

### **Doble escala salarial: no supone discriminación por razón de edad**

**STJUE (Sala Segunda), de 14 de febrero de 2019 (Caso Horgan y Keegan. Asunto C-154/2018)**

**Lourdes López Cumbre**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*

---

#### **I. Introducción**

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se analiza resuelve una cuestión prejudicial planteada en Irlanda en relación a una medida nacional de aplicación exclusiva a los funcionarios de nueva incorporación. En virtud de la misma, la escala salarial y la clasificación profesional en el escalafón de la función pública se sitúan en posiciones inferiores a las aplicables a los funcionarios ya en activo en el cuerpo correspondiente. El personal de nueva incorporación cuestiona que la clasificación y, por ende su retribución, deban ser diferentes comparativamente con quienes realizan la misma actividad.

#### **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución:** Sentencia.

**Tribunal:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Órgano:** Sala Segunda (integrada por el Sr. A. Arabadjiev (Ponente), Presidente de Sala, y el Sr. E. Levits, la Sra. M. Berger y los Sres. C. Vajda y P.G. Xuereb, Jueces; Abogado General: Sr. Y. Bot; Secretario: Sr. A. Calot Escobar).

**Fecha:** 14 de febrero de 2019.

**Asunto:** C-154/18.

**Objeto:** Cuestión prejudicial planteada por la Labour Court (Órgano tripartito de resolución de controversias laborales y de seguridad social, Irlanda).

**Procedimiento:** Procedimiento entre Tomás Horgan, Claire Keegan y Minister for Education & Skills, Minister for Finance, Minister for Public Expenditure & Reform, Ireland, Attorney General.

**Fuente de consulta:** curia.europa.eu

**ECLI:** EU:C:2019:113

**Ponente:** Sr. A. Arabadjiev, Presidente de Sala.

### **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

#### *1. Hechos relevantes*

Durante el año 2011, el Sr. Horgan y la Sra. Keegan obtuvieron los títulos que les permiten acceder a la profesión docente. Desde otoño de ese año ejercen dicha profesión en una escuela primaria pública irlandesa. Las nuevas escalas salariales para el personal docente de nueva incorporación, contenidas en la Circular 0040/2011, establecen, a partir del 1 de enero de 2011, una reducción del salario del diez por ciento en cada escalón de la escala salarial con respecto al salario de los funcionarios que se incorporaron antes de esa fecha. Además, de conformidad con la referida Circular, todo el personal docente de nueva incorporación deberá ser clasificado en el primer escalón de la escala salarial aplicable, contrariamente a la práctica anterior consistente en clasificar a los nuevos profesores escalones superiores. El objetivo perseguido con esas medidas es el de lograr una reducción estructural del coste del servicio público a medio plazo, en una época caracterizada por importantes restricciones presupuestarias, subsanando con ello un déficit en las finanzas públicas igualmente importante.

#### *2. Sentencia del Tribunal administrativo*

El Sr. Horgan y la Sra. Keegan impugnaron dichas medidas ante el Equality Tribunal (Tribunal administrativo en materia de igualdad de Irlanda) alegando una diferencia de trato por razón de la edad. El citado Tribunal desestimó la pretensión de los demandantes.

#### *3. Resolución del Órgano tripartito de resolución de controversias laborales y de seguridad social en Irlanda*

Este órgano precisa que las medidas objeto del litigio principal condujeron a la coexistencia de dos grupos de trabajadores que realizan un trabajo de igual valor, pero que están retribuidos de manera diferente, siendo manifiesta la diferencia de edad entre esas dos categorías. En efecto, aproximadamente el setenta por ciento del personal docente que entró en funciones durante el año 2011 tenía una edad máxima de 25 años. Por lo tanto, en el momento de su incorporación, el personal docente que entró en funciones durante ese año, incluidos el Sr. Horgan y la Sra. Keegan, era generalmente más joven que el personal que se había incorporado antes de dicho año, considerándose este último como el grupo de personas mejor retribuido.

Sin embargo, este órgano jurisdiccional indica que el factor que determina la escala salarial aplicable a los profesores es el año de su entrada en funciones y que la escala salarial inferior se aplica a todo el personal docente incorporado después del 1 de enero de 2011, independientemente de su edad en la fecha de incorporación. Por el contrario, a todo el personal docente incorporado antes de dicho año se le aplicó y se le sigue aplicando la antigua escala salarial, independientemente de su edad en el momento de su incorporación. Por lo tanto, a su juicio, la fecha de incorporación es un criterio a primera vista neutro desde el punto de vista de la edad.

El órgano jurisdiccional remitente constata asimismo que las partes en el litigio principal no discuten que el perfil de edad del personal docente incorporado después del 1 de enero de 2011 no difiere del personal incorporado antes de esa fecha, sea cual fuere el año de su incorporación. En consecuencia, dicho órgano jurisdiccional se cuestiona si existe una discriminación indirecta por razón de la edad, como sostienen el Sr. Horgan y la Sra. Keegan, por lo que decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia diferentes cuestiones con carácter prejudicial.

### **IV. Posiciones de las partes**

#### *1. Las partes impugnantes*

La decisión de impugnar las medidas administrativas por parte del Sr. Horgan y de la Sra. Keegan se basan en una diferencia de trato por razón de edad.

Por lo que se refiere a dicha discriminación indirecta, el órgano jurisdiccional remitente observa que se han invocado dos justificaciones; a saber, la necesidad de que Irlanda respondiera a una crisis económica, por un lado, y, por otro, la obligación de respetar un Convenio Colectivo que prohíbe cualquier reducción adicional de la retribución de los funcionarios que se incorporaron antes de 2011. Dicho órgano jurisdiccional estima que esos motivos individualmente considerados no constituyen justificaciones válidas, pero que la combinación de ellos sí podría serlo.

## *2. Las cuestiones planteadas por el Tribunal remitente*

En atención a los antecedentes expuestos, el Tribunal remitente plantea las siguientes cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

1ª) ¿Constituye discriminación indirecta por razón de la edad, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 2000/78, que un Estado miembro, en su condición de empleador, implante una escala salarial inferior para los nuevos incorporados como profesores en la escuela pública, manteniendo inalterada la retribución de los profesores ya en activo, cuando:

- la escala salarial revisada y la escala salarial existente se aplican a todo el personal docente en las categorías respectivas, independientemente de su edad;
- en la fecha de incorporación y clasificación del personal docente, en una de las escalas respectivas, no había diferencia en el perfil de edad entre los integrantes del grupo mejor retribuido y los integrantes del grupo con menor retribución;
- la implantación de la escala revisada ha generado una diferencia sustancial en la retribución de los dos grupos de profesores que desempeñan un trabajo del mismo valor;
- la edad media de aquellos a los que se les aplica la escala salarial reducida es menor que la edad media de aquellos a los que se les aplica la escala salarial original;
- en el momento en que se implantó la escala salarial más baja, las estadísticas del Estado demostraban que el setenta por ciento de los profesores de nueva incorporación tenía 25 años o menos y ha quedado acreditado que esto coincide con el perfil de edad típico de los profesores contratados en la escuela pública en cualquier año dado;
- los profesores incorporados al cuerpo docente de la escuela pública en 2011 y en años posteriores sufren una clara desventaja económica en comparación con sus colegas docentes nombrados antes de 2011?

2ª) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede la implantación de la escala salarial inferior estar objetivamente justificada por la exigencia de alcanzar una reducción estructural a medio y largo plazo del coste del servicio público, considerando las limitaciones presupuestarias a las que el Estado se enfrentaba y/o la importancia de mantener buenas relaciones sociales con los funcionarios ya en activo?

3ª) ¿Sería la respuesta a la segunda cuestión diferente si el Estado pudiera haber alcanzado un ahorro equivalente reduciendo los salarios de todos los profesores en un importe significativamente menor que el de la reducción aplicada únicamente a los profesores de nueva incorporación?

4ª) ¿Serían diferentes las respuestas a las cuestiones segunda y tercera si la decisión de no reducir la escala salarial aplicable a los profesores ya en activo hubiese sido adoptada en cumplimiento de un Convenio Colectivo entre el Gobierno, en su condición de empleador, y los sindicatos representantes de los funcionarios, por el cual el Gobierno se comprometió a no reducir aún más los salarios de los funcionarios ya en activo, a quienes previamente se habían aplicado recortes salariales y habida cuenta de las consecuencias que el incumplimiento de ese convenio tendría para las

relaciones laborales, considerando que la nueva escala salarial implantada en 2011 no formaba parte del ámbito de aplicación de dicho convenio colectivo?

## V. Preceptos relevantes

### 1. Normativa europea relevante

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 (DOCE de 2 de diciembre de 2000). En particular:

#### - Artículo 1. Objeto

*La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.*

#### - Artículo 2. Concepto de discriminación

*1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.*

*2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:*

*b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:*

*i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que*

*ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.*

### 2. Normativa nacional (irlandesa) relevante

La Circular 0040/2011, titulada "Nuevas escalas salariales para el personal docente de nueva incorporación nombrado en 2011", dispone, en sus apartados 1 a 4:

- *El Ministro de Educación y Capacitación informa a los comités de enseñanza profesional, a los órganos de dirección y al personal docente de la revisión de los cuadros retributivos y los complementos salariales aplicables al personal docente de nueva incorporación que se nombre a partir del 1 de enero de 2011.*
- *En el marco del presupuesto de 2011, el Gobierno aplicó una reducción del 10 % a las retribuciones de los funcionarios de nueva incorporación (en lo sucesivo, «nuevos incorporados») y todos los nuevos incorporados en los grados de ingreso al servicio público deben comenzar en el primer escalón de la escala salarial pertinente a partir del 1 de enero de 2011.*
- *La reducción del 10 % se aplicará al salario base, a los complementos salariales y a la prima de supervisión y suplencia.*
- *Salario base*

*La reducción del 10 % se aplicará al salario base en todos los escalones de la escala salarial. Las retribuciones por día y hora para el personal docente en la enseñanza primaria, sea o no suplente, y las retribuciones por hora para los profesores, suplentes o no, que ejercen sus funciones a tiempo parcial en la enseñanza post-primaria también se reducen. Las retribuciones revisadas se fijarán en un anexo de la presente Circular [...]*

*b) Complementos salariales*

*La reducción del 10 % se aplica asimismo a todos los complementos salariales, excepto los relativos a una promoción, a saber, los complementos por funciones especiales y los correspondientes a directores adjuntos, subdirectores y directores de centros de enseñanza.*

*Personal docente de nuevo nombramiento*

- *Los nuevos cuadros retributivos se aplicarán a todo el personal docente nombrado el 1 de enero de 2011 o después de esa fecha.*

## **VI. Doctrina básica**

### *1. Sobre la aplicación de diferentes condiciones de trabajo en función de la fecha de incorporación*

En cuanto a la primera cuestión planteada, se desprende de los autos en poder del Tribunal de Justicia que Irlanda decidió modificar las condiciones de retribución de los funcionarios de nueva incorporación, incluido el personal docente, a partir del 1 de enero de 2011, estableciendo una reducción del diez por ciento en la retribución y una clasificación en el primer escalón de la escala salarial en lugar de una clasificación en los escalones segundo o tercero, superiores al anterior. Estas nuevas condiciones son aplicables a la situación del Sr. Horgan y la Sra. Keegan, así como a los demás profesores que se incorporaron después de la referida fecha, y no se discute que estos desempeñan un trabajo comparable al del personal docente incorporado antes de esa fecha. En cambio, los profesores que se incorporaron antes del 1 de enero de 2011 fueron clasificados en sus escalones necesariamente sobre la base de las condiciones antiguas en vigor en la fecha de su incorporación, lo que determinaba el importe de su retribución. Por lo tanto, esa diferencia de trato resulta de la fecha de incorporación de los respectivos profesores, puesto que en función de la referida fecha se aplican las antiguas o las nuevas reglas relativas a la escala salarial y a la clasificación en los escalones.

### *2. Sobre la discriminación por razón de edad en tanto quienes se incorporan después suelen ser más jóvenes*

Procede recordar que, según se desprende del artículo 2.1 de la Directiva 2000/78, en relación con su artículo 1, a efectos de dicha Directiva, el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta basada, entre otros motivos, en la edad.

Además, según el artículo 2.2.b) de dicha Directiva y a efectos de la misma, existe discriminación indirecta por razón de la edad cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas de una determinada edad respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

Por lo tanto, para determinar si el Sr. Horgan y la Sra. Keegan pueden invocar el principio mencionado, procede examinar si el personal docente incorporado después del 1 de enero de 2011 y el incorporado antes de dicha fecha reciben un trato diferente por razón de la edad que tenían en el momento de su incorporación.

Y, a estos efectos, el Tribunal interpreta que el único criterio pertinente en cuanto a la aplicación de las nuevas reglas relativas a la escala salarial y a la clasificación en

escalón es la condición de "funcionario de nueva incorporación a partir del 1 de enero de 2011", y ello independientemente de la edad del funcionario en el momento de su incorporación. Por lo tanto, ese criterio, que hace depender la aplicación de las nuevas reglas únicamente de la fecha de incorporación como elemento objetivo y neutro, es manifiestamente ajeno a la edad de las personas contratadas (STJUE 22 de diciembre de 2008, asunto C-443/07, asunto Centeno Mediavilla y otros/Comisión).

Además, el órgano jurisdiccional remitente precisa que, si bien en el momento de su incorporación, el Sr. Horgan y la Sra. Keegan así como los demás profesores que se incorporaron después del 1 de enero de 2011, eran, en su mayoría, más jóvenes que el personal docente incorporado antes de dicha fecha, puesto que en la referida fecha en torno al setenta por ciento de ellos tenía 25 años o menos, también ha quedado acreditado que, sea cual fuere el año de incorporación, tanto los profesores incorporados después del 1 de enero de 2011 como los que se incorporaron antes de dicha fecha, tenían por término medio una edad máxima de 25 años.

## VII. Parte dispositiva

En consecuencia, el Tribunal de Justicia considera que las nuevas condiciones de retribución establecidas por Irlanda no se basan en un criterio que esté vinculado indisociablemente o indirectamente a la edad de los profesores, de modo que no cabe considerar que la nueva normativa establezca una diferencia de trato por razón de la edad.

A la luz de estas consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 2.2.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 escalones 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.

Habida cuenta de esta conclusión el Tribunal considera que no procede responder al resto de las cuestiones prejudiciales planteadas.

## VIII. Pasajes decisivos

*De este modo, el único criterio pertinente a efectos de la aplicación de las nuevas reglas relativas a la escala salarial y a la clasificación en escalón es la condición de «funcionario de nueva incorporación a partir del 1 de enero de 2011», y ello independientemente de la edad del funcionario en el momento de su incorporación. Por lo tanto, ese criterio, que hace depender la aplicación de las nuevas reglas únicamente de la fecha de incorporación como elemento objetivo y neutro, es manifiestamente ajeno a la edad de las personas contratadas (apartado 25).*

## IX. Comentario

1. De todas las cuestiones planteadas en este asunto; a saber, la discriminación indirecta por razón de edad, la justificación de una medida en la necesidad de reducir estructuralmente el coste de un servicio público, si el ahorro podría conseguirse mediante otra actuación alternativa o la diferencia que supone el que los trabajadores más antiguos se integren en un Convenio Colectivo cuya aplicación no se extiende a los de nueva incorporación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde únicamente a la primera. Considera, en este sentido, que una respuesta negativa sobre la discriminación indirecta planteada justifica eludir el resto de cuestiones prejudiciales. Posiblemente tenga sentido semejante respuesta toda vez que, anulada la existencia de discriminación, resulta improcedente entrar en justificaciones sobre la diferencia de trato de los distintos colectivos comparables. Sin embargo, hubiera sido interesante comprobar si las necesidades de ahorro en el servicio público o las condiciones laborales fijadas en un Convenio Colectivo permitirían justificar una diferencia de trato, no discriminatoria.

Con todo, la respuesta no parece sorprender en el seno de la Unión Europea. En su día, el Tribunal abordó una situación muy similar. Se trata de la STJUE de 22 de diciembre de 2008, asunto C-443/07, asunto Centeno Mediavilla y otros, en la que asimismo se planteaba una posible violación del principio de igualdad de trato, aplicable al Derecho de la función pública comunitaria, cuando a dos categorías de personas cuyas situaciones de hecho y de Derecho no ofrecen ninguna diferencia esencial se les da un trato distinto en el momento de su incorporación, sin que esta diferencia de trato esté objetivamente justificada (STJUE de 11 de enero de 2001, asunto Martínez del Peral Cagigal, asunto C-459/98). Y, como ahora, el Tribunal también consideró que el legislador, aunque se hallaba obligado a respetar el principio general de igualdad de trato al adoptar las normas aplicables en materia de función pública comunitaria, cuando establece una diferencia de trato entre los funcionarios seleccionados en una misma oposición según se hayan incorporado antes o después de una reforma, no vulnera dicho principio, puesto que el trato diferenciado afecta a funcionarios que no forman parte de una única y misma categoría. "Los recurrentes, como ha señalado el Tribunal de Primera Instancia, no se encuentran, en tanto que funcionarios que se han incorporado después del 1 de mayo de 2004, en la misma situación jurídica que los funcionarios que se hayan incorporado antes de esa fecha, dado que, en el momento en que entró en vigor la reforma, sólo tenían, a diferencia de los funcionarios que ya se habían incorporado, la posibilidad de ser nombrados" (apartado 80). Dicha diferencia de trato "se basa también en un elemento objetivo e independiente de la voluntad del legislador comunitario como es la fecha de incorporación, que decide la AFPN. Por otro lado, debe añadirse que, al ponderar los intereses de las distintas categorías de funcionarios en el contexto de la introducción gradual del nuevo régimen estatutario, el legislador comunitario podía decidir legítimamente que la incorporación de quienes se encontraran en la situación concreta de los recurrentes debía regirse por lo dispuesto en el nuevo régimen, sin dejar de reconocerles un trato más favorable que el aplicable a los funcionarios que hayan sido seleccionados y se hayan incorporado a raíz de oposiciones celebradas tras el 1 de mayo de 2004" (apartado 81). Por lo demás, como aquí, tampoco se acepta la alegación de discriminación por razón de edad por entender que los criterios empleados son "manifiestamente ajenos a la edad" (apartado 83).

2. Conviene precisar, no obstante, que el Tribunal reflexiona primero sobre si los recurrentes son tratados de forma diferente en relación a quienes se han incorporado a la función pública con anterioridad. Se considera probado que, pese a que las funciones y actividades son las mismas, quienes se incorporan después tienen condiciones de trabajo -salariales y de clasificación profesional, principalmente- diferentes a quienes ya se hallan en activo. Pero también se prueba que, entre quienes se incorporan en la misma fecha, las condiciones son idénticas, por lo tanto es la fecha de incorporación al ámbito público la que genera la diferencia de trato. Y, en ese sentido, el Tribunal expone que constituye éste un elemento objetivo que justifica el que se impongan distintas reglas previamente establecidas para uno u otro colectivo, el incorporado antes y el incorporado después de una determinada fecha.

Pero necesita plantear, asimismo, un segundo argumento y es que, puesto que quienes se incorporan más tarde suelen ser más jóvenes, se trataría de una discriminación indirecta por razón de edad, en atención a lo expuesto en el artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78. Mas no contempla el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que exista aquí un elemento aparentemente neutro sobre el que se base la diferencia de trato sino un aspecto plenamente justificable -la nueva incorporación tras una fecha concreta-, lo que resulta ajeno a la edad del nuevo funcionario. Podrán ser más jóvenes o más mayores, del mismo modo que los antiguos podrán ser más jóvenes o más mayores pero a todos ellos se les aplicarán las mismas condiciones laborales según la fecha de incorporación, no según la edad. Sobre todo si, como expone la sentencia, se estima probado que, tanto en un caso como en otro -tanto los de más reciente incorporación como quienes se incorporaron antes-, cuando accedían a la función pública tenían una media aproximada de veinticinco años de edad por lo que no parece ser la edad un elemento determinante, al menos no en este conflicto.

3. Este debate recuerda -aunque no resulte íntegramente comparable- al que se ha desarrollado en nuestro país en torno a las dobles escalas salariales. Con todo, las diferencias son ostensibles. En este último, la clave suele ser una regulación convencional y en el ámbito laboral; en la sentencia que ahora se comenta, la decisión proviene de una circular administrativa que justifica reducciones salariales y una clasificación profesional menor para los funcionarios de nueva incorporación. Salvadas las diferencias entre el ámbito contractual laboral y el ámbito funcional y estimando que la comparación debería sustentarse sobre elementos que necesariamente obligan a diferenciar la actividad, la intervención sindical y la justificación -necesidad de estructurar en el futuro un servicio público-, lo cierto es que, en abstracto, el problema es similar: los nuevos han de cobrar menos que los antiguos.

Ante este tipo de controversias ya conocemos cuál ha sido la decisión del Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 112/2017 considerando injustificada toda diferencia salarial que pueda venir sustentada exclusivamente en la fecha de incorporación a la empresa. En el supuesto debatido en la sentencia, se trataba de un cálculo diferente del complemento por antigüedad, basado en trienios cumplidos para los trabajadores incorporados con anterioridad a una fecha y en quinquenios cumplidos para los que lo hicieran con posterioridad a la misma. Como puede observarse, el complemento se percibía por ambos, pero en distintas condiciones. Las razones técnicas que justifican la admisión del amparo solicitado y la declaración de nulidad de las disposiciones convencionales impugnadas son, fundamentalmente, que, como reconoce la sentencia impugnada -en el supuesto, el Tribunal Supremo en STS de 11 de julio de 2016-, la doble escala salarial ha venido perdurando a lo largo de veinte años, sin que en los últimos años se haya puesto de manifiesto ningún otro argumento que justifique la persistencia en el tiempo de aquella diferencia salarial. Por lo demás, en el proceso se optó por invertir los términos de la carga procesal que incumbe a las partes, en el sentido de que exigió a quien denunció la existencia de la discriminación salarial la aportación de nuevos argumentos que la hicieran injustificable, cuando, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y a la del propio Tribunal Supremo, la parte que defiende la desigualdad de trato salarial es la que ha de aportar o, en este caso seguir aportando, una justificación razonable y actualizada que pueda servir de fundamento a la permanencia de aquella diferencia en el complemento de antigüedad a lo largo de tanto tiempo. Finalmente, el Tribunal Constitucional precisa que "lo propio, por otro lado, es que el sistema de doble escala salarial sirva 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. Falta, por tanto, la constatación de una justificación objetiva y razonable que sirva de fundamento a la permanencia, durante un largo período de tiempo, de un sistema de doble computación del complemento de antigüedad de los trabajadores" (FJ 6).

Rectificando jurisprudencia anterior, también el Tribunal Supremo -sirva de ejemplo la STS de 28 de noviembre de 2018, Ar. 5838-, considera ilegales los preceptos que establecen una doble escala salarial para la percepción del complemento de antigüedad por la "sola y única circunstancia de su fecha de ingreso en la empresa". En el supuesto en cuestión, los criterios aceptados como justificación hace años no pueden mantenerse "indefinidamente en el futuro", debiendo acreditarse la concurrencia de circunstancias actualizadas que demuestren la razonabilidad y proporcionalidad de la diferencia salarial. En otros pronunciamientos anteriores, el Tribunal Supremo inadmitía la doble escala salarial pactada en Convenio "a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas, estando el convenio colectivo facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, sin que cuando se trata de la retribución del trabajo quepan las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el art. 28 del E.T., y 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" (STS 21 de octubre de 2014, Ar. 6136, FJ 5).



Mas, en esta última decisión, el Tribunal Supremo interpreta, en la citada STS de 28 de noviembre de 2018, Ar. 5838 que es la empresa la que ha de acreditar "que en el momento actual siguen concurriendo circunstancias que justifiquen adecuadamente el mantenimiento de esa desigualdad retributiva en razón de la fecha de ingreso, lo que en modo alguno se ha conseguido, ni, como ya hemos dicho, es bastante a tal efecto la mera y genérica invocación a una política de mantenimiento del empleo que se no se plasma en datos y actuaciones concretas, específicas y singulares que pudieren servir de causa para mantener una diferencia retributiva que resulta por ello contraria al derecho a la igualdad, art. 14 CE y 17 ET" (STS 28 de noviembre de 2018, Ar. 5838, FJ 8).

#### **X. Apunte final**

*A priori*, puede parecer que existe una gran discordancia entre lo que ahora requiere la jurisprudencia europea -aceptación de las dobles escalas salariales por no considerar que vulneran el principio de igualdad- frente a las decisiones jurisprudenciales nacionales -que, por regla general, rechazan esta diferenciación por estimarla discriminatoria-. Pero no es así. En ambos casos se exige justificación objetiva y razonable, admitiendo que, cumplido dicho requerimiento, la diferencia será admisible tanto por el ordenamiento jurídico nacional como por el comunitario. Mas la clave central de esta cuestión no es si doble escala salarial sí, doble escala salarial, no. Con estos términos maniqueos, la respuesta deberá ser negativa toda vez que permitirá una diferencia de trato -retributiva- para quienes realizan una misma prestación. La cuestión determinante es qué clase de justificación resultará ponderada como "razonable" por los tribunales: ¿una crisis de la empresa?, ¿una crisis económica?, ¿la reestructuración de una actividad?, ¿una decisión convencional basada en la prospectiva futura de las líneas de negocio de la empresa?, ¿servirá la contribución al descenso de la cifra de desempleo -por ejemplo, el juvenil- como prueba decisoria? Lamentablemente, la sentencia analizada ha optado por no responder a las otras tres cuestiones prejudiciales, tan determinantes en este sentido. En consecuencia, *on verra*.