

**JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO**

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de La Laguna. Profesor-tutor de Derecho del Trabajo en el centro asociado de la UNED en Tenerife*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Especial Premio Estudios Financieros 2005** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Pere CARRERA BONADONA, don José Ignacio GARCÍA NINET, don Rafael ORTIZ CERVELLO, don Francisco PÉREZ DE LOS COBOS, don Salvador DEL REY GUANTER y doña Mar SERNA CALVO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

**Extracto:**

El trabajo se ocupa de la doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva. Se trata de un fenómeno en expansión a partir de la década de los noventa y a primera vista inquietante. De manera un tanto simplista, consiste en la fijación de salarios inferiores para los trabajadores que se incorporen a la empresa a partir de la firma del convenio colectivo que introduzca la doble escala, percibiendo los trabajadores ya contratados salarios superiores, y todo ello a igualdad de categoría o grupo profesional. La doble escala salarial, que no debe ser confundida con otras figuras afines, presenta en la práctica múltiples formas. Algunas directas o evidentes y otras muchas indirectas u ocultas, productos de alta ingeniería jurídica.

Lo que más llama la atención de este fenómeno es que se introduce por la negociación colectiva, es decir, con el respaldo, aunque sea a regañadientes, de los sujetos colectivos de representación de los trabajadores. No se ignora que en determinados sectores productivos y en determinadas empresas, especialmente multinacionales, la presión que ejercen los empresarios mediante amenazas de deslocalización total o parcial de la producción o similares es muy difícil de resistir.

.../...

.../...

Desde el punto de vista jurídico hay que plantearse la licitud o no de la doble escala salarial a la luz del principio constitucional de igualdad y ante la ausencia de regulación normativa específica. Y para llevar a cabo esa compleja tarea hay que acudir necesariamente a la copiosa, casuística y confusa jurisprudencia constitucional y ordinaria. Ahora bien, con la jurisprudencia actual no hay modo alguno de saber con un mínimo de seguridad jurídica si la doble escala salarial es o no lícita, vulnera o no el principio de igualdad, o, para ser más precisos, no se sabe con certeza en qué términos la doble escala salarial es lícita y en qué términos no lo es. Los tribunales no han sido capaces hasta el momento de arrojar la suficiente luz sobre este oscuro e inquietante asunto.

El trabajo estudia con tono, en general, crítico la labor de los tribunales, que es ciertamente muy complicada, y persigue incrementar la seguridad jurídica a través del establecimiento de unas mínimas pautas o criterios a integrar en el juicio de igualdad proyectado sobre los tipos más frecuentes de doble escala salarial. Juicio este que debe realizarse de manera técnicamente rigurosa, siguiendo los diferentes pasos que lo integran: la admisión o no del término de comparación, el juicio de razonabilidad y el de proporcionalidad. En la aplicación del principio constitucional de igualdad a la doble escala salarial el modo de razonar, de efectuar el juicio de igualdad, tiene la mayor importancia, porque a veces condiciona la solución jurídica y porque, en cualquier caso, rodea al fallo de los argumentos y técnicas más sólidos.

De lo que se trata en última instancia es de acabar, en la medida de lo posible, con la imprevisibilidad de los fallos judiciales. Paradigmático a este respecto resulta el argumento de la creación de empleo como posible justificación de la licitud de la doble escala salarial, y es que la valoración judicial del mismo es todo menos uniforme. Y lo mismo cabe decir de otros argumentos que supuestamente están detrás de la mayoría de las dobles escalas salariales, como la realización de inversiones, la reestructuración y el saneamiento económico de la empresa, el respeto de las condiciones salariales más beneficiosas de los trabajadores ya contratados, la compensación de la antigüedad y de sus supuestas consecuencias, etc.

