

LA BRECHA RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO

CONSUELO FERREIRO REGUEIRO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Santiago de Compostela (España)

consuelo.ferreiro@usc.es

RESUMEN

La brecha retributiva por razón de sexo muestra, desde una perspectiva económica, las diferencias retributivas entre hombres y mujeres. Diferencias cuya multiplicidad de causas merecen un estudio que no sólo por su extensión, sino por su denso contenido, desborda el objeto de este artículo y se aparta de sus implicaciones jurídicas. Éstas son justamente las que quieren ponerse de relieve en esta sede, pues la diferencia retributiva justificada por criterios objetivos y razonables no encaja en el canon de "igual retribución por trabajo de igual valor" ordenado en el art. 28 del ET. Entonces, la verdadera brecha retributiva, la que atenta contra el canon señalado, se origina por las desigualdades en el precio de trabajo de carácter irracional o artificial, es decir, con mera apariencia de legalidad (desigualdad ilícita) y por esas mismas desigualdades amparadas en una condición odiosa de segregación, mutatis mutandis, la sexual (discriminación). Ocurre que las encuestas encargadas de mostrar los datos que avalan las diferencias retributivas no permeabilizan la desigualdad lícita de la ilícita y de la discriminación, al tiempo que en algunas el método de medición empleado no es fiable, pues utilizan las medias retributivas, y no las medianas. La aprensión de la verdadera realidad en torno a este problema garantizaría su eficaz y persistente resolución, lo que puede ser suministrado por el registro retributivo que el citado art. 28 del ET impone a todas las empresas.

Palabras llave: Brecha de género; Derecho a la igualdad de trato por razón de sexo; Derecho a la no discriminación; Desigualdad; Discriminación; Registro retributivo.

RESUMO

A fenda retributiva por razón de sexo mostra, dende unha perspectiva económica, as diferenzas retributivas entre homes e mulleres. Diferenzas cuxa multiplicidade de causas merecen un estudo que non só pola súa extensión, senón polo seu denso contido, desborda o obxecto deste artigo e se aparta das súas implicacións xurídicas. Estas son xustamente as que queren poñerse de relevo nesta sede, pois a diferenza retributiva xustificada por criterios obxectivos e razoables non encaixa no canon de "igual retribución por traballo de igual valor" ordenado no art. 28 do ET. Entón, a verdadeira fenda retributiva, a que atenta contra o canon sinalado, orixínase polas desigualdades no prezo de traballo de carácter irracional ou artificial, é dicir, con mera aparencia de legalidade (desigualdade ilícita) e por esas mesmas desigualdades amparadas nunha condición odiosa de segregación, *mutatis mutandis*, a sexual (discriminación). Ocorre que as enquisas encargadas de mostrar os datos que avalan as diferenzas retributivas non permeabilizan a desigualdade lícita da ilícita e da discriminación, á vez que nalgunhas o método de medición empregado non é fiable, pois utilizan as medias retributivas, e non as medianas. A apreensión da verdadeira realidade ao redor deste problema garantiría a súa eficaz e persistente resolución, o que pode ser fornecido polo rexistro retributivo que o citado art. 28 do ET impón a todas as empresas.

Palabras chave: Fenda de xénero; Dereito á igualdade de trato por razón de sexo; Dereito á non discriminación; Desigualdade; Discriminación; Rexistro retributivo.

ABSTRACT

The multiplicity of causes of the gender pay gap needs a study that goes beyond the content of this work and disregards the legal consequences. And such consequences are what deserves to be analysed here and now. Canon's pay for equal work is being attacked by the real gender pay gap.

From a legal point of view, the gender pay gap is a result of illegal inequality and discrimination. The first is the difference in treatment based on irrational or artificial criteria. By contrast, the second is unequal treatment based on an odious condition of segregation, such as sex. The problem is that surveys to show data on the gender pay gap do not distinguish the causes, that is, whether they are legal inequalities, illegal inequalities or discriminations. And the other problem is that usually the measurement method used is the average salary, and not the median.

In order for the analysis of the gender pay gap between men and women to coincide as much as possible to reality, we consider that the salary record, which is regulated in article 28 of Estatuto de los Trabajadores and is required of all companies, is very appropriate.

Keywords: Gender pay gap; Right to equal treatment; Right to non-discrimination; Inequality; Discrimination; Salary record.

SUMARIO

1. SOBRE EL TÍTULO; 2. SOBRE LOS DATOS; 3. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LOS DATOS; 4. SOBRE LA DISTINCIÓN JURÍDICA ENTRE DESIGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN Y SU REPERCUSIÓN EN LA BRECHA RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO; 5. DE LOS SUPUESTOS CONCRETOS DE DESIGUALDAD RETRIBUTIVA LÍCITA SEGÚN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES; 6. DE LOS SUPUESTOS CONCRETOS DE DESIGUALDAD RETRIBUTIVA ILÍCITA SEGÚN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES; 7. DE LOS SUPUESTOS CONCRETOS DE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA SEGÚN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES; 8. SOBRE LAS BRECHAS DE LA BRECHA (SEXO, EDAD, MODALIDAD CONTRACTUAL, SECTOR DE ACTIVIDAD, COHESIÓN DE ACTIVIDAD); 9. SOBRE LAS BRECHAS DE LA BRECHA (SEXO, EDAD, MODALIDAD CONTRACTUAL, SECTOR DE ACTIVIDAD, COHESIÓN DE ACTIVIDAD); 10. REFLEXIÓN FINAL.

El presente artículo no es más que la compilación de una serie de reflexiones, nueve, que tuve ocasión de compartir con los asistentes y organizadores de la "Xornada técnica. Materia retributiva: cuestións de actualidade", organizada por la Sección Galega de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y el Consello Galego de Relacións Laborais, el 26 de abril de 2024 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. A todos ellos les agradezco la oportunidad blindada y les invito a que persistan en su voluntad de fomentar foros de debate sobre temas de indudable relevancia jurídica, económica y social, como el que nos ocupó este año.

Esta es la razón de que haya decidido conservar el formato con el que efectué mi exposición, más dinámico que el propio de un artículo tradicional, y más fiel a lo que ese día aconteció.

1. SOBRE EL TÍTULO

Es de uso general la expresión: "brecha salarial de género", y, sin embargo, no se ajusta a la verdad real, a la que se aspira sea aprehendida por la verdad procesal. Parece que procede de la dirigente feminista argentino-estadounidense Eleanor Smeal que la acuñó en 1980 para explicar en el ámbito político las diferencias en el voto de las mujeres y de los hombres. Cuatro años más tardes escribió su reconocido libro *"Why and How Women Will Elect the Next President"*, en donde empleo la inglesa *"gender gap"*, de lo que resultó su traducción literal al castellano: brecha de género.

