

Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

Laboral

Junio 2018

Igualdad retributiva entre hombres y mujeres: discriminación empresarial como consecuencia de abonar a una empleada un salario inferior al de sus compañeros

Carmen Bardi y Elena Esparza

La reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de febrero de 2018 en materia de igualdad retributiva pone en el foco de la opinión pública la brecha salarial entre hombres y mujeres. En el presente artículo se repasan los argumentos jurídicos de la misma en relación con antecedentes jurisprudenciales europeos y nacionales relativos a la discriminación por razón de sexo.

El artículo 14 de la Constitución Española prohíbe toda forma de discriminación por razón de sexo. Asimismo, el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores establece la obligación de pagar la misma retribución por trabajo de igual valor.

Sin embargo, la realidad es que en España las mujeres son retribuidas un 14,2% menos que los hombres por cada hora de trabajo¹.

Este panorama estadístico, común a todos los países europeos², no parece explicarse –al menos en su mayoría– por una decisión consciente e intencional de las empresas de pagar un salario inferior a sus trabajadoras. Atrás parecen haber quedado formas de discriminación abiertas y directas, como por ejemplo, el caso descrito por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de septiembre de 1999, en el que una empresa retribuía el trabajo de los hombres que prestaban

1. Eurostat, 2016.

2. Según Eurostat, en el año 2016 la brecha salarial media en los países de la Unión Europea alcanzaba el 16,2%, siendo Estonia el país con más diferencias retributivas (25,3%) y Rumanía el más igualitario (5,2%).



servicios como peón collidor a razón de 724 pesetas la hora, y a las mujeres que desarrollaban idénticas funciones, con 602 pesetas la hora.

Los motivos de la brecha salarial son múltiples y complejos, sin que exista siempre un elemento de intencionalidad por parte del empresario. Según diversos estudios, algunas de las causas de estas diferencias retributivas son la minusvaloración de los trabajos tradicional y mayoritariamente desempeñados por mujeres, la obtención de los hombres de más pluses salariales –tanto regulados por convenio colectivo como discrecionales del empleador– o, entre otras, la maternidad.

Si bien la brecha salarial existe desde que la mujer se incorporó al mercado de trabajo, tras la publicación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de febrero de 2018 (en adelante, la “Sentencia”), esta cuestión ha ocupado un lugar central en el debate público, acaparando titulares que la califican de “pionera” o “novedosa”.

Los hechos probados de la Sentencia

Según los hechos probados de la Sentencia, la demandante prestaba servicios para una empresa local con la siguiente estructura organizativa: una gerencia, una secretaría técnica, y cuatro departamentos (servicios generales, finanzas, y dos departamentos de producción) dirigidos por sus respectivos responsables.

La demandante ocupaba el puesto de responsable de departamento, siendo la única mujer que ocupaba este puesto: los otros tres responsables de departamento eran varones. Los cuatro responsables eran apoderados mancomunados.

La retribución de los cuatro responsables de departamento se componía del salario base establecido por el convenio colectivo aplicable a su categoría profesional e “incentivos”. En la empresa no existía un sistema de fijación de incentivos, por lo que el importe de dichas cantidades se establecía de forma discrecional y unilateral por la gerencia.

En el año 2014 la empresa comunicó a todos los responsables de departamento que, durante dicho año, sus incentivos se verían reducidos pero que en los años sucesivos dichas cuantías se incrementarían progresivamente.

Sin embargo, la demandante no percibió los aumentos de incentivos que recibieron sus tres compañeros varones, por lo que remitió un correo en enero de 2016 al gerente de la empresa solicitando explicaciones sobre los motivos por los que sus incentivos no se habían incrementado, haciendo su retribución manifiestamente inferior a la de sus compañeros. La demandante no obtuvo respuesta.

En febrero de 2017, la gerencia suprimió el concepto de “incentivos”, consolidando dichas cantidades en el salario de los responsables de departamento.

El 6 de abril de 2017, la responsable de departamento presentó papeleta de conciliación en materia de reclamación de cantidad. Un mes más tarde –el 2 de mayo de 2017– la trabajadora fue despedida. El 8 de junio de 2017, la trabajadora presentó una demanda en materia de derechos fundamentales.

Los argumentos de la Sentencia para declarar la existencia de discriminación por razón de sexo de la trabajadora

Para determinar la existencia de una conducta discriminatoria, la Sentencia sigue el siguiente razonamiento:

1. La prohibición de conductas discriminatorias

En primer lugar, la Sentencia recuerda que el empresario puede imponer –en virtud de su poder de organización– o pactar con los trabajadores –en virtud del principio de autonomía de las partes– las retribuciones que abonará a los mismos con dos limitaciones: el respeto de los salarios mínimos legales y convencionales, y no incurrir en diferencias retributivas discriminatorias.