---

## Sumario:

---

- I. La doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva: un preocupante fenómeno en expansión.
- II. Concepto y clases de doble escala salarial.
- III. La doble escala salarial y el principio constitucional de igualdad en la ley: aproximación a la perspectiva jurídica.
- IV. La doble escala salarial y el juicio de igualdad.
  1. Complejidad del juicio de igualdad aplicado a la doble escala.
  2. Admisión o no del término de comparación en los diferentes supuestos de doble escala salarial.
- V. El juicio de razonabilidad.
  1. Introducción.
  2. El juicio de razonabilidad aplicado a la doble escala salarial: crítica de la jurisprudencia.
  3. La finalidad común de la doble escala y el juicio de razonabilidad.
  4. El fomento del empleo como finalidad específica de determinadas dobles escalas salariales y el juicio de razonabilidad.
  5. La reestructuración y el saneamiento económico de la empresa como finalidad específica y el juicio de razonabilidad.
  6. El obligado respeto de las condiciones salariales más beneficiosas de los trabajadores ya contratados como finalidad específica y el juicio de razonabilidad.
  7. La compensación de la antigüedad y de sus supuestas consecuencias como finalidad específica y el juicio de razonabilidad.

VI. El juicio de proporcionalidad.

1. Introducción y aplicación del juicio de proporcionalidad a la doble escala salarial: crítica de la jurisprudencia.
2. Reconstrucción del juicio de proporcionalidad sobre algunos supuestos de doble escala salarial.

VII. Figuras afines a la doble escala salarial y principio de igualdad.

1. Sistemas de clasificación profesional por niveles retributivos e introducción por la negociación colectiva de un nuevo nivel de ingreso: STC 119/2002.
2. La doble escala salarial por la fecha de contratación producto de la autonomía individual.

VIII. Algunas conclusiones y una propuesta polémica.

Bibliografía.

## I. LA DOBLE ESCALA SALARIAL POR LA FECHA DE CONTRATACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN PREOCUPANTE FENÓMENO EN EXPANSIÓN

A partir de la década de los noventa se observa en la negociación colectiva española un fenómeno en expansión y a primera vista inquietante. Se trata del establecimiento de diferencias salariales entre los trabajadores ya contratados en el momento de la firma del convenio colectivo y los que se vayan a contratar a partir de entonces. Diferencias que evidentemente perjudican a los trabajadores de nuevo ingreso y, lo que es más importante, que no se deben a la realización de trabajos de diferente naturaleza o valor, o bien a la intensidad, duración o calidad de los trabajos, sino simple y llanamente a la fecha de incorporación a la empresa. Es lo que en expresión bastante consolidada se denomina doble escala salarial por la fecha de contratación.

El fenómeno, en realidad, no es del todo novedoso, pero sí que presenta a partir de la década de los noventa unas características singulares y, además, parece más extendido que en épocas anteriores <sup>1</sup>. En todo caso, no se realiza en este trabajo un estudio sobre la dimensión cuantitativa del fenómeno, sobre su presencia más o menos generalizada en la negociación colectiva española. Ésa es una labor, sin duda muy interesante y útil, que escapa a las pretensiones de este trabajo <sup>2</sup>. Ahora bien, a juzgar por la cantidad de pronunciamientos judiciales sobre esta materia puede decirse que el fenómeno, desde luego, no es aislado o marginal. A la misma conclusión

---

<sup>1</sup> Vid. S. DEL REY GUANTER, «Fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa y diferenciación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos: una lectura integradora de la jurisprudencia más reciente», en *Actualidad Laboral*, 1997-2, págs. 511 y ss. También M.A. PURCALLA BONILLA, «La doble escala salarial como instrumento de desigualdad retributiva», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 244 (2003), págs. 3 y ss. y J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Convenio colectivo y dobles escalas salariales», en *Temas Laborales*, 2003, núm. 69, pág. 162.

<sup>2</sup> Muy interesante y detallado es el estudio realizado por M.T. ALAMEDA CASTILLO y F.J. PRADOS DE REYES, «Dobles escalas salariales», en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, CC.OO.-Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 379 y ss.

conducen los numerosos estudios doctrinales sobre el particular, casi todos comentarios jurisprudenciales <sup>3</sup>, por no hablar de las incontables referencias en los diferentes medios de comunicación <sup>4</sup>.

