

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LAS DOBLES ESCALAS SALARIALES

Adrián Todolí Signes

*Investigador en formación del programa «Atracció al talent».
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia*

EXTRACTO

Este estudio pretende analizar los diferentes criterios utilizados por el Tribunal Supremo como justificantes de una doble escala salarial. Desde un principio este tribunal dejó claro que la fecha de ingreso en la empresa por sí sola no podría justificar una diferencia salarial, pero a partir de ahí comenzó a establecer criterios que, en caso de cumplirse, sí permitían diferencias salariales, algunos de ellos objeto de crítica en este trabajo. En efecto, la defensa de la autonomía colectiva que realizan los tribunales en esta materia ha dejado en entredicho la máxima derivada del principio de igualdad de igual salario a trabajo de igual valor, algo que merece una reevaluación tal y como se concluye en este estudio.

Palabras claves: dobles escalas salariales, principio de igualdad y negociación colectiva.

Fecha de entrada: 27-11-2014 / Fecha de aceptación: 24-01-2015

THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND DOUBLE SALARY SCALES

Adrián Todolí Signes

ABSTRACT

This study aims to analyze the different criteria used by the Supreme Court as evidence of a double salary scale. From the outset the court made clear that the date of entry into the company alone could not justify a salary gap, but from there began to establish criteria that, if met, did allow salary differences, some object critical in this work. Indeed, the defense of collective autonomy made by courts in this matter has been left between said maximum derived from the principle of equal pay for equal work of equal value, something that deserves a reevaluation just as concluded in this study.

Keywords: double salary scales, principle of equality and collective bargaining.

Sumario

- I. El estado de la cuestión
- II. Las causas admitidas por el Tribunal Supremo para aceptar una doble escala salarial en su-
puestos vinculados a la fecha de ingreso en la empresa
 1. Los derechos adquiridos, los derechos consolidados o las condiciones más beneficio-
sas del convenio anterior
 2. Las fusiones entre empresas
 3. Los compromisos sobre el empleo
 4. Las crisis empresariales sufridas por unos trabajadores y no por otros
- III. Las causas admitidas por el Tribunal Supremo para aceptar una doble escala salarial en su-
puestos aparentemente vinculados a la antigüedad
- IV. Valoración global

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El tema de la doble escala salarial ha sido una cuestión en permanente debate. Durante muchos años el Tribunal Supremo estuvo dictando sentencias al respecto y la doctrina comentando estas resoluciones. Mucha tinta ha corrido sobre la cuestión llegando como mejor conclusión a que había que estar y pasar por el caso concreto, siendo muy difícil establecer principios inamovibles al respecto¹.

Pasados unos años es momento de preguntarse si estas pautas son las adecuadas con objeto de proteger el principio de igualdad y el derecho a la negociación colectiva, los cuales son, de acuerdo con el Tribunal Constitucional ([STC 27/2004, de 4 de marzo](#)), los dos derechos constitucionales a ponderar. Sobre todo a la vista de una posible salida de la crisis y de nuevas contrataciones donde la negociación de las dobles escalas salariales puede ser de nuevo utilizada.

La doble escala salarial ha sido definida como la desigualdad retributiva fundada en la fecha de ingreso en la empresa². Así pues, se ha considerado que esta desigualdad puede ser atentatoria contra el principio de igualdad o contra la prohibición de discriminación. Sobre la segunda, el Tribunal Constitucional ha dictaminado que el artículo 14 de la [Constitución Española](#) (CE) solo protege contra discriminaciones allí tasadas, es decir, por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, descartando que el trato desigual derivado de la fecha de ingreso en la empresa pueda ser considerado trato discriminatorio³.

¹ En consecuencia, parte de la doctrina ha considerado que era una cuestión que difícilmente puede considerarse cerrada, *vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La aplicación práctica del principio de igualdad. Algunos pronunciamientos recientes», en AA. VV. (DE LA VILLA GIL), *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003; LUELMO MILLÁN, M. A.: «La doble escala salarial en la negociación colectiva», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2005, pág. 7 (BIB 2005/1144).

² SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Legitimidad de las dobles escalas salariales en función de la antigüedad o fecha de ingreso a la empresa», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. III, 1997, pág. 1 (BIB 1997/839).

³ Esta prohibición viene dada por razones históricas que han estado ligadas a formas de opresión y de segregación o porque resultan incompatibles con determinados valores constitucionales como son las citadas en la propia Constitución pero, además de ellas, por razón de condición social, afiliación sindical, lengua, parentesco, discapacidad. *Vid.*, por todas, la [STC 27/2004, de 4 de marzo](#) y las SSTs de [18 de diciembre de 1997](#) (rec. núm. 175/1997); [17 de mayo de 2000](#) (rec. núm. 4500/1999); [12 de noviembre de 2002](#) (rec. núm. 4334/2001) y [24 de noviembre de 2005](#) (rec. núm. 110/2004). En la doctrina, *vid.* RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La cuestión de la doble escala salarial un análisis jurisprudencial», *Revista Actualidad Laboral*, núm. 12, 2007, pág. 1.409.

En cuanto al principio de igualdad, este tribunal reconoce que, derivado del poder normativo del convenio colectivo estatutario, este debe respetar el principio de igualdad en sus preceptos⁴. A pesar de ello, por su propia naturaleza, el sistema de negociación colectiva, en general, implica falta de igualdad puesto que cada ámbito negocial podrá establecer sus propios derechos y obligaciones diferentes de los otros convenios⁵ y, a su vez, dentro de un mismo convenio, este regulará diferencias entre los trabajadores, dependiendo de su grupo profesional, funciones en la empresa, etc.

A partir de ahí, derivado de la naturaleza del convenio colectivo, se deduce que el principio de igualdad no es absoluto en su aplicación. Por ello, establece el Tribunal Constitucional que la desigualdad de trato se produce entre trabajadores que se encuentran en una misma situación de hecho y no simplemente entre colectivos que, aun perteneciendo a la misma entidad, realizan funciones distintas o poseen diversa caracterización profesional⁶. Es decir, la igualdad como derecho será exigible cuando exista una identidad sustancial entre situaciones comparadas y cuando el tratamiento distinto de situaciones iguales comporte una consecuencia jurídica injustificada⁷.

De esta manera, el primer requisito para la aplicación del principio de igualdad será que exista una desigualdad de trato en una misma situación de hecho. Sumado a ello, esa desigualdad debe ser injustificada para considerar que esta atenta contra el principio de igualdad, ya que no toda desigualdad, incluso aplicada a situaciones de hecho idénticas, se puede considerar vulneradora de este principio. De esta manera, se establecen dos juicios para evaluar una desigualdad⁸:

El primero es un juicio causal o finalista, por el cual se debe analizar si la causa de esta es objetiva y razonable o, por el contrario, es subjetiva y arbitraria, aceptándose solamente aquellas

⁴ SSTC 177/1988 de 10 de octubre (FJ 4) y 119/2002 de 20 de mayo (FJ 6). A pesar de estas afirmaciones del máximo tribunal garante de los derechos fundamentales, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha afirmado que el convenio colectivo no está obligado a respetar el principio de igualdad, *vid.* STS de 31 de octubre de 2001 (rec. núm. 1163/2001) brevemente comentada por RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La cuestión de la doble escala salarial un análisis jurisprudencial», *op. cit.*, pág. 1410.

⁵ En este sentido, ATC 643/1986 de 23 de julio y STC 177/1988 de 10 de octubre de 1988.

⁶ SSTC 171/1989 de 19 de octubre y 27/2004 de 4 de marzo. Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) establece que para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable. *Vid.* STJUE (Sala Tercera) de 28 de febrero de 2013 (caso *Margaret Kenny*). Así pues, se debe evaluar en conjunto a la hora de establecer una misma situación de hecho o para comparar trabajos del mismo valor.

⁷ LUELMO MILLÁN, M. A.: «La doble escala salarial en la negociación colectiva», *op. cit.*, pág. 13.

⁸ FALGUERA BARÓ, M. A.: «Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de la fecha de ingresos surgidos de la autonomía colectiva», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, 2003, pág. 125.

razones que estén «fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados».

En segundo lugar, debe realizarse un juicio de adecuación o proporcionalidad, aceptando solamente aquellas desigualdades en las que existe una adecuación entre los fines perseguidos y los resultados gravosos producidos a los afectados, es decir, que exista proporcionalidad entre la medida adoptada y el resultado que esta produce⁹.

Además, el Tribunal Constitucional entiende que la autonomía de la voluntad derivada del derecho a la negociación colectiva reduce el alcance del principio de igualdad en su adaptación al convenio colectivo, estableciendo que habrá de aplicarse «matizadamente»¹⁰. Con esto se realiza una ponderación de derechos fundamentales entre los que, por una parte, se encuentra el mandato constitucional a los representantes de los trabajadores para defender los intereses generales de los trabajadores, observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una negociación desviada llega a provocar en perjuicio de sus representados¹¹ y, por otra, el mandato de la igualdad¹².

De acuerdo con esta doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de igualdad no debe impedir el derecho a la negociación colectiva y el derecho de los representantes de los trabajadores a establecer la estrategia que consideren más oportuna para la defensa de los intereses de sus representados, permitiendo con ello un margen de maniobra mayor para las desigualdades que el que tendría el legislador en la elaboración de las leyes. Margen de maniobra que se acabará aplicando por la jurisprudencia en el análisis de la proporcionalidad que se debe realizar a toda desigualdad. Por esta razón, esta aplicación «matizada» del principio de igualdad no es un criterio en sí mismo, sino que es utilizado para evaluar la proporcionalidad de las medidas y, con ello, para permitir mayor flexibilidad en el juicio de adecuación entre las medidas y los resultados gravosos para la parte que sufre la desigualdad.

⁹ Nótese que el TC ya asume que siempre que existe una desigualdad entre situaciones de hecho idénticas va a existir una parte perjudicada, por lo que el tribunal con el establecimiento de estos dos juicios busca la existencia de una razón objetiva y suficiente para ese daño y que los fines perseguidos por esa medida justifiquen que una parte deba sufrir al agravio de la desigualdad. Es decir, en ningún momento se establece que la desigualdad será justificada cuando no existan perjuicios para ninguna de las dos partes o cuando se repare el daño provocado por la desigualdad mediante otras medias, los cuales serían criterios que el tribunal podría haber adoptado. Por el contrario, se decanta por entender suficiente establecer una relación entre medios y fin adoptando el criterio de que mientras el fin justifique la medida, la parte afectada deberá soportar el daño de la desigualdad.

¹⁰ SSTC 177/1988 de 10 de octubre (FJ 4), 171/1989 de 19 de octubre (FJ 1), [2/1998 de 12 de enero](#) (FJ 2) y [27/2004 de 4 de marzo](#).

¹¹ [STC 119/2002 de 20 de mayo](#) (FJ 6).

¹² [STC 27/2004 de 4 de marzo](#).

Derivado de este doble juicio, se ha entendido por la jurisprudencia que la desigualdad por razón de la fecha de ingreso en la empresa no es motivo suficiente para aceptar una desigualdad retributiva, sino que establecer una diferencia de retribución por un dato tan «inconsistente» como es la fecha de contratación rompe el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores sobre los que se quiebra el principio de igualdad, pero añade el Tribunal Supremo «si no existe una justificación suficiente que dé razón a esta desigualdad»¹³. De este modo, es fácilmente observable que es necesaria una razón «extra» que justifique una doble escala salarial puesto que no es posible establecer una desigualdad retributiva solamente con fundamento en la fecha de ingreso en la empresa.

En fin, la dogmática asentada respecto al principio de igualdad en el convenio colectivo es clara y uniforme en la doctrina judicial, por la cual se establecen unos principios generales abstractos que los tribunales deberán aplicar y analizar en el caso concreto¹⁴. Estableciendo que será necesario que se prueben razones adicionales diferentes a la fecha de ingreso en la empresa, para justificar un tratamiento desigual en la retribución establecida por el convenio colectivo estatutario. Motivos que deberán ser objetivos, razonables y también proporcionados.

Aquí es donde comienzan las discrepancias, puesto que lo que para un tribunal puede ser objetivo y razonable, puede no serlo para otro, lo que en un caso puede entenderse razón suficiente para aceptar una doble escala salarial puede no serlo en otro. Incluso en el mismo tribunal, con base en el principio de proporcionalidad, medidas muy similares pueden conducir a soluciones contrarias¹⁵.

Así pues, se pasa ahora a analizar una por una las causas adicionales a la fecha de ingreso que el Tribunal Supremo, aplicando la dogmática que se acaba de señalar, ha considerado suficientemente objetivas, razonables y proporcionadas para permitir una doble escala salarial.

¹³ SSTs de 22 de enero de 1996 (rec. núm. 523/1995), 18 de diciembre de 1997 (rec. núm. 175/1997), 3 de octubre de 2000 (rec. núm. 4611/1999), 17 de junio de 2002 (rec. núm. 1253/2001), 25 de julio de 2002 (rec. núm. 1281/2001), 20 de septiembre de 2002 (rec. núm. 1283/2001), 7 de octubre de 2002 (rec. núm. 1213/2001), 12 de noviembre de 2002 (rec. núm. 4334/2001), 21 de enero de 2004 (rec. núm. 94/2003), 23 de marzo de 2005 (rec. núm. 2/2004), 6 de noviembre de 2007 (rec. núm. 2809/2006), 22 de enero de 2008 (rec. núm. 4700/2006), 15 junio de 2008 (rec. núm. 45/2007), 17 de julio de 2008 (rec. núm. 4315/2007).

¹⁴ PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: «Las dobles escalas salariales como medida de fomento del empleo: la necesidad de una aplicación estricta del principio de proporcionalidad», en *Desempleo: XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, pág. 369.

¹⁵ Para ver ejemplos de posturas claramente diferentes para supuestos enjuiciados muy similares consultar RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La cuestión de la doble escala salarial un análisis jurisprudencial», *op. cit.*, pág. 1.411.