El Tribunal recuerda que no toda diferencia de trato es discriminatoria, sino únicamente aquellas cuyo origen sea una condición inherente a colectivos histórica y tradicionalmente oprimidos (por razón de sexo, origen étnico, religión, militancia política o sindical...).

En este sentido, la Sentencia menciona que deben tenerse por nulas y sin efecto las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a una discriminación.

2. La carga de la prueba de la existencia de discriminación retributiva por razón de sexo

Partiendo de la anterior premisa sobre la prohibición de diferencias discriminatorias, la Sentencia reitera la pacífica jurisprudencia en relación con la carga de la prueba en los procedimientos de vulneración de derechos fundamentales: si la empleada aporta unos indicios razonables de la vulneración de dichos derechos, corresponde al empresario probar la existencia causas suficientes, reales y serias que permitan calificar como razonable la decisión empresarial.

El Tribunal basa lo anterior en el artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, común a los diferentes tipos de vulneraciones de derechos fundamentales, así como en varias sentencias del Tribunal Constitucional.

Con la jurisprudencia constitucional, y partiendo de la base de que los cuatro responsables de departamento ocupaban puestos de igual valor, la Sentencia entiende que constituye indicio suficiente a efectos de invertir la carga de la prueba el hecho de que la trabajadora haya probado que durante tres años consecutivos la misma percibiera retribuciones muy inferiores a las del resto de directores de departamento, todos ellos varones.

No se hace referencia, sin embargo, a la jurisprudencia europea en relación con la carga de la prueba en casos de existencia de supuesta discriminación salarial –que, por las circunstancias concurrentes, quizás podría entenderse apli cable–.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (“TJCE”) *Danfoss*, de 17 de octubre de 1989, juzgó un caso en el que una empresa abona-

ba un salario medio superior a los hombres frente a las mujeres. El sistema retributivo no era en absoluto transparente: sus empleados no conocían cuáles eran los criterios utilizados por la empresa para determinar los aumentos individuales de sus salarios.

Pues bien, en un caso de falta absoluta de transparencia en la fijación de las retribuciones, el TJCE entendió que es suficiente con que se pruebe que las mujeres perciben una retribución media inferior a la de los hombres para que opere la inversión de la carga de la prueba, y el empresario deba probar que su sistema retributivo no tiene carácter discriminatorio:

“Cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política salarial no es discriminatoria, una vez que el trabajador femenino haya demostrado, con respecto a un grupo relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de trabajadores masculinos.”

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia del TJCE de 31 de mayo de 1995.

En el caso enjuiciado en la Sentencia que comentamos, el sistema de fijación de incentivos tampoco es transparente: tal y como se recoge en los hechos probados, los “incentivos” percibidos por los responsables de departamento eran impuestos de forma discrecional y unilateral por la empresa, sin que existiera ningún sistema de fijación de dichas cantidades.

Asimismo, en relación con el trabajo desempeñado por la demandante –la dirección de uno de los cuatro departamentos de la empresa demandada– la parte actora demostró que la totalidad de los varones percibía una retribución sensiblemente superior a la de las mujeres, aunque en este caso la única mujer que ejecutaba dicho trabajo fuera la demandante.

Como último apunte en relación con esta cuestión, la defensa de la empresa mencionó en su recurso que la prueba estadística no sería indicio suficiente para invertir la carga de la prueba. Sin embargo, la estadística ha sido, precisamente, uno de los principales instrumentos de la Jurisprudencia europea para determinar la existencia de discriminación por razón de sexo indirecta.

Así lo han establecido tanto sentencias a nivel europeo (por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia Caso *Seymour-Smith*, de 9 de febrero de 1999³), como a nivel

3. “Debe determinarse, como ha señalado el Tribunal de Justicia en ocasiones, si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúne el requisito de dos años de empleo exigido por la norma controvertida. De tal situación resultaría una apariencia de discriminación basada en el sexo, a menos que la norma controvertida estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo (sic).”



nacional (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2014⁴) en relación con situaciones de discriminación indirecta por razón de sexo. Pese a que este criterio ha sido tradicionalmente utilizado para determinar la existencia de un supuesto de discriminación indirecta, el mismo también puede tener utilidad para demostrar la existencia de supuestos de discriminación directa.

3. La necesidad de que la empresa pruebe que las diferencias salariales tienen una justificación objetiva y razonable, ajena a todo móvil discriminatorio

Continúa la Sentencia estableciendo que, habiéndose invertido la carga de la prueba, es la empresa la que tiene que probar la existencia de una justificación objetiva y razonable de para dichas diferencias salariales.

En el presente caso, la empresa no consiguió demostrarlo, por cuanto no especificó en qué medida el departamento de la trabajadora tendría menos atribuciones y responsabilidades que los del resto.