Lo más llamativo de la doble escala salarial por la fecha de contratación es sin duda que se establece a través de la negociación colectiva, con el respaldo, aunque sea a regañadientes, de los sujetos colectivos de representación de los trabajadores. Se da fundamentalmente en la negociación empresarial y en menor medida en la sectorial <sup>5</sup>. No se trata, en consecuencia, del establecimiento de diferencias salariales a través del contrato de trabajo o del poder de dirección y organización del empresario, tema de enorme complejidad y del que algo se dirá más adelante.

El que los representantes de los trabajadores acepten una medida, seguramente propuesta por la parte empresarial, que conlleva salarios inferiores para los trabajadores de nuevo ingreso merece comentarios desde diferentes perspectivas, siendo la más interesante en este lugar la jurídica. Desde el punto de vista microeconómico nada que objetar a la pretensión empresarial de reducir los costes laborales, negociando para ello salarios inferiores para los nuevos contratados, con la consiguiente

<sup>3</sup> En esta comunicación se han manejado, además de obras generales como manuales, etc., los siguientes estudios: J. GARCÍA ORTEGA, *Las desigualdades salariales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, págs. 74-75; A.V. SEMPERE NAVARRO, «Legitimidad de las dobles escalas salariales en función de la antigüedad o fecha de ingreso a la empresa», en *Aranzadi Social*, 1997 III, págs. 2.543 y ss.; S. DEL REY GUANTER, «Fecha de ingreso...», *op. cit.*, págs. 511 y ss.; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, «Desigualdad de trato retributivo de los trabajadores de nuevo ingreso y autonomía colectiva e individual», en *Relaciones Laborales*, 1997-I, págs. 441 y ss.; G. VIDAL CARUANA, «El convenio colectivo como instrumento para acordar la desigualdad de trato retributivo de los trabajadores de nuevo ingreso», en *Relaciones Laborales*, 1998-II, págs. 1.423 y ss.; L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, «Doble escala salarial y condición más beneficiosa de efectos colectivos», en *Aranzadi Social*, 1998-II, págs. 2.627 y ss.; E. MARTÍN PUEBLA, «La doble escala salarial», en *Carta Laboral*, 1999, núm. 15, págs. 1 y ss.; K.M. SANTIAGO REDONDO, «Doble escala salarial: ¿leemos?», en *Relaciones Laborales*, 2002-II, págs. 621 y ss.; F.J. GUALDA ALCALÁ, «Una aproximación a la reciente doctrina constitucional sobre la doble escala salarial», en *Revista de Derecho Social*, 2002, núm. 20, págs. 71 y ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, «Apuntes jurisprudenciales sobre "dobles escalas salariales". La STC 119/2002, como telón de fondo», *Justicia Laboral*, 2003, núm. 13, págs. 5 y ss.; M. MIÑARRO YANINI, «La modulación del principio "a igual trabajo igual salario"», en *Tribuna Social*, 2003, núm. 145, págs. 52 y ss.; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Convenio colectivo y...», *op. cit.*, págs. 161 y ss.; M.A. PURCALLA BONILLA, «La doble escala ...», *op. cit.*, págs. 3 y ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «La aplicación práctica del principio de igualdad. Algunos pronunciamientos recientes», en L.E. DE LA VILLA GIL y L. LÓPEZ CUMBRE (dirs.), *Los principios del Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, págs. 273 y ss.; M.T. ALAMEDA CASTILLO y F.J. PRADOS DE REYES, «Dobles escalas salariales», *op. cit.*, págs. 379 y ss.; E. BORRAJO DACRUZ, «El principio de igualdad retributiva: alcance y excepciones: en especial, la debida a la fecha de ingreso en la empresa», en A. MONTROYA MELGAR (coord.): *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*, MTAS, Madrid, 2003, págs. 443 y ss.; M.A. FALGUERA BARÓ, «Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de la fecha de ingresos surgidos de la autonomía colectiva», en M.A. FALGUERA BARÓ (dir.): *Derecho colectivo*, CGPJ, Madrid, 2003, págs. 59 y ss.; M.<sup>a</sup> L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada de los pactos de doble escala salarial», en *Relaciones Laborales*, 2004, núm. 24, págs. 7 y ss.; J. LUJÁN ALCARAZ, «A vueltas con la doble escala salarial», en *Aranzadi Social*, 2004, núm. 6, págs. 9 y ss.; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «El derecho a la igualdad en el marco de la negociación colectiva. STC 27/2004, de 4 de marzo», en *Temas Laborales*, 2004, núm. 77, págs. 243 y ss.; J. GONZÁLEZ VELASCO y P. VIVES USANO, «Escala doble de salarios. Un apunte jurisprudencial», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 2005, núm. 268, págs. 143 y ss.; y M.A. LUELMO MILLÁN, «La doble escala salarial en la negociación colectiva», en *Aranzadi Social*, 2005, núm. 5, págs. 51 y ss.