II. LAS CAUSAS ADMITIDAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA ACEPTAR UNA DOBLE ESCALA SALARIAL EN SUPUESTOS VINCULADOS A LA FECHA DE INGRESO EN LA EMPRESA

1. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, LOS DERECHOS CONSOLIDADOS O LAS CONDICIONES MÁS BENEFICIOSAS DEL CONVENIO ANTERIOR

Este motivo para justificar la doble escala salarial, de acuerdo con la doctrina, es el elemento adicional más importante para la jurisprudencia en orden a justificar una doble escala salarial¹⁶. Probablemente esto sea debido a que este fundamento es establecido por el propio Tribunal Constitucional en su [Sentencia 27/2004, de 4 de marzo](#), al dictaminar que lo que es reprochable desde la perspectiva del derecho a la igualdad es que se establezca una valoración de la antigüedad para el futuro de modo distinto para dos colectivos de trabajadores y que se haga exclusivamente en función de la fecha de su ingreso en la empresa *sin perjuicio de que se respeten las percepciones consolidadas*. Así pues, con esta afirmación el Alto Tribunal acepta que se respeten las percepciones consolidadas por los trabajadores que actualmente se encuentren en la empresa, permitiendo con ello que estos tengan mejor salario que sus compañeros de nuevo ingreso, los cuales solamente percibirían lo establecido en el nuevo convenio reformado *in peius*.

La pregunta que surge en este punto es la de qué se consideran «percepciones consolidadas» y cuál puede ser su eficacia. Una primera posibilidad es que se refieran a la existencia de una posible condición más beneficiosa cuyo origen sería el convenio colectivo y que justificaría el mantenimiento de esta condición para aquellos trabajadores que venían disfrutándola pero no para los nuevos trabajadores que nunca la gozaron. A este respecto solamente recordar que una condición más beneficiosa nunca puede nacer de un convenio colectivo de eficacia jurídica normativa. La propia naturaleza de estas condiciones obliga a que sean siempre de origen contractual. Por ello, no puede existir nunca una condición más beneficiosa nacida de un convenio colectivo estatutario, ni tampoco puede esta justificar un trato desigual entre trabajadores¹⁷.

¹⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Jurisprudencia sobre dobles escalas salariales fijadas por la fecha de entrada en la empresa», *Información Laboral*. Jurisprudencia, núm. 5, 2007, pág. 4.

¹⁷ En el mismo sentido DESDENTADO BONETE A.: «Negociación colectiva y Poder Judicial», en *Veinte años de Negociación Colectiva: De la regulación legal a la experiencia negocial*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pág. 127; GUALDA ALCALÁ, F.: «Una aproximación a la reciente doctrina constitucional sobre la doble escala salarial», *Revista de Derecho Social*, núm. 20, 2002, pág. 89; FALGUERA BARÓ, M. A.: «Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de la fecha de ingresos surgidos de la autonomía colectiva», *op. cit.*, pág. 146. A pesar de que esta afirmación de que los convenios colectivos no pueden crear condiciones más beneficiosas parece ser unánime entre la doctrina, el Tribunal Supremo ha mantenido en alguna ocasión que el mantenimiento de condiciones más beneficiosas de origen convencional es justificación suficiente para una doble escala salarial; *vid.* al respecto las SSTs de [12 de noviembre de 2002](#) (rec. núm. 4334/2001) y [20 de noviembre de 1997](#) (rec. núm. 1673/1996).

En una línea muy parecida a la anterior se sitúan los derechos adquiridos. Estos son una figura creada por la negociación colectiva española y muy extendida¹⁸. Con algunas salvedades, muchos convenios colectivos añaden un artículo en el cual se establece lo siguiente: «Se respetarán los derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas, en cómputo anual, disfrutadas con anterioridad por los trabajadores en esta materia»¹⁹. Respecto a las «condiciones más beneficiosas» a las que se refiere esta cláusula debe entenderse que se respetarán las condiciones «contractualizadas», puesto que, como se ha dicho, el convenio colectivo por sí mismo no crea condiciones más beneficiosas.

Respecto a los «derechos adquiridos» cabe apuntar que el convenio colectivo nace con vocación de desaparecer, nace con un tiempo de vida determinado, y de la misma manera que no puede crear condiciones más beneficiosas, puesto que cuando el convenio deja de estar vigente los derechos desaparecen, tampoco puede crear derechos adquiridos, ya que estos derechos existirán solo durante la vigencia del convenio, pudiendo el nuevo convenio disponer de ellos como desee²⁰.

Así pues, este artículo típico de la negociación colectiva española sobre la salvaguarda de derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas debe interpretarse como la garantía de que el nuevo convenio colectivo no afectará a los derechos contractualizados, sea mediante la figura de la condición más beneficiosa o mediante la de los derechos adquiridos. En definitiva, esta cláusula solamente recuerda lo que de por sí la jurisprudencia, con base en el artículo 3.1 c) del [Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), viene admitiendo de forma unánime y es que el convenio colectivo no puede afectar a los derechos individuales, mientras estos sean superiores a los marcados por el convenio²¹, pero nada dice de crear una doble escala salarial de origen convencional.

A pesar de esto, el propio Tribunal Supremo, en [Sentencia de 14 de marzo de 2006](#)²², ha aceptado que estos derechos adquiridos sean justificación suficiente para admitir una doble esca-

¹⁸ CASTRO CONTE, A.: «Las desigualdades salariales en la actual negociación colectiva», *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 16, 2005, pág. 31 (BIB 1005/2433).

¹⁹ Artículo 14.6 del [XX Convenio colectivo para las sociedades cooperativas](#) de crédito (BOE 2 de agosto de 2012). Otros ejemplos de este tipo de cláusulas se puede encontrar en los artículos 5 del [Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas](#) (BOE 18 de mayo de 2012), 8 del [XVII Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos](#) (BOE de 25 de octubre de 2013), entre otros.

²⁰ «*El principio de irreversibilidad o intangibilidad del convenio colectivo ha sido abandonado legalmente*», SALA FRANCO, A.: «La negociación colectiva», en AA. VV., *Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 3.ª ed., 2013, pág. 643. En la jurisprudencia: [STS de 7 diciembre de 2006](#) (rec. núm. 122/2005).

²¹ [SSTS de 12 de mayo de 2008](#) (rec. núm. 111/2007), [26 de junio de 2012](#) (rec. núm. 238/2011), MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Ajustes salariales en el marco de la sucesión de convenios colectivos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 15, 2008 pág. 46 (BIB 2008/2608).

²² Recurso número 181/2004. En ella se establece que «en orden a que los convenios no pueden ser fuente de condiciones más beneficiosas (...) pues una cosa es consolidar una situación retributiva ya adquirida, y otra distinta es crear, mediante la negociación colectiva, esa espacial y mejorada situación en materia salarial». Con esta expresión el Tri-

la salarial²³. Esta sentencia sigue la anterior doctrina sobre los derechos consolidados marcada por el Tribunal Constitucional en 2004, por la cual los derechos adquiridos o consolidados por los trabajadores, que ya están en la empresa, pueden ser motivo suficiente para establecer una desigualdad en el convenio colectivo estatutario.

Pero, una vez más, se debe recordar que el convenio colectivo es una norma con duración determinada, es decir, nace con fecha de caducidad, y todo régimen jurídico allí establecido, incluyendo las percepciones salariales, nace con intención de ser sustituido por lo que las partes negociadoras decidan en un futuro convenio colectivo. Por ello, a mi juicio, no se puede establecer que el salario fijado por un convenio se considere «percepción consolidada», ya que el trabajador solo tendrá derecho a ella mientras esté vigente el convenio.

Es cierto también que algunas interpretaciones del Tribunal Supremo han entendido que con «derechos consolidados» el Tribunal Constitucional se está refiriendo a las expectativas que tienen los trabajadores de no ver reducido su salario con el cambio de convenio²⁴. Por esta razón, este tribunal admite que las expectativas que tienen los trabajadores que ya están en la empresa de no ver reducido su salario, en comparación con los trabajadores de nuevo ingreso que carecen de esa expectativa, es un hecho diferencial suficiente para justificar la doble escala salarial.

En mi opinión, esta es una difícil justificación. Existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia en que un nuevo convenio colectivo puede disminuir las condiciones salariales de los trabajadores²⁵. Por ello, no se puede considerar que estos puedan tener una legítima expectativa de mantener sus condiciones salariales. Los trabajadores son, o deben ser, conscientes de que con la desaparición del mundo jurídico de un convenio colectivo, el siguiente puede modificar su régimen salarial, a mejor o a peor, dependiendo de los negociadores²⁶. Así pues, esa expectativa, que no tiene base legal alguna, no puede ser utilizada para justificar una diferencia de trato entre trabajadores de nuevo ingreso y trabajadores que ya estaban en la empresa²⁷. En los últimos años, en la doctrina se ha venido defendiendo la flexibilidad salarial como un método de ajuste

bunal Supremo permite que se consolide una situación retributiva para los que la venían percibiendo, permitiendo que no la perciban los trabajadores de nuevo ingreso.

²³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Ajustes salariales en el marco de la sucesión de Convenios Colectivos», *op. cit.*, pág. 12.

²⁴ STS de 12 de noviembre de 2002 (rec. núm. 4334/2001).

²⁵ SALA FRANCO, A.: «La negociación colectiva», en AA. VV., *Derecho del trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 3.ª ed., 2013, pág. 643. En la jurisprudencia: STS de 7 de diciembre de 2006 (rec. núm. 122/2005).

²⁶ Al menos en una sentencia el Tribunal Supremo admite que un convenio colectivo no puede crear una expectativa de mantener el sistema retributivo una vez vencido el tiempo de aplicación del convenio. *Vid.* al respecto la STS de 25 de junio de 1993 (rec. núm. 1345/1992).

²⁷ En el mismo sentido FALGUERA BARÓ, M. A., en «Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de la fecha de ingresos surgidos de la autonomía colectiva», *op. cit.*, pág. 146, establece que el mantenimiento de los derechos adquiridos no es motivo suficiente para aceptar una doble escala salarial sino que será necesario para mantener los derechos adquiridos que exista una justificación adicional.

en tiempos de crisis más beneficioso que los despidos²⁸; así pues, la variabilidad salarial debe ser un principio a proteger en contra de la rigidez salarial (o expectativa de rigidez salarial) que parece que es lo que protegen el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, sobre todo en este caso en el que la rigidez salarial crea desigualdades entre los trabajadores.

Cuestión diferente será que el empresario desee contractualizar la diferencia salarial entre lo que venían cobrando los anteriores trabajadores y lo que ahora marca el nuevo convenio colectivo a través de un plus *ad personam*²⁹. En tal caso, la diferencia salarial no vendría por el convenio colectivo sino por una condición contractual pactada a nivel colectivo o una decisión empresarial de efectos colectivos³⁰ y, por tanto, no se les aplicaría el principio de igualdad, siendo en tal caso conforme a Derecho³¹.

Esta solución se basa en interpretar que aunque sea el convenio colectivo el que establezca la doble escala salarial, se debe reconocer que la negociación colectiva solo puede respetar unos derechos adquiridos contractualmente por lo que se tiene que descartar al convenio colectivo como creador de esa desigualdad salarial y admitir que en este caso la condición colectiva se ha «contractualizado», pasando a convertirse en un derecho adquirido, al margen de la negociación colectiva. En este caso: 1) La condición sería de origen diferente al convenio colectivo estatutario. 2) En un futuro las condiciones serían indisponibles en sede convencional más allá de la compensación y absorción (art. 26.5 ET). 3) Para su modificación quedarían sujetas a lo

²⁸ ALFONSO MELLADO, C.: «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad», en AA. VV, *La Reforma laboral en la ley 35/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 97 y ss.; BALLESTER PASTOR, M. A.: «La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales», *Ponencia al XXII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, San Sebastián, 2012, pág. 49; ROQUETA BUI, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral, La ley 3/2012, de 6 de Julio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 11.

²⁹ Esta parece ser la solución aportada en la *STS de 10 de octubre de 2006* (rec. núm. 133/2005), donde se dice que los antiguos trabajadores tendrán a título personal determinadas retribuciones que no figuran pactadas en el nuevo convenio. Así pues, esas retribuciones al no tener naturaleza normativa no estarán sujetas al principio de igualdad.

³⁰ Así lo indica el Tribunal Constitucional en Sentencia 172/1989, de 19 octubre. En este sentido MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Ajustes salariales en el marco de la sucesión de Convenios Colectivos» *op. cit.*, pág. 22. Por último, en este sentido establecer que en este caso podría ser considerada una condición más beneficiosa de disfrute colectivo o un convenio colectivo extraestatutario. *Vid.*, SALA FRANCO T. y BLASCO PELLICER A.: «Las condiciones más beneficiosas de disfrute colectivo», *Revista Actualidad Laboral*, tomo 2, 1998.

³¹ En realidad lo que marca esta diferencia no es el origen o naturaleza del beneficio, sino la eficacia del mismo. Como establece MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G.: «Doble escala salarial y condición más beneficiosa de efectos colectivos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. II, 1998, pág. 4 (BIB 1998/604): «No importa que esta condición proceda de un convenio o de una decisión de efectos colectivos o de un uso de empresa o de una cadena de acuerdos individuales, o de una costumbre. Todo es irrelevante. Lo que de verdad importa es la eficacia de la cláusula de mejora salarial: si normativa u obligacional». Siendo sometida al principio de igualdad si la eficacia es normativa y no si la eficacia es obligacional. Por ello, si esa diferencia de salario (esa doble escala) se realiza mediante un instrumento de eficacia obligacional, no habrá conflicto con el principio de igualdad. Un ejemplo de lo anterior es la *STS de 8 de mayo de 2006* (rec. núm. 179/2004) donde se establece que los acuerdos extraestatutarios «no estarán sujetos ni sometidos al principio de igualdad», por su eficacia personal.

establecido en el artículo 41 del ET. 4) El principio de igualdad no les alcanzaría, puesto que las diferencias no tendrían eficacia normativa llegando a la conclusión de que en tal caso las diferencias serían legítimas³².

2. LAS FUSIONES ENTRE EMPRESAS

El Tribunal Supremo ha aceptado que trabajadores de una misma empresa procedentes de una fusión entre diferentes empresas perciban salarios distintos³³. El supuesto de hecho es la incorporación de todos los trabajadores de una empresa a otra en el momento en que estas se fusionan o una adquiere la otra. Por tanto, mantener diferencias retributivas por este motivo puede considerarse una diferenciación por razón de fecha de ingreso en la empresa, ya que los trabajadores tendrán diferente retribución dependiendo de si pertenecían a la empresa antes de la fusión o no.

En este caso, el Tribunal Supremo ha considerado justificadas las diferencias salariales debido a un proceso de fusión o adquisición ya que, según este Tribunal, la procedencia de diferentes empresas responde a otros objetivos distintos del establecimiento de diferencias con fundamento en la fecha de ingreso en la empresa. Para el Tribunal Supremo estas desigualdades tienen que ver más con «factores de la vida profesional, como la antigüedad o permanencia en la empresa»³⁴. Pero a mi juicio, el nuevo convenio colectivo que se aplicará a toda la empresa resultante de la fusión no puede valorar de manera diferente la antigüedad o la permanencia en la empresa de los diferentes colectivos según su empresa de origen. Si se pacta un convenio colectivo estatutario aplicable a toda la nueva empresa, esta deberá estar sujeta al principio de igualdad y, por tanto, asegurar que no existan desigualdades injustificadas. A su vez, en mi opinión, el origen de los trabajadores una vez fusionadas las empresas resulta tan irrelevante para justificar una diferencia salarial como la fecha de ingreso en la empresa.

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo exigir una razón adicional a la fecha de ingreso en la empresa para aceptar diferencias retributivas, pero es igualmente importante que esa razón adicional aporte realmente una causa justificativa de esa desigualdad. En este caso, una vez fusionadas las empresas (y recordemos que si se fusionaron es porque así lo decidieron los empresarios) no existe razón para tratar de manera diferente a sus trabajadores a nivel de condiciones laborales. Si los trabajadores, aunque sean en origen de diferentes empresas, realizan ahora las mismas funciones y están bajo la misma dirección, deberán ser tratados de la misma manera debido

³² MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Ajustes salariales en el marco de la sucesión de Convenios Colectivos», *op. cit.*, pág. 24.

³³ PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: «Las dobles escalas salariales como medida de fomento del empleo: la necesidad de una aplicación estricta del principio de proporcionalidad», *op. cit.*, págs. 368 y 369; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Ajustes salariales en el marco de la sucesión de Convenios Colectivos» *op. cit.*, pág. 15.

³⁴ STS de 31 de octubre de 2001 (rec. núm. 1163/2001). En la STS de 25 de junio de 1993 (rec. núm. 1345/1992) también el tribunal acepta diferencias salariales con base en la empresa origen de los trabajadores tras un proceso de fusión.

al principio de igualdad aplicable a los convenios colectivos estatutarios. En definitiva, establecer diferencias retributivas según el origen de los trabajadores es tan arbitrario como establecerlas con base en la fecha de ingreso, por lo que esta razón no aporta nada a la justificación de la desigualdad.

Una vez más, solo podemos remitirnos a las decisiones empresariales de efectos colectivos o decisiones individuales para aceptar este tipo de diferencias retributivas. La [STS de 9 de junio de 2009](#) (rec. núm. 68/2008) analiza un proceso de fusión de tres empresas, las cuales deciden unificar su convenio colectivo en uno solo pero manteniendo las diferencias retributivas de cada una de las empresas. En este caso, los sindicatos demandantes alegan que existe una triple escala salarial que conculca el principio de igualdad. Pues bien, en este caso el Tribunal Supremo, acertadamente en mi opinión, establece que no hay lesión del principio de igualdad puesto que en el convenio colectivo solamente existe una tabla salarial, si bien luego la empresa a título individual emitió certificados entregados a cada uno de los trabajadores estableciendo cuál era su salario garantizado conforme al que venía percibiendo hasta el momento del cambio de convenio colectivo. Así pues, en este caso resulta cristalino que la empresa decidió establecer condiciones más beneficiosas a nivel contractual para cada uno de los trabajadores de la empresa las que, de acuerdo con la Constitución, no están sujetas al principio de igualdad.

3. LOS COMPROMISOS SOBRE EL EMPLEO

Otro de los motivos que la jurisprudencia acepta para admitir una doble escala salarial es la existencia de compromisos de creación de empleo o de transformación de la contratación temporal en indefinida. Conforme a esta doctrina «la creación de empleo puede ser un motivo poderoso para el establecimiento de cláusulas que, sin dicha motivación, serían ilícitas, por contrarias al principio de igualdad que debe imperar en las normas de convenio colectivo que regulen situaciones iguales»³⁵.

De este modo, de acuerdo con esta doctrina se establece un *quid pro quo* a través del cual se acepta una reducción de salario para los nuevos trabajadores a cambio de que estos sean contratados, o bien que los trabajadores temporales se conviertan en indefinidos a cambio de que se acepte que estos perciban un menor salario. A primera vista ya se puede apreciar que detrás de esta doctrina subyace la idea de que para crear empleo es necesario un sacrificio, y la proporcionalidad de la medida proviene de que los trabajadores que sufren esta desigualdad (menores salarios por mismo trabajo) serán los beneficiados de la contraprestación (contratación).

Ahora bien, el propio tribunal se encarga de establecer criterios para asegurar que la creación de empleo sea real. Para ello, exige los siguientes presupuestos.

³⁵ [STS de 17 de junio de 2002](#) (rec. núm. 1253/2001).

- Una situación no abusiva previa. De acuerdo con la [STS de 17 de junio de 2002](#) (rec. núm. 1253/2001), «la regulación de situaciones anteriores abusivas, o de legalidad más que dudosa, no puede ser premiada con ventaja alguna para el causante de la irregularidad. En este sentido, la transformación de contratos temporales en indefinidos, si por su número evidencia una superación de los limitados supuestos en que está permitida la temporalidad en nuestra legislación, es caso paladino de que el sacrificio que se impone, a cambio de legalizar situaciones irregulares, no es razonable».
- No se aceptan compromisos genéricos sobre el empleo. En diversas sentencias, el Tribunal Supremo³⁶ ha rechazado planes de estabilidad en el empleo, o compromisos de no contratar con una empresa de trabajo temporal como contraprestación a una doble escala salarial. La razón de este rechazo es no proponer medidas específicas. Es importante, como señala este tribunal, que la medidas propuestas sean beneficiosas para aquellos que van a salir perjudicados con la desigualdad, y se trate de concretos compromisos que sean fácilmente comprobables en su cumplimiento, es decir, que las obligaciones sean reales³⁷.
- No se acepta la justificación de la creación de empleo si estos compromisos ya estaban en convenios colectivos anteriores y fueron ignorados o efectuados antes de la aparición de la doble escala. Siguiendo con el objetivo del Tribunal Supremo de que los compromisos sobre el empleo asumidos como justificación a una escala salarial sean reales, este tribunal ha rechazado supuestos en los que convenios colectivos anteriores ya tenían esta cláusula y había sido ignorada o los compromisos cumplidos con anterioridad a la aparición de la doble escala³⁸. Se entiende en este caso que, si en el pasado ya existía este compromiso sobre el empleo antes de que existiera una doble escala salarial, su mantenimiento en el nuevo convenio no justifica un trato retributivo desigual³⁹.

En definitiva, «debe existir una relación de causalidad adecuada entre la creación de empleo y el sacrificio que se impone. Si este es común a toda la plantilla, aunque en determinadas concretas circunstancias sea mayor para unos que para otros, podrá ser adecuado. Pero no puede estimarse así si se impone únicamente a quien

³⁶ SSTS de 22 de enero de 1996 (rec. núm. 523/1995), [18 de diciembre de 1997](#) (rec. núm. 175/1997), [3 de octubre del 2000](#) (rec. núm. 4611/1999). En la doctrina, FALGUERA BARÓ, M. A.: «Dobles escalas salariales y doctrina casacional: suma y sigue. Comentario a la STS de 14 de marzo de 2006», *Iuslabor*, núm. 3, 2006, pág. 1.

³⁷ FALGUERA BARÓ, M. A.: «Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de la fecha de ingresos surgidos de la autonomía colectiva», *op. cit.*, pág. 146.

³⁸ SSTS de [17 de junio de 2002](#) (rec. núm. 1253/2001), 25 de julio de 2002 (rec. núm. 1281/2001) y [20 de septiembre de 2002](#) (rec. núm. 1283/2001).

³⁹ PRADOS DE REYES F. J. y ALAMEDA CASTILLO, M. T.: «Dobles Escalas salariales», en AA. VV. (coord. [Escudero Rodríguez](#)), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Valencia, 2004, pág. 384.

no está en condiciones de hacer valer sus derechos, bien por la temporalidad de su contrato, bien por no haber accedido aún a la empresa cuando se concertó el convenio que la estableció»⁴⁰. Así pues, la libertad que otorga este tribunal a las partes para justificar una doble escala salarial con base en los compromisos sobre empleo no es ilimitada.

A pesar de ello, la doctrina cree insuficiente estos límites y ha criticado este criterio debido a que solamente la creación neta de empleo y no la conversión en indefinido debería ser base justificativa de un sacrificio de una parte de los trabajadores en forma de menor salario en comparación con sus compañeros⁴¹. De este modo, a mi juicio también, debe rechazarse que la conversión de los contratos temporales en indefinidos pueda ser justificante de una doble escala salarial por dos razones.

En primer lugar, por entender que existe falta de proporcionalidad. La transformación de la contratación temporal en indefinida es una cuestión legal, no de voluntad del empresario. El **ET** establece una preferencia por la modalidad indefinida permitiendo el contrato temporal en supuestos tasados. Así pues, cumplir con la preferencia marcada por la ley no debería ser objeto de recompensa en ningún caso.

En segundo lugar, por la existencia de una prohibición legal de trato desigual entre trabajadores temporales e indefinidos. El artículo 15.6 del **ET** obliga a la empresa a mantener los mismos derechos para los trabajadores temporales que para los indefinidos; por tanto, no tiene sentido que la ley prohíba una doble escala salarial para unos trabajadores temporales y se permita esta doble escala cuando estos se conviertan en indefinidos. Y no solo eso sino que, además, considerar que ese paso de temporal a indefinido justifique la reducción de salario para esos trabajadores que antes eran temporales no parece lo más correcto.

La fundamentación de este artículo 15.6 del **ET** proviene de la situación de menor poder negociador de los trabajadores temporales, los cuales por su situación no pueden asegurar tener las mismas retribuciones que los indefinidos. Por ello, su paso de temporales a indefinidos no puede utilizarse como «excusa» para establecer peores condiciones que las de sus compañeros indefinidos bajo pena de perpetuar una dualidad del mercado de trabajo, ya no entre temporales e indefinidos sino también entre los propios trabajadores indefinidos. En fin, la garantía del artículo 15.6 del **ET** debe mantenerse tras la conversión, al menos para lo establecido en un convenio colectivo estatutario, al cual es al que se le aplica el principio de igualdad.

Respecto a la creación neta de empleo como justificante de una doble escala salarial, aceptar unas peores condiciones laborales para unos trabajadores que para otros, fundamentado en que

⁴⁰ **STS de 17 de junio de 2002** (rec. núm. 1253/2001).

⁴¹ En este sentido, MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «La doctrina condicionada de los pactos de doble escala salarial», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 24, 2004; LUELMO MILLÁN, M. A.: «La doble escala salarial en la negociación colectiva», *op. cit.*, pág. 23, y FALGUERA BARÓ, M. A.: «Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de la fecha de ingresos surgidos de la autonomía colectiva», *op. cit.*, pág. 146.

estos se beneficiaron de los compromisos de contratación de la empresa, es asumir que cuando se contrata a un trabajador se le está haciendo un «favor». Parece que muchas veces se olvida que el contrato de trabajo es sinalagmático y de obligaciones recíprocas por el cual ambas partes salen beneficiadas. Si el empresario decide contratar será porque va a obtener de ese trabajador una prestación de servicios de la que se favorecerá mediante su estructura productiva. Por lo que el principio de igualdad no debería verse doblegado ante un compromiso de contratación. Cuestión diferente es que el sacrificio fuera hecho por todos los trabajadores, en tal caso se estaría ante una negociación dentro de la autonomía de la voluntad para la cual los representantes tienen plena capacidad para decidir si les interesa un compromiso de contratación o no. Pero en el momento en que los representantes negocian peores condiciones para los futuros empleados y no para los presentes se están negociando desigualdades para unos trabajadores que ni siquiera les eligieron.

La legitimidad de los representantes de los trabajadores como negociadores de condiciones laborales para futuros trabajadores parte necesariamente del principio de igualdad. Se considera que mientras haya igualdad entre trabajadores que les votaron y futuros trabajadores, estos representantes nunca negociarían algo en contra de los intereses de los trabajadores que les eligieron y, por tanto, tampoco de los futuros trabajadores. Ahora bien, en el momento en que se aceptan desigualdades, la legitimidad de estos representantes puede quedar en entredicho⁴².

Además, permitir salarios más bajos a cambio de compromisos de empleo se parece sospechosamente a la máxima de «empleo a cualquier precio», mercantilizando con ello el empleo y dejando de lado principios constitucionales y derechos de los trabajadores básicos como es el de igualdad de trato. En definitiva, la negociación colectiva parte de la suma de la fuerza laboral para poder hacer frente en igualdad de condiciones al empresario para mejorar las condiciones de trabajo de todos los empleados. La negociación colectiva no debe servir para beneficiar a unos pocos privilegiados. Por ello, considero que el principio de igualdad no debería ser «matizado» en la negociación colectiva sino reforzado, ya que la igualdad es la base y la causa justificante de esta.

4. LAS CRISIS EMPRESARIALES SUFRIDAS POR UNOS TRABAJADORES Y NO POR OTROS

El Tribunal Supremo en varias ocasiones ha aceptado como hecho diferencial que los trabajadores beneficiados por una doble escala salarial hubieran sufrido crisis empresariales anteriores⁴³.