Decía que no era ajustada a la verdad real. Al menos, no lo es en parte. Me explico: el sustantivo brecha tiene atribuida como cuarta acepción del Diccionario de la Real Academia Española la siguiente: "Diferencia o distancia entre situaciones, cosas o grupos de personas, especialmente por la falta de unión o cohesión", con la que se transmite al interlocutor con sobresaliente exactitud para el caso que nos ocupa la falta de igualdad entre ambos sexos en algún ámbito o materia, en este caso, la salarial. Justamente a partir de aquí la expresión deja de ser exacta.

Por una parte, porque las diferencias (la falta de igualdad) a las que me refiero se advierten tomando como referencia el

sexo masculino y el sexo femenino, entre otras cosas porque así se encontraba explicitado y se encuentra en los datos que se manejan. También porque la mención del sexo de las personas sigue siendo obligada en el Registro Civil. La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, ha liberado de trámites y del conocimiento por la autoridad judicial de la rectificación de la mención registral relativa al sexo (art. 43.1). Cuando tal sucede, la Ley obliga a la persona a proponer su nuevo nombre (art. 44.4), consecuente con el sexo que registra, que ha de ser masculino o femenino (art. 46.4). No se hará tal en el único supuesto de que el parte facultativo del médico con ocasión de un nacimiento indicara la condición intersexual del nacido lo que permitiría que los progenitores, de común acuerdo, puedan solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año (art. 49.5). Obviamente, el derecho a la rectificación de la mención registral figura reconocido en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil [art. 11.h)]. En consecuencia, la brecha ha de llevar el epítome de "sexual" o "por razón de sexo", no de "género", que en esta concreta cuestión es hasta ahora el resultado de una traducción no contextual del inglés a nuestro idioma.

Por otra parte, la expresión no es ajustada a la verdad real por la muy importante circunstancia de que las diferencias entre las percepciones de los hombres y de las mujeres por el trabajo realizado han de estudiarse en su totalidad, y no limitarlas a las de naturaleza salarial. Esta cuestión ya se suscitó hace más de veinte años, en los anales -al menos en nuestro país- de la efectividad material de los derechos a la igualdad de trato y a la no discriminación.

El art. 28 del ET en su redacción inicial padecía una falta de sincronía entre su título y su regla. Véase: "Artículo 28. Igualdad de remuneración por razón de sexo. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo."

Ya se había advertido que el control de la retribución circunscrito a las percepciones salariales dejaba el terreno

abonado a la picaresca de introducir la diferencia o la discriminación en perjuicio de las mujeres en las percepciones extrasalariales. Modificado por la Ley 33/2002, de 5 de julio, ese precepto pasó a la redacción siguiente: "Artículo 28. Igualdad de remuneración por razón de sexo. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla".

Corregido el defecto, establecida la correcta sincronía entre título y regla, es palmario que la brecha no se limita, ni tampoco debiera, a las diferencias salariales; se limita a las diferencias retributivas o de remuneración.

Por lo tanto, la expresión correcta, según mi criterio, es: "brecha retributiva por razón de sexo".

Antes de continuar, cabría preguntarse el porqué del interés en torno a la brecha retributiva. Datos procedentes del Informe de UGT sobre el trabajo de la mujer 2023¹ responden a ello: "Un hombre que accede a un puesto de dirección recibe en salario bruto al año (63.703,19 euros) el equivalente al salario de una directora de empresa (51.456,82 euros) y de una limpiadora (12.618,05 euros). El equivalente al salario de una trabajadora no cualificada del sector servicios es lo que separa a un director de una directora; 12.246,37 euros al año, una brecha del 19,22%".

2. SOBRE LOS DATOS

En el Índice Europeo de la Igualdad de Género de 2023², elaborado por el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), España obtiene una excelente posición con 76,4 puntos sobre 100, lo que supone: 1º) un incremento de 10 puntos con respecto al año 2010; 2º) una posición, y por este orden, detrás de Suecia, Países Bajos y Dinamarca, pero por delante de otros países que han sido considerados avanzados en este extremo, verbigracia Francia y Finlandia; y 3º) el

¹ https://www.ugt.es/sites/default/files/informe_8m2023_ugt_1.pdf

² <https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/gender-equality-index-2023-towards-green-transition-transport-and-energy>

superar en 6 puntos a la media europea. Este idílico panorama no traslada la verdadera cara de la realidad. Y es que, indagando en el Índice, de los seis dominios que estudia (Trabajo, Dinero, Conocimiento, Tiempo, Poder y Salud), la peor nota se obtiene en dinero, referido a los "recursos financieros" y la "situación económica". Se está, entonces, a 4,3 puntos por debajo de la media europea, y se desciende a ocupar la posición 17 por la cola, que es la que también nos corresponde en el dominio del trabajo, perdiendo cinco puestos con relación al año precedente.

España elabora la Encuesta de la Estructura Salarial del INE, a lo que está obligada por el Reglamento (CE) nº 530/1999 del Consejo de 9 de marzo de 1999 relativo a las estadísticas estructurales sobre ingresos y costes salariales, que reviste dos modalidades: la anual y la cuatrienal (EAES y EES). La primera para el año 2022³ fijaba el salario bruto medio del conjunto de las mujeres ocupadas era un 17% más bajo que el de los hombres, correspondiéndole un salario medio anual a ellas de 24.359,82 euros y a ellos de 29.381,84 euros, al tiempo la ganancia media por hora alcanzó los 16,9 euros para las mujeres, suponiendo un 95,1% del de los hombres con 17,7 euros.

Pero los datos son contradictorios, pues si se traen a colación los de Eurostat 2022⁴, la diferencia entre el salario medio por hora percibido por los hombres y el percibido por las mujeres era en la Eurozona de 13,1%, mientras que en España se reducía a un 8,7%, obteniendo Alemania un 17,7% y Francia un 13,9%.

Todo lo cual nos revela que la reducción de la brecha por razón de sexo ha sido mayor y más intensa en España, tal vez porque arrancábamos de una peor situación. Pese a lo cual persisten las diferencias entre salarios brutos medios para los dos sexos. Son factores que las justifican: el tipo de jornada, la modalidad contractual, el sector de actividad y el tipo de ocupación.

Así, en las modalidades contractuales las diferencias salariales son más altas en los contratos de duración

³ <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/avEES2022.htm>

⁴ <https://ec.europa.eu/eurostat>

indefinida (19,9%) que en los contratos temporales (5,2%); en los contratos a tiempo parcial (9,6%) que en los a tiempo completo (8,3%); y en los sectores Servicios (18,8%) e Industria (18%).

Todo ello porque la brecha por razón de sexo no es una y monolítica. Encierra diferentes brechas que se agudizan o se remontan por diferentes razones. Así, la brecha en el mercado de trabajo, en el Sistema de Seguridad Social, en la economía, en la educación, en la política y en la salud, aunque todas tienen en común los roles de género aceptados socialmente como válidos que visionan a la mujer de forma estereotipada y la identifican con el desempeño de funciones de cuidadora.

3. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LOS DATOS

Los datos por los que se determina la existencia y el alcance de la brecha proceden principalmente de las Encuestas de la Estructura Salarial del INE (EAES y EES). A su vez, éstas los extraen directamente de las cuentas de cotización y de los asalariados dados de alta en ellas, y son remitidos al INE por la Tesorería General de la Seguridad Social a 30 de septiembre del año en curso. Su objetivo es conocer la ganancia bruta anual clasificada en función de diferentes características del trabajador como el sexo, la edad, la ocupación, la actividad económica, etc.

La cobertura de la muestra comprende: 1º) el ámbito poblacional, es decir, todos los trabajadores por cuenta ajena afiliados a la Seguridad Social durante, al menos, dos meses completos por año uno de los cuales será octubre por considerarlo como el que presenta menos incidencias en el mercado laboral. 2º) El ámbito geográfico, que alcanza todo el territorio nacional con datos desagregados por Comunidades Autónomas. Y 3º) el ámbito sectorial, que se extiende a los tres grandes sectores de industria, construcción y servicios, pero excluye las actividades agrícolas, ganaderas, pesqueras, y el trabajo doméstico y, de forma parcial, la Administración pública, ya que los datos se refieren exclusivamente a los empleados públicos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

En cuanto a cuáles son los conceptos dinerarios estudiados, se refiere a todas las percepciones provenientes del empresario, pese a que la terminología empleada: "percepciones o ganancias salariales", tanto en dinero como en especie, sea imprecisa -mejor usar "percepciones o ganancias retributivas"- . Esas percepciones se toman en su valor bruto anual o en el que corresponde a la hora de trabajo a fin de fiscalizar el trabajo a tiempo parcial.

Por lo que se refiere a los trabajadores del sector agrario y pesquero, sus datos se extraen de la Encuesta de Población Activa⁵ y se contraponen a los del Servicio Público de Empleo Estatal en lo relativo al empleo y al paro. Por su parte, los datos del servicio doméstico proceden de las Estadísticas de afiliación de trabajadores a la Seguridad Social⁶.

Como se puede comprobar, de ninguno de estos instrumentos se obtienen datos evidentes y directos sobre los trabajadores de alta dirección, o las personas que ostentan puestos en los órganos de dirección de las empresas o en los de las entidades del sector público, entendiéndose por tal el definido en el art. 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Sobre los defectos de las encuestas, la clave no está exclusivamente en la procedencia de los datos, sino en cómo se utilizan éstos, toda vez que se antojan más ajustadas las que aplican un módulo de cálculo por hora de trabajo y no ajustadas las que utilicen como módulo de cálculo los salarios brutos anuales medios. La razón de esto estriba en que con tal módulo no se plasman las diferencias entre distintos colectivos y actividades, habida cuenta de que una característica de las funciones de distribución salarial radica en concentrar muchos más trabajadores en las retribuciones con valores bajos que en las que cuentan con valores más elevados. Expresado de otra manera: pocos son los trabajadores con salarios muy altos, pero elevan notablemente el salario medio de la plantilla. Consecuencia de lo anterior es que las encuestas que manejan los salarios

⁵ <https://www.ine.es/dynqgs/Prensa/EPA4T23.htm>

⁶ <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas>

medios darán una brecha retributiva más reducida que se acudiesen al salario mediano o al salario más frecuente (salario modal).

Pues bien, se ubican en el grupo de encuestas ajustadas, las Encuestas de la Estructura Salarial del INE (EAES y EES) que reportan datos de alta fiabilidad resultado de analizar justamente la brecha retributiva ajustada, o sea, de medir a través de un análisis de regresión la diferencia en los salarios entre mujeres y hombres después de valorar los factores condicionantes de la remuneración, como el puesto de trabajo, la formación y la experiencia; miden si se ofrece a mujeres y hombres una remuneración igual por un trabajo igual o sustancialmente similar, lo que se suele utilizar para demandas sobre discriminación o desigualdad salarial.

En cambio, la Encuesta de Población Activa sobre los datos de empleo y desempleo arroja una brecha de género no ajustada, esto es, mide la diferencia salarial media entre todos los hombres y mujeres de una empresa que puede resultar muy pequeña y no realista. Por ejemplo, si hay mujeres en los puestos de dirección, pese a ser pocas, sus retribuciones incrementan la retribución media de las mujeres de esa empresa y se disminuye el porcentaje de la brecha. Esto ocurre también con los Indicadores de Desarrollo Sostenible incluido en el Objetivo 5 (Igualdad de Género) difundidos por Eurostat; y con la Estrategia Europea de Empleo (EES) para lograr igual tratamiento de hombres y mujeres y evitar la discriminación por razón de sexo, edad, discapacidad, raza, religión, orientación sexual.

Con todo, los datos y su análisis sufrirán un cambio importante porque la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, establece un plazo máximo de transposición que se extingue el 7 de junio de 2026, fecha a partir de la cual los Estados Miembros asumen el compromiso de informar a la Comisión sobre la evaluación y el impacto de las medidas adoptadas en

empresas con menos de 250 trabajadores (art. 34) en materia retributiva.

4. SOBRE LA DISTINCIÓN JURÍDICA ENTRE DESIGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN Y SU REPERCUSIÓN EN LA BRECHA RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO

En la brecha retributiva, los datos analizados no criban las diferencias fundadas en la desigualdad de trato de las constitutivas de una discriminación. Si el objetivo de una encuesta es obtener información relevante sobre un grupo de interés -en este caso, el de las mujeres trabajadoras- para buscar soluciones al problema que no revela, la falta de este "insight" impedirá tratarlo en su origen. En otras palabras, las encuestas no están diseñadas para proyectar a través de su cuestionario la distinción jurídica desigualdad/discriminación que origina la brecha.

En efecto, decía RUBIO LLORENTE, que la igualdad "no es una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia puede ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada", se trata de "una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones"⁷. Entonces, la antítesis de la igualdad es la desigualdad, definida, según el art. 2.2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, como "diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo", por ejemplo, una acción positiva. Escudriña la licitud de la desigualdad la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 27/2004, de 4 marzo), exigiendo dos presupuestos: a) el de la "diferencia o desigualdad", esto es, que en la norma, práctica o acto cuestionado "se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas". b) El de "uniformidad o univocidad", en el sentido de que tienen que traerse a comparación "situaciones

⁷ Cfr. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1993), pág. 640.

subjetivas (...) efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso". Entrarían en este último concepto las desigualdades artificiosas o injustificadas en cuanto que tienen una simple apariencia de corrección jurídica⁸.

Por consiguiente, puede darse una desigualdad retributiva lícita cuando existe un criterio objetivo que la justifique; al tiempo que, para el caso contrario, con un comportamiento, decisión o práctica que deviniese por completo irracional o arbitraria; se trataría de una desigualdad ilícita que lesionaría el derecho a la igualdad de trato y para cuya corrección no se exige necesariamente «ni como fin ni como medio la paridad»⁹, sino el deparar el mismo trato o reacción jurídica a dos situaciones comparable iguales o equivalentes. Empero ello no debe confundirse con la discriminación en la que ese comportamiento, decisión o práctica no sólo es irracional o arbitrario, sino directamente malicioso o vejatorio por basarse en un criterio de diferenciación odioso, como lo es un rasgo, una condición, un estado o un atributo de una persona o una opción elemental que expresa sus libertades más básicas¹⁰.

Y esto trae causa de que la discriminación no es un mero trato diferente, una diferente retribución por trabajo de igual valor. Se necesita que la razón de la diferencia incida en «la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes»¹¹. Y esas condiciones o razones odiosas son en el ámbito laboral las enumeradas en el art. 14 CE, en el art. 17 ET y en el art. 2 Ley 15/2022.

⁸ Auto TC (pleno) 8/2019, de 12 febrero: «el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica».

⁹ STC 42/2020, de 9 marzo.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

5. DE LOS SUPUESTOS CONCRETOS DE DESIGUALDAD RETRIBUTIVA LÍCITA SEGÚN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Pártase de que la desigualdad retributiva para que sea lícita necesita la introducción de una diferencia de trato entre hombres y mujeres sostenida por un criterio o razón lógicas y objetivos y que, además, el resultado producido y el fin pretendido con ella supere el juicio de proporcionalidad, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

Tal ha ocurrido en determinados casos extraídos de la jurisprudencia ordinaria y de la doctrina judicial que se relacionan a continuación a simple modo ejemplificativo.

a) La aparente ilicitud de la comparación entre empleados de una misma empresa unos sometidos y otros excluidos del convenio colectivo¹². Una trabajadora, cuya clasificación profesional era la de mando intermedio como directora de recursos humanos, venía percibiendo desde su incorporación a la empresa demandada un complemento por cumplimiento de objetivos en cada ejercicio, que no le fue abonado en uno determinado por no haber sido evaluado su trabajo. En cambio, otros trabajadores (hombres y mujeres), realizando un mismo tipo de funciones que aquélla, disfrutaban de un nivel profesional superior a la categoría máxima prevista en el convenio colectivo, y habían percibido el complemento por cumplimiento de objetivos porque su trabajo fuera efectivamente evaluado. La desigualdad fue calificada como lícita porque los trabajadores con los que se comparaba la recurrente se encontraban fuera del ámbito de aplicación del convenio colectivo a raíz de la suscripción de ciertas cláusulas novatorias en sus contratos de trabajo que los transformaron en relaciones laborales especiales de alta dirección y los excluyeron del ámbito de aplicación del convenio colectivo.

En mi opinión, el fallo merece un reproche, toda vez que el canon "igual retribución por trabajo de igual valor" del art. 28.1 ET supone que la "naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas" o las "condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio [o] los

¹² STSJ Andalucía (Sevilla) de 1 junio 2021 (núm. rcud. 1676/2021).

factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad” sean equivalentes. Y en este caso lo eran.

b) La licitud (discutible) de la comparación entre un trabajador titular de un contrato común y un titular de la relación laboral especial de deportistas profesionales¹³. El Tribunal Supremo estimó lesionado el derecho a la igualdad de trato de esos deportistas, cuyos contratos cuentan con una duración obligatoriamente temporal (art. 6 del RD 1006/1985, de 26 junio), si a su término no les fuere abonada la indemnización por extinción del contrato de trabajo común y temporal prevista en el art. 49.1.c) ET. Y argumentó que “la pertenencia a un sector de actividad (aquí, el deporte) no puede justificar que la contratación temporal quede al margen de las garantías o derechos que poseen las personas con contrataciones de duración determinada en otros ámbitos funcionales”, evitándose con ello “injustificadas discriminaciones entre trabajadores temporales de tipo común y trabajadores temporales de tipo especial”.

Apréciase la aleatoriedad del órgano jurisdiccional al determinar los elementos que pueden ser sometidos a comparación por su similitud o identidad a los efectos de resolver si existe o no igualdad de trato. En el caso precedente no se tuvo a bien comparar el titular de un contrato de trabajo común con el titular de una relación laboral especial de alta dirección, mientras que se decide lo

¹³ SSTS de 14 de mayo de 2019 (núm. rcud. 3957/2016) y de 23 enero 2020 (núm. rcud. 2205/2017), que cambiaron la doctrina existente en sentido contrario y contenida en la STS de 21 marzo 2014 (núm. rcud. 61/2013). La nueva doctrina sobre la indemnización por término de contrato del deportista profesional se ubica en la senda de la iniciada por la STS de 20 diciembre 2016 (núm. rcud. 535/2015), que abordó el problema de un futbolista profesional que había cumplido treinta años y solicitaba una incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo. Partiendo de que en el fútbol de competición el cumplimiento de los treinta años comporta una edad suficiente para el abandono de la profesión, es irracional e ilógico que no se le conceda la prestación solicitada cuando “no existe norma alguna que [le] impida (...) el ejercicio de su profesión a la edad en el caso cuestionada” ni que establezca especialidad alguna en orden al acceso a este tipo de protección.

contrario cuando el otro elemento de comparación es una relación laboral especial de deportistas profesionales.

De nuevo, en mi opinión, la circunstancia de que no todos los deportistas profesionales tienen las mismas condiciones de trabajo convierte, en mi opinión, en inadecuado el criterio de comparación, de modo que la doctrina más acertada sería la de la STS de 26 marzo 2014¹⁴ que admitía esa indemnización para los deportistas con resultados más humildes, cuyos intereses se situaban entre la deseable estabilidad laboral y la imprescindible libertad contractual.

c) La licitud ajustada de la comparación entre trabajadores en función de su antigüedad. Se trata de una doble escala salarial que tiene en cuenta la fecha de ingreso en la empresa, si bien no como criterio único, lo que penaliza a las mujeres que se han incorporado masivamente a ella en momentos más recientes. La empresa remuneraba con un "salario de ingreso" a los trabajadores nóveles, salario por supuesto inferior al correspondiente para el desempeño de las mismas o de equivalentes actividades por los trabajadores veteranos. Era concorde la doble escala con el sistema de formación de la empresa que respondía a un modelo de organización del trabajo carente de jefe de equipo, cuyas funciones eran asumidas y repartidas entre todos los miembros de dicho equipo, conocedores del proceso productivo en su totalidad. Por eso, a los recién reclutados se les impone un itinerario formativo con distintas fases que deben superar en un determinado período de tiempo, variable en función de la valoración del puesto de trabajo. Durante ese proceso de formación perciben un salario menor -salario de ingreso-, transcurrido el cual sus retribuciones se igualan a las de los veteranos. El TS¹⁵ entendió que no se deparaba un trato peyorativo, injustificado o, incluso, vejatorio a los trabajadores noveles, incluso siendo mujeres, cuando ingresaban, puesto que la diferencia retributiva obedecía al tiempo diferente de capacitación funcional y de experiencia, debidamente acreditadas, de los veteranos.

¹⁴ Núm. rcud. 61/2013.

¹⁵ Sentencia de 29 octubre 2019 (núm. rcud. 92/2018).