<sup>4</sup> El mejor modo de comprobar lo que se dice es realizar una búsqueda a través del buscador de internet google ([www.google.es](http://www.google.es)). La cantidad de referencias, de desigual valor, sobre la doble escala salarial es abrumadora y, por qué no decirlo, inabordable.

<sup>5</sup> Vid. M.T. ALAMEDA CASTILLO y F.J. PRADOS DE REYES, «Dobles escalas salariales», *op. cit.*, pág. 406.

rebaja también de las cotizaciones sociales y, en su caso, de eventuales indemnizaciones por despido, etc. Si, además, esa rebaja de costes laborales viene acompañada de inversiones de capital –tecnológicas, sobre todo– que sitúen a la empresa en una posición más competitiva todavía, menos que objetar <sup>6</sup>. Desde el punto de vista microeconómico, a simple vista todo parecen ventajas, si bien pudieran surgir algunos inconvenientes derivados de una posible menor productividad de los nuevos trabajadores peor retribuidos, por no hablar de la conflictividad siempre latente de estos trabajadores <sup>7</sup>.

Desde el punto de vista sindical no parece razonable que los representantes de los trabajadores acaben aceptando la postura de los empresarios <sup>8</sup>. Con dicha aceptación sindical se ponen en entredicho algunos de los pilares que sostienen a la autonomía colectiva, como la solidaridad entre los trabajadores, la lucha por la igualdad sustancial y la representación institucional, no meramente privada, de los intereses de la clase trabajadora <sup>9</sup>. No se ignora que en la negociación colectiva en determinados sectores productivos o en determinadas empresas, especialmente multinacionales, la posición de los representantes de los trabajadores no es nada sencilla, pues frecuentemente se encuentran con la amenazadora presión empresarial de la deslocalización total o parcial de la producción, la subcontratación, la desinversión, la reducción de plantilla, etc., pero que esa presión se salde con la fijación de salarios inferiores para los nuevos trabajadores no parece sindicalmente de recibo. Y si al mismo tiempo los trabajadores ya contratados obtienen subidas salariales, como de costumbre, entonces la insolidaridad y el descrédito de la acción sindical no pueden ser mayores.

## II. CONCEPTO Y CLASES DE DOBLE ESCALA SALARIAL

La doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva es el nombre que la doctrina y la jurisprudencia han dado a una determinada práctica de la negociación colectiva a partir de la década de los noventa. Nombre que seguramente se inspira, o al menos tiene su equivalente, en los anglosajones *two-tier remuneration system* o *two-tier wage structures* <sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Vid. M.A. PURCALLA BONILLA, «La doble escala...», *op. cit.*, págs. 6-8.

<sup>7</sup> A este respecto, A. OJEDA AVILÉS, «El principio de condición más beneficiosa», en L.E. DE LA VILLA GIL y L. LÓPEZ CUMBRE (dirs.): *Los principios del Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, pág. 185.

<sup>8</sup> M.A. PURCALLA BONILLA, «La doble escala...», *op. cit.*, pág. 8, lamenta que el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 no aborde el tema de la doble escala salarial por la fecha de contratación. Tampoco lo hace el reciente Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005 (BOE, 16 de marzo de 2005).

<sup>9</sup> Vid. A. BEJARANO HERNÁNDEZ, «Desigualdad de trato...», *op. cit.*, pág. 471 y J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Convenio colectivo y...», *op. cit.*, pág. 163.

<sup>10</sup> El fenómeno de la doble escala salarial surge en Estados Unidos durante la década de los ochenta en plena crisis económica y de ahí se extiende a numerosos países, especialmente de cultura anglosajona. Una consulta en el buscador google, al que antes se hacía referencia, arroja multitud de datos sobre la expansión internacional del fenómeno. Vid. BUREAU OF NATIONAL AFFAIRS, *Wages*, Washington, 1984, págs. 29 y ss.; J.E. MARTÍN y M.M. PETERSON, «Two-tier wage structures: implications for equity theory», en *Academy of Management Journal*, 1987, vol. 30, núm. 2, págs. 297 y ss.; J.E. MARTÍN, *Two-tier compensation structures: Their impact on Unions, Employers and Employees*, W.E. Upjhon Institute, 1990; y S.L. THOMAS y M.M. KLEINER, «The effect of two-tier collective bargaining agreements on shareholder equity», en *Industrial and Labour Relations Review*, 1992, núm. 2.

Los elementos que definen la doble escala salarial son los siguientes: en primer lugar, el establecimiento de diferencias salariales. Diferencias en relación con la principal obligación empresarial y derecho de crédito de los trabajadores: el salario. La doble escala puede afectar a otras condiciones de trabajo, especialmente al tiempo de trabajo, pero la que aquí interesa tiene que ver exclusivamente con la obligación salarial <sup>11</sup>. De manera excesivamente simplista, la doble escala salarial puede afectar al salario globalmente considerado, por todos los conceptos <sup>12</sup>, o bien sólo al salario base, o bien a todos o a determinados complementos salariales, muy especialmente al complemento de antigüedad <sup>13</sup>, al de puesto de trabajo <sup>14</sup>, al de producción o productividad <sup>15</sup>, al de nocturnidad <sup>16</sup>, al de asistencia <sup>17</sup>, al de trabajo en domingos o festivos <sup>18</sup>, a las pagas extras <sup>19</sup>, etc. <sup>20</sup>. Y todo ello con las más variadas combinaciones. Por supuesto, también puede afectar a los salarios en especie <sup>21</sup>. Téngase en cuenta que la estructura salarial en la negociación colectiva suele presentar una enorme complejidad y difiere notablemente según la empresa o el sector productivo de que se trate.

En segundo lugar, la doble escala salarial distingue a los trabajadores en función exclusivamente de la fecha de contratación laboral. Es el momento de incorporación a la empresa el que determina la diferencia salarial. Lo más habitual es que se tome como fecha de referencia la de celebración del convenio colectivo que establezca por vez primera la diferencia salarial, de mane-

- 
- <sup>11</sup> También puede afectar a partidas extrasalariales o a beneficios sociales, en cuyo caso más que de desigualdad salarial hay que hablar de desigualdad retributiva. Un buen ejemplo se encuentra en la STSJ de Baleares, social, 9-12-1997, As. 4326, FJ. 5, que se ocupa del trato desigual en el plus extrasalarial de transporte, además de otros conceptos salariales que no vienen al caso.
- <sup>12</sup> El convenio colectivo de la empresa «Hertz España, S.A.» establece para los trabajadores contratados a partir de su entrada en vigor un salario por todos los conceptos equivalente al 85 por 100 del salario de los trabajadores ya contratados. De esta doble escala se ocupa la STS, 4.ª, 22-1-1996, Ar. 479, FJ 1. Otro ejemplo puede verse en la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Pamplona, 12-5-2000, As. 1638, hecho probado 5. Igualmente, STSJ de Canarias/Las Palmas, social, 13-12-2002, JUR 2003\215295, FJ 1 y SSAN, social, 30-3-2004, As. 2116 y 17-6-2004, As. 2698, FJ 4 (convenio colectivo de la empresa «CLH, S.A.»).
- <sup>13</sup> Buena parte de la jurisprudencia sobre la doble escala salarial tiene que ver con el complemento de antigüedad. Así, entre otras muchas, pueden citarse las siguientes sentencias: STC 27/2004, antecedente 2 y FJ 5 y SSTS, 4.ª, 3-10-2000, Ar. 8659, FJ 2; 17-6-2002, Ar. 7909, FJ 3; 25-7-2002, FJ 1; 20-9-2002, Ar. 2003\500, FJ 1; 7-3-2003, Ar. 4499, FJ 6 y 21-1-2004, Ar. 1936, FJ 1.
- <sup>14</sup> El convenio colectivo de la empresa «Transportes de Barcelona, S.A.» establece que los conductores de bus contratados a partir de la firma del convenio sólo percibirán el 80 por 100 del complemento de puesto de trabajo durante los tres primeros años, pasando a partir del cuarto a percibirlo íntegramente. De este supuesto se ocupa la STSJ de Cataluña, social, 2-11-1999, As. 3961, antecedente 2.
- <sup>15</sup> Véase STSJ de Valencia, social, 4-5-2001, JUR 277219, antecedente 2 y STSJ del País Vasco, social, 27-4-1999, As. 1671.
- <sup>16</sup> Vid. STSJ de Andalucía/Sevilla, social, 27-4-1998, As. 6058, antecedente 3; STSJ de Cataluña, social, 7-2-1997, As. 1825; y STSJ de Cataluña, social, 18-11-2003, As. 257, antecedente 2.
- <sup>17</sup> STSJ del País Vasco, social, 23-11-1999, As. 7000.
- <sup>18</sup> SSTS, 4.ª, u.d., 23-9-2003, Ar. 8378 y 19-10-2003, Ar. 9039.
- <sup>19</sup> STS, 4.ª, 24-10-1995, Ar. 8669, FJ 3; STSJ del País Vasco, social, 27-4-1999, As. 1671; y SAN, social, 12-11-2003, JUR 2004\76556 (convenio colectivo de las Cajas de Ahorro).
- <sup>20</sup> El convenio colectivo de la empresa «Transportes López, S.A.» establece un plus (carga y descarga) que sólo perciben los contratados en el momento de la firma del convenio, y dos pluses (kilometraje y dietas de domingos y festivos) que tienen mayor cuantía para los ya contratados. Del mismo se ocupa la STS, 4.ª, 12-11-2002, Ar. 2003\1026, FJ 1. También es interesante el caso resuelto por la STSJ del País Vasco, social, 16-10-1998, As. 4729, antecedente 1.
- <sup>21</sup> STSJ del País Vasco, social, 5-11-2002, As. 2003\982, FJ 1.

ra que los ya contratados en dicho momento gozarán de mejores condiciones salariales que quienes ingresen a partir de entonces. Y lo normal es que en los sucesivos convenios colectivos se mantenga la doble escala tal y como quedó establecida en el primer convenio colectivo que la introdujo, cuya fecha de suscripción seguirá de este modo separando salarialmente a los trabajadores. Ni que decir tiene que hay otros supuestos de doble escala salarial que no obedecen a la fecha de contratación sino a otros factores, muy especialmente al carácter indefinido o temporal del contrato de trabajo <sup>22</sup>. Esta última doble escala, que a veces ha sido utilizada y que sorprendentemente lo sigue siendo, es sin duda alguna, ilícita, por contravenir el principio constitucional de igualdad y el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET) <sup>23</sup>.

En tercer lugar, y aunque sea algo muy obvio, la doble escala por la fecha de contratación distingue salarialmente a los trabajadores perjudicando a los de nuevo ingreso. El salario inferior para los nuevos contratados puede ser consecuencia bien de la menor cuantía de cualquier partida salarial, bien de un sistema de cálculo de cualquier partida diferente y perjudicial, bien de la supresión –o de la no concesión– sin más de algún complemento para los nuevos contratados, así como todas las fórmulas mixtas en que pueda pensarse <sup>24</sup>. Como anécdota, en alguna ocasión se ha establecido una doble escala salarial inversa, que perjudica salarialmente a los trabajadores ya contratados en el momento de la firma del convenio y beneficia a los de nuevo ingreso <sup>25</sup>.