⁴² LUELMO MILLÁN, M. A.: «La doble escala salarial en la negociación colectiva», *op. cit.*, pág. 7, distingue entre una legitimación formal, la cual tienen, y una de fondo, de la cual carecen, puesto que aunque sean las partes llamadas por la ley a negociar el convenio no cabe duda de que la norma se refiere a trabajadores de presente y a condiciones que hayan de afectarles, no cuando son ellos, precisamente, los que quedan fuera del alcance de las nuevas condiciones peyorativas negociadas. FALGUERA BARÓ, M. A.: «Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de la fecha de ingresos surgidos de la autonomía colectiva», *op. cit.*, pág. 113, habla de crisis de los órganos de representación con base en la aceptación de la doble escala salarial.

⁴³ SSTs de 12 de noviembre de 2002 (rec. núm. 4334/2001) y 14 de marzo de 2006 (rec. núm. 181/2004). Existen otras sentencias que basan su diferenciación no tanto en situaciones de crisis sino en otras diferencias. Por ejemplo

Estas «crisis empresariales» pueden haber producido congelación de sus salarios, reducciones de jornada, reducciones de salario, etc. Aquí se debe estar de acuerdo con el hecho de que los trabajadores durante los años «malos» de la empresa aceptaran peores condiciones justifica que cuando la empresa mejore se les compense por ello. Mientras que los trabajadores de nuevo ingreso, que no sufrieron estas penalidades puesto que no estaban en la empresa, no tienen nada por lo que ser compensados y, por ello, sí que nos encontramos en este caso ante situaciones de hecho diferentes que justifican tratos desiguales.

A pesar de esta afirmación, esta libertad para fijar desigualdades salariales con base en sacrificios anteriores realizados por los trabajadores con una fecha de ingreso anterior no puede ser ilimitada. Se deberá probar que:

- 1.º Efectivamente existió un sacrificio por parte de los trabajadores antiguos de la empresa.
- 2.º Los trabajadores de nuevo ingreso no sufrieron también este sacrificio. En este sentido pudiera darse el caso de trabajadores que durante la época de crisis fueron despedidos y recontratados con una fecha de ingreso posterior por la misma empresa. Estos trabajadores no deberían considerarse que no sufrieron las consecuencias de la crisis empresarial ya que fueron despedidos por esta razón. Por lo que la fecha de ingreso para ellos seguiría sin ser un buen diferenciador para aceptar una doble escala salarial. Incluso en el caso de que la crisis no fuera de la empresa solamente sino que fuera global, habría que ver que estos trabajadores de nuevo ingreso no la hubieran sufrido también en su propia empresa o estando desempleados. Como señala la doctrina, las dobles escalas salariales perjudican a un colectivo de trabajadores particularmente vulnerable⁴⁴, que puede haber sufrido las consecuencias de una crisis económica de manera mucho más acusada (con desempleo de largo plazo incluso) que los trabajadores que al menos tenían empleo, perpetuando con ello una situación negativa de estos empleados.

Es cierto que los trabajadores que estaban en la empresa y sufrieron la crisis en ella son los que la ayudaron a salir de ese bache y el empresario puede querer recompensarles por ello. Pero aquí no se habla de «recompensas» sino de «hechos diferenciales» que justifiquen una desigualdad. Una vez más, recuérdese que si el empresario quiere recompensar a estos trabajadores podrá

la STS de 19 de junio de 2000 (rec. núm. 4557/1999) acepta el mantenimiento de un plus para los trabajadores que aceptaron pasar de jornada continuada a partida, cuando con posterioridad todos los trabajadores acabaron en jornada partida. También la STS de 27 de diciembre de 2000 (rec. núm. 449/2000) acepta una diferencia retributiva entre trabajadores anteriores y de nuevo ingreso con base en una compensación que se negoció en un momento de cambio impositivo que perjudicó en aquel momento a los trabajadores que estaban presentes en la empresa.

⁴⁴ GUALDA ALCALÁ, F. J.: «Una aproximación a la reciente doctrina constitucional», *op. cit.*, pág. 93; PRADOS DE REYES, F. J. y ALAMEDA CASTILLO, M. T.: «Dobles Escalas salariales», *op. cit.*, pág. 383.

hacerlo mediante el contrato de trabajo o con decisiones empresariales de efectos colectivos pero no con un convenio colectivo estatutario, ya que si ambos colectivos sufrieron a su manera la crisis económica no hay hecho diferencial justificante.

Por último, con el objeto de superar el juicio de proporcionalidad, estas diferencias salariales no podrían ser a perpetuidad, ya que los sacrificios realizados por los trabajadores de la empresa no fueron indefinidos. Así que, como el hecho diferencial que justifica la desigualdad de trato no ha sido de duración indefinida, la desigualdad tampoco lo podrá ser. En fin, tener mejores salarios que sus compañeros de nuevo ingreso deberá ser, en todo caso, una cuestión temporal por razones de proporcionalidad⁴⁵.

III. LAS CAUSAS ADMITIDAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA ACEPTAR UNA DOBLE ESCALA SALARIAL EN SUPUESTOS APARENTEMENTE VINCULADOS A LA ANTIGÜEDAD

La mayor permanencia en la empresa legitima un tratamiento retributivo favorable o unos pluses específicos, que los trabajadores con menor antigüedad no disfrutaban⁴⁶. Tradicionalmente la antigüedad se ha considerado la mejor forma de adquirir experiencia en el trabajo, permitiendo que los empleados trabajen más confiada y eficazmente, actuando con mayor seguridad, celeridad y eficiencia, lo que en una cadena de producción hace elevar la productividad. Así pues, en función de ello no es irracional la existencia de un plus retributivo, pues su trabajo es más productivo o rentable para el empleador⁴⁷.

El problema se plantea cuando los subgrupos profesionales de ingreso con baja remuneración exigen un tiempo de permanencia dilatado para ascender al subgrupo superior y que están introduciendo condiciones peyorativas cuando además existe identidad de funciones entre unos puestos y otros. Esto es lo que la doctrina ha considerado doble escala salarial indirecta a través de la utilización de las categorías profesionales⁴⁸ (actualmente transformadas en grupos y subgrupos profesionales por la reforma de 2012).

Esta figura de la doble escala indirecta apareció en la negociación colectiva con la inclusión de nuevas categorías profesionales antes inexistentes y ajenas a un periodo previo de formación

⁴⁵ En este sentido, FALGUERA BARÓ, M. A.: «Dobles escalas salariales y doctrina casacional: suma y sigue. Comentario a la STS de 14 de marzo de 2006», *op. cit.*, pág. 1.

⁴⁶ PRADOS DE REYES, F. J. y ALAMEDA CASTILLO, M. T.: «Dobles Escalas salariales», *op. cit.*, pág. 382.

⁴⁷ LUIJÁN ALCARÁZ, J.: «Dobles escalas salariales», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2005, pág. 8 (BIB 2005/1752).

⁴⁸ PRADOS DE REYES, F. J. y ALAMEDA CASTILLO, M. T.: «Dobles Escalas salariales», *op. cit.*, pág. 391.

a la utilización de un contrato de formación o en prácticas⁴⁹, algo que ha sido calificado como injustificado y contrario al principio de igualdad⁵⁰.

Tal como señala el profesor RAMÍREZ MARTÍNEZ, estas categorías profesionales que aparentemente retribuyen por la antigüedad realmente están retribuyendo por la fecha de ingreso en la empresa. Este autor pone como ejemplo la contratación de un trabajador un día antes de la aparición del convenio colectivo que incluye esta nueva categoría, el cual al no existir esa categoría de «ingreso» se adscribiría a la categoría normal. Pero un trabajador contratado un día después se asignaría a la nueva categoría de ingreso, por ello ambos trabajadores con una diferencia de un día de antigüedad tendrían condiciones diferentes⁵¹. Así pues, se ve claro que este sistema establece una doble escala no en función de la antigüedad sino de la fecha de ingreso y, por ello, debe ser considerada injustificada.

A pesar de esto, el Tribunal Supremo en varias ocasiones entendió que se estaba ante una diferencia por razón de antigüedad y, por tanto, justificada⁵². Algo que consideramos criticable puesto que nos encontramos ante una doble escala salarial por razón de la fecha de origen que utiliza las categorías profesionales para maquillar la desigualdad.

Con la desaparición de las categorías profesionales en la reforma del 2012 este problema no desaparece puesto que la negociación colectiva sigue pudiendo crear subgrupos profesionales de ingreso con una retribución menor de la que correspondería a un trabajador contratado con anterioridad a la creación de ese subgrupo, estando en tal caso ante una doble escala salarial indirecta.

IV. VALORACIÓN GLOBAL

De todo lo señalado se deduce que detrás de la doble escala salarial parece existir una intención de crear una «subindiciación» salarial de parte de los asalariados de la empresa o sector⁵³ con el objeto de reducir costes sin que se afecte a los trabajadores que ya vinieran prestando sus servicios en ella⁵⁴. Es decir, resulta claro que en estas negociaciones la empresa consigue una disminución de los costes salariales mientras que los representantes de los trabajadores evitan críticas por parte de sus representados los cuales no ven afectados sus derechos⁵⁵. Claramente ambas partes de la negociación obtienen lo que quieren a costa de «negociar» con los derechos de los trabajadores

⁴⁹ FALGUERA BARÓ, M. A.: «Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de la fecha de ingresos surgidos de la autonomía colectiva», *op. cit.*, 115.

⁵⁰ PRADOS DE REYES, F. J. y ALAMEDA CASTILLO, M. T.: «Dobles Escalas salariales», *op. cit.*, pág. 402. También en RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La cuestión de la doble escala salarial un análisis jurisprudencial», *op. cit.*, pág. 1.415.

⁵¹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La cuestión de la doble escala salarial un análisis jurisprudencial», *op. cit.*, pág. 1.416.

⁵² SSTs de 9 de marzo de 2005 (rec. núm. 31/2004) y 20 de junio de 2005 (rec. núm. 29/2004).

⁵³ LUELMO MILLÁN, M. A.: «La doble escala salarial en la negociación colectiva», *op. cit.*, pág. 8.

⁵⁴ CASTRO CONTE, A.: «Las desigualdades salariales en la actual negociación colectiva», *op. cit.*, pág. 18.

⁵⁵ FALGUERA BARÓ, M. A.: «Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales», en AA. VV. (Aparicio Tovar, J., coord.) *Estudios sobre el salario*, Alicante: Bomarzo, 2004,

que no están presentes ni representados en la propia negociación. Aun así, se debe reconocer que la legislación otorga legitimación formal a estos representantes de los trabajadores para negociar sobre derechos laborales de trabajadores que no les votaron por lo que no cabe duda que puedan hacerlo. Ahora bien, a juicio de quien suscribe este análisis, esta legitimación legal parte precisamente del principio de igualdad. Se les concede esa legitimidad para negociar en favor de trabajadores que no les votaron debido a que van a negociar las mismas condiciones para trabajadores presentes y potenciales. Por ello, con la ruptura del principio de igualdad no solo se está rompiendo un principio constitucional básico en un Estado Social y de Derecho sino que, además, se afecta negativamente a la propia negociación colectiva perdiendo estos representantes su legitimación material.

Así pues, el principio de igualdad aplicado a la negociación colectiva no debe matizarse por la autonomía de la voluntad de las partes sino verse reforzado con objeto de mantener la legitimidad de los representantes de los trabajadores a negociar convenios colectivos con efectos normativos.

Sumado a ello, en un mundo competitivo como el que vivimos donde la productividad es la base del crecimiento económico, y donde la propia legislación recuerda la importancia que debe tener la productividad en la ordenación de la negociación colectiva⁵⁶, se debe tener en cuenta que una desigualdad no solo conculca el artículo 14 de la CE sino que además las desigualdades salariales entre trabajadores que realizan un trabajo del mismo valor provocarán irremediamente una disminución en la productividad de los injustamente tratados⁵⁷. La importancia de mantener el principio de igualdad no solo proviene de la necesidad de mantener los principios básicos de un Estado Social y de Derecho, sino además de la necesaria protección de la productividad del trabajo, la cual debe limitar la autonomía colectiva impidiendo que las empresas y los representantes de los trabajadores pacten cuestiones atentatorias contra la productividad laboral.

De este modo, por las razones expuestas, entiendo que el principio de igualdad debería ser reforzado para la autonomía colectiva y volver a interpretaciones clásicas del Tribunal Constitucional, y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto a la igualdad salarial; que es necesario que se mantenga y defienda la máxima de «a trabajo de igual valor igual salario»⁵⁸ en vez de utilizar la máxima que parece que se está aplicando en la actualidad por la cual un trabajador solo tiene derecho a que por un trabajo del mismo valor no se le asigna una «diferencia salarial injustificada»⁵⁹.

⁵⁶ El artículo 82.2 del ET obliga a que mediante los convenios colectivos estatutarios se regulen las «condiciones de productividad».

⁵⁷ En la doctrina, CASTRO CONTE, A.: «Las desigualdades salariales en la actual negociación colectiva», *op. cit.*, pág. 19. Sobre cómo afectan negativamente las desigualdades a la motivación, el rendimiento y la productividad de los trabajadores, *vid.* ADAMS, J. S.: «Inequity in social Exchange», en BERKOWITZ, L. R. (ed.), *Advances in experimental social psychology*, New York: Academic Press, vol. 2, 1965, págs. 267-299, y HENEMAN ROBERT, L. y WERNER JON, M.: *Merit pay; Linking pay to performance in a changing world*, Information Age Publishing, 2.ª ed., Connecticut: Greenwich, 2005, pag. 29.

⁵⁸ SSTC 177/1993 de 31 de mayo; 52/1987 de 7 de mayo y 136/1987 de 22 de julio. SSTJUE (Sala Tercera) de 28 de febrero de 2013 (Caso *Margaret Kenny*), 26 de junio de 2001 (Caso *Brunnhofner*) y 11 de mayo de 1999 (Caso *Angestelltenbetriebstrat der Wiener gebietskrankenkasse*), entre otras.

⁵⁹ PRADOS DE REYES, F. J. y ALAMEDA CASTILLO, M. T.: «Dobles Escalas salariales», *op. cit.*, pág. 382.