gonzales Hunt

Sandro Nuñez Paz

Estela Ospina Salinas

Luz Pacheco Zerga

Mónica Pizarro Díaz

César Puntriano Rosas

Germán Ramírez-Gastón Ballón

Michael Vidal Salazar

IGUALDAD EN EL TRABAJO

EQUALITY AT WORK

LA BRECHA SALARIAL: SITUACIÓN ACTUAL DEL CONCEPTO LEGAL DE SALARIO A EFECTOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN ESPAÑA

MACARENA CASTRO CONDE

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Departamento de Derecho Privado y Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.
Acreditada como profesora Contratada Doctora por la Agencia
Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación ANECA, y con un
Sexenio de Investigación vivo.

ABSTRACT: The current legal concept of salary recently reformed by RDL 6/2019, of March 1, of urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, is a new attempt in the achievement of the effectiveness of the principle of non-remuneration discrimination based on sex, where more precise legal criteria have been established for the effectiveness of the stated principle and the wage gap. The purpose of this work is to collect and analyze the different criteria that specify this new regulation in the aforementioned areas, and if they contribute to taking a step forward in achieving non-remuneration discrimination based on sex.

KEYWORDS: discrimination, wage gap and woman.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente la brecha salarial es uno de los temas más debatidos con la aparición de dos nuevas normas jurídicas que establecen medidas específicas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva; así, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹, cuyo artículo 2.7 modifica el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), y el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres² que completa y desarrolla la normativa anterior.

De forma muy breve, a nivel internacional, el Convenio número 100 de la OIT de 1951 sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, configuró dicha igualdad de forma expresa. Dentro del Derecho derivado comunitario, la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros hizo referencia a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, como elemento fundamental para conseguir la igualdad entre ambos sexos. Posteriormente, se destaca la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación

1 BOE 7-3-2019

2 BOE 14-10-2020

del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que dispone que para el mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, debe eliminarse cualquier discriminación de remuneración fundada en el sexo, y que cuando se utilice el sistema de clasificación profesional para la determinación de la remuneración, tal sistema debe basarse en criterios comunes a hombres y mujeres.

También en el ámbito de la discriminación retributiva directa se ha producido una importante ampliación de la protección dispensada en el ámbito de la Unión Europea. Efectivamente, en el artículo 2 de la citada Directiva 2006/54/CE, se establece que constituye discriminación directa “*la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*”. En el ámbito retributivo, ello implica que la concurrencia de discriminación directa se producirá cuando una persona no solo sea o haya sido tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable, sino también, cuando “*pudiera ser tratada*” de modo menos favorable que otra en situación comparable, lo que facilita considerablemente que pueda apreciarse la existencia de discriminación retributiva directa.

Dentro de la discriminación retributiva por razón de sexo el gran desafío en este momento es la discriminación indirecta por incorrecta valoración de los puestos de trabajo. En este sentido, la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia³, ha establecido una serie de criterios para que los Estados miembros tengan en cuenta para conseguir tal objetivo de igualdad, y se puede adelantar que España a través del citado Real Decreto 902/2020, ha mejorado como se verá más adelante en este trabajo.

Por otro lado, a lo largo de los años la prohibición de diferente retribución por trabajo de igual valor, ha dado lugar a una voluminosa y consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, basada en la prohibición de la sobrevaloración e infravaloración por género de los puestos de trabajo (por todos STJCEE de 1 de julio de 1986, asunto Dato, C-237/85) y la exigencia de transparencia retributiva al empresariado para justificar una eventual diferencia retributiva estadística entre mujeres y hombres (por todos, STJCEE de 17 de octubre de 1989, asunto Danfoss, C-109/88).

3 DOUE núm. 69, 8-3-2014

Asimismo, la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 establece los objetivos estratégicos y las acciones clave de la Comisión Europea para este período 2020-2025 en materia de igualdad entre hombres y mujeres, entre las que se encuentra garantizar la igualdad de participación y de oportunidades en el mercado laboral, incluyendo la eliminación de la brecha retributiva de género. Para hacer frente a la desigualdad de remuneración, la Comisión ha abierto una consulta pública sobre la transparencia salarial que no tiene pensado cerrar.

En consecuencia, la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo y la consiguiente obligación de garantizar la correcta valoración de los puestos de trabajo constituye, pues, una obligación específica y directamente exigible a todos los Estados miembros y se ha producido una importante ampliación de la protección dispensada en el ámbito de la Unión Europea.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA EN ESPAÑA

En nuestro país, este derecho se inspira en el principio de igualdad, uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, y uno de los valores en los que se inspira nuestra Constitución (CE). Además de la suficiencia de la remuneración, el artículo 35.1 de la CE se refiere a la no discriminación por razón de sexo en materia salarial, que es una especificación del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la CE⁴ cuyo primer inciso establece que todos “los españoles son iguales ante la ley”. El principio de igualdad ante la ley concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos

4 Cfr. sobre el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la CE y sus posibles acepciones e interpretaciones, vid., entre otros: ALONSO OLEA, M.: “Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 16 (1983), págs. 603-604; ALONSO GARCÍA, E.: “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102 (1983), págs. 21-92; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones laborales”, *Documentación Laboral*, núm.8 (1983), págs. 7-29; PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional” en AA.VV (ALARCÓN CARACUEL, M.R.) *Constitución y Derecho del trabajo: 1981-1991*, Madrid, Marcial Pons, 1992, págs. 161 y sigs.; REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995; RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: “¿Igualdad o no discriminación en las relaciones de trabajo? (En torno al artículo 17.1)” en AA. VV “El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después”, *Revista Española Derecho del Trabajo*, Tomo I, núm.100 (2000), págs. 521 y sigs.

un trato igual para supuestos iguales, esto es, vincula de manera esencial a la Ley y a los poderes públicos. De ahí que cuando se regula mediante una norma un tratamiento desigual en materia retributiva, las diferencias necesariamente han de tener una justificación objetiva y razonable para resultar conformes con la CE. La obligación que tienen los poderes públicos de garantizar la efectividad del principio de igual retribución por trabajos, no solo iguales, sino de igual valor, resulta actualmente indiscutible (STC 112/2017 de 16-10-2017).