En cuarto y último lugar, la doble escala salarial se establece por cualquiera de los productos de la negociación colectiva, normalmente el convenio colectivo estatutario, aunque también pudiera ser el convenio extraestatutario, el acuerdo de empresa, el pacto de fin de huelga, el acuerdo mediante conciliación o mediación, el laudo arbitral, etc. La participación de los sujetos colectivos de representación de los trabajadores es esencial. Quedan fuera, por tanto, las diferencias salariales establecidas contractualmente o a través del poder de dirección del empresario, sin perjuicio de lo que después se dirá.

La precisa definición de lo que es y de lo que no es doble escala salarial a partir de los anteriores elementos resulta absolutamente necesaria para poder pronunciarse cabalmente en términos jurídicos. Con frecuencia se tratan doctrinal y judicialmente como problemas de doble escala diferencias salariales que no reúnen las características propias de la misma, que son figuras afines y que requieren un tratamiento jurídico diferente <sup>26</sup>.

Es indudable que la doble escala salarial es, en abstracto, y sin prejuzgar todavía la valoración jurídica de la misma, una medida de gestión flexible de la empresa o de flexibilidad interna, como

---

<sup>22</sup> La doble escala salarial además de a la fecha de contratación o ingreso en la empresa puede obedecer a otros factores. Vid., en este sentido, M.T. ALAMEDA CASTILLO y F.J. PRADOS DE REYES, «Dobles escalas salariales», *op. cit.*, págs. 387 y ss.

<sup>23</sup> Son muchos los casos de este tipo. Por ejemplo, los resueltos por las siguientes sentencias: SSTC 177/1993, FJ 3 y 104/2004; STS, 4.ª, u.d., 28-5-2004, Ar. 5030, FJ 5.

<sup>24</sup> Insiste en esta elemento M.ª L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.*, págs. 8-9.

<sup>25</sup> Vid. nota 123.

<sup>26</sup> Véanse los supuestos tratados en el apartado VII.

se dice en el reciente Informe del Comité de Expertos para el Diálogo Social <sup>27</sup>. O, dicho en los términos del último Congreso Nacional de Derecho del Trabajo celebrado en Granada, una medida extraconcursal y convencional de reestructuración y saneamiento económico de empresas, a sabiendas, eso sí, de lo poliédrica y amplia que es esta última expresión <sup>28</sup>. De hecho, en la ponencia «Medidas laborales extraconcursoales de reestructuración y saneamiento de empresas» se dedica un epígrafe al establecimiento convencional de dobles escalas <sup>29</sup>.

La doble escala no es una realidad uniforme. Antes al contrario, presenta mil caras y en buena medida ello es consecuencia de la complejidad intrínseca de la estructura salarial <sup>30</sup> y del también complejo sistema de clasificación profesional que tanta importancia tiene en materia salarial <sup>31</sup>. Pero la variedad de formas también es en muchos casos una consecuencia buscada por los titulares de la autonomía colectiva. Las dudas más que fundadas sobre la licitud de la doble escala y otras consideraciones de tipo sindical hacen que con frecuencia se intente enmascarar o esconder la doble escala salarial, dando lugar a sofisticados productos de «ingeniería jurídica» que no hacen más que ocultar una genuina doble escala salarial.