La empresa alegó que, en otros puestos de trabajo, las mujeres percibían una retribución mayor que sus compañeros varones. El Tribunal no dio ninguna validez a dicho argumento por cuanto lo anterior no sólo no es una justificación de las diferencias salariales existentes entre la trabajadora y sus tres compañeros varones, sino que el objeto de la Litis es la discriminación específica sufrida por esta última y no por el resto de empleadas de la empresa.

Tampoco es relevante a estos efectos el hecho de que en años muy anteriores la demandante hubiera percibido

retribuciones superiores a las de sus homólogos varones. En efecto, este argumento no es una justificación objetiva para las diferencias retributivas de los últimos años de la trabajadora respecto de sus compañeros varones.

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 145/1991, de 1 de julio (Caso *Hospital Gregorio Marañón*) determinó, en su día, que la única causa objetiva y razonable de las diferencias retributivas debe ser la realización de distintos trabajos, valorados de forma no discriminatoria:

“Para calibrar la legitimidad de la diferencia de trato en materia salarial, no puede tomarse en consideración otro elemento que no sea el trabajo efectivamente prestado, y la concurrencia en él de circunstancias objetivamente acreditadas que no se vinculan directa o indirectamente al sexo de la persona (...). Solo la efectiva diferencia entre los trabajos prestados, valorados de forma no discriminatoria, permitirá diferencias a efectos retributivos.”

Consecuencias de la discriminación retributiva por razón de sexo

Acreditada la vulneración del derecho fundamental de la trabajadora a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, la Sentencia condena a la empresa a abonar a la demandante dos cuantías distintas.

Por un lado, en virtud del art. 182.1 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –que establece que, en los procesos de vulneración de derechos fundamentales y en caso de que se acredite la misma, la sentencia deberá disponer

4. “También el Tribunal Constitucional ha estimado que la estadística es un medio revelador de la existencia de discriminación indirecta (SSTC, 128/1.987, de 14 de julio y 253/2004, de 22 de Diciembre) y, como recordábamos en la nuestra de 18-7-2011, la estadística puede constituir una decisiva fuente de indicios de discriminación indirecta, según estableció ya la precitada STC 253/2004.”



el restablecimiento de la demandante en la integridad de su derecho y la reposición a la situación anterior– se condena a la empresa a abonar a la demandante las retribuciones que le hubieran correspondido si no hubiera sido discriminada: un salario anual de 48.959,16 euros desde el año 2017.

Por otro lado, el Tribunal recuerda que en virtud del art. 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la constatación de la vulneración de dichos derechos fundamentales de la demandante conlleva necesariamente el abono de una indemnización por daños morales, fijados razonablemente por la sentencia de instancia en la cuantía de 35.000 euros.

A este respecto, y aunque no se mencione expresamente en la Sentencia, conviene recordar que el artículo 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social establece que las conductas unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas en materia de retribución es una infracción muy grave, sancionable con multas de entre 6.251 y 187.515 euros.

Además, las empresas podrán ser sancionadas con la pérdida automática de ayudas, bonificaciones y otros beneficios de programas de empleo, así como ser excluidas entre seis meses y dos años del acceso a tales beneficios. En su caso, estas dos últimas sanciones podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad.

Reflexiones finales

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de febrero de 2018 no sólo ha complementado el cuerpo jurisprudencial existente en materia de discriminación retributiva, sino que ha conseguido arrastrar la cuestión de la brecha salarial entre hombres y mujeres al centro del debate público.

La Sentencia ha sido publicada en un contexto social de “resurgimiento” del movimiento feminista a nivel nacional e internacional. Reflejo de ello son, por ejemplo, el movimiento #MeToo o la *Women’s March* de enero de 2017 en Estados Unidos, el movimiento “Ni una menos” en Argentina, o la huelga de mujeres del pasado 8 de marzo en España.

Es posible que se avecinen cambios en relación con esta cuestión en los próximos meses. En el año 2017 se presentó en el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley de Igualdad retributiva entre mujeres y hombres, en la línea de otros países como de la Unión Europea como Alemania. Además, a principios de 2018 el antiguo Ministerio de Empleo anunció su voluntad de negociar con sindicatos y patronal diversas medidas específicas para reducir la brecha salarial, con la finalidad de incrementar la transparencia de las retribuciones en las empresas.

A este respecto, la Sentencia nos recuerda que, aunque la brecha salarial pueda parecer una cuestión superada y residual, es fundamental que las empresas presten especial atención a cómo sus sistemas retributivos afectan, respectivamente, a los hombres y mujeres y que, en caso de detectar cualquier tipo de discriminación directa o indirecta, se tomen las medidas oportunas para poner fin a dicha situación.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores.