

**Ilegalidad de las dobles escalas salariales basadas en un factor diferencial meramente temporal y derecho a la igualdad retributiva. Tiempo de contratación y edad, inexistencia de discriminación por edad.**

**STS-SOC núm. 484/2019, de 24 de junio**

**María Emilia Casas Baamonde**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional*

**Resumen:** *La impugnación de los convenios colectivos extraestatutarios ha de efectuarse en el proceso de conflictos colectivos. Los sistemas de doble escala salarial basados exclusivamente en la fecha de contratación de los trabajadores son contrarios al genérico principio constitucional de igualdad y al principio legal de igualdad retributiva por trabajo de igual valor, aunque estén establecidos en acuerdos colectivos extraestatutarios (vinculados a convenios colectivos de eficacia general). Inaplicación al caso de la doctrina de la STJUE de 14-02-2019, Horgan y Keegan, C-154/18, que descartó que una doble escala salarial fundada en una nueva fecha de incorporación constituya una discriminación indirecta por edad.*

**Palabras clave:** *Proceso de conflicto colectivo, convenio colectivo extraestatutario, doble escala salarial, fecha de incorporación al trabajo, igualdad retributiva.*

**Abstract:** *The challenge of extra-statutory collective agreements must be made in the process of collective conflicts. Double-scale salary systems exclusively based on the date of recruitment of workers are contrary to the constitutional generic principle of equality and to the legal principle of equal pay for work of equal value, even if they are established in extra-statutory collective agreements (linked to collective agreements of general effectiveness). Inapplication to the case of the STJUE doctrine of 02-14-2019, Horgan and Keegan, C-154/18, which ruled out that a double salary scale based on a new date of incorporation constitutes indirect discrimination by age.*

**Keywords:** *Process of collective conflicto, extra-statutory collective agreement, doublé salary scale, date of incorporation to work, retributive equality.*

---

## **I. Introducción**

El tratamiento jurisprudencial de los fenómenos de doble escala salarial ha dado lugar a un sistema de garantías que no deja de suscitar dificultades ante su deficiente regulación legal. El Estatuto de los Trabajadores (ET) reconoce el principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor en un precepto que tiene por título “Igualdad de remuneración por razón de sexo” (art. 28 del Estatuto de los Trabajadores), cuya contravención – “sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones” de la remuneración- se sitúa, no ya en el territorio propio del derecho a la igualdad, sino en el del derecho a la no discriminación

por sexo y género, que prohíben la Constitución (arts. 14, segundo inciso, y 35.1) y el propio ET [arts. 4.2.c), 9.3 y 17.1]. Siempre en el ámbito de la prohibición de discriminación por una serie de motivos de diferenciación inadmisibles, el ET anuda la sanción de nulidad a los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan diferencias retributivas discriminatorias por las causas prohibidas (art. 17.1); en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor (art. 9.3). La consecuencia es, según viene diciendo la jurisprudencia constitucional desde sus inicios, que el legislador laboral no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato retributiva “en sentido absoluto” para dar espacio al principio de la autonomía de la voluntad, a su vez limitado en el ámbito material laboral por lo que dispongan las leyes y los convenios colectivos. El principio de autonomía de la voluntad queda, sin embargo, plenamente sujeto en el ámbito laboral a la prohibición constitucional y legal de discriminación por los motivos particularmente odiosos y atentatorios a la dignidad humana que relacionan los arts. 14.1, segundo inciso, de la Constitución y 17.1 del ET.

Frente a la desigualdad retributiva injustificada o arbitraria no discriminatoria, como es la basada en un mero criterio cronológico -la distinta fecha de incorporación a la empresa-, la jurisprudencia constitucional ha brindado la garantía del derecho fundamental de igualdad ante la ley (art. 14, primer inciso, CE). Se configura este derecho fundamental, según una doctrina constitucional bien conocida, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual de la ley, que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que, para introducir diferencias entre ellos exista una suficiente justificación de las diferencias, que sean fundadas y razonables según criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten desproporcionadas. El derecho encuentra limitaciones en el ámbito de las relaciones laborales regidas por el principio de autonomía de la voluntad. El carácter normativo de los convenios colectivos regulados por el título III del Estatuto de los Trabajadores (ET) ha brindado un cierto ámbito de protección específico frente a la desigualdad retributiva originada en su regulación, al quedar sometidos los convenios colectivos de eficacia normativa a las exigencias del derecho fundamental a la igualdad legal, con matizaciones, no obstante, para hacerlos compatibles con los valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad y se materializan en las circunstancias tenidas en cuenta por los negociadores (constitucionalmente admisibles, naturalmente).

Aunque la naturaleza convencional de la norma tiene efectos en los fallos estimatorios de los recursos de amparo constitucional por vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley (que incorporan mandatos de retroacción de las actuaciones a los jueces y tribunales que no hayan reparado la vulneración), el Tribunal Constitucional ha afirmado con rotundidad que la desigualdad retributiva surgida de un convenio colectivo de valor normativo “no ofrece otro soporte visible que una minusvaloración de un grupo segregado y peor tratado, lo que no tiene acomodo en la Constitución a la luz del principio de igualdad (art. 14 CE), ni tampoco en la perspectiva social que impone esa connotación de nuestro Estado de Derecho en conexión con la igualdad efectiva de los individuos y los grupos en que se integra (art. 9.2 CE)” (STC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 7)<sup>[1]</sup>.

Mayores dificultades encuentra la tutela constitucional frente a las desigualdades retributivas injustificadas o arbitrarias que tienen origen en acuerdos colectivos extraestatutarios, carentes de la “relevancia cuasi-pública” -valor normativo- de los convenios colectivos estatutarios, o en decisiones empresariales de efectos colectivos.

Producto de una autonomía privada de diferente naturaleza -pues los convenios colectivos extraestatutarios tienen amparo en el art. 37.2 de la Constitución, y tienen, en consecuencia, constitucionalmente garantizada su fuerza vinculante, aunque sean ignorados por el art. 3 del ET-, comparten su falta de valor normativo, lo que les resta virtualidad para violentar la garantía normativa de la igualdad ante la ley del art. 14 de

la Constitución y, consiguientemente, para disponer de su protección. La STC 36/2011, de 28 de marzo, que se pronunció sobre un sistema de doble escala salarial que traía causa de una decisión unilateral empresarial, no de un acuerdo colectivo extraestatutario, precisó y desarrolló lo que ya había dicho la temprana STC 34/1984, de 9 de marzo, sobre el contenido y alcance del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales, en concreto sobre retribuciones. Tajante, excluyó que las diferencias salariales por la prestación de un mismo trabajo basadas en la fecha de contratación puedan considerarse incursas en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o por la ley, cuya nota común última es su incompatibilidad radical con la dignidad personal (FJ 5). Excluida la fecha de contratación como factor de discriminación, las escalas salariales desiguales, únicamente sostenidas en ese factor diferencial cronológico, cuentan con la protección del derecho fundamental de igualdad ante la ley y el convenio colectivo de eficacia normativa (la costumbre y los principios generales del derecho, complementarios del sistema de fuentes normativas).

La STC 36/2011 ha dejado una estrecha puerta abierta a la aplicación del derecho a la igualdad retributiva frente una decisión empresarial de diferenciación salarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, que *“podría, aun sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida en que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria”* (FJ 6).

La Sentencia de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo que aquí se comenta se inscribe en esta rica, y al tiempo, compleja problemática, al desautorizar en el ámbito de la legalidad ordinaria un sistema de doble escala salarial (participación en primas), exclusivamente basado en el criterio cronológico de la fecha de contratación de los trabajadores, establecido en un acuerdo extraestatutario que se inscribe en el marco de un convenio colectivo del título III del ET. La sentencia traza su propio camino, que cierra recurriendo sorprendentemente al Derecho de la Unión, a la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y contra la discriminación, entre otros motivos, por edad, y al Tribunal de Justicia, para separarse de éste con invocación de su propia doctrina interpretativa del ordenamiento interno como “una norma más favorable”.

Los aspectos procesales de la sentencia no son de importancia menor, pues aclara que la impugnación de los convenios o acuerdos colectivos extraestatutarios ha de efectuarse a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo, y no de la de impugnación de convenios colectivos, reservada a los convenios colectivos de eficacia normativa y personal general, regulados por el título III del ET. Marca así, en el terreno procesal, la diferencia entre estos convenios colectivos y los otros, presupuesto del problema de fondo planteado sobre un sistema de doble escala salarial sin la menor duda arbitrario.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** Sentencia.

**Órgano judicial:** Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo.

**Número de resolución judicial y fecha:** Sentencia núm. 484/2019, de 24 de junio de 2019.

**Número recurso o procedimiento:** Recurso de casación ordinaria núm. 10/2018.

**ECLI:** ES:TS:2019:2463.

**Ponente:** Excmo. Sr. Fernando Salinas Molina.

**Votos Particulares:** carece.

### III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado es de doble orden: procesal, sobre la modalidad procesal adecuada para hacer valer la doble pretensión de la demanda de que se declare parcialmente la nulidad del acuerdo extraestatutario litigioso, y se condene a la empresa a abonar las mismas pagas de participación en primas a todos los trabajadores, con independencia de la fecha de su ingreso en la empresa; y de fondo, sobre el carácter lesivo del derecho a la igualdad de un sistema de doble escala salarial.

#### 1. Hechos

Según los probados de la sentencia de instancia, resumidamente expuestos y en lo que aquí interesa:

1º) La compañía de seguros Sanitas, SA, tiene una plantilla a 31 de diciembre de 2016 de 1.030 trabajadores, distribuidos en 40 centros de trabajo en todo el territorio nacional. FeSMC UGT cuenta con 26 delegados (70'27 %) y CCOO con 11 delegados (29'72 %)

2º) FeSMC UGT está integrada en UGT, sindicato mas representativo a nivel estatal (art. 6.2 LOLS), y es mayoritaria en la empresa demandada.

3º) Sanitas S.A. de Seguros se dedica al ramo de seguros de salud, estando comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo General de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (años 2012 a 2015), publicado en el BOE en fecha 16 de julio de 2013.

4º) El conflicto colectivo afecta a todos los trabajadores que ingresaron en la empresa con posterioridad al 31 de diciembre de 1996.

5º) El 25 de febrero de 1997 la Dirección de Sanitas se dirigió a las tres Secciones Sindicales legalmente constituidas en la empresa para negociar un acuerdo sobre la paga de participación en primas, sustitutivo del anterior. El 5 de marzo de 1997 se constituyó una comisión paritaria compuesta por dos miembros de la Sección Sindical de CC.OO., cuatro miembros de la Sección Sindical de UGT y seis miembros de la Sección Sindical de CSI-CSIF. El siguiente 11 de marzo la empresa comunicó a la comisión negociadora sus dos propuestas sobre el abono de la paga de participación en primas, de las que se excluía al personal de nuevo ingreso, que se regiría por una tabla de compensación aneja a la tabla salarial del Convenio.

El 25 de marzo de 1997, se llegó a un Acuerdo, el "Acuerdo de 1997", mediante el cual se suprimió la aplicación del art. 39 del Convenio Colectivo vigente en aquel momento -el apartado 2 del citado precepto convencional permitía la celebración de pactos sustitutivos-, el Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (1996-1998), publicado el día 7 de febrero de 1997, sustituyéndose por un sistema alternativo. Los trabajadores de nuevo ingreso quedaron también excluidos de la aplicación del art. 39 del Convenio Colectivo General para Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, y de las normas que en el futuro regulasen el concepto participación en primas. Percibirían según el nivel asignado, las cantidades señaladas en la tabla anexa, a partir de la fecha de su ingreso por el concepto "Complemento Participación en Primas", tabla que se revalorizaría anualmente según el IPC con el tope máximo del 3%. Dicho complemento no era absorbible ni compensable.

6º) Mediante escrito de la Dirección General de Trabajo de 21 de abril de 1997 se comunicó a la mesa negociadora que no era posible proceder a la publicación en el BOE del "Acuerdo de 1997", ya que este trámite sólo está previsto para los convenios colectivos negociados conforme a lo regulado en el título III del ET (art. 90).

7º) De las tablas salariales para el año 1997 y las cuantías recogidas en la tabla anexa del "Acuerdo de 1997" resulta que la cuantía percibida en el momento de la

conclusión del Acuerdo para trabajadores que ya prestaban servicios para Sanitas a 31 de diciembre de 1996 se calculaba multiplicando por 7 pagas la suma del salario base mensual, más antigüedad, que en la citada fecha tuviera asignado cada empleado; mientras que para los trabajadores de nuevo ingreso, por este mismo concepto y a partir del Acuerdo, percibirían el sueldo de las tablas salariales del convenio vigente en aquel momento por 3,5 pagas, según se desprende de la tabla anexa del Acuerdo.

8º) El 22 de mayo de 2017 se celebró el procedimiento de mediación promovido por FeSMC -UGT frente a Sanitas S.A. de Seguros, sobre nulidad parcial del Acuerdo de 25 de marzo de 1997, que finalizó sin acuerdo entre las partes intervinientes.

## 2. Antecedentes

La Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT presentó demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a la que se adhirieron la Sección Sindical CC.OO. y la Sección Sindical CSI-CSIF en Sanitas S.A., inicialmente codemandados. Pretendía se declarase la nulidad parcial del Acuerdo de 25 de marzo de 1997 -de su cláusula cuarta- alcanzado entre Sanitas S.A y las secciones sindicales por contravenir el principio constitucional de igualdad, y que se condenase a la empresa demandada a aplicar a todos los trabajadores el mismo régimen en materia de participación en primas, esto es, el mismo número de pagas, con independencia de la fecha de su ingreso en la empresa.

La Sentencia de 7 de septiembre de 2017<sup>[2]</sup> de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estimó la excepción de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, opuesta por la empresa demandada al considerar vía procesal adecuada la de impugnación de convenio colectivo, salvo para la segunda pretensión de la demanda, relativa a los efectos derivados de la posible nulidad de la cláusula cuarta del Acuerdo de 25 de marzo de 1997, que había de sustanciarse según la modalidad procesal de conflicto colectivo, sin que fuera posible la acumulación de una y otra acción conforme a lo dispuesto en el art. 26.1 de la LRJS.

Desestimó la Sentencia de la Audiencia Nacional la demanda de impugnación de convenio colectivo por entender que el Acuerdo de 1997 se limitaba a consolidar la cuantía ya alcanzada por el complemento de participación en primas de que se beneficiaban los trabajadores contratados con anterioridad a 1 de enero de 1997, que disfrutaban de ese complemento como condiciones *ad personam* en el momento de la entrada en vigor del Acuerdo cuestionado. El nuevo sistema establecido para los trabajadores ingresados con posterioridad se justificaba en que los nuevos trabajadores no eran titulares de condiciones retributivas que nunca habían poseído -el antiguo sistema nunca se les había aplicado-; fruto el nuevo sistema de un acuerdo extraestatutario, tampoco concurría la lesividad denunciada, argumentando su validez por el carácter más favorable en su conjunto y en cómputo anual del nuevo sistema acordado en relación con el fijado en el convenio sectorial (valorado también globalmente, en el momento de la conclusión de los citados acuerdos), y por no ser contrario al art. 14 CE al no incidir en discriminación "strictu sensu", ni en desigualdad ante la ley, dada la naturaleza contractual y no normativa de los pactos (FD 8º.5). Y dejó sin resolver la segunda pretensión de la demanda, que quedó imprejuizada, sin perjuicio de los posibles efectos de cosa juzgada.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT, admitido a trámite por la Sala e impugnado por la parte recurrida. El Ministerio Fiscal informó considerando el recurso improcedente.

Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la LOPJ.

#### IV. Posiciones de las partes

La Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT recurrente impugna la sentencia de instancia, en primer lugar, por entender adecuada la modalidad procesal de conflicto colectivo que había instado en su demanda ante la Audiencia Nacional para pretender la nulidad de la cláusula cuarta del Acuerdo extraestatutario de 25 de marzo de 1997, alcanzado entre la Mesa Negociadora y la representación de la Dirección de Sanitas S.A. de Seguros, y para determinar los efectos de la declaración de nulidad que interesa. En segundo lugar, la recurrente basa la nulidad demandada de la cláusula cuarta del citado Acuerdo en su inconstitucionalidad e ilegalidad al establecer un doble sistema de escala salarial, referido a la participación en primas según fecha de ingreso en la empresa, que vulnera el principio de igualdad, y sustituye al sistema pactado en el art. 39 ("participación en primas y otros sistemas alternativos ") del convenio colectivo estatutario aplicable, el Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (BOE 07-02-1997), de acuerdo con las previsiones del apdo. 2 del propio precepto convencional. En el criterio de entidad sindical recurrente, la consecuencia de la nulidad del sistema acordado no podía ser otra que la aplicación a todos los trabajadores del mismo número de pagas con independencia de la fecha de su ingreso en la empresa (FFDD 1º, 7º.1 y 8º.1 y 4).

Sanitas S.A. de Seguros sostiene, en su escrito de impugnación del recurso de casación ordinaria, la inexistencia de la doble escala salarial denunciada por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT, pretendiendo la incorporación de nuevos hechos probados -la sentencia de instancia habría incurrido en error en la apreciación de la prueba [art. 207.d) LRJS]- dirigidos a acortar la distancia entre los colectivos de trabajadores de 7 pagas (hasta 31 de diciembre de 1996) y de 3,5 pagas (contratados con posterioridad) por el cálculo de la retribución variable (bono), excluido el concepto retributivo de exceso de participación en prima, y los importes a detracer de los sueldos brutos, que favorecería a éstos frente a aquéllos. En todo caso, la empresa niega la vulneración del art. 14 de la Constitución. El Acuerdo de 25 de marzo de 1997 habría fijado un concepto retributivo estático (la vieja "participación en primas"), con sistemas de revalorización idénticos para ambos colectivos, habiendo decrecido con el paso del tiempo el colectivo de 7 pagas, y siendo válida, en definitiva, la cuantificación de un concepto retributivo en función de la fecha de ingreso, existiendo una justificación razonable (FD 3º).

Como motivos previos de oposición a la impugnación sindical la empresa impugnante denuncia, entre otros, que el escrito de interposición del recurso de casación ordinario incumple lo preceptuado en el art. 210.2 de la LRJS al no expresar *"el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas"*; y que el recurso debería haber sido inadmitido por *"falta de contenido casacional de la pretensión y el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales"* (art. 213.4LRJS ).

El Tribunal Supremo no los acoge. Da por cumplida en el caso la exigencia del art. 210.2 de la LRJS al haberse citado en el escrito de interposición del recurso los arts. 153 y 163 de la LRJS, que la recurrente considera infringidos al no haberse seguido por la sentencia de instancia el procedimiento idóneo, fundando su segundo motivo de casación, a propósito de la doble escala salarial, en las sentencias constitucionales que invoca y en el art. 14 de la Constitución. De otra parte, la pretensión no carece de contenido casacional y la empresa impugnante no trae a colación las resoluciones desestimatorias de controversias sobre la existencia de una doble escala salarial en relación concreta con el acuerdo litigioso o en circunstancias de sustancial identidad de hechos, fundamentos y pretensiones (FFDD 5º y 6º).

#### V. Normativa aplicable al caso

- En cuanto a la modalidad procesal de conflicto colectivo, adecuada para enjuiciar las pretensiones de la federación sindical demandante

El art. 153, primero del capítulo VIII del título II de libro segundo de la LRJS, establece, en su apartado 1, que se tramitarán a través del proceso de conflicto colectivo “las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo [...]”. El artículo 163, apartado 1, del mismo texto legal procesal dispone que la “impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, podrá promoverse de oficio ante el juzgado o Sala competente, mediante comunicación remitida por la autoridad correspondiente”. En relación con este precepto, el posterior art. 165 regula, en su apartado 1, la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, por los trámites del proceso de conflicto colectivo, lo que recoge previamente el apartado 2 del art. 153, que ordena la tramitación por el proceso de conflictos colectivos de “la impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IX del presente Título”.

- En cuanto a la cuestión de fondo

El art. 14 de la Constitución proclama la igualdad de las personas ante la ley y prohíbe toda discriminación “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Por su parte, el art. 17, apartado 1, párrafo primero, del ET entiende “nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”. Y el art. 28, apartado 1, párrafo primero, del texto legal estatutario impone al empresario la obligación de “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 [...]”.

En fin, el art. 39 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (BOE 07-02-1997) regulaba la “Participación en primas y otros sistemas alternativos”, permitiendo la sustitución de su regulación por otra acordada en los términos de su apartado 2:

“Mediante acuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa podrán establecerse otros sistemas con finalidades similares, incluido el prorrateo entre las quince pagas dentro del año.

Las transformaciones que, en su caso, pudieran tener lugar habrán siempre de respetar el principio de neutralidad en costes y retribuciones a que se refiere la disposición transitoria primera, así como, en todo caso, el principio de equidad en la nueva regulación que se origine. En todo caso, para contribuir a que tales sistemas puedan implantarse con las oportunas garantías y racionalidad, la Comisión Mixta de Interpretación del Convenio general podrá facilitar orientaciones o pautas generales. Una vez adoptado el correspondiente acuerdo a nivel de empresa las partes remitirán su contenido a la Comisión Mixta a efectos informativos”.

Al amparo del referido precepto convencional se pactó, en el Acuerdo de 25 de marzo de 1997, un sistema propio por el que, a partir de 1997, los trabajadores en alta en la sociedad a 31 de diciembre de 1996 percibirían como concepto salarial de “complemento de participación en primas” la cantidad resultante de multiplicar 7 pagas

por el salario base mensual, más antigüedad, asignado en dicha fecha; mientras que los trabajadores ingresados en la sociedad a partir del 1 de enero de 1997 recibirían por el concepto de "participación en primas" un número de 3,5 pagas. Uno y otro concepto se revalorizarían anualmente de acuerdo con mismo criterio, conforme a la evolución del IPC, con el tope máximo del 3%.

## VI. Doctrina básica

### 1. Sobre el escrito de impugnación del recurso de casación ordinaria

Con carácter previo, recuerda la Sentencia de la Sala de lo Social en Pleno la finalidad de la nueva regulación legal ampliatoria del escrito de impugnación del recurso de casación ordinaria, que ha dado entrada a la posibilidad de desarrollar, además, naturalmente, de los distintos motivos de impugnación de los de casación y de las eventuales causas de inadmisión que pudieran concurrir, "*otros motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida o eventuales rectificaciones de hechos que, con independencia de los fundamentos aplicados por ésta, pudieran igualmente sustentar la estimación de las pretensiones de la parte impugnan*" (art. 211.1, párrafo segundo, LRJS). Con cita de la jurisprudencia constitucional que está en el origen del precepto legal y de la doctrina legal de la propia Sala, la Sentencia precisa que esos otros motivos subsidiarios o rectificaciones de hechos sólo pueden tener por objeto fundamentar el fallo de la sentencia recurrida, y no pretender su revocación total o parcial, lo que convertiría al impugnante en recurrente, incumpliendo los requisitos legales para recurrir (FD 2º).

