

## EN EL CAMINO JUDICIAL CORRECTO EN MATERIA DE BRECHA SALARIAL DE GÉNERO EN ESPAÑA: UN AVANCE JURISPRUDENCIAL RELEVANTE

**Raquel Vela Díaz<sup>1</sup>**

---

*Fecha de publicación: 01/01/2019*

**Sumario:** 1. Planteamiento General: el reconocimiento legal de la igualdad y la no discriminación en materia retributiva. 2. Doctrina Judicial pionera en España en materia de desigualdad retributiva entre mujeres y hombres: el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. 2.1. Aproximación a los hechos acontecidos. 2.2. Política salarial de la empresa: aplicación de desigualdades retributivas de manera discrecional. 2.3. Análisis de los Fundamentos Jurídicos más significativos. 2.3.1. Vulneración del derecho a no sufrir discriminación salarial por razón de sexo. 2.3.2. Tutela de los derechos fundamentales. 2.3.3. Carga de la prueba en los procesos de vulneración de derechos fundamentales. - A modo de conclusión.

**Resumen:** Desde los orígenes de la legislación social y de manera casi generalizada en los diferentes países, el tratamiento diferenciado por razón de sexo en el ámbito del trabajo asalariado comenzó a permitir la exclusión de la mujer de ciertas actividades productivas y de actividades que implicaban capacidad de decisión y de uso de autoridad, lo que ha derivado en una menor consideración social del trabajo de la mujer, e incluso, en la aplicación de salarios diferenciados e inferiores.

Actualmente, el reconocimiento del derecho a la igualdad y la no discriminación en materia retributiva entre hombres y mujeres

---

<sup>1</sup> Doctora en Ciencias del Trabajo por la Universidad de Jaén. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén (España). [rvela@ujaen.es](mailto:rvela@ujaen.es)

está recogido en diversos textos legales, tanto internacionales y comunitarios, como del Ordenamiento Jurídico Español, siendo una cuestión cada vez más relevante en las agendas políticas. Ante la especial trascendencia de la materia, el presente trabajo aborda y analiza el significativo avance jurisprudencial producido en relación con la brecha salarial, haciendo una especial referencia al pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de febrero de 2018, por tratarse de una doctrina judicial pionera en materia de desigualdad de remuneración entre mujeres y hombres en España.

**Palabras clave:** Brecha salarial de género, trabajo de igual valor, derechos fundamentales, igualdad ante la Ley.

**Abstract:** Ever since the origins of social law and in an almost generalised way across Europe, discrimination on the basis of sex in salaried work began to enable the exclusion of women from certain productive activities and from decision-making and positions of authority. This led to women's work being held in low esteem and even to women receiving different, lower pay and salaries.

At the present time, the promotion of gender equality and the rejection of discrimination in remuneration between men and women, is recognized in different legal texts, both international and community, as of the Spanish legal system. It is an increasingly relevant issue in the political agendas. Given the special importance of matter, this paper shows the significant jurisprudential advance in the gender pay gap, with particular reference to the Andalusia High Court of Justice judgment on 14 February 2018, because it is a pioneering judicial doctrine on inequality of remuneration between women and men in Spain.

**Keywords:** Gender pay gap, work of equal worth, fundamental rights, equality before the Law.

## **1.- PLANTEAMIENTO GENERAL: EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA RETRIBUTIVA**

El reconocimiento de la igualdad de género y la no discriminación es una cuestión fundamental que desde hace algunas décadas está en la agenda política tanto internacional como Europea, así como en la de numerosos países, entre ellos, España.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 significó el reconocimiento universal y unánime de que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”* y, en consecuencia, prohibió globalmente la discriminación. Su art. 23.2 vino a afirmar que *“toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”*. Posteriormente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) aprobada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas prohibía la discriminación contra las mujeres, constituyendo un hito fundamental en relación con la igualdad en el reconocimiento de los derechos a las mismas. Su art. 11 señala expresamente que *“los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular... d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo”*.

Por otro lado, no podemos dejar de hacer referencia a los textos que provienen de la Organización Internacional del Trabajo. El mandato de la OIT de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mundo del trabajo está consagrado en su Constitución, y se ha proyectado en las distintas normas internacionales del trabajo que ha promulgado, más conocidas como Convenios Internacionales de Trabajo. La OIT reconoce desde 1919 el derecho a la igualdad de remuneración para hombres y mujeres por *“un trabajo igual o de igual valor”*. En este caso, los Convenios clave de la OIT en la materia objeto de estudio son el Convenio nº 100 sobre igualdad de remuneración (1951) y el Convenio nº 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958). Ambos convenios se encuentran incluidos

además dentro de los 8 convenios fundamentales de la OIT. El principal postulado del citado Convenio n° 100 sobre igualdad de remuneración proclama que *por un trabajo de igual valor, se debe designar una tasa de remuneración sin discriminación en cuanto al sexo*. Por tanto, estos Convenios fijan como principio para alcanzar la equidad salarial, la necesidad de garantizar igualdad de remuneración no solamente en trabajos iguales, sino también en trabajos de igual valor. Se dio así respuesta a una realidad existente en la que los trabajos realizados por mujeres, por el mero hecho de llevarlos a cabo trabajadoras del sexo femenino, tenían una remuneración inferior.

En el marco de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, con la reciente aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas como un programa de acción global para el período 2015-2030, dichos Objetivos conforman la agenda política, económica, social y ambiental universal más ambiciosa adoptada en la historia de la humanidad, expresada a través de diecisiete objetivos y ciento sesenta y nueve metas, lo que puede traducirse en una oportunidad para guiar la acción y políticas a nivel nacional e internacional hacia la igualdad de remuneración. Dentro del Objetivo número ocho establecido en el marco de dicha Agenda, la meta 8.5 propone para 2030 *“lograr el empleo pleno y productivo y garantizar un trabajo decente para todos los hombres y mujeres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”*. En esta misma línea, cabe destacar también el Objetivo número 5, centrado en lograr la igualdad entre los géneros.

Desde una perspectiva comunitaria, el reconocimiento de la igualdad de género y la no discriminación está contenida en algunos de los principales instrumentos de la Unión Europea así como en sus objetivos políticos. De manera más concreta en materia de equidad retributiva, el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres fue proclamado inicialmente en el Tratado fundacional o constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, estableciendo que *“cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”*.

Actualmente, el principal instrumento con el que cuenta la Unión Europea para progresar en la eliminación de la brecha salarial es la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad

de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación<sup>2</sup>, que profundiza en el significado de igual salario por trabajo de igual valor, introduciendo la necesidad de establecer sistemas de clasificación que no tengan carácter discriminatorio. No obstante, resulta imprescindible señalar que a partir de esa fecha, se han promulgado diversas Resoluciones y Recomendaciones del Parlamento y de la Comisión Europea sobre la materia, para reforzar y orientar a los Estados sobre la responsabilidad de aplicar en sus prácticas nacionales el principio de igualdad de retribución. Cabe así destacar la Recomendación 2014/124/UE de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia<sup>3</sup>, que señala una serie de orientaciones destinadas a los Estados miembros para una mejor aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres.

Por su parte, son diversas las normas legales en el Ordenamiento Jurídico español que en el ámbito del empleo consagran el principio de igualdad formal y prohíben la discriminación por razón de sexo, concretamente en materia salarial. El principio de igualdad subyace en el Ordenamiento Jurídico español a toda la estructura constitucional, prueba de ello es que ya el art. 1.1 de la Constitución Española (en adelante CE) propugna, entre los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico, la igualdad. Si bien, de manera más concreta, el art. 35.1 CE establece que todos los españoles tienen derecho a una remuneración suficiente *“sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), recoge de forma expresa en el art. 28 bajo la rúbrica *“Igualdad de remuneración por razón de sexo”* que *“no puede producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos de la retribución por la prestación de un trabajo de igual valor”*. De manera más específica, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de

---

<sup>2</sup> La orientación comunitaria en materia de igualdad de remuneración tuvo su punto de partida con la aprobación de la Directiva 75/117/CEE del Consejo de 10 de febrero de 1975, relativa a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Posteriormente, la aprobación de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo, vino a contemplar la igualdad entre hombres y mujeres en más ámbitos que los estrictamente retributivos. Ambas han sido posteriormente refundidas en la citada Directiva 2006/54/CE.

<sup>3</sup> DO de la UE serie L núm. 69, de 8 de marzo de 2014.

mujeres y hombres, se erige en norma genérica de la igualdad efectiva entre ambos sexos. En el ámbito concreto de las relaciones laborales, cabe destacar el art. 5, que entre las diversas cuestiones que aborda señala expresamente que “*el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres se garantizará en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas*”. La citada Ley de Igualdad también establece la obligación - para aquellas empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores ó cuando así se establezca en el convenio colectivo de aplicación - de elaborar y aplicar un Plan de Igualdad que será objeto de negociación (arts. 45 y 46). Dichos Planes de Igualdad deberán contener medidas que se dirijan a alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas con el fin de eliminar la discriminación por razón de sexo, así como las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución real, y el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos inicialmente fijados. Entre las distintas materias que deben contemplar estos Planes, la Ley hace una referencia expresa a las retribuciones que se aplican en las empresas.

Pese a todo lo anterior, la brecha de género se hace evidente de manera generalizada en los patrones de empleo y las condiciones laborales, con un especial énfasis en la disparidad retributiva, tal y como ponen de relieve los datos cuantitativos recientes relativos a la brecha salarial entre hombres y mujeres en España y en la Unión Europea. En los últimos años, las diferencias salariales existentes entre mujeres y hombres, que es un indicador fundamental de la desigualdad real entre ambos en el mercado de trabajo, ha experimentado escasos avances<sup>4</sup>. Así, en el año 2016 la media europea en relación con la brecha salarial de género se situaba en un 16,2%, y en un 14,2% la española<sup>5</sup>.

A esta realidad debemos además añadir la poca aportación judicial en España en esta materia para dar una respuesta adecuada en la línea de corregir las diferencias salariales por razón de género, si bien es cierto, que es una realidad que en parte se puede atribuir a las escasas demandas presentadas en sede judicial laboral. En este sentido, debemos resaltar una sentencia pionera reciente en relación con la brecha salarial, que condena a una empresa por pagar menos a una trabajadora que al resto de trabajadores que ocupaban un puesto de trabajo similar, no existiendo precedentes tan claros

---

<sup>4</sup> VELA DÍAZ, R.: “La brecha salarial de género en la Unión Europea: principales estrategias adoptadas para su eliminación desde una perspectiva comparada”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 132, 2017, pág. 410.

<sup>5</sup> Encuesta cuatrienal de Estructura salarial a través de Eurostat. Datos actualizados por Eurostat a fecha de 27 de febrero de 2018.

que sancionen esta práctica en la empresa privada, y que será objeto de análisis en el presente trabajo.

## **2. DOCTRINA JUDICIAL PIONERA EN ESPAÑA EN MATERIA DE DESIGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES: EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

### **2.1. APROXIMACIÓN A LOS HECHOS ACONTECIDOS**

Como ya se ha señalado, en España son escasos los pronunciamientos judiciales en materia de desigualdad retributiva entre mujeres y hombres. Aunque existen precedentes en el Tribunal Supremo al fallar en asuntos de discriminación en materia de género que no quedaban regulados con claridad en la normativa, ninguno de ellos estaba clara y directamente relacionado con la brecha salarial<sup>6</sup>. Sin embargo, una reciente sentencia ha sentado un importante precedente en relación con la discriminación salarial por razón de sexo, condenando a una empresa por pagar menos a una trabajadora que a otros compañeros varones que ocupaban un puesto de responsabilidad similar. Se trata de la sentencia núm. 246/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Málaga) de 14 de febrero de 2018 (rec. 2089/2017), que ha desestimado el recurso de suplicación interpuesto por la parte empresarial, condenada en instancia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Málaga de 10 de agosto de 2017.

En su día la trabajadora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social de Málaga contra la empresa en la que desempeñaba su trabajo, cuya actividad es la prestación de los servicios administrativos de gestoría en la tramitación de expedientes de operaciones financieras concertados en la red de sucursales Unicaja y empresas del grupo, así como para la propia entidad bancaria relacionadas con la cartera hipotecaria.

La trabajadora había prestado sus servicios en la empresa desde diciembre de 1994, siendo promocionada en 1996 desde su anterior puesto de trabajo de oficial de primera a responsable del Departamento de Administración. En 2009 fue nombrada por el Gerente responsable del Departamento de Finanzas.

---

<sup>6</sup> A modo de ejemplo, en el año 2011 el Tribunal Supremo falló contra el Corte Inglés por no permitir a las mujeres participar en igualdad de condiciones que sus compañeros en la promoción interna hacia puestos de mayor responsabilidad. También el propio Tribunal Superior de Justicia de Andalucía falló a favor del personal sanitario de la Clínica San Rafael en Cádiz para permitir que las enfermeras pudieran vestir pantalón en el uniforme, al igual que sus compañeros.

En relación con el organigrama de cargos y departamentos de la empresa demandada, existen 4 jefaturas (responsables) de departamentos, una Secretaría Técnica y la Gerencia, de la que dependen jerárquicamente todos los responsables de departamentos. Dichos departamentos son los siguientes: Servicios Generales; dos departamentos de Línea de producción, Finanzas y una Secretaría Técnica. Todos estos departamentos han estado ocupados por trabajadores varones excepto el de Finanzas que fue ocupado por la trabajadora. Con anterioridad al año 2009 se denominaba “departamento de Administración”, como ya se ha señalado.

A primeros de año 2016, la trabajadora comenzó a detectar que estaba percibiendo retribuciones sensiblemente inferiores que sus otros compañeros responsables de departamento, consultando a la empresa las razones de dichas diferencias sin recibir respuesta. El 6 abril de 2017 la actora interpuso papeleta de conciliación ante el CMAC reclamando las cantidades que no estaba percibiendo. El 2 de mayo de 2017 dicha trabajadora fue despedida por la empresa demandada.

Con fecha 8 de junio de 2017 tuvo entrada en el Juzgado de lo Social nº 2 de Málaga la demanda por parte de la trabajadora en petición de tutela de derechos fundamentales, bajo los siguientes postulados:

- a) Petición de declaración de haber sido vulnerado el derecho de la trabajadora a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).
- b) Petición de condena de la parte empresarial por su actuación discriminatoria, solicitando el cese de esta actuación y la reposición de los derechos salariales y la dignidad profesional. De manera más concreta, la percepción de una remuneración total del año 2017 equiparable con la percibida por sus compañeros varones.
- c) Petición de condena por los daños sufridos por la trabajadora como consecuencia de la discriminación retributiva experimentada durante el periodo en que percibió retribuciones inferiores a las del resto de responsables de departamento (periodo 2006 a 2016), que cuantifica en 34.946,80€, añadiéndose los intereses por mora laboral (12.641,92€), o de manera subsidiaria la cantidad resultante de aplicar el interés legal del dinero.
- d) Una vez determinada, a la luz de la documental solicitada, la brecha salarial más los intereses legales que corresponda, petición de condena de la empresa al abono de las cantidades que hubiera debido percibir durante el periodo 2000 a 2005.

- e) Petición de condena de la empresa al abono del complemento salarial por Incapacidad Temporal hasta alcanzar el 100% de la remuneración salarial, que debió percibir, en igualdad con sus compañeros varones, durante el mes de marzo de 2017 en que estuvo de baja por IT.

La sentencia de instancia estimó en parte la demanda de la trabajadora sobre tutela de derechos fundamentales, formalizando la empresa en ese momento recurso contra dicho pronunciamiento judicial a favor de la demandante.

## **2.2. POLÍTICA SALARIAL DE LA EMPRESA: APLICACIÓN DE DESIGUALDADES RETRIBUTIVAS DE MANERA DISCRECIONAL**

En relación con la remuneración de las personas responsables de los departamentos, las retribuciones que habían venido percibiendo todos los responsables hasta el mes de febrero de 2017 estaban compuestas por dos conceptos: por un lado, el salario correspondiente fijado en el Convenio Colectivo<sup>7</sup> para dicha categoría profesional, y por otro lado, incentivos. A este respecto, cabe señalar que la empresa no contaba realmente con ningún sistema establecido de fijación de incentivos, tal y como quedó probado tras prueba testifical, por lo que el abono de las cantidades a percibir por cada responsable de Departamento constituía una decisión puramente unilateral y discrecional de la empresa a través de la figura de su Gerente (excepto en los años 2001 y 2002 en los que consta acreditada la existencia de un protocolo de criterios generales para la asignación de tales incentivos anuales). También en esta misma línea la empresa abonaba determinadas gratificaciones a los responsables de departamento.

Del relato de hechos probados de la sentencia recurrida se desprende que la trabajadora durante los años 2014, 2015 y 2016 había percibido unas retribuciones sustancialmente inferiores a la de los otros cuatro responsables de departamento de la empresa, todos ellos varones, puesto que en el año 2014 la demandante percibió un total de 37.987,60€, mientras que el resto de sus compañeros de idéntica categoría percibieron unas retribuciones comprendidas entre 39.622,56€ y 41.222,64€. Estas diferencias se incrementaron en el año 2015 puesto que la trabajadora percibió 37.897,60€ frente a los 42.022€ de sus compañeros; y en el año 2016 percibió 38.047€ frente a 43.650€ de uno de sus compañeros y 48.950,12€ del resto. En esta misma línea, consta probado que la cantidad abonada a la trabajadora en concepto de incentivo era inferior a la satisfecha al resto de los responsables de departamento, existiendo unas diferencias que en los dos últimos años

---

<sup>7</sup> El Convenio Colectivo aplicable a las actividades desarrolladas por la empresa es el VI Convenio Colectivo de ámbito estatal de gestorías administrativas.

habían llegado a superar los 2000€. Resulta por tanto incuestionable que la trabajadora había percibido durante los últimos años unas retribuciones salariales sustancialmente inferiores a la de los otros responsables de departamento de la empresa, todos ellos varones.

Por otro lado, los responsables de los departamentos venían percibiendo un complemento retributivo durante las situaciones de Incapacidad Temporal hasta alcanzar el 100% de sus retribuciones habituales. No obstante, la trabajadora puso de manifiesto la denegación de ese complemento durante una situación de Incapacidad Temporal que padeció en el mes de marzo de 2017.

En el año 2014, la empresa acordó con los trabajadores la reducción de los incentivos para ese año, dado que la situación que estaba atravesando no era óptima, con la intención de recuperar dicha reducción durante los años siguientes.

En enero de 2016 la trabajadora al observar que fue la única de sus compañeros que no experimentó un incremento retributivo similar al del resto de responsables de departamento, pasando a percibir retribuciones sensiblemente inferiores, se dirigió al Gerente de la empresa, consultándole por email los motivos que justificaban tales diferencias, sin que tuviera respuesta a su consulta.

En febrero de 2017 el Gerente de la empresa suprime el concepto de “incentivos” y consolida las cantidades que venían percibiendo los responsables de departamento por este concepto, incluyéndolas en el salario de cada uno de ellos. En la demanda queda constancia de la evolución de las retribuciones percibidas por quienes ejercían funciones de responsables de departamento desde 2010 hasta 2017, así como las diferencias que afectaban de manera negativa a la remuneración de la trabajadora.

## **2.3. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS MÁS SIGNIFICATIVOS**

### **2.3.1. Vulneración del derecho a no sufrir discriminación salarial por razón de sexo**

Ante las alegaciones de la trabajadora de vulneración del derecho de igualdad y no discriminación al percibir unas retribuciones inferiores que las de sus compañeros varones, conviene resaltar el planteamiento del marco constitucional y legal regulador de la no discriminación por razón de sexo en España que plantea el Tribunal, tanto con carácter general, como referido de manera más concreta al salarial (especialmente en el FJ 5º).

La Sala del TSJ plantea que tanto el art. 14 de la CE como los arts. 4.2.c) y 17.1 del ET, prohíben expresamente la discriminación por razón de sexo, declarando como derecho de los trabajadores el no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, debiendo entenderse nulas y sin efecto las decisiones unilaterales del empresario en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de sexo. De manera más concreta, el art. 28 del ET establece el principio de igualdad de remuneración por razón de sexo, en virtud del cual el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condicionantes de aquella.

En su día, la sentencia de instancia estimó en parte la demanda sobre tutela de derechos fundamentales promovida por la actora, determinando de manera clara la vulneración del derecho de la trabajadora a no sufrir discriminación salarial por razón de sexo, y señalando, al igual que el TSJ, que se trata de un derecho que en el Ordenamiento Jurídico español se consagra en el art. 14 de la CE que recoge la igualdad ante la Ley, entre otros motivos, por razón de sexo, dentro del catálogo de derechos fundamentales y en el art. 28 del ET.

Así, tras analizar los diferentes recibos de salarios y justificantes de retribuciones obrantes en las actuaciones, el Magistrado de instancia ya consideró que la trabajadora había percibido durante los años 2010 a 2017 unas retribuciones sustancialmente inferiores a la de los otros responsables de departamento. Por ello, dicha sentencia de instancia declaró la nulidad radical de tal comportamiento empresarial por ser discriminatorio y contrario al principio de igualdad; condenando a la empresa demandada a restituir el derecho de la trabajadora a percibir desde enero de 2017, un salario anual de 48.950,16€, en lugar de los 33.672€ que se consolidaron en dicha fecha a la misma, en la misma cuantía que el resto de sus compañeros varones comparables. Finalmente, la sentencia de instancia condena a la empresa a abonar a la trabajadora la indemnización de 35.000€ por el concepto de los daños y perjuicios sufridos por este comportamiento empresarial improcedente.

El TSJ de Andalucía ha venido a confirmar el posicionamiento de instancia, indicando expresamente que, como de manera acertada señala la sentencia de instancia, la discriminación supone una diferencia de trato que actúa contra el sujeto discriminado, y que tiene su origen en ciertos rasgos de la

persona o de la configuración social (sexo, raza, lengua, condición social, algún tipo de discapacidad, creencias políticas o religiosas, etc.), lo que origina una situación objetiva discriminatoria, que pone en peligro el respeto a la dignidad humana y los derechos inherentes a la persona. El Tribunal viene a desestimar además diversas modificaciones de los hechos aportadas por la empresa al interponer el recurso, por considerar que las mismas resultan intrascendentes y no alteran el signo del fallo de la sentencia recurrida.

Cabe indicar que pese a ponerse de manifiesto claramente la percepción por parte de la trabajadora de unas retribuciones salariales considerablemente inferiores que las de sus compañeros de similar categoría profesional, como planteó la sentencia de instancia, la empresa alegó en el recurso que en los hechos acaecidos no cabía hablar de vulneración del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, por el simple hecho de que la trabajadora hubiera podido “percibir puntualmente unas retribuciones algo inferiores a las del resto de los responsables de departamento”.

### **2.3.2. Tutela de los derechos fundamentales**

Como ya se ha señalado en el apartado anterior, la trabajadora alega la vulneración del derecho de igualdad y no discriminación al percibir unas retribuciones inferiores a las que se le abonan a los otros responsables de departamento, todos ellos varones. Tal y como señala el Tribunal (FJ 3º) existe una reiterada doctrina jurisprudencial que ha venido distinguiendo entre el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por alguna de las causas o motivos recogidos en el art. 14 de la CE, por lo que el principio de autonomía de la voluntad deja un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en el ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, eso sí, respetando los mínimos legales o convencionales, salvo cuando la diferencia de trato en materia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la CE y por el ET.

Dicho de otro modo, no toda diferencia de trato no justificada o irrazonable constituye una discriminación en el sentido marcado tanto por el art. 14 de la CE como por los arts. 4.2.c) y 17.1 del ET, ya que la discriminación consiste en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el Ordenamiento Jurídico, puesto que para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que desde una perspectiva histórica han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas, o que no aseguran la convivencia en una

sociedad democrática y pluralista tal y como se desprende de los valores constitucionales.

En este caso concreto, tal y como recoge la sentencia objeto de análisis, resulta evidente la existencia de uno de los factores contemplados en los preceptos mencionados de la CE y del ET, pues la trabajadora alega en su demanda que ha sido discriminada salarialmente respecto de sus compañeros de trabajo varones que ostentan el mismo puesto de trabajo de responsables de departamento, por lo que, en principio, se invoca una discriminación por razón de sexo, y dicho tipo de discriminación debe incluirse de forma clara, tal y como afirma el Tribunal, en el ámbito de la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales, como también en su día indicaba la sentencia de instancia. Se trata, por tanto, de la vulneración de un derecho fundamental especialmente protegido por el procedimiento especial regulado en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS)<sup>8</sup>.

Esta realidad además, no puede desvirtuarse por el hecho de que la trabajadora fuera despedida por la empresa demandada el 2 de mayo de 2017, esto es, con anterioridad a la interposición de la demanda de instancia, puesto que, en cualquier caso, la interposición de una demanda de tutela de derechos fundamentales no exige que la relación laboral se encuentre vigente en el momento de formulación de la misma, siempre que los hechos constitutivos de la supuesta vulneración se hayan producido con anterioridad a la extinción del contrato de trabajo.

Por ello, en cuanto al pronunciamiento de la sentencia de instancia de ordenar la restitución del derecho de la actora a percibir un salario anual de 48.950,16€ en lugar de los 33.672€ que se consolidaron en enero de 2017 a la misma, puesto que obviamente esta percepción se encuentra condicionada a la pervivencia de la relación laboral, este nuevo salario únicamente deberá abonarse a la trabajadora hasta la fecha de la extinción del contrato de trabajo, tal y como recoge la sentencia, sin perjuicio, obviamente, de lo que hubiera podido acordarse en el procedimiento por despido que

---

<sup>8</sup> El argumento principal o de fondo empleado por la empresa recurrente en base a diversos preceptos de la LRJS (concretamente al amparo del art. 193.c), denuncian la infracción de los arts. 177, 178, 179 y 182 LRJS), no es otro que alegar que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas no es la vía jurídica adecuada para conocer las pretensiones formuladas en la demanda, en cuanto que, en primer lugar, se solicitaba reponer un vínculo laboral que ya se había extinguido por la decisión de la empresa en fecha anterior a la demanda, y en segundo lugar, porque se planteaban unas reclamaciones salariales que hubieran debido tramitarse a través del proceso ordinario y no a través de aquel procedimiento.

hipotéticamente se haya podido plantear por la trabajadora contra el cese acordado por la empresa con fecha 2 de mayo de 2017.

Al hilo de lo anterior, cabe apuntar que uno de los motivos alegados por la empresa en el recurso de suplicación fue la infracción del art. 182 LRJS, afirmando que se debería dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de instancia del deber de restituir con carácter retroactivo desde enero de 2007 un salario anual de 48.950,16, por ser un derecho con efectos previos a la presentación de la demanda. La Sala no obstante, desestima este motivo de censura jurídica pues considera que el art. 182.1.d) LRJS establece que una sentencia dictada en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales porque haya llegado a la conclusión de que esa vulneración alegada de los mismos se ha producido efectivamente, implica el restablecimiento de la integridad del derecho de la demandante, y por tanto, la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental.

De igual modo, otro de los motivos alegados por la empresa en el recurso de suplicación fue la infracción del art. 183 LRJS, por entender que debía dejarse sin efecto la indemnización de daños y perjuicios fijada en la sentencia de instancia, que como se ha señalado con anterioridad ascendía a 35.000€, fundamentando su tesis en que la parte trabajadora no había ofrecido un criterio que permitiera “individualizar correctamente los daños y perjuicios presuntamente sufridos”, considerando que el importe fijado por el juzgador de instancia es una cuantía indemnizatoria que en realidad escondería “un reconocimiento de diferencias retributivas”. A este respecto, la Sala del TSJ de Andalucía, desestimando también esta alegación, ha considerado que, tal y como se desprende del contenido del art. 183 LRJS, siempre que se haya producido una vulneración de un derecho fundamental en el ámbito de una relación laboral, la sentencia que se dicte en esta modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas no debe limitarse a declarar la existencia de la vulneración, sino que necesariamente deberá fijar la indemnización correspondiente a la persona demandante que ha sufrido la vulneración del derecho fundamental, con independencia de que se hayan acreditado o no la existencia de concretos y determinados perjuicios económicos para el demandante como consecuencia de la vulneración del derecho, puesto que dicha vulneración ha tenido que producir necesariamente unos daños morales para la persona demandante, que serán determinados con prudencia por el tribunal cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa. La Sala distingue entre daños morales automáticamente producidos como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental, y otros que puedan producirse

adicionalmente y que sí deberán quedar debidamente acreditados para que puedan ser objeto de indemnización. Por ello, el TSJ confirma la sentencia de instancia que fija la cuantía de la indemnización en 35.000€, teniendo en cuenta las diferencias entre los salarios percibidos por la actora y los que le hubiera correspondido percibir en el caso de que no hubiese existido la referida discriminación por razón de sexo, criterio que la Sala considera lógico y razonable, y que vienen a compensar a la trabajadora por los perjuicios económicos que se le han derivado como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental.

Por otro lado, la empresa recurrente denuncia la infracción del art. 59.2 del ET alegando prescripción del plazo para solicitar indemnización por presunta vulneración de un derecho fundamental, en cuanto que considera que, ya ha transcurrido más de un año desde esa presunta vulneración. Ante dicha alegación, la sentencia del TSJ tras un examen del precepto supuestamente infringido y en base al art. 179.2 LRJS, señala que resulta evidente la no prescripción de la acción para reclamar por la supuesta vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, puesto que esa situación subsistía en el momento de terminación de la relación laboral y que, en todo caso, la acción se había ejercitado antes de que hubiese transcurrido el plazo de un año desde la terminación de la misma. De igual modo, señala que tampoco puede hablarse de prescripción de las consecuencias económicas derivadas de esa supuesta vulneración del derecho fundamental, aunque obviamente no pueden reclamarse las diferencias salariales durante los años 2000 al 2005, tal y como recoge la propia sentencia de instancia. Cuestión diferente es la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental. En este sentido, la sentencia señala que distinto es que para la fijación de la cuantía de dicha indemnización se hayan podido tener en cuenta, como criterio orientativo, las diferencias salariales entre las retribuciones percibidas por la trabajadora y las que venían percibiendo el resto de los responsables de departamento durante un determinado periodo de tiempo, puesto que en este caso, no se está ante una reclamación de diferencias salariales propiamente dichas, sino simplemente ante un criterio orientativo para fijar la cuantía de la indemnización.

### **2.3.3. Carga de la prueba en los procesos de vulneración de derechos fundamentales**

En relación a las reglas sobre la carga de la prueba en los procesos de vulneración de derechos fundamentales, el art. 96.1 LRJS establece que en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte demandante se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de

sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. De hecho, reiterada doctrina del Tribunal Constitucional español ha declarado que cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, ajenos a todo propósito que atente a un derecho fundamental. Para ello, es necesario que la persona trabajadora aporte indicios razonables de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales. Es decir, no hubiera resultado suficiente, en este caso para la trabajadora, la mera alegación de la vulneración constitucional a la que hemos hecho referencia, sino que la misma debía aportar indicios lógicos de que la violación del derecho fundamental se ha producido realmente, de manera que sólo cuando se hayan aportado estos indicios se producirá la denominada inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole entonces probar a la empresa demandada la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión empresarial.

Como ya se ha señalado, la sentencia de instancia puso de manifiesto la existencia de claros indicios discriminatorios, debiendo de esta forma ser la empresa la que acreditara que la diferencia retributiva alegada por la trabajadora respecto de sus compañeros varones que venían ostentando una categoría profesional y cualificación similar, desempeñando puestos de trabajo de igual valor, tenía una justificación objetiva, razonable y ajena a todo propósito discriminatorio. No obstante, esa justificación no se produjo, puesto que la empresa recurrente se limitó a señalar que la trabajadora en años muy anteriores a los que son objeto del presente litigio llegó a percibir retribuciones incluso superiores a las del resto de los responsables de departamento, así como que los diferentes departamentos tienen distintos cometidos y responsabilidades, existiendo además otros responsables de la empresa (los delegados territoriales) entre los cuales los varones reciben menos retribuciones que su homólogas del género femenino. Además, en este caso no se imputa a la empresa una discriminación por razón de sexo respecto de todas las trabajadoras de la empresa, sino única y exclusivamente respecto de la demandante.

En consecuencia, la Sala considera que dichas alegaciones en modo alguno pueden suponer una justificación objetiva y razonable del diferente trato salarial dispensado a la trabajadora en los últimos años, entre otras cuestiones, porque la empresa no concretó ni especificó en qué medida el departamento de la trabajadora tenía menos atribuciones y responsabilidades que el resto de los departamentos de la empresa. Por tanto, no habiendo

logrado la empresa desvirtuar la existencia de una discriminación retributiva entre la trabajadora y sus compañeros varones, el Tribunal confirma la sentencia de instancia en lo referente a la vulneración del derecho de igualdad y no discriminación salarial por razón de sexo.

## **A MODO DE CONCLUSIÓN**

La igualdad de trato y el principio de no discriminación en materia salarial están reconocidos en diversos textos internacionales y constituyen una parte importante del Derecho primario de la Unión Europea y del Ordenamiento Jurídico español, sin embargo, las diferencias de género siguen siendo indiscutibles. La brecha de género se hace evidente de manera generalizada en los patrones de empleo y las condiciones laborales, con un especial énfasis en la disparidad salarial. De esta forma, los instrumentos normativos por sí solos no bastan. Por ello, la puesta en marcha de estrategias, medidas específicas de transparencia salarial y planes de acción nacionales para abordar cualquier desigualdad salarial por motivos de género, se tornan indispensables para que se produzca un verdadero impulso a su eliminación y un proceso de concienciación social en cuanto a su existencia y necesaria erradicación.

A esta realidad debemos añadir los escasos pronunciamientos judiciales en España en materia de desigualdad retributiva entre mujeres y hombres. Por ello, resulta de interés resaltar la reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía de 14 de febrero de 2018, que sienta un importante precedente en relación con la discriminación salarial por razón de sexo, al condenar a una empresa por pagar menos a una trabajadora que a otros compañeros varones que ocupaban un puesto de responsabilidad y categoría similar.

Se trata, por tanto, de una doctrina judicial pionera que condena la brecha salarial de género con claridad en la empresa privada, que puede entreabrir la senda para la presentación de otras demandas en situaciones similares de existencia de desigualdad y discriminación retributiva.