De manera más concreta, en el ordenamiento jurídico-laboral español, el principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor se regula en el artículo 28 del ET (en adelante ET): “El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla”⁵.

Dando un gran salto cronológico y ante una regulación legal insuficiente, un nuevo intento de corregir esta situación ha sido el mencionado RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁶, cuyo preámbulo reconoce que su elaboración es una especie de complemento, o actualización de Ley Orgánica 3/2007 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁷, que a su vez, intentó evitar que pasasen desapercibidas formas de discriminación debidas a la mayor dedicación de las mujeres a los cuidados familiares, y reforzó los derechos orientados a fomentar una mayor corresponsabilidad de los hombres en las obligaciones familiares.

Como dijo CASAS BAAMONDE, el favorecimiento legal de la reducción y apartamiento del trabajo y por ello del salario y la feminización de los derechos de conciliación son una nueva forma de discriminación a la mujer⁸, y

5 De esta forma el precepto estatutario incorpora los criterios que ha venido fijando el TJCE a propósito del alcance de la igualdad retributiva entre trabajadores de uno y otro sexo (un compendio de la doctrina del TJCE puede verse en la Sentencia de 26-6-2001).

6 BOE 7-3-2019. Sobre ello vid., entre otros, BALLESTER PASTOR, M.ª.: “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: dios y el diablo en la tierra del sol”, *Femeris. Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, número 2, volumen 4, 2019, págs. 15-18.

7 BOE 23-3-2007

8 CASAS BAAMONDE, M.E.; “Tiempo de trabajo: formas de organización flexible del trabajo y derechos de las personas trabajadoras. control del tiempo de trabajo y tiempo de vida privada”, *Actum Social*

recientemente, el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 16 noviembre de 2020, referida a un asunto sobre reducción de jornada por guarda legal, nos recuerda que los datos estadísticos demuestran que es una institución jurídica que afecta predominantemente al sexo femenino y es una discriminación existente⁹.

En definitiva, esta situación de desigualdad, visible en la brecha salarial exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado, puesto que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales, y es una consecuencia directa de otras brechas que tienen lugar igualmente en el mercado de trabajo, y que están vinculadas con la situación de patente desigualdad de la mujer en el mismo.

III. SITUACIÓN ACTUAL DEL CONCEPTO LEGAL DE SALARIO A EFECTOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN ESPAÑA

En este apartado se expondrán, si bien de forma breve dada la extensión del trabajo, las novedades más importantes para hacer efectivo el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres y la nueva regulación del artículo 28 del ET.

3.1. Novedades del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

Según establece el artículo 28 del ET apartado primero, “un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”.

Si bien la máxima de “igual salario por igual trabajo” se superó al menos formalmente por el criterio de “igual salario por trabajo del mismo valor”, hace

nº 143. Monográfico 2019, EDA 2019/513082.

9 TC (Sala Segunda), sentencia núm. 168/2020 de 16 noviembre (JUR 2020\349820). De la misma forma, TC (Sala Pleno), sentencia núm. 129/2020 de 21 septiembre (RTC 2020\129); TC (Sala Pleno), sentencia núm. 128/2020 de 21 septiembre (RTC 2020\128); TC (Sala Pleno), sentencia núm. 124/2020 de 21 septiembre (RTC 2020\124); TC (Sala Pleno), sentencia núm. 120/2020 de 21 septiembre; STC 111/2018, de 17 de octubre de 2018 (BOE 20-11-2021) referida la igualdad y necesaria corresponsabilidad.

veintiséis años con el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹⁰ y que anteriormente la jurisprudencia a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de julio¹¹ ya había fijado: la “aplicación del criterio *igual salario por igual trabajo* no requiere que el desempeño de un trabajo sea exactamente igual para recibir el mismo salario, sino que el desempeño del trabajo debe ser de igual valor, ya que la prohibición de la discriminación no sólo se extiende sobre las discriminaciones directas, sino también sobre aquellas indirectas, que son las que pueden crear la apariencia formal de que no otorgan un trato discriminatorio pero que en realidad resultan en un tratamiento menos favorable y diferenciado respecto a ciertos colectivos, como el de la mujer en este caso”¹².

Esta obligación empresarial se ha complementado con otras dos medidas con la finalidad de equiparación salarial y lucha contra la brecha de género:

- a) Un mandato al empresario: llevar un registro de los valores medios de los salarios, complementos y percepciones extrasalariales, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Y las personas trabajadoras a través de sus representantes puede acceder a ese registro (artículo 28.2 ET).
- b) Una limitación: las empresas con al menos cincuenta trabajadores, si el promedio de salarios de un sexo supera a los del otro en un 25% o más, deberán incluir en el registro la justificación de que esa diferencia no está basada en motivos de discriminación por sexo (artículo 28.3 ET).