Estimo que el elemento de comparación -trabajadores nóveles y trabajadores veteranos- es ajustado, por cuanto unos y otros pueden ser llamados al desempeño de unas mismas funciones en su respectiva clasificación profesional, y comparto que existe un criterio racional y objetivo que justifica la diferencia de trato. La desigualdad introducida pasaría probablemente por el canon de igualdad del art. 28 ET en cuanto que "las condiciones (...) profesionales (...) y los factores estrictamente relacionados con su desempeño (...)” no son equivalentes entre los trabajadores comparados.

6. DE LOS SUPUESTOS CONCRETOS DE DESIGUALDAD RETRIBUTIVA ILÍCITA SEGÚN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Consiste en el uso de un criterio en apariencia justificado, al tiempo que artificial, para fijar diferencias retributivas entre los empleados sin oponer a los de un sexo frente al otro.

Tal ha ocurrido en determinados casos extraídos de la jurisprudencia ordinaria y de la doctrina judicial que se relacionan a continuación a simple modo ejemplificativo.

a) El criterio del complemento de antigüedad. La cuestión conflictiva procede de la lejana Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Entre ellos, se encontraba el art. 25 ET, que establecía una promoción económica por antigüedad indisponible y que la hizo depender de los "términos fijados en el convenio colectivo o contrato individual". Desde ese momento, el que cupiese y quepa disponer de la percepción del complemento de antigüedad en particular a través de un convenio colectivo ni permitía ni permite que éste lo mantenga para unos con exclusión de otros; que cambie su denominación por otra si se continúa premiando a los trabajadores contratados por la entidad en función de su fecha de contratación¹⁶; o que, en definitiva, se introduzca un compromiso empresarial de adoptar medidas

¹⁶ STS de 18 mayo 2022 (núm. rcud. 47/2020).

de fomento del empleo¹⁷ no anudadas a la situación del empleo en la empresa en el momento de conservar una doble escala retributiva¹⁸.

En general, la nulidad de una cláusula así ha sido sancionada de todas las maneras posibles por la jurisprudencia¹⁹, la cual informó de las vías para evitarla. A saber: la supresión del complemento de antigüedad para todos; o el establecimiento de pautas de compensación o reequilibrio que aseguren la desaparición progresiva de la diferencia retributiva²⁰; o el respeto de los derechos adquiridos de los trabajadores veteranos de "forma estática"²¹.

Sin embargo, podría pasar el control de constitucionalidad la sustitución del antiguo complemento de antigüedad, incluso

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Se alude, por ejemplo, a los supuestos acreditados de crisis de empresa, en los que la modificación *in peius* del régimen retributivo para los trabajadores que se incorporen a ella venga acompañada de medidas de conversión de los contratos temporales en fijos. Al respecto, vid. SSTs de 12 noviembre 2002 (núm. rcud. 4334/2001) y 14 marzo 2006 (núm. rcud. 181/2004).

¹⁹ La doctrina empleada se sintetiza en la STS 17 noviembre 2020 (núm. rcud. 3068/18), pero puede seguirse su desarrollo a través de las SSTs de 17 y 18 junio 2010 (núm. rcuds. 148/2009 y 152/2009), 21 de octubre de 2014 (núm. rcud. 308/2013), 14 febrero 2017 (núm. rcud. 43/2016), 9 marzo 2017 (núm. rcud. 135/2016) y 28 noviembre 2018 (núm. rcud. 193/2015).

²⁰ Vid, especialmente, la STC 27/2004, de 4 de marzo.

²¹ La preterición de los complementos que sustituyen en los convenios colectivos al de antigüedad con carácter dinámico es reiterada. En la STS de 7 octubre 2020 (núm. rcud. 2865/2018) se afirma que: "No se trata por tanto de un complemento con una cuantía estable y consolidada, como se argumenta en la sentencia de contraste (<<... habiendo fijado estos nuevos convenios una nueva estructura salarial que no es doble y discriminatoria sino igual para todos los trabajadores, con independencia de que hubieren acordado respetar, manteniéndolas, las percepciones salariales consolidadas en virtud de una regulación anterior>>), sino que el complemento que solo percibe un grupo de trabajadores se va revalorizando anualmente e incluso incrementando en caso de ascensos de nivel, y con repercusión no únicamente en la cuantía salarial, sino también a efectos de prestaciones y mejoras de la acción protectora de la seguridad social pactadas en los convenios colectivos, sin que por parte de la empleadora, con posible reflejo en los hechos probados, se aporten indicios para intentar una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato en de unos u otros trabajadores en atención a la fecha de ingreso en la empresa" (f.d. 3º). Sobre el mismo supuesto de hecho, vid. SSTs de 7 octubre 2020 (núm. rcud. 3726/2018) y 8 febrero 2022 (núm. rcud. 4274/2019).

dinámico, por otro complemento equivalente para los trabajadores de nuevo ingreso si éste es a su vez dinámico. De suerte que en el futuro se igualase al complemento de antigüedad estático o dinámico de los trabajadores veteranos, cabría considerar lícita la inicial doble escala retributiva por cuanto se garantizaban pautas de compensación o reequilibrio que aseguraban la desaparición progresiva de la diferencia retributiva.

b) La diferencia retributiva basada en el ejercicio por el empresario de sus poderes de organización mediante la concesión de condiciones más beneficiosas adquiridas. La teoría general dictamina que es conforme a derecho que se disponga de la mejor retribución de un trabajador o de un grupo de trabajadores acompañada de su aceptación personal, siempre que: respete en las retribuciones de los otros los mínimos de derecho necesario establecidos por ley o por convenio colectivo²²; que la diferencia de trato se ampare en un criterio razonable y objetivo; y que no se fundamente en las categorías sospechosas de discriminación. Ahora bien, el criterio razonable y objetivo que justifica la diferencia de trato no es, según se ha señalado para otros supuestos, la fecha de ingreso en la empresa, salvo en situación de crisis y mientras no se remonta, o salvo que se acompañe de otros factores concomitantes. No supera, pues, el control de constitucionalidad una condición más beneficiosa adquirida en materia retributiva fundamentada en la exclusiva autonomía individual de la voluntad²³.

7. DE LOS SUPUESTOS CONCRETOS DE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA SEGÚN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Se traduce en las diferencias retributivas basadas exclusivamente en el sexo, bien sean directas, bien indirectas, o sea, en una condición personal innata que se utiliza como criterio de diferenciación particularmente odioso -no en una razón objetiva que justifique la desigualdad de trato-, por lo que se ataca el derecho a la no discriminación .

²² STS de 1 febrero 2017 (núm. rcud. 119/2916).

²³ STS de 25 noviembre 2020 (núm. rcud. 38/2019). Vid, argumentando lo contrario, la STSJ Galicia de 5 diciembre 2019 (núm. rcud. 5333/2019).