### 2. Sobre la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos

La Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo precisa que, tras la entrada en vigor de la LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre), la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivo está reservada exclusivamente a la impugnación de los convenios colectivos de eficacia normativa y general y a los laudos sustitutivos de éstos (FD 7º). Razona la conclusión alcanzada, 1º, con las palabras del Preámbulo de la LRJS, que señala con claridad que "En los Capítulos VIII y IX se regulan los procesos en materia de conflictos colectivos y la impugnación de convenios colectivos de eficacia general y de los laudos sustitutivos de éstos, remitiendo, para el caso de las demandas contra cualquier otro tipo de pactos o acuerdos, exclusivamente al proceso de conflictos colectivos" (apdo. VI); 2º, con las diferencias de regulación de dicha modalidad procesal en la derogada LPL y en la vigente LRJS. En efecto, y señaladamente, el art. 165.1 de la LRJS ha prescindido de la referencia a "cualquiera que sea su eficacia" que figuraba en el art. 163.1 de la anterior LPL para determinar la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo. De aquel inciso normativo había traído causa una jurisprudencia, anterior a la entrada en vigor de la LRJS, que extendió la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos tanto a los convenios colectivo estatutarios como a los extraestatutarios, además de a los acuerdos colectivos y pactos de empresa<sup>[3]</sup>; y 3º, con el art. 153.2 de la LRJS que viene a corroborar esa delimitación entre ambas modalidades procesales al precisar que el proceso de conflictos colectivos se ha de utilizar aun cuando la cuestión de fondo sea la impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, en los siguientes términos: "También se tramitará en este proceso la impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IX del presente Título".

Habiendo llegado aquí, la Sala en Pleno modifica su propia doctrina, posterior a la LRJS, que había proseguido la línea de la jurisprudencia anterior, que abiertamente desautoriza: "No se comparten, por lo expuesto, los argumentos que se contienen en las SSTs/IV 02-03-2017 (rec. 82/2016)<sup>[4]</sup> y 07-03-2017 [...] (rec. 89/2016)<sup>[5]</sup>, que aun de fecha posterior a la entrada en vigor de la LRJS [...] -- y en las que se fundamenta, entre otras, la sentencia de instancia ahora impugnada --, siguen proclamando, en afirmada interpretación de los arts. 163 a 166 LRJS [...], que la modalidad procesal de impugnación de convenios es aplicable tanto a los convenios colectivos estatutarios,

como a los extraestatutarios, acuerdos colectivos o pactos de empresa, aunque la solución final a la que llegan es concorde con la naturaleza normativa del pacto en ellas cuestionado; por lo que procede aclarar, en el sentido anteriormente expuesto, las referidas argumentaciones, es decir, que tras la entrada en vigor de la LRJS [...] la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos está reservada exclusivamente a la impugnación de los convenios colectivos de eficacia general y a los laudos sustitutivos de éstos” (FD 7º. 5).

La sentencia concluye estimando el primer motivo del recurso de casación de la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT. La modalidad procesal de conflicto colectivo, y no la de impugnación de convenio colectivo, era la adecuada para su tramitación, ya que el Acuerdo controvertido, cuya nulidad parcial es objeto de la litis, es de valor extraestatutario, y no se había cuestionado el art. 39 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, ni pretendido su aplicación en lugar de la del Acuerdo extraestatutario. Esa modalidad procesal hubiera permitido a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional pronunciarse sobre los efectos derivados de la, en su caso, declarada nulidad de la cláusula colectivamente acordada. Con el entendimiento contrario, basado en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, “de forma jurídicamente inadecuada”, transformó de oficio el procedimiento (con base en el art. 102.2 de la LRJS), lo que comportó dejar imprejuizada una de las pretensiones de la demanda por considerar que debía tramitarse por el proceso de conflicto colectivo y que no podía ser acumulada a la impugnación de convenio colectivo conforme al art. 26.1 de la LRJS (FD 7º.6).

### *3. Sobre la doble escala salarial*

La Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo constata la existencia de un sistema de doble escala salarial, establecido en el Acuerdo de 25 de marzo de 1997 según la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa, antes del 1 de enero de 1997 o a partir de esa fecha, que arroja una retribución cuantitativamente mayor para los primeros. Hace hincapié la Sala, de acuerdo con una jurisprudencia de la que posteriormente se servirá para alcanzar su fallo estimatorio del segundo motivo del recurso casacional, en que el sistema acordado no ha posibilitado la progresiva reducción de las diferencias entre ambos colectivos de trabajadores, pues a ambos se aplica el mismo criterio revalorizador, sin incorporar en ningún momento fórmulas compensatorias, retributivas o de otra posible naturaleza, para reducir la desigualdad o propiciar la desaparición progresiva de la diferencia salarial (FD 9º.2).

Entiende, con total corrección, que el sistema retributivo del Acuerdo extraestatutario debe examinarse a la luz de la regulación del art. 39 del Convenio Colectivo estatal de eficacia normativa y general por la “singular vinculación existente entre el Acuerdo y el convenio colectivo”, que impide configurar aquél como “un mero pacto establecido en el marco de la autonomía privada en sentido estricto”<sup>[6]</sup>, pues deriva de las propias previsiones convencionales -sin adquirir, claro es, la naturaleza de convenio colectivo estatutario-, que no introducían “desigualdad alguna en atención a la fecha de ingreso de los trabajadores en las empresas”. Al contrario, el apartado 2 del art. 39 del Convenio Colectivo ordenaba la observancia del “principio de equidad en la nueva regulación que se origine [...]”, y el apartado 3 del mismo precepto prohibía empeorar “a nivel de empresa” el sistema retributivo convencional del apartado 1.

Contrario al Convenio Colectivo, el sistema de doble escala salarial del Acuerdo llamado a completarlo también vulnera el principio constitucional y legal de igualdad (arts. 14 CE y 17 ET) y el principio legal de igualdad retributiva por trabajo de igual valor (art. 28.1 ET), a la luz de la jurisprudencia constitucional y social que la Sala examina, recaída sobre acuerdos extraestatutarios y convenios colectivos de valor normativo y eficacia general. De esa jurisprudencia se deduce la disconformidad con el principio de igualdad de un sistema retributivo que diferencie por razón de la antigüedad, esto es, por la fecha de contratación o ingreso de los trabajadores en la empresa, sin contar, para el establecimiento de esa diferencia, con una justificación

objetiva, razonable y proporcionada a los efectos perseguidos, ni con medidas compensatorias para los afectados ni correctoras del trato peyorativo hacia el futuro.

Recuerda la Sala su jurisprudencia, que ha reconocido la validez de las diferencias retributivas resultantes del reconocimiento de derechos adquiridos a los trabajadores conforme a un régimen convencional anterior, siempre que esa garantía de derechos adquiridos sea estática y no dinámica, esto es, “sin que se establezcan “dos regímenes de antigüedad diferentes y abiertos al futuro”<sup>[7]</sup>. De acuerdo con ello, la jurisprudencia social rechaza “una cláusula de diferenciación que no se limita a conservar una determinada cuantía retributiva ya percibida, sino que instaura, sin que [...] conste justificación, un cuadro doble de complemento de antigüedad con elementos de cálculo dinámicos en cada uno de sus componentes, destinados por tanto a perpetuar diferencias retributivas por el mero hecho de la fecha de ingreso en la empresa”<sup>[8]</sup>. En conclusión, “en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación”. El principio general aplicable es el de igual retribución a trabajo de igual valor que sanciona el art. 28.1, párrafo primero, del ET<sup>[9]</sup>.

De la doctrina constitucional trae en su apoyo la STC 98/1983, de 15 de noviembre<sup>[10]</sup>, que se remite a la STC 81/1982, de 21 de diciembre<sup>[11]</sup>, y nada tienen que ver con el caso enjuiciado, pues apreciaron la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (masculino) en el abono de horas extraordinarias y por trabajo nocturno. Y la STC 112/2017, de 16 de octubre<sup>[12]</sup>, para un caso análogo, que estimó el recurso de amparo –interpuesto por FITAG-UGT frente a una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por vulneración del derecho fundamental a la igualdad retributiva, pues el convenio colectivo de aplicación había establecido un doble sistema de cómputo del complemento de antigüedad de los trabajadores, basado exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa, que se había perpetuado a los largo de los años, sin razones compensatorias del trato diferente. La STC 112/2017 hizo suya la doctrina sentada por la anterior STC 27/2004, de 4 de marzo, que abiertamente dejó dicho que “la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo” (FJ 6).

No obstante, la construcción de la STC 112/2017 es distinta a la de la STC 27/2004, en la medida en que analiza la lesión del derecho fundamental a la igualdad retributiva conjuntamente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con la motivación de la sentencia impugnada. Reformula alguno de los criterios de legitimidad constitucional de los sistemas de doble escala salarial, que han de servir “únicamente para proporcionar una solución transitoria a un momento coyunturalmente comprometido para una empresa, que la obligue a establecer un tratamiento diferenciado a sus empleados por razón del tiempo de incorporación a la misma” [FJ 6.b)]. El tiempo, en la medición de la justificación objetiva y razonable, de los sistemas de doble escala salarial es relevante. En los efectos temporales de la desigualdad retributiva, la coincidencia con el caso de la sentencia comentada es plena, aunque no pueda obviarse la disimilitud de los casos en lo que hace a un extremo tan relevante para el derecho a la igualdad ante la ley como es la fuente de establecimiento de la desigualdad retributiva: un convenio colectivo estatutario en el caso de la STC 112/2017 y un acuerdo colectivo extraestatutario en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo.

4. *Sobre la inaplicación al caso de la doctrina de la STJUE de 14 de febrero de 2019, Tomás Horgan y Claire Keegan, C-154/18*<sup>[13]</sup>

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia, *Horgan y Keegan c. Minister for Education & Skills, Minister for Finance, Minister for Public Expenditure & Reform, Ireland, Attorney General*, C-154/18, ha descartado que constituya una discriminación indirecta por razón de edad, en el sentido del artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la introducción por una normativa nacional (irlandesa) de una reducción salarial y la clasificación en escalones inferiores, a partir de una determinada fecha - el 1 de enero de 2011-, para el personal docente de escuelas públicas de nueva incorporación, no aplicable a los profesores incorporados antes de esa fecha. Se recordará que, según el precepto mencionado, “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas [...] de una edad[...] determinada[...], respecto de otras personas”, salvo que la medida “pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”.

Considera el Tribunal de Justicia que la fecha de incorporación es un “elemento objetivo y neutro”, manifiestamente ajeno a la edad de las personas contratadas (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, *Isabel Clara Centeno Mediavilla y otros*, C-443/07 P<sup>[14]</sup>, apdos. 81 y 83), pues aunque el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial hubiera precisado que los profesores de nueva contratación eran, en su mayoría, más jóvenes que el personal docente incorporado antes del 1 de enero de 2011 (en torno al 70 % de ellos tenía 25 años o menos), había quedado asimismo acreditado que, con independencia del año de contratación, tanto los profesores incorporados después como los que se habían incorporado antes de dicha fecha tenían por término medio, en el año de su contratación, una edad máxima de 25 años. No basándose las nuevas e inferiores condiciones de retribución establecidas por las nuevas reglas irlandesas en un criterio “vinculado indisociablemente o indirectamente a la edad de los profesores” (Sentencia de 7 de junio de 2012, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft*, C-132/11<sup>[15]</sup>, apdos. 29 y 30), sino exclusivamente a la fecha de incorporación, concluye el Tribunal que no cabe considerar que la nueva normativa estableciera una diferencia de trato indirecta por razón de la edad (apdos. 25 a 27): “El artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 [...] debe interpretarse en el sentido de que una medida como la controvertida en el litigio principal, que a partir de una determinada fecha prevé, al incorporar nuevo personal docente, la aplicación de una escala salarial y una clasificación en escalón inferiores a las aplicadas, en virtud de las reglas anteriores a dicha medida, a los profesores que se incorporaron antes de esa fecha, *no constituye una discriminación indirecta por razón de la edad en el sentido de la referida disposición*” (apdo. 28).

Concluye la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que: “Dado que nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria, en interpretación del principio de igualdad y de la obligación empresarial de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, prohíbe la existencia de doble escala salarial fundada exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa, tal doctrina interpretativa constituye una norma más favorable que la que resultaría de la interpretación efectuada por la referida STJUE 14-02-2019 (C-154/18 [...]) del Derecho de la Unión [...]” (FD 9º.5).

## VII. Parte dispositiva

La Sala decide:

“1.- Estimar en la forma expuesta el recurso de casación ordinario interpuesto por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT, contra la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2017 [...] por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento número 179/2017, en actuaciones seguidas en virtud de demanda de

conflicto colectivo a instancia de dicha Federación ahora recurrente en casación contra Sanitas, S.A. de Seguros, la Sección Sindical CC.OO. en Sanitas S.A. y la Sección Sindical CSI-CSIF en Sanitas S.A., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

2.- Declarar la nulidad parcial del Acuerdo adoptado entre la sociedad y las secciones sindicales en fecha 25-marzo-1997, condenando a la sociedad demandada a aplicar a todos los trabajadores el mismo régimen en materia de participación en primas, con declaración de nulidad de la cláusula cuarta del acuerdo de 1997, debiéndose aplicar a todos los trabajadores el mismo número de pagas con independencia de la fecha de ingreso en la sociedad.

3.- Sin imposición de costas”.

#### VIII. Pasajes decisivos

- “[L]a finalidad de la previsión contenida en el art. 211[1.II de la] LRJS [...] no es [...] que la parte que no ha recurrido en forma una sentencia pretenda que ésta sea revocada en base en nuevos hechos y argumentaciones que la parte pudiera aportar por dicha vía, sino, al contrario, tales posibles datos y razonamientos debe[n] ir dirigidos, en su caso, a la confirmación de la sentencia impugnada” (FD 2º.2).
- En la LRJS “la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos está [...] reservada exclusivamente a la impugnación de los convenios colectivos de eficacia general y de los laudos sustitutivos de éstos” [FD 7º.2, 4.e) y 5].
- “[L]a modalidad procesal idónea para conocer de las pretensiones de la parte actora (nulidad parcial del Acuerdo extraestatutario y declaración, en su caso, sobre los efectos derivados de tal posible nulidad) es la de conflicto colectivo, y no la de impugnación de convenio colectivo” (FD 7º.6)
- “[Resulta de la mera lectura de los puntos 1º a 4º del Acuerdo de 25-03-1997, alcanzado entre la Mesa Negociadora y la representación de la Dirección de la Sociedad, sustituyendo por un sistema propio alternativo al del Convenio colectivo estatutario aplicable en lo afectante a la *participación en primas y otros sistemas alternativos*”, como posibilitaba el propio art. 39.2 del “Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo”, que se suprimía la aplicación del referido art. 39 del Convenio colectivo, sustituyéndose por un sistema propio alternativo al Convenio, por el que a partir del ejercicio 1997, los trabajadores en alta en la sociedad a 31-12-1996 integrarían como concepto salarial de “*complemento de participación en primas*” la cantidad resultante de multiplicar 7 pagas por el salario base mensual, más antigüedad, asignado en dicha fecha; mientras que los trabajadores ingresados en la sociedad a partir del día 01-01-1997, recibirían por el concepto de “*participación en primas*” las cuantías especificadas en la tabla anexa del Acuerdo, esto es, un número de 3,5 pagas; así como que uno y otro concepto se revalorizarían anualmente de acuerdo con mismo criterio, conforme a la evolución del IPC, con el tope máximo del 3%” (FD 9º.1).
- “En definitiva, se establece un doble sistema retributivo en atención a la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa, antes del 01-01-1997 o a partir del 01-01-1997, cuantitativamente mayor para los primeros, y, además y especialmente, sin que las diferencias se reduzcan con el tiempo, sino al contrario puesto que la diferencia inicial se incrementa con las revaloraciones anuales ya que a ambos colectivos se le aplica el mismo criterio revalorizador [...] sobre bases iniciales diferentes; pero, además, no

se establecen en el referido Acuerdo o en pactos posteriores en favor del colectivo que ingresó a partir del 01-01-1997 fórmulas compensatorias, bien retributivas o de otra posible naturaleza, para reducir la desigualdad, ni tampoco se han articulado fórmulas para asegurar la desaparición progresiva de la diferencia” (FD 9º.2).

- “El cuestionado Acuerdo de 25-03-1997, a pesar de su naturaleza extraestatutaria [...] no es dable configurarlo como un mero pacto establecido en el marco de la autonomía privada en sentido estricto [...], ya que, sin adquirir su naturaleza, debe vincularse necesariamente con el precepto del convenio colectivo estatutario del que deriva [...]” (FD 9º.3).
- “La singular vinculación existente entre el Acuerdo y el convenio colectivo [...] permite interpretar que los sistemas retributivos de participación en primas y otros sistemas alternativos [...] no pueden ser contrarios a los principios que en dicho precepto se configuran, los que no establecían desigualdad alguna en atención a la fecha de ingreso de los trabajadores en las empresas [...]” (FD 9º.4).
- “[...]a jurisprudencia social y la constitucional respecto al principio de igualdad (arts. 14 CE [...] y 17 ET [...]) y [...] la obligación empresarial de *“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”* (art. 28 ET [...]) [...] permite llegar a la conclusión de que en el cuestionado Acuerdo extraestatutario vinculado directamente con el Convenio colectivo se establece una ilegal doble escala salarial que debe ser anulada con la consecuencia de equiparación retributiva” (FD 9º. 5 y 6).
- “[E]n el presente caso no es de aplicación la doctrina contenida en la STJUE 14-02-2019 (C-154/18 [...]), Tomás Horgan, Claire Keegan y Minister for Education & Skills, Minister for Finance, Minister for Public Expenditure & Reform, Ireland, Attorney General) [...] en la que] se plantea un supuesto en el que la normativa aplicable a las nuevas escalas salariales para el personal docente de nueva incorporación establecía, a partir del 01-01-2011, una reducción del salario del 10 % en cada escalón de la escala salarial con respecto al salario de los funcionarios que se incorporaron antes de esa fecha, interpretando los demandantes que como los funcionarios de nueva incorporación eran, como regla, más jóvenes que los que ya prestaban servicios con anterioridad a tal fecha ello conducía a la coexistencia de dos grupos de trabajadores que realizaban un trabajo de igual valor, pero que estaban retribuidos de manera diferente, siendo manifiesta la diferencia de edad entre esas dos categorías” (FD 10º.1 y 2).
- “El TJUE, en la citada sentencia 14-02-2019 (C-154/18 [...]) [...] concluye...] respecto a la cuestión prejudicial planteada que “El artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 [...] del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que una medida como la controvertida en el litigio principal, que a partir de una determinada fecha prevé, al incorporar nuevo personal docente, la aplicación de una escala salarial y una clasificación en escalón inferiores a las aplicadas, en virtud de las reglas anteriores a dicha medida, a los profesores que se incorporaron antes de esa fecha, no constituye una discriminación indirecta por razón de la edad en el sentido de la referida disposición” (FD 10º.4).
- “Dado que nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria, en interpretación del principio de igualdad y de la obligación empresarial de

pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, prohíbe la existencia de doble escala salarial fundada exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa, tal doctrina interpretativa constituye una norma más favorable que la que resultaría de la interpretación efectuada por la referida STJUE 14-02-2019 (C-154/18 [...]) del Derecho de la Unión, como anteriormente se ha expuesto” (FD 10º.5).

## **IX. Comentario**

### *1. Sobre la cuestión procesal*

De excelente factura técnica, el acierto de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2019 descuella en el tratamiento de cuestiones procesales, como la relativa a la mayor capacidad impugnatoria por el recurrido del recurso de casación ordinaria, con el límite de transmutarse en recurrente; y, en particular, la atinente a la determinación de que la modalidad procesal de conflicto colectivo es la que ha de tramitarse para impugnar los convenios o acuerdos colectivos extraestatutarios, con modificación de la jurisprudencia precedente, lo que explica que la sentencia se haya dictado por el Pleno de la Sala.

### *2. Sobre la doble escala salarial; la singularidad del caso*

También sobre las dobles escalas salariales temporales o cronológicas, establecidas según la fecha de contratación de los trabajadores, la sentencia aporta alguna novedad de innegable interés, o que hay que entenderla como tal tras la STC 36/2011, aunque esta problemática cuente ya con una amplia elaboración jurisprudencial evolutiva que ha perfilado sus criterios con cierta nitidez -de la que, entre otras, dan cumplida cuenta las sentencias de la Sala que la sentencia cita-, si bien no siempre se hayan plasmado en iguales soluciones ante la variedad de los supuestos prácticos.

La singularidad destacable del caso es que la doble escala salarial proviene de un acuerdo colectivo extraestatutario, cuyo amplio margen de actuación no está limitado por el genérico principio de igualdad, sino por la prohibición de discriminación, no siendo la fecha de contratación de los trabajadores un factor de discriminación. Y que, no obstante, la sentencia declara ilegal el doble sistema salarial, por lo que anula la cláusula del Acuerdo que la estableció y ordena restablecer la igualdad vulnerada mediante la aplicación a todos los trabajadores del mismo número de pagas con independencia de la fecha de ingreso en la sociedad (FFDD 9º.6 y 10º).

La Sentencia alcanza una serie de conclusiones que, en su enunciado, no dejan lugar a dudas, antes de dar entrada de manera inopinada al Derecho antidiscriminatorio por edad de la Unión, convertido en uno de sus argumentos más llamativos: 1) las dobles escalas salariales basadas en el único factor diferencial de la fecha de contratación de los trabajadores son ilegales; 2) la jurisprudencia, constitucional y ordinaria, sobre el principio de igualdad y la obligación empresarial de pagar por la prestación de un trabajo igual o de igual valor la misma retribución, prohíbe la existencia de una doble escala salarial fundada exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa; 3) el restablecimiento de la legalidad y de la igualdad vulneradas exigen la anulación de la desigualdad con la consecuencia de la equiparación retributiva de los trabajadores afectados.

Ahora bien, la fundamentación que se ha sustanciado en tales conclusiones no está exenta de dudas, dada la insuficiente respuesta del sistema normativo, constitucional y legal, a la desigualdad resultante de la integración de los trabajadores que prestan igual trabajo, o un trabajo de igual valor, en grupos retributivos diferentes por causa de su fecha de contratación. Una desigualdad salarial arbitraria sin paliativos, pero no por ello discriminatoria, y que, desafortunadamente, no cuenta en nuestro ordenamiento con claros criterios vinculantes, ni legales, ni constitucionales, para impedirla. Ni el legislador ha dispuesto de instrumentos de protección adecuados, pese a la operación salvadora del Tribunal Supremo, ni las garantías constitucionales

operan frente a las desigualdades retributivas no discriminatorias hasta el punto de comprometer absolutamente la autonomía de la voluntad, colectiva e individual, según la interpretación de la jurisprudencia constitucional. En la introducción a este comentario me he ocupado de exponer esas dificultades, que también están expresadas en la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida. De ahí la relevancia doctrinal y práctica de esta sentencia del Tribunal Supremo.

Su proceso argumental, que ha recaído naturalmente sobre el Acuerdo impugnado de 25 de marzo de 1997, que, en su cláusula cuarta, había establecido un doble régimen de participación de los trabajadores en primas, separado por la fecha del 1 de enero de 1997, ha utilizado un doble parámetro de enjuiciamiento de la desigualdad retributiva acordada: el prestado, en primer término, por el Convenio Colectivo estatutario aplicable del que nació el Acuerdo, seguido del principio constitucional de igualdad, interpretado por la jurisprudencia constitucional y social, y legal de igualdad retributiva obtenido del art. 28.1 del ET.

### *3. Sobre la relación entre el acuerdo colectivo extraestatutario y el convenio colectivo*

Las varias referencias de la sentencia del Tribunal Supremo a la vinculación “directa” “singular” del Acuerdo con el Convenio Colectivo, y, en concreto, el hecho de que en un pasaje de la misma se considerase expresamente que, pese a la naturaleza extraestatutaria de aquél, no era posible “configurarlo como un mero pacto establecido en el marco de la autonomía privada en sentido estricto”, permitirían pensar que el Tribunal Supremo, aunque no lo haya explicitado, ha tratado de superar los obstáculos de la jurisprudencia constitucional y de activar la garantía normativa del derecho fundamental a la igualdad ante la ley mediante la configuración de un bloque convencional unitario integrado por el Convenio y el Acuerdo. Sin embargo, el reconocimiento por la propia sentencia de que esa estrecha vinculación no dota al Acuerdo del valor normativo del Convenio, y su modo de proceder con el conjunto convencional colectivo, harían desvanecer esa inicial impresión. Lo que la sentencia hace, realmente, es situar el Acuerdo en el contexto del Convenio Colectivo y contrastar el doble sistema retributivo de aquél con las prescripciones de éste bajo las que aquél se pactó, especialmente con las que ordenaban a los acuerdos empresariales, que se separasen de su propio régimen de participación en primas, observar la equidad y mejorar en su conjunto la globalidad de su propio sistema retributivo, que no establecía desigualdad alguna en atención a la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa. Pese a ello, la contradicción convencional no impide a la sentencia acabar presentando el acuerdo extraestatutario en vinculación directa con el convenio colectivo. Alguna consecuencia parece pretender el razonamiento del Tribunal Supremo frente a las mayores dificultades de penetrabilidad del derecho fundamental a la igualdad en el espacio de la autonomía privada colectiva cuyos productos carecen de eficacia normativa.

Efectuada esa operación, cuyos efectos, insisto, no se hacen expresas, la sentencia pasa a analizar la regulación pactada en el Acuerdo causante de la desigualdad retributiva a partir de 1 de enero de 1997 bajo el prisma del principio constitucional y legal de igualdad.

### *4. El silencio sobre la STC 36/2011 y la relectura del artículo 28.1 del Estatuto de los Trabajadores*

No se precisa aquí mayor pormenor sobre la doctrina de la sentencia que ya ha quedado expuesta. Sí ha de insistirse en que la sentencia no lleva a efecto, en esta parte de su fundamentación, un juicio de igualdad propio -lo ha hecho anteriormente-, sino a partir de la doctrina sentada en sentencias anteriores, casacionales y constitucionales, aunque en esas decisiones precedentes la desigualdad retributiva no trajera causa de un acuerdo extraestatutario<sup>[16]</sup> o hubiera estado motivada por un factor discriminatorio, como el sexo, lo que cambia radicalmente las cosas.

Nada se dice de la STC 36/2011, que no aparece entre las relacionadas, con lo que podría entenderse que el Tribunal Supremo, de nuevo implícitamente, se ha separado del canon de enjuiciamiento sentado en la citada decisión constitucional, que ha excluido la comprensión en el derecho fundamental de igualdad ante la ley de las diferenciaciones salariales producto de la autonomía de la voluntad salvo su completa irracionalidad o arbitrariedad -o su carácter malicioso o vejatorio-. Podría entenderse, en efecto, que el Tribunal Supremo ha considerado aplicable ese canon únicamente a los sistemas de doble escala salarial establecidos por la autonomía de la voluntad empresarial -caso de la STC 36/2011-, pero no a los adoptados por acuerdos extraestatutarios en el marco de un convenio colectivo estatutario. Es mucho suponer, sin duda, para una cuestión tan relevante como es la interpretación del alcance material de un derecho fundamental, que corresponde al Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución (sin perjuicio de la autoridad del TEDH para fijar contenidos mínimos de nuestros derechos fundamentales); de un derecho fundamental que obliga al legislador, y mas ampliamente a las normas, a abstenerse de generar diferencias entre las personas injustificadas o arbitrarias y desproporcionadas, no a la autonomía de la voluntad materializada en decisiones unilaterales o en pactos con la matización o excepción dicha (art. 14, inciso primero, de la Constitución) y, claro es, el juego pleno de la tutela antidiscriminatoria, constitucional y legal.

La sentencia cita el artículo 14 de la Constitución y el art. 17 del ET, lo que induciría a pensar que se conduce hacia la prohibición del discriminación, camino vedado por la STC 36/2011 -y por la jurisprudencia tradicional de la Sala-, que rotundamente descartó que la fecha de contratación por si sola sea un motivo, causa o factor de discriminación equivalente a una condición o circunstancia personal o social innata o que atente contra las libertades básicas de la persona y su dignidad. Sin embargo, de inmediato se acoge al art. 28.1 del ET en el que, siguiendo el precedente de otras sentencias y despojándolo de toda connotación de género, identifica un principio general de igual retribución a trabajo de igual valor, contra lo que ha venido sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ciertamente, el Tribunal Supremo es el superior intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123.1) y en ejercicio de una interpretación integradora ha acomodado en la estructura del art. 28.1 del ET la obligación empresarial de "*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*", prescindiendo, al propósito que persigue, del inciso final del precepto -"sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla"- . De modo que el precepto legal acogería dos mandatos normativos -igualdad retributiva general y prohibición de discriminación retributiva por sexo- en lugar de un único mandato que resulta de la transposición del Derecho de la Unión para asegurar la igualdad retributiva entre hombres y mujeres y actuar contra la insoportable brecha salarial de género, precisada de medidas de igualdad material para su corrección (art. 9.2 CE).

El legislador de los derechos fundamentales -apenas lo ha sido el legislador estatutario a los largo de estos casi cuarenta años que nos separan del primer ET de 1980- habría hablado y establecido la igualdad retributiva en el ámbito de las relaciones laborales, concluyendo la operación de identificación, en dicho ámbito material, del contenido del derecho fundamental a la igualdad ante la ley del art. 14, primer inciso, CE (art. 53.1 CE).

Establecido por la ley el principio general de igual retribución a trabajo de igual valor, se cumple la garantía normativa del derecho fundamental de igualdad en la ley o ante la ley, quedando obligados a su respeto los convenios colectivos, los acuerdos extraestatutarios, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empleador. De ahí que el Tribunal Supremo califique de ilegal la doble escala salarial establecida en el cuestionado Acuerdo extraestatutario vinculado directamente con el Convenio colectivo, que, por ello, anula con la consecuencia de equiparación retributiva (FD 9º.6).

Los efectos de esta anulación parcial de la cláusula ilegal del Acuerdo no son los parificadores propios de los acuerdos que incurran en las discriminaciones prohibidas, sino los decididos por la jurisdicción social en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 9.1, párrafo segundo, del ET.

Con todo, un principio tan fundamental de nuestro orden constitucional como es el de igualdad debería contar con una regulación legal inequívoca en el ámbito de las relaciones laborales. Por ello ha de insistirse en la necesidad de que el legislador lo incorpore con prontitud, en su esencial dimensión retributiva, que pone en juego otros valores constitucionales y el Estado social y democrático de Derecho (arts. 1.1 y 9.2 CE).

## **X. Apunte final sobre el Derecho de la Unión Europea**

Particularmente notable es el quiebro final de la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo, que se ha visto en la necesidad de justificar la inaplicación al caso de la STJUE *Horgan y Keegan* (C-154/18), lo que merece un tratamiento propio en este apunte final. No cabía esperarlo, pues la Sala ha puesto alguna otra sentencia en igual sentido que la comentada -la Sentencia de 5 de marzo de 2019, por ella referida, sin ir mas lejos- en fecha posterior a la sentencia de Tribunal de Justicia.

Cabe preguntarse por su razón de ser, que quizás radique en la interiorización por el Tribunal Supremo de la autoridad del principio de primacía, y por sus efectos mas que posibles en el debate de la sentencia por el plenario de su Sala Social, aunque la cuestión procesal haya sido determinante en la composición del órgano para su deliberación. No obstante, siendo las diferencias entre ambos casos mas que apreciables, la pregunta es obligada, pues nada depara a la interpretación del Tribunal Supremo sobre la ilegalidad de las dobles escalas salariales con causa en la fecha de contratación de los trabajadores y el enunciado legal de un principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor que sujete al empleador y a los pactos colectivos extraestatutarios la interpretación del TJUE de que esas dobles escalas salariales basadas en la distinta fecha de incorporación no constituyen una discriminación indirecta por edad del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78.

¿Ha querido ponerlo de manifiesto el Tribunal Supremo, como órgano judicial de la Unión, trayendo a colación la sentencia del Tribunal de Justicia?. ¿Ha querido, en un activismo europeísta convencido, no obviar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque sea para descartar su aplicación? ¿Ha pretendido asegurar su doctrina, de mayor protección, frente a respuestas a futuras cuestiones prejudiciales en que esté involucrada la Directiva 2000/78?

Nada de esto parece tener sentido. Aunque tampoco lo tenga en exceso la conclusión que de la no aplicación al caso de la STJUE *Horgan y Keegan* extrae el Tribunal Supremo. La existencia de una doble escala salarial fundada exclusivamente en la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa no constituye una discriminación por razón de edad cubierta por la Directiva 2000/78. En el ordenamiento español, no obstante, ese tipo de doble escala salarial resulta prohibida por contraria al principio de igualdad y a la obligación empresarial de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, interpretados por la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Siendo esto así, la doctrina interpretativa constitucional y ordinaria española constituye “una norma más favorable que la que resultaría de la interpretación efectuada por la referida Sentencia” del Tribunal de Justicia del Derecho de la Unión(FD 9º.5), esto es, de la Directiva 2000/78 sobre la que versa.

El recurso a la técnica de la norma/doctrina interpretativa más favorable presumiblemente se apoya en el art. 8.1 de la Directiva 2000/78, que permite a los Estados miembros “adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva”. Pero no es lo mismo adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad dentro de la Directiva 2000/78, en la que se inserta

su art. 8.1, que fuera de ella, al margen de las concretas causas de discriminación cuya proscripción es determinante de su regulación.

El principio de igualdad de trato tiene, en dicha Directiva, un campo conceptual delimitado, y, aunque materialmente afecta al ámbito del empleo y la ocupación y, en concreto, a las remuneraciones, se configura como el resultado de la evitación de las discriminaciones por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual. De manera aun más restrictiva, refiriéndose la STJUE *Horgan y Keegan* a la discriminación por edad, que descarta producida por las dobles escalas salariales basadas exclusivamente en la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa, la interpretación de la jurisprudencia española sobre el principio de igualdad retributiva no ha seguido la lógica del mayor favor respecto de la discriminación por edad, sino que se desenvuelve fuera de ella, en el ámbito del principio de igualdad genérico. De ahí sus dificultades. No podría seguir aquella lógica respecto de la interpretación del Tribunal de Justicia de que una doble escala salarial según la fecha de incorporación del nuevo personal no constituye una discriminación indirecta por razón de la edad en el sentido del art. 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78. Rectamente, de constituir la doctrina interpretativa española una norma más favorable que la STJUE *Horgan y Keegan*, esa doctrina apreciaría discriminación por edad allí donde el Tribunal de Justicia no la ha apreciado, lo que colocaría a la jurisprudencia española ante la dificultad insuperable de establecer elementos definitorios de un concepto determinante de la aplicación de la Directiva 2000/78, competencia del Tribunal de Justicia, lo que menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión.

De otra parte, y finalmente, aunque ni la Sentencia del Tribunal de Justicia, ni la del Tribunal Supremo, se refieren a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a sus arts. 20 (Igualdad ante la ley) y 21 (No discriminación), no puede olvidarse que, entre otras, la Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11<sup>[17]</sup>, apdos. 57 y ss., ha desautorizado la aplicación de estándares de protección más elevados en los Estados miembros cuando pongan en cuestión la eficacia del Derecho de la Unión a la que sirve el principio de primacía, llegando a hacerlo con los derechos fundamentales y la aplicación de la protección más elevada resultante de las Constituciones nacionales frente a la Carta. Una cuestión crucial, de la máxima importancia, en la construcción de la integración europea.

## Referencias:

1. ^ ES:TC:2004:27.
2. ^ Autos 179/2017 (ES:AN:2017:3563).
3. ^ Cita, entre otras, la Sentencia comentada, la STS/IV 26-01-2010 (rcud. 230/2009) , que a su vez se remite a las precedentes SSTS/IV 16-05-2002 (rec. 1191/2001), 18-02-2003 (rec. 1/2002), 29-01-2004 (rec. 8/2003), 21-02-2006 (rec. 88/2004), 14-10-2008 (rec. 129/2007) y 22- 01-2009 (rec. 95/2007).
4. ^ ES:TS:2017:1160
5. ^ ES:TS:2017:1166
6. ^ En la forma definida, entre otras, en la STS de 7 de noviembre de 2008 (rec. 119/2007).
7. ^ STS de 10 de noviembre de 2010 (rec. 140/2009, ES:TS:2010:7631), doctrina reiterada en otras sentencias posteriores.
8. ^ STS de 21 de diciembre de 2007 (rec. 1/2007), caso Repsol Petróleo, SA.
9. ^ STS núm. 167/2019, de 5 de marzo (rcud. 1468/2018, ES:TS:2019:989), caso Ence Energía y Celulosa, S.A.
10. ^ ES:TC:1983:98.
11. ^ ES:TC:1982:81
12. ^ ES:TC:2017:112.
13. ^ EU:C:2019:113.
14. ^ EU:C:2008:767.
15. ^ EU:C:2012:329.
16. ^ Solo lo trajo en los casos de la SSTS de 11 de noviembre de 2010 (rec. 153/2009, ES:TS:2010:6528), y de 11 de octubre de 2011 (rec. 146/2010; ES:TS:2011:7263). En el primer caso, la doble escala salarial establecida por el acuerdo, que perdió su eficacia estatutaria por falta de legitimación de la organización sindical firmante, fue anulada por ilegalidad al carecer de justificación objetiva y razonable; en el segundo, posterior a la STC 36/2011, las diferencias retributivas provenían de acuerdos extraestatutarios que desarrollaban un convenio colectivo, pero la solución judicial fue la contraria por contar las diferencias retributivas con una justificación objetiva y razonable.
17. ^ EU:C:2013:107.