No obstante, como se insiste, el gran reto pendiente de la discriminación retributiva por razón de sexo sigue siendo la discriminación indirecta por incorrecta valoración de los puestos de trabajo, por lo que, finalmente, se publica el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre hombres y mujeres, al que nos referiremos a continuación.

10 BOE 29-3-1995

11 Sentencia del Tribunal Constitucional número 145/1991, de 1 de julio (recurso 1991/145). Publicada en el BOE número 174, el 22 de julio de 1991 STC 112/2017 de 16 de octubre de 2017.

12 NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “el principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”. LAN HERMANAK /25, 2012. págs. 19-52.

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

Lo que reclama fundamentalmente la citada norma es el principio de transparencia, que define como aquel que aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución.

La transparencia en esta materia se articula a través de los siguientes instrumentos; el registro retributivo, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo, y el derecho de información de las personas trabajadoras. Además, este principio de transparencia afecta a todas las empresas, sin tener en cuenta la cantidad de trabajadores que formen parte de ellas y, a su vez, a todos los convenios colectivos.

3.2.1 Trabajo de igual valor

De acuerdo con lo establecido en el ET, el Real Decreto 902/2020 trata de dar un significado específico a cada una de estas características del trabajo de igual valor:

- a) Se entiende por naturaleza de las funciones o tareas el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada.
- b) Se entiende por condiciones educativas las que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad.
- c) Se entiende por condiciones profesionales y de formación aquellas que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad.
- d) Se entiende por condiciones laborales y por factores estrictamente relacionados con el desempeño aquellos diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad.”

3.1.2. Registro retributivo:

El citado Real Decreto de 2020 es el desarrollo reglamentario de la obligación de registro retributiva que afecta a todas las empresas (artículo 28.2 ET), aplicándosele a toda la plantilla, incluido personal directivo y altos cargos.

Esta medida es la primera que se regula en el ordenamiento jurídico-laboral español, y se crea para intentar paliar el problema de la poca existencia de información disponible dentro de las empresas sobre el nivel de los trabajadores que realizan una misma función¹³.

Para que este registro sea efectivo debe distribuir los trabajos de igual valor, y posteriormente incluir la siguiente información: a) Los valores medios de los salarios; b) los complementos salariales; c) las percepciones extrasalariales; d) los datos desagregados por sexo

De esa manera, se obtiene un estudio pormenorizado sobre la media salarial de cada grupo o perfil de trabajadores existentes en dicha empresa, pudiendo advertir rápidamente si se produce la referida brecha salarial. Así, el Registro es importante para la constatación y la prueba ante prácticas por parte de la empresa que materialicen, o que mantengan la brecha salarial. En consecuencia, se trata de identificar discriminaciones, tanto directas como indirectas, lo que concurre cuando desempeñado un trabajo de igual valor, se perciba una retribución inferior sin que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente.

El registro debe cumplir los siguientes requisitos: incluir a toda la plantilla (incluido personal directivo y altos cargos); registrar información fiel y actualizada; el registro debe ser del año natural (con carácter general); documentado en el formato establecido en las páginas web oficiales del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad, y debe incluir datos promediados y desglosados, de forma alternativa, esto es: a) valores medios del salario base, complementos salariales y percepciones extrasalariales desagregados por sexos; b) media aritmética y mediana de lo realmente percibido en función del sistema de clasificación (grupo/categoría/nivel/puesto); c) en caso de empresas con obligación de auditoría retributiva (con más de 50 empleados) deberá incluir también las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos

13 GOÑI SEIN, J., “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial” en AA.VV. (Dir. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.), La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág. 101.

de igual valor en la empresa, aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional, desglosados por sexo y desagregados, e incluir la justificación cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales en la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro en, al menos, un veinticinco por ciento (art. 28.3 ET).

Una de las dudas que se plantea es determinar qué valor adquieren para el registro salarial, los conceptos retributivos que no tienen naturaleza ni salarial ni extrasalarial. En este sentido, existen convenios colectivos que regulan, por ejemplo, prestaciones sociales complementarias, en este caso, no queda claro si se deben incluir o no, en el registro salarial. Desde nuestro punto de vista, y defendiendo el concepto amplio de retribución regulado en el artículo 26 del ET, está claro que tales prestaciones deben incluirse en el registro retributivo.

No existe duda sobre que los trabajadores a tiempo parcial tienen los mismos derechos, incluidos los retributivos, que las personas trabajadoras a tiempo completo; el principio de proporcionalidad en las retribuciones percibidas resultará de aplicación cuando lo exijan la finalidad, o naturaleza de éstas, y así se establezca por una disposición legal, reglamentaria, o por convenio colectivo. Y como se ha dicho en las brechas indirectas de la retribución, cualquier reducción proporcional deberá garantizar, a su vez, que no tenga repercusión negativa alguna en el disfrute de los derechos relacionados con la maternidad y el cuidado de menores, o personas dependientes. Por ello es necesario que los registros de los datos salariales de las personas con contratos a tiempo parcial, o con reducciones de jornada por cuidado de familiares se deberían elevar al 100% a efectos de reducir desviaciones. Por lo que se requiere incorporar otra variable para este supuesto a valorar como los salarios diarios percibidos por las personas trabajadoras, y por los días en situación de alta en el periodo temporal referido¹⁴.

Hay que resaltar que el Real Decreto 902/2020, no señala cómo se procesa la información, es decir, cómo se analiza, qué indicadores se deben fijar con relación a la información que proporcionan las variables, así como la metodología a aplicar. Bajo este contexto, la técnica estadística podría ser una herramienta

14 GARCÍA PÉREZ, M., “Los reglamentos en materia de igualdad de trato entre sexos en el trabajo: novedades y cuestiones para la reflexión”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 453, 2020, pág. 152. En este sentido también, KAHALE CARRILLO, D.: “Los instrumentos de transparencia retributiva entre mujeres y hombres”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.240/2021, Editorial Aranzadi, S.A.U. (BIB 2021\2426), pág.20.

idónea para realizar el estudio, que permitirá obtener conclusiones objetivas en cuanto a la existencia de desigualdades o discriminaciones¹⁵.

3.1.3. Registro retributivo de las empresas con auditoría retributiva

Las empresas que lleven a cabo auditorías tendrán un registro retributivo con las siguientes peculiaridades:

- Deberán reflejar las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, conforme a los resultados de la valoración de puestos de trabajo, aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional, desglosados por sexo y desagregados.
- El registro deberá incluir la justificación, cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales en la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro en, al menos, un 25%. Dicha justificación responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras, pues no se exige a las empresas de menos de 50 personas trabajadoras, que representan una gran mayoría en España. Una diferencia superior o igual al 25% puede arrojar un sesgo en función de género en las retribuciones recibidas por la plantilla y permite, a su vez, adoptar las medidas necesarias para asegurar la aplicación del principio de transparencia retributiva. Sin embargo, la percepción de una diferencia mayor o menor de aquel porcentaje no conlleva a que se esté presente ante una situación de discriminación, dado que puede “revelar la pervivencia de estereotipos de género y, por consiguiente, de una situación socialmente injusta”, que es ajena a la empresa¹⁶.

3.1.4. Auditoría retributiva

La auditoría retributiva tiene por objeto obtener la información necesaria para comprobar si el sistema retributivo de la empresa, de manera transversal y completa, cumple con la aplicación efectiva del principio de igualdad entre

15 KAHALE CARRILLO, D.: “Los instrumentos de transparencia retributiva entre mujeres y hombres”, cit.pág. 21.

16 MARTÍNEZ MORENO, C.: *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirla*, Bomarzo, Albacete, 2019, pág. 18.

mujeres y hombres en materia de retribución. Además, deberá permitir definir las necesidades para evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades existentes, o que pudieran producirse en aras a garantizar la igualdad retributiva, y asegurar la transparencia y el seguimiento de dicho sistema retributivo.

En la misma línea, según la Disposición Transitoria Única de este Real Decreto 902/2020, las obligaciones que incluye en materia de auditoría salarial se aplicarán de la misma forma que los planes de igualdad. La vigencia de la auditoría será la del plan de igualdad del que forma parte (salvo que se disponga otra inferior). La puesta en marcha por parte de las empresas de las Auditorías Retributivas seguirá la misma aplicación paulatina que para la aplicación de los Planes de Igualdad¹⁷.

La auditoría retributiva implica las siguientes obligaciones para la empresa:

- a) Realización del diagnóstico de la situación retributiva en la empresa.
- b) Establecimiento de un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas: con determinación de objetivos, actuaciones concretas, cronograma y persona, o personas responsables de su implantación y seguimiento. El plan de actuación deberá contener un sistema de seguimiento y de implementación de mejoras a partir de los resultados obtenidos.

Por lo demás, el legislador no señala las normas y los procedimientos que se deben llevar a cabo, y no indica el perfil del profesional auditor¹⁸, los cuales, son temas importantes que se dejan sin resolver de momento.

3.1.5. El sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa.

Los convenios colectivos deberán incluir una valoración de la clasificación profesional dirigida a que la definición de los grupos profesionales se ajuste a criterios y sistemas que aseguren la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres. Esta valoración de la clasificación profesional conlleva

17 Periodo transitorio para el establecimiento de los Planes de Igualdad: Empresas entre 151 a 250 trabajadores: A partir del 7/3/2020. Empresas entre 101 a 150 trabajadores: A partir del 7/3/2021. Empresas de 50 a 100 trabajadores: A partir del 7/3/2022.

18 GARCÍA PÉREZ, M.: “Los reglamentos en materia de igualdad de trato entre sexos en el trabajo: novedades y cuestiones para la reflexión”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 453, 2020, pág. 153.

la descripción de cuáles son los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales, que deberán respetar los criterios de adecuación, totalidad y objetividad.

La adecuación implica que los factores relevantes en la valoración deben ser aquellos relacionados con la actividad y que efectivamente concurren en la misma, incluyendo la formación necesaria. La totalidad implica que, para constatar si concurre igual valor, deben tenerse en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore. La objetividad implica que deben existir mecanismos claros que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género¹⁹.

3.1.6. Justificación de las diferencias retributivas

Según el artículo 28.3 del ET en el caso de que existan diferencias en el promedio de las retribuciones entre un sexo y el otro, en una cantidad igual o superior al veinticinco por ciento, la empresa estará obligada a adjuntar una explicación o justificación del motivo de la existencia de dicha diferencia, a excepción de aquellas que no iguallen o superen el número cincuenta de trabajadores. En estas situaciones, si las empresas no son capaces de justificar estas diferencias salariales, y de probar que las mismas no son imputables a una razón de género, se les sancionará por el incumplimiento de la referida legislación, y se impondrán una sanción económica.

Esta consecuencia puede derivar tanto de la acción administrativa como de la judicial según el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social²⁰ (LISOS), estas sanciones podrán incluso imponerse por concurrencia de discriminación. Para la calificación del tipo de sanción que procede imponer, encontramos su justificación en el artículo 7.13 de la LISOS: “*No cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el*

19 MARTÍNEZ-BOTELLO, P.: “EL Registro Retributivo. Una herramienta para paliar la brecha salarial entre mujeres y hombres”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.3/2021, Editorial Aranzadi, S.A.U. (BIB 2021\1235), pág. 5.

20 BOE 8-8-2000

Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.”. Y, por lo tanto, al tratarse de una infracción grave, la sanción que procede imponer, de acuerdo con el artículo 40.1.b) del mismo texto legal, será la de calificación grave, y con una cuantía que oscilará entre los 626 euros como mínimo y los 6.250 euros como máximo.

Como se ha dicho, existe la posibilidad de que la anterior infracción concorra además con una situación de discriminación. La LISOS califica esta situación como una infracción muy grave en su artículo 8.12: “*Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.*”. En este caso la sanción que marca el artículo 40.1.c) de la LISOS es que la cuantía oscilará entre los 6.251 euros como mínimo y los 187.515 euros como máximo.

Si bien es cierto, estas sanciones solo podrán ser impuestas si existe previamente una instrucción que se ajuste al procedimiento administrativo especial de dicha materia, como consecuencia de la propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad social.

La competencia para imponer dichas sanciones corresponderá de acuerdo con el artículo 48.1 de la LISOS al órgano competente en el ámbito de la Administración General del Estado, y de acuerdo con el artículo 48.2 de la LISOS, esta competencia, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, se ejercerá por los órganos que determine cada Comunidad Autónoma. Y en el supuesto de que exista la concurrencia de distintas infracciones y haya que imponer sanciones accesorias, el artículo 48.3 de la LISOS sostiene que la competencia en este caso la mantendrá quien fuera el competente para imponer las sanciones de carácter principal.

Por su parte, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social²¹, incluye, en su caso, el procedimiento de oficio establecido en el artículo 148.c) de aquella, es decir, de las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo, y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente. De igual manera, se iniciará el procedimiento como consecuencia de las correspondientes comunicaciones y a los mismos efectos en los supuestos de discriminación por razón de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual u otros legalmente previstos.

3.1.7. Derecho de información de las personas trabajadoras.

Con el objetivo de comprobar que la definición de los grupos profesionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.3 del ET, se ajusta a criterios y sistemas que garantizan la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres, y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor, las mesas negociadoras de los convenios colectivos deberán asegurarse de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor.

Según las directrices de la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, el Real Decreto 902/2020 refuerza el derecho a la información de las personas trabajadoras permitiéndoles el acceso a la información retributiva desglosada y promediada en todas las empresas, y no solo en aquellas con al menos cincuenta trabajadores. El citado Real Decreto lo contempla, en el artículo 5, al establecer que el registro retributivo tiene por objeto garantizar la transparencia en la configuración de las percepciones, de manera fiel y actualizada, y un adecuado acceso a la información retributiva de las empresas, al margen de su tamaño, mediante la elaboración documentada de los datos promediados y desglosados.

En las empresas que cuenten con representación legal de los trabajadores, el acceso del trabajador al registro se facilitará por la empresa a través de la citada representación, teniendo derecho al contenido íntegro del registro. Todo en conexión con el artículo 64 del ET al disponer que aquellos tendrán derecho

21 BOE 11-10-2011.

a recibir información, al menos cada año, sobre lo relacionado a la aplicación del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro salarial y los datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales; así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo. También en este sentido se pronuncia el artículo 5.3 del Real Decreto 902/2020, al establecer que “*en las empresas que cuenten con representación legal de las personas trabajadoras, el acceso al registro se facilitará a las personas trabajadoras a través de la citada representación, teniendo derecho aquellas a conocer el contenido íntegro del mismo*”.

Y el citado precepto también determina qué información debe facilitar la empresa en el caso de que sea el propio trabajador quien solicite el acceso al registro, si no existe representación legal de los trabajadores: “*Cuando se solicite el acceso al registro por parte de la persona trabajadora por inexistencia de representación legal, la información que se facilitará por parte de la empresa no serán los datos promediados respecto a las cuantías efectivas de las retribuciones que constan en el registro, sino que la información a facilitar se limitará a las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable*”.

Como se ha dicho, aquella medida mejora la competencia y capacidad de intervención de los representantes de las personas trabajadoras al tener información plena del registro salarial, como ya se ha apuntado, con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor²².

Cuando no exista representación legal de los trabajadores la información se facilitará al empleado que lo solicite. En estos casos la información que se facilitará por parte de la empresa, no serán los datos promediados respecto a las cuantías efectivas de las retribuciones que constan en el registro, sino que la información a facilitar se limitará a las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán

22 KAHALE CARRILLO, D.: “Los instrumentos de transparencia retributiva entre mujeres y hombres”, cit. pág. 26.

estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable. Y, en cualquier caso, se entiende por el derecho a la protección de los datos personales, que un trabajador no podrá acceder al registro retributivo para conocer los salarios de todos sus compañeros concretos, con nombres y apellidos; el objetivo del registro retributivo no es ese, sino mostrar en términos porcentuales las diferencias de salarios entre mujeres y hombres.

IV. ANÁLISIS DE CRITERIOS DE DISCRIMINACIÓN QUE INCIDEN EN LA RETRIBUCIÓN DE LAS MUJERES

Como hemos señalado, el ordenamiento jurídico arbitra el principio de igual retribución por trabajo de igual valor, y que de la misma forma implica a la negociación colectiva, su eficacia normativa le hace “incardinarse en el sistema de fuentes y debe someterse a las normas de mayor rango jerárquico, al cuadro de derechos fundamentales, y en concreto, a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad”²³. Además, se constituye la vía más eficaz para terminar con prácticas discriminatorias en materia retributiva.

Por otro lado, la posibilidad de establecer diferencias salariales en un convenio colectivo hay que ponerlo en relación directa con el reconocimiento constitucional de otros derechos²⁴. Estos son el derecho a la negociación colectiva, a la autonomía colectiva, y a la libertad de ámbitos de negociación que permiten a los sujetos negociadores la libre fijación del contenido de los convenios colectivos²⁵.

Así las cosas, cuando el convenio colectivo regula distintas condiciones salariales deben verificarse si existe una justificación objetiva y razonable²⁶. Las

23 TC 136/1998 de 29.6; 177/1988 de 14.9; 171/1989, de 19.10; 2/1998, de 12.1; 62/2008 de 26 mayo.

24 En este sentido, TC 52/1987, de 3.6 y 119/2002, de 20.5. Un comentario sobre esta última sentencia, vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R: “Apuntes jurisprudenciales sobre “dobles escalas salariales”.

La STC 119/2002, como telón de fondo”, *RDTSS*, núm.13 (2003), págs. 8 a 11; MIÑARRO YANINI, M.: “La modulación del principio “a igual trabajo, igual salario””, *Tribuna Social*, núm. 148 (2003), págs. 52 y sigs.

En la jurisprudencia ordinaria, véase TS/SOC 27.9.2004, núm.rec. 4506/2003 (Actualidad Laboral BD 567206/2005); TS/SOC 13.10.2004, núm. rec. 132/2003 (Actualidad Laboral BD 541331/2005).

25 TC 177/1988, de 10.10; 171/1989, de 19.10; 28/1992, de 9.3. En la jurisprudencia ordinaria, véase, TS/SOC 17.5.2000 (Ar. 5513); 19.3.2001 (Ar. 3388).

26 TC 17/2003, de 30.1 (BOE 5.3.2003). En la jurisprudencia, TS/SOC 18.3.2004, núm. rec.

diferencias de trato en las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo deben ser razonables, de acuerdo con los valores e intereses que deben tenerse en cuenta en este ámbito, y entre las que figuran la clase de trabajo prestado, el rendimiento de este, la capacidad económica de la empresa²⁷, la fuerza contractual, o capacidad negociadora de los contratantes, el encuadramiento en niveles retributivos distintos²⁸ o la realización de funciones laborales distintas²⁹.

Si embargo, a lo largo de los años se ha visto que los convenios colectivos han establecido criterios salariales que han afectado de manera muy especial a las mujeres y sus condiciones precarias en el mercado laboral, de ahí que el registro retributivo va a ser un instrumento de gran incidencia en la regulación de convenios colectivos para evitar las diferencias salariales.

4.1. La duración del contrato: diferencias salariales entre trabajadores fijos y temporales

La temporalidad en la contratación es un criterio que incide notablemente en la mujer, y en principio, el tipo de contrato como único motivo no justifica las diferencias retributivas entre los trabajadores cuando están dentro del ámbito del convenio o, asimismo, se les excluye del mismo con tal motivo (artículo 15.6 del ET modificado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad)³⁰.

A través de los convenios colectivos no se pueden establecer diferencias retributivas para el mismo trabajo o trabajo de igual valor, que tengan como

23/2003 (Actualidad Laboral BD 12148/2004); TS/SOC 26.4.2004, núm. rec. 4480/2002 (BD 540249/2005), entre otras sentencias.

27 TS/SOC 22.7.1997 (Ar. 5710).

28 TSJ Madrid 3.12.1993 (Ar. 166), entre otras.

29 En la jurisprudencia ordinaria, TS/SOC 8.2.2003, núm. rec. (Actualidad Laboral BD). Asimismo, a nivel judicial, entre otras, TSJ País Vasco 2.2.1993 (Ar. 1082).

30 BOE 10.7. 2001. Sobre esta reforma, entre otros, AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A.V.) *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio (La Reforma Laboral de 2001)*, Navarra, Aranzadi, 2001; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS, F y CASAS, M^a. E., “La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo <para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 17 (2001), págs. 1-18; MOLINA NAVARRETE, C., “El último capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 221-222 (2001), págs. 83-164; CARDENAL CARRO, M., “Del Real Decreto-Ley 5/ 2001 a la Ley 12/ 2001”, *Aranzadi Social*, núm. 8 (2001), pág. 9-17.

único o principal fundamento el tipo de contrato utilizado sin más justificación o, simplemente, la temporalidad del vínculo que les une con otra empresa: “la modalidad de adscripción no puede por sí misma, justificar el distinto tratamiento retributivo de estos dos grupos de trabajadores (fijos y temporales) ya que su impacto o resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, proporcionalidad que es uno de los aspectos de la igualdad. Se hace así de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por la eventualidad en el empleo intensificando su situación menesterosa, con lo que, en definitiva, se enmascara una infravaloración de su trabajo (...). En resumidas cuentas, no se ve en este caso más factor diferencial que el meramente temporal, la duración, insuficiente como fundamento de la menor retribución”³¹.

Es cierto que no dándose estas circunstancias pueden fijarse salarios distintos sin vulnerar el principio de igualdad. Es el caso de los complementos personales que como resulta obvio están vinculados a circunstancias que afectan a los trabajadores de modo individualizado, y no conjuntamente a todos ellos. Además, no puede descartarse la posibilidad de variación de las condiciones personales en el futuro, de lo contrario, supondría desconocer las posibilidades de evaluación y progreso personal³², pero que efectivamente inciden de forma negativa en las mujeres por su tardía incorporación en el mercado laboral y por su apartamiento para el cuidado de hijos. Este principio de igualdad de trato a los trabajadores temporales será sustituido por una aplicación de la proporcionalidad en función del tiempo trabajado en aquellos casos en que la naturaleza del derecho o condición laboral así lo requiera³³.

31 Se considera discriminatorio el establecimiento de remuneraciones diferentes entre trabajadores fijos y temporales por considerarse tratar desigualmente a los iguales con intención o finalidad discriminatoria, conduciendo a la desigualdad irracional, sin que por ello se vulnere el principio de autonomía de la voluntad: TC 52/1987, de 7.5; TC 177/1993, de 31.5, entre otras. En la jurisprudencia, véase, TS/SOC 15.7. 1995 (Ar. 6261); TS/SOC 17.7.95 (Ar.6264); TS/SOC 22.1.1996 (Ar.118); TS/SOC 28.7.1997 (Ar. 6570); TS/SOC 19.3.2001 (Ar. 3388); TS/SOC 26.4.2004 (Ar. 4707); TS/SOC 19.7.2004, núm. rec. 90/2003 (Actualidad Laboral BD 24/2005). En el ámbito judicial, TSJ Aragón 6.3.1997 (Ar. 989).

Sobre el tema en la doctrina véase, MERCADER UGUINA, J.R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, Aranzadi, 1996, págs. 78 a 86. Sobre concretas diferencias retributivas que los tribunales han considerado que la regulación convencional vulnera el principio de igualdad, vid. AA.VV: *Salario 2002-2003*, Memento Práctico, editorial. Francis Lefebvre, 2001, pág. 133.

32 TS/SOC 18.10.1996 (Ar. 8038).

33 Sobre ello véase, AA.VV: “Cuestiones generales”, *Los contratos de trabajo temporales*, (Dir. SEMPERE NAVARRO, A.V.), Navarra, Aranzadi, 2004, págs. 54 a 57.

En concreto, el complemento de antigüedad lógicamente no se podrá cobrar hasta que el trabajador lleve un tiempo en la empresa. El artículo 15.6 ET no deja margen de diferenciación en función de la temporalidad del vínculo³⁴. En este sentido, entendemos que no puede ser legal una regulación convencional en la que se establezca, sin más, un criterio de antigüedad distinto para el personal temporal y fijo³⁵, sobre todo cuando afecta principalmente a las mujeres, y que no sólo afecta a conceptos salariales sino también a los planes y fondos de pensiones³⁶.

Hay que respetar los imperativos legales entre los que se encuentran el principio de igualdad y no discriminación, que impiden expulsar del convenio colectivo a aquellos grupos de trabajadores que por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos³⁷.

4.2. La jornada de trabajo: diferencias salariales entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo

El contrato de trabajo se considerará celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable (artículo 12.1 del ET). En materia salarial este menor número de horas se debe regir igualmente por el principio de proporcionalidad³⁸. Los acuerdos de proporcionalidad que se adoptan a tal fin salvan la manifiesta desigualdad que supondría retribuir con el mismo salario a trabajadores que aun teniendo la misma cualificación y mismo cometido funcional³⁹, no se

34 TS /SOC unif. doctr. 23.10.2002 (Ar. 10916); 10.11.2002 (Art. 1197).

A nivel doctrinal, entre otros, MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V., RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Navarra, Aranzadi, 2005, pág. 174.

35 Como por ejemplo se da en los siguientes Convenio Colectivo de la Industria azucarera, artículo 23 (BOE 5.2.2018); Convenio Colectivo empresa "Unilever Foods Industrial España", artículo 20 (BOB 23.9.2019).

36 TS/SOC 26.1.993 (Ar. 270). Sobre las numerosas y concretas diferencias retributivas que los tribunales han considerado que no vulneran el principio de igualdad, vid. AA.VV: *Salario 2002-2003*, cit. pág. 133-134.

37 TC 73/1984, de 27.6; TC 52/1987, de 3.6; 177/1993, de 31.5. En la jurisprudencia ordinaria, véase entre otras TS/SOC 27.11.1991 (Ar. 8420); 23.1.1991 (Ar.174); 30.12.1992 (Ar 10380); 7.7.1995 (Ar 5483); TC 136/1987, de 22.7.

38 En este sentido, entre otras, TS/SOC 22.6.2004, núm. rec. 157/2003 (Actualidad Laboral BD 78/2005).

39 TS/SOC 13.5.1991 (Ar. 3909)

rigen por la misma jornada. En este sentido, además, se ha demostrado que la contratación a tiempo parcial “es el ámbito al que se incorpora en mayor medida la mujer con responsabilidades familiares”⁴⁰.

4.3. La fecha de contratación: “Las dobles escalas salariales”

Otro mecanismo que se ha utilizado en la negociación colectiva en perjuicio indirecto a las mujeres es la denominada doble escala salarial consiste en establecer salarios inferiores para los trabajadores de nueva contratación respecto a los que ya están en servicio, manteniéndose en unos casos la diferencia de forma permanente y en otros restableciéndose una vez transcurridos un determinado espacio de tiempo, dos o tres años⁴¹. Efectivamente, determinados convenios colectivos han regulado las llamadas “dobles escalas salariales”, que consiste básicamente en la fijación de unas retribuciones inferiores a los trabajadores de nuevo ingreso respecto de aquellos que ya estaban contratados en la empresa con anterioridad⁴².

La aplicación del principio constitucional de igualdad exige que cuando el convenio colectivo regula distintas condiciones salariales por la fecha de ingreso debe verificarse si existe una justificación objetiva y razonable⁴³. Si es así ha de constatarse si la medida desigual adoptada por los negociadores es proporcio-

40 TC 177/1993, de 31.5; 22/1994, de 27.1; RIVAS VALLEJO, P.: “Igualdad de remuneración por razón de sexo (artículo 28 ET)”, en AAVV, *Salario y tiempo de trabajo en el ET (De 1980 a 2005)*, Madrid, CEF, 2005, pág. 140.

41 Para una caracterización de las dobles escalas salariales, puede verse, entre otros, SEMPERE NAVARRRO, A.V.: “Legitimidad de las dobles escalas salariales en función de la antigüedad o fecha de ingreso en la empresa (BIB 1997, 839)”, *Aranzadi Social*, núm. 12, (1997). Más recientemente, VIVERO SERRANO, J.B.: *La doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva y el principio de igualdad*, comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Lleida, 2004. MERCADER UGUINA, J.M.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial*, cit., págs. 115-116.

42 Ejemplo de ello, el I CC de Iberdrola Grupo (BOE 26.10.2004) con la denominada “Escala de ingreso”, la cual define el salario individual reconocido y correspondiente a los diferentes escalones para el personal incorporado a la empresa a partir de 1 de enero de 1996, hasta que, alcanzados los requisitos de capacitación, experiencia, integración y desempeño, se superen los valores indicados en la escala de salarios base de calificación vigente en cada momento. Se trata del establecimiento en los convenios de empresa de escalas salariales diversas en función de la fecha de incorporación del trabajador en cuanto trabajador fijo.

43 TS/SOC 27.9.2000 (Ar. 9647); 19.3.2001 (Ar. 3388); TSJ Cataluña 16.4.1997 (Ar. 2065). TS/SOC 23.10.2000 (Ar. 8659).

A nivel judicial, véase: TSJ/Cataluña 10.5.1999 (Ar. 2224) y las allí mencionadas; 14.5.2002 (Ar. 7553); 17.6.2002 (recurso 1253/2001); 25.7.2002 (recurso 1281/2001); 20.9.2002 (Ar. 500).

nada. No basta con que el fin perseguido por el trato diferente sea lícito, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a tal fin⁴⁴. En consecuencia, se consideran criterios objetivos y razonables que permiten la doble escala salarial, la concurrencia conjunta en cada caso concreto del objetivo de creación de nuevos puestos de trabajo y la temporalidad de la medida.

El establecimiento de una doble escala salarial puede suponer, además, una discriminación específica peyorativa expresamente vetada en el segundo inciso del artículo 14 de la CE, al estar basada en la condición y circunstancia personal y social en que se encuentra este colectivo de trabajadores en el que todos ellos, sin excepción, se hallan en una situación de clara desigualdad a la hora de pactar sus condiciones de trabajo⁴⁵. En consecuencia, tanto si es el resultado de la creación de una situación discriminatoria como si se trata de una genérica desigualdad de trato, es evidente que ambos resultados están prohibidos.

44 TS/SOC 22.1.1996 (Ar. 1118). Un comentario a la citada sentencia vid. MARTÍN VALVERDE, A.: "Discriminación salarial: convenio colectivo que establece retribución diferente por el mismo trabajo", *Semana jurídica*, núm.18 (1996) págs. 636 y 638; Asimismo, TS/SOC 22.1.1996 (Ar. 479); 1.6.1996 (Ar. 5746); 25.6.1996 (Ar. 5305); 3.10.2000 (Ar.8659); 19.3.2001, ya mencionada. TSJ Cataluña 31.1.2003, Caso Nissan, (Ar.675). PURCALLA BONILLA, M. A.: "La doble escala salarial como instrumento de desigualdad retributiva", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 244 (2003), pág. 13. TC 119/2002, de 20.5.

45 TSJ Cataluña 31.1.2003 (Ar. 675).
A nivel doctrinal, vid, entre otros, ALFONSO MELLADO, C. L.: La primera reforma laboral del milenio. Comentarios al RDL 5/2001 de 2 de marzo, Comentarios al RDL 5/2001 de 2 de marzo de medidas urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento de empleo y mejora de su calidad, Madrid, IVES, 2001, pág. 23. TSJ Cataluña 31.1.2003 (Ar. 675). FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGO, E.J.: "Modalidades de contratación temporal y empresas de trabajo temporal en las reformas de marzo y julio de 2001", *Relaciones Laborales*, tomo I (2002). En cualquier caso, todavía queda "pendiente un reconocimiento judicial general y definitivo del complemento de antigüedad a los trabajadores temporales con carácter general que restaure el principio de igualdad de trato entre ambos colectivos" [LAHERA FORTEZA, J.: "El ¿definitivo? reconocimiento del complemento de antigüedad a los trabajadores temporales (Comentario a las SSTs de 7 y 23 de octubre de 2002)", *Relaciones Laborales*, núm. 10 (2003), pág. 77]. Asimismo, SANTIAGO REDONDO, K. M.: "Doble escala salarial y otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia laboral en el primer trimestre de 2004", *Relaciones Laborales*, núm. 2004, pág. 660; GUALDA ALCALÁ, E. J.: "Una aproximación a la reciente doctrina constitucional sobre la doble escala salarial" *Revista de Derecho Social*, núm. 20 (2002), págs. 71 a 75; MOLERO MARAÑÓN, M^a. L.: "La admisión condicionada de los pactos de doble escala salarial", *Relaciones Laborales*, núm. 24 (2004), págs. 19 a 23.