Tal ha ocurrido en determinados casos extraídos de la jurisprudencia ordinaria y de la doctrina judicial que se relacionan a continuación a simple modo ejemplificativo.

a) Complemento retributivo percibido en concepto de condición más beneficiosa adquirida. La empresa, que había abonado siempre en su integridad y con independencia del convenio colectivo de aplicación vigente en cada momento el importe de dos pagas y media extraordinarias a las trabajadoras que durante su devengo disfrutaban del permiso de maternidad, reduce en un momento determinado su importe en proporción al tiempo que durante dicho devengo se encontraron disfrutando del citado permiso. La aludida diferencia de trato carece de un criterio objetivo y razonable que la justifique, pues no lo es el dicho disfrute de los permisos tan vinculados a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; pero incurre, además, en una discriminación para las mujeres trabajadoras expresamente prohibida por el art. 14 CE -y también por el art. 17 ET y 2.1 Ley 15/2022-, habida cuenta que el art. 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, atribuye el rango de discriminación directa por razón de sexo "el trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad".

b) La reducción de la retribución de una trabajadora embarazada como consecuencia del cambio de puesto de trabajo en pro de la adaptación de las condiciones de la prestación de servicios a su estado. Adelantado queda que tal adaptación es exigida por el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, pero ello no puede suponer la minoración sin más y en lo general de sus retribuciones. Pues bien, hay que subrayar que la tutela deparada por nuestro ordenamiento jurídico ha superado en este extremo la propuesta por el Derecho de la UE. Con la sentencia del TJUE de 1 julio 2010, asunto Parviainen, se interpretaron los arts. 5.2 y 16.1 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, en el sentido de reconocer el derecho de la mujer a cambiar provisionalmente de puesto de trabajo a uno que se adapte

a sus circunstancias durante el embarazo o tras la maternidad o en el período de lactancia de su hijo, y a percibir su remuneración -se entiende básica-, no la íntegra (se excluyen determinados complementos inherentes al puesto de trabajo originario), cuando no fuese inferior a la de los trabajadores que ocupan un puesto como el suyo. Y con la STS de 24 enero 2017 se postula el enjuiciamiento de estos casos bajo el denominado "canon de integridad retributiva", o sea, que se ha de garantizar a la mujer la integridad retributiva, incluso si no se dan las circunstancias que generan el devengo de pluses, como medida para evitar o corregir determinadas brechas salariales por razón de sexo. No obstante, se aclara con relación a la compleja cuestión del pago de pluses que, por un lado, comprenderá la percepción de los conceptos retributivos funcionales, esto es, los vinculados al desempeño del puesto de trabajo originario; y, por el otro, que la forma de compensación consistirá en el pago de la diferencia entre el promedio ponderado del importe mensual que percibía y lo que percibe en el nuevo puesto con relación a los complementos funcionales por turnicidad, por nocturnidad, los reactivos, los de sábados, domingos y festivos y los de bocadillo.

8. SOBRE LAS BRECHAS DE LA BRECHA (SEXO, EDAD, MODALIDAD CONTRACTUAL, SECTOR DE ACTIVIDAD, COHESIÓN DE ACTIVIDAD)

Según Eurostat 2022 la brecha retributiva en perjuicio de las mujeres es más alta en los contratos de duración indefinida (19,9%) que en los contratos temporales (5,2%); en los contratos a tiempo parcial (9,6%) que en los a tiempo completo (8,3%); y en los sectores, Servicios (18,8%) e Industria (18%). La diferencia es abismal en el momento de la jubilación: el 33,13 %.

En la Encuesta de la estructura salarial anual del INE 2022²⁴, en cuanto al importe de las retribuciones en general, se subraya que en el 2021 dos millones de mujeres tuvieron un salario bruto mensual de 965 euros mensuales, aunque el porcentaje de mujeres que percibían como máximo el SMI,

²⁴ https://www.ine.es/prensa/ees_2021.pdf

descendió del 27,49 % en el 2021 al 25% en el 2022, lo que viene a ser una de cada cuatro mujeres, y en el caso de los hombres descendió 1,21 puntos y lo percibían uno de cada diez. 2.842.000 mujeres, el 35,34 % de las mujeres asalariadas cobraban cantidades inferiores al salario medio de las mujeres, 23.175,95 euros brutos anuales.

Mientras que la temporalidad discrimina de manera similar a ambos sexos, aunque siempre más a las mujeres en lo que a retribuciones salariales se refiere, la contratación indefinida aumenta la brecha salarial entre mujeres y hombres, acercándola al veinte por ciento. De media, una quinta parte menos del salario de los hombres es lo que reciben anualmente las mujeres con contrato indefinido.

Sobre la combinación entre edad y sexo, la misma Encuesta arroja datos ilustrativos sobre el agravamiento de la brecha en los extremos de edad: jóvenes y mayores. Las primeras se apartan de la media del resto de mujeres en un 17,73 % y en un 15 % de sus compañeros hombres. Todo ello a pesar de que en la franja de edad de 25 a 34 años ellas tienen un nivel de educación superior en un 54,4 % frente al 43,1 % de ellos, una diferencia de 11,3 puntos.

Las segundas con 65 años o más sufren una brecha del 27,73 %, a pesar de que constituye el único tramo de edad en que su presencia en el mercado de trabajo supera a la de los hombres, lo que se relaciona con sus mejores condiciones de salud.

En cuanto a la brecha y la modalidad contractual, la Encuesta precisa que dos millones de mujeres, una de cada cuatro con empleo lo hace con jornada a tiempo parcial, o sea, el 23,25 % de las mujeres frente al 6,70 % de los hombres. Pero los salarios de ellas se sitúan en torno a los 11.650,36 euros anuales y los de ellos ascienden a 12.888,85 euros anuales. Explica el Informe de UGT sobre el trabajo de la mujer 2023 que las razones del trabajo a tiempo parcial son varias: a) con carácter voluntario, la continuidad de los estudios, el cuidado de familiares, la enfermedad o incapacidad; y b) con carácter involuntario, el 52 % aducen no haber encontrado un trabajo a jornada completa. Repárese que el porcentaje de personas de 25 a 49 años que trabajan a tiempo parcial de manera involuntaria ha sido bastante más alto en España:

49,5% en mujeres y 64,2% en hombres, que en la Unión Europea: 19,6% y 33,4%, respectivamente.

En lo que atañe al sector de actividad, el Informe de UGT sobre el trabajo de la mujer 2023, apunta al de la hostelería como el que más se agudiza la brecha. El 56,80% de las mujeres lo hacen con jornada a tiempo parcial. Pero incluso las que cuentan con salarios más altos, que trabajan en el sector de actividades financieras y de seguros y en el suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado, reciben al año entre diez y doce mil euros menos que sus compañeros. Se exceptúa el sector de la industria extractiva con una brecha salarial en favor de las mujeres, pues un reducido grupo de ellas, 3.700, en su mayoría con jornada a tiempo completo, recibe una retribución media de 41.920 euros anuales, algo más de ocho mil euros al año que sus compañeros varones.

La formación también es un factor determinante de la brecha. Su falta condena a las mujeres al trabajo en los sectores de servicio doméstico, limpieza, preparación de alimentos y otros servicios esenciales, no alcanzando en ellos y de media el SMI. Los sectores de actividad feminizados arrastran a su vez una mayor brecha fruto de una combinación perfecta entre la infravaloración del trabajo y la prevalencia de la jornada a tiempo parcial, hasta un 30%. Según el Informe de las mujeres en el mercado de trabajo 2023 del Ministerio de Trabajo y Economía Social²⁵, el 49,6% de las mujeres activas en 2023 cuentan con estudios superiores, representando el 52,6% de los ocupados con nivel de estudios alto (52,6%), y sólo el 23,9% tiene un nivel de estudios bajo. La diferencia en la tasa de empleo se reduce entre personas con niveles formativos altos a 2 puntos, supera los 9 puntos en los niveles medios y alcanza los 18,1 puntos en los bajos. Datos estos que explicarían el porqué las mujeres desempeñan mayoritariamente puestos de trabajo vinculados a "actividades científicas y profesionales" (2.376.700 ocupadas, el 24,3% del total del empleo femenino) y a "servicios de restauración, personales, protección y

²⁵https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/situacion-mujeres/Mujeres-y-Mercado-de-Trabajo-2023.pdf

vendedores" (2.705.500 ocupadas, 27,6%). No obstante, esa mayor cualificación profesional no se refleja en los puestos directivos, en donde las mujeres suponen el 34,7%, pese a que hayan mejorado en 3,3 puntos los datos del 2015. En empleos contables, administrativos y otros empleados de oficina, el 67,5% son mujeres, mientras que, en la ocupación de artesanos y trabajadores cualificados de las industrias manufactureras y la construcción, llega a sólo el 8,2%.

En fin, la demografía juega un papel determinante en la brecha. Lo que se ha denominado falta de cohesión social o, lo que es igual, la fractura que sufre España entre el medio rural y el urbano y entre las diferentes Comunidades Autónomas es causa de diferencias retributivas. Las mujeres, en Extremadura, no llegan a los 20.000 euros brutos anuales lo que se opone a los más de 28.000 euros brutos anuales de Navarra, cifra ésta en la que se sitúa el salario medio de los hombres a nivel nacional. Las brechas salariales entre mujeres y hombres presentan una horquilla que va desde el 10,34 % en Canarias a los 23,21 % de Asturias. Solo seis Comunidades Autónomas en 2021 rebajaron su brecha salarial respecto a 2020 por debajo de la brecha media a nivel nacional: Canarias (10,34%), Extremadura (12,99%), Baleares (13,72%), Castilla La Mancha (15,03%), País Vasco (16,68%), Madrid (17,49%).

9. EJEMPLOS DEL IMPACTO DE LA BRECHA RETRIBUTIVA EN LA SEGURIDAD SOCIAL

El pasado 17 de abril de 2024 se ha alcanzado la cifra de diez millones noventa mujeres afiliadas a la Seguridad Social. En marzo, se registraron 9.896.150 afiliadas, 297.948 más que en el mismo mes de 2023, lo que revela que más de la mitad del empleo creado en el último año corresponde a mujeres: el 56,7%. Las mujeres suponen el 47,35% del conjunto de trabajadores, que es el nivel más alto de la serie. En el 2023, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, la afiliación entre las mujeres ha aumentado un 6,2%, frente al 1,2% del crecimiento del empleo masculino, y ya suponen el 36,8% del total.

Sin embargo, la brecha es mayor en las pensiones que entre las personas activas. De acuerdo con los datos suministrados

por el libro electrónico "Pensión mensual de la Seguridad Social"²⁶, que se encuentra en el Portal del Sistema, en el 2023 1118,98 en 2023 la media de las pensiones fue de 1.254,34 euros mensuales, correspondiendo a los hombres una media de 1.509,47 euros mensuales, y disminuyendo para las mujeres a 1.025,11 euros mensuales. Adviértase que esa brecha se agudiza en la pensión de jubilación, cuya media fue de 1.441,50 euros mensuales, que al desagregarse por sexo atribuye a los varones una media de 1.652,87 euros mensuales, y minoriza la de las mujeres a 1.137,66 euros mensuales; y la padecen los varones frente a las mujeres, como es lógico, en la pensión de viudedad, cuya media mensual fue de 896,21 euros, resultando más elevada para las mujeres -por ser causada por sus maridos o compañeros en las parejas de hecho-, que alcanzó los 922,76 euros frente a la de los varones -causada a su vez por sus mujeres o compañeras en las parejas de hecho- de sólo 619,55 euros. Sobre las causas de esta brecha en el ámbito de la Seguridad Social se volverá en la cuestión décima. Lo que aquí interesa es simplemente mencionar algunas medidas de corte legal o jurisprudencial que intentan reducirla.

a) El complemento para la reducción de la brecha de género (art. 58 LGSS), que sustituye al antiguo complemento por maternidad (art. 60 LGSS introducido por la Ley 48/2015), y sobreviene en las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad a partir del primer hijo (natural o adoptado). A pesar de que por la tutela del derecho de igualdad de trato pueden acceder al complemento hombres y mujeres tras los argumentos esbozados por el TJUE en el asunto Sr. Wa contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social²⁷, el que se reconozca por la tenencia de un único hijo

²⁶https://www.seq-social.es/wps/wcm/connect/wss/43c4ab2e-fdf3-4345-bd08-b97862caf1de/202405_LIBRO+DE+PENSIONES+mayo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_81D21J401P5L40QTIT61G41000-43c4ab2e-fdf3-4345-bd08-b97862caf1de-o.d1qnx

²⁷ Sentencia de 12 diciembre 2019 (C-450/18). El incumplimiento de la doctrina de esta sentencia por las entidades gestoras responsables de la Seguridad Social propició la formulación de un segundo fallo contenido en la STUE de 14 septiembre 2023 (C-113/22), en donde se ordena a la autoridad competente indemnizar hasta "compensar íntegramente los perjuicios

y que su cuantía sea fija impide que resulten premiados los que cuentan con un mayor poder adquisitivo y un mayor número de hijos, algo que con el derogado complemento por maternidad se potenciaba.

b) La pensión de jubilación anticipada y el servicio social femenino obligatorio. Con la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, cuyo art. 1, seis ha modificado a su vez los arts. 207.1.c) y 208.1.b) LGSS con el objeto de que se compute, como período cotizado, el tiempo correspondiente al “servicio social femenino obligatorio” hasta el límite máximo de un año. De esta forma, el legislador equipara el servicio social de la mujer al servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria, erradicando una diferencia de trato que carecía de justificación alguna. Esta discriminación por razón de sexo había sido previamente advertida por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 febrero 2020²⁸, y, en la práctica, venía corrigiéndose por el INSS para lo cual había elaborado su Criterio de Gestión 3/2020, de 18 de febrero²⁹.

Desafortunadamente se corrige lo menos trascendente y no lo más. Véanse dos ejemplos: 1º) el período de carencia genérico de la pensión de jubilación parcial anticipada forzosa se sitúa en treinta y tres años [art. 215.2.d) LGSS], independientemente del sexo del solicitante y a sabiendas de que las mujeres muestran carreras profesionales de cotización más cortas y de cuantía menor que las de los varones. Y 2º) las cláusulas de jubilación forzosa recogidas en los convenios colectivos según lo establecido por la disposición adicional décima del ET pueden rebajar la edad exigida a la mujer trabajadora por debajo de los 68 años - entendemos que hasta la edad ordinaria de jubilación (65 o

efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación” del varón al que tales entidades le denegaron la percepción del complemento por maternidad tras ser declarado discriminatorio en el 2019.

²⁸ Núm. rcud. 3801/2017.

²⁹ <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/83e5fb06-0b21-45ba-a00e-e18161136e18/CRITERIO+DE+GESTION+3-2020.pdf?MOD=AJPERES>

67 años, en función de cuál sea la concreta carrera de cotización)- cuando la empresa se enclave en alguna de "las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio" en donde haya una clara infrarrepresentación femenina, esto es, inferior al 20%. Una medida que se antoja cicatera toda vez que en el dato de la infrarrepresentación debe consignarse en el correspondiente diagnóstico del plan de igualdad [art. 7.1.g) Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro] y acompasarlo de las medidas que intentarán corregirla, razón por la cual debería haber sido la empresa, y no un sector funcional, el ámbito para determinar esa infrarrepresentación.

Al margen de las medidas para la reducción de la brecha de género en la Seguridad Social, no puedo dejar esta ocasión sin recordar una regla directamente discriminatoria por razón de sexo: me refiero a los requisitos de acceso a la pensión en favor de familiares contenidos en el art. 22.1.2) de la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, al que implícitamente se remite el art. 226.3 LGSS. En él se exige a la mujer solicitante que sea la madre o la abuela del causante y su estado civil el de soltera, viuda o casada siempre que su marido se halle incapacitado para el trabajo. En cambio, al varón, además de que asimismo ostente el parentesco de padre o abuelo del causante y haya cumplido sesenta años o se encuentre incapacitado para el trabajo, nada se le demanda sobre su estado civil.

10. REFLEXIÓN FINAL

Si buscamos las causas jurídico-económicas de la brecha retributiva por razón de sexo, cabría reconducirlas a tres. La primera estriba en el mayor precio del trabajo masculino, o sea, que los varones reciben una retribución más elevada por el desempeño de igual trabajo que el de una mujer, lo que enlaza con que los sectores funcionales con mejores retribuciones están masculinizados.

Una segunda atañe a la calidad del empleo, de modo que el contrato a tiempo parcial y, hasta la reforma de 2021, los contratos temporales del derogado art. 15 ET, eran mayoritarios entre las mujeres. Esta mala calidad del empleo se ceba con las mujeres con niveles de estudios bajos que prestan servicios principalmente en sectores tales como la hostelería y los cuidados. Por su relevancia, se insiste en que la diferencia en la tasa de empleo se reduce a 2 puntos entre personas con niveles formativos altos, supera los 9 puntos en los niveles medios y alcanza los 18,1 puntos en los bajos.

La tercera se conecta con el tradicional rol de género atribuido a las mujeres. Han sido ellas las que han sufrido más interrupciones en su carrera profesional por la toma de medidas de conciliación de la vida personal y laboral (permisos, reducciones de jornada, excedencias, etc.). Con ello se ha debilitado su carrera de cotización, pues cuentan con lagunas o períodos sin cotizar o con infra cotizaciones resultantes del trabajo a tiempo parcial. La encuesta del INE 2024 nos revela que en 2022 un 21,3% de las mujeres tenían una jornada parcial para la atención de las cargas familiares, mientras que el porcentaje de hombres era de un 4,9.

La corrección de la brecha desde un punto de vista jurídico cuenta en este momento con un instrumento esencial: el registro retributivo previsto en el art. 28 ET y el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Su carácter universal en cuanto que se exige a todas las empresas constituye su principal garantía, no en vano otros instrumentos jurídicos de diseño e implantación contemporáneos restringen su eficacia por demandar una determinada plantilla, siendo el caso del plan de igualdad y de la auditoría retributiva.

En él se registrarán tomando valores anuales: el salario total, el salario base, los complementos salariales, las percepciones extrasalariales, y las percepciones por horas extraordinarias y por horas complementarias, desglosados por cada grupo profesional, nivel y puesto, y desagregado por sexos. Deberán figurar, además, la media de las retribuciones y la mediana.

La herramienta del Ministerio, por una parte, permite la aproximación a la verdad real, ya que las diferencias

retributivas que se extraerán de él a los efectos de verificar el cumplimiento de los derechos a la igualdad de trato y a la no discriminación serán las causadas por desigualdades ilícitas y discriminaciones. Por la otra, dará resultados sobre una brecha retributiva ajustada pues debe reflejar las medias aritméticas y medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, aunque pertenezcan a diferentes clasificaciones profesionales, desglosados por sexo.

El pago justo e igualitario del trabajo garantiza la estabilidad de la carrera de cotización de cara a la percepción futura de las pensiones y asegura que la cuantía de ellas se encuentre a la par que las de los varones.

Otras medidas de corte socioeconómico coadyuvan a la mentada corrección de la brecha retributiva. Se insiste, en el ámbito de la educación, de fomentar el incremento de mujeres en las carreras STEM para que elaboren sin sesgos los programas informáticos que analizan la brecha. Y en el de la economía, la relevante subida del salario mínimo interprofesional. El Informe de la brecha salarial 2024 de UGT³⁰ nos explica que la brecha salarial disminuye lentamente acompañada con la indicada subida de aquél. Así, se ha situado en el 2019 en 19,5 puntos, en el 2020 en 18,72 puntos y en el 2021 en 18,36 puntos, datos esperanzadores si se comparan, por ejemplo, con los 22,44 puntos de diferencia del año 2010.

A la espera de la transposición completa de la citada la Directiva (UE) 2023/970, se nos asoman algunas de sus medidas de las que pueden salir los mejores augurios. Tal es el caso del control retributivo del personal directivo; el cambio de umbrales de la brecha retributiva que deja el 25% y pasa al 5%; el que no quepa tasar las indemnizaciones por incumplimiento del derecho a la igualdad retributiva, de suerte que se pone en duda la práctica procesal extendida de utilizar como baremo de esos daños las sanciones previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social; o la ampliación del plazo de prescripción para el reconocimiento

³⁰<https://www.ugt.es/sites/default/files/informe%20brecha%20salarial%202024.pdf>

del derecho y de la correspondiente reclamación de cantidad, al menos, a tres años.

En fin, insisto en que debiera aproximarse la realidad a las palabras ya lejanas de John F. Kennedy: "Yo no digo que todos sean iguales en su habilidad, carácter o motivaciones, pero sí afirmo que debieran ser iguales en su oportunidad para desarrollar el propio carácter, su motivación y sus habilidades".