Así las cosas, la enorme variedad de tipos posibles de doble escala puede reconducirse a dos clases. En primer lugar, la doble escala directa, muy fácil de identificar, pues los salarios inferiores para los nuevos trabajadores se establecen directamente por el convenio colectivo. La variedad de fórmulas posibles tiene que ver fundamentalmente con la complejidad de la estructura salarial, con los distintos tipos de complementos a los que afecte, con los requisitos y sistemas de cálculo de cada complemento salarial, etc <sup>32</sup>. De manera simplista, y sabiendo que en la práctica a veces las cosas no son tan sencillas, el salario inferior para los nuevos trabajadores puede provenir de una menor cuantía de cualquier complemento –o del propio salario base–, de un diferente y perjudicial sistema de cálculo de cualquier complemento, e incluso de la supresión o no concesión sin más de algún complemento.

<sup>27</sup> Titulado «Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas», y fechado el 31 de enero de 2005. Una versión íntegra del mismo puede encontrarse fácilmente a través del buscador google. A la doble escala salarial se refiere en la página 46 a propósito de la siguiente pregunta: ¿Un nuevo papel del convenio como instrumento de gestión de la flexibilidad interna?

<sup>28</sup> La Ponencia general de José Luis MONEREO PÉREZ titulada «Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de empresas», que se encuentra en la página web de la Asociación ([www.aedtss.com](http://www.aedtss.com)), dedica especial atención a la difícil tarea de definir lo que debe entenderse por reestructuración y saneamiento económico de empresas (págs. 1 y ss., especialmente 4 y ss.)

<sup>29</sup> Ponencia a cargo de Ignacio ALBIOL MONTESINOS, que se encuentra en la página web de la Asociación. Concretamente, se dedica a la doble escala el epígrafe IV.3, págs. 41-42.

<sup>30</sup> Por todos, J.R. MERCADER UGUINA, *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1996; J.L. MONEREO PÉREZ, *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998; y J. GARCÍA MURCIA, «Concepto y estructura del salario», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2000, núm. 100, tomo I, págs. 609 y ss. Sobre el salario, en general, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *Configuración jurídica del salario*, Comares, Granada, 2001.

<sup>31</sup> Vid. F. ALEMÁN PÁEZ, *El encuadramiento profesional*, MTSS, Madrid, 1995; M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *Las estructuras profesionales. Mito y realidad en los sistemas de clasificación profesional*, MTAS, Madrid, 2002; y del mismo autor, *La clasificación profesional del trabajador: Tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, CARL, Sevilla, 2002.

<sup>32</sup> Numerosos ejemplos pueden encontrarse en M.T. ALAMEDA CASTILLO y F.J. PRADOS DE REYES, «Dobles escalas salariales», *op. cit.*, págs. 392 y ss.

En segundo lugar, la doble escala indirecta u oculta, con diferentes grados de ocultación. La variedad de fórmulas posibles y su mayor o menor ingenio son considerables<sup>33</sup>. Algunas de esas fórmulas son las siguientes: creación de una sola tabla salarial con menos complementos que en el anterior convenio colectivo y como consecuencia de ello con un salario global inferior, si bien para los trabajadores ya contratados en el momento de la firma del convenio se crea un complemento personal cuyo importe coincide con el de los complementos *ad causam* suprimidos por la nueva tabla salarial<sup>34</sup>. Muy parecida a la anterior es ésta: cambio del sistema de clasificación profesional y, como consecuencia del cambio, establecimiento de salarios inferiores, si bien los trabajadores ya contratados mantienen, gracias a un complemento personal, el nivel retributivo alcanzado conforme al anterior convenio<sup>35</sup>.

Menos oculta es la doble escala salarial que se establece mediante el mantenimiento de la clasificación profesional y los salarios de los trabajadores ya contratados y la creación de un nuevo sistema de clasificación profesional con salarios inferiores para los trabajadores de nuevo ingreso, sin que, en todo caso, varíen las prestaciones de trabajo de cada grupo o categoría profesionales; sólo cambian de manera artificial, la clasificación y el encuadramiento y con ello la retribución<sup>36</sup>.

También hay doble escala más o menos encubierta cuando mediante la negociación colectiva se establece un complemento que sólo se otorga a los trabajadores ya contratados y que viene a sustituir a una previa condición más beneficiosa de origen contractual y alcance colectivo<sup>37</sup>. Generalmente el convenio no se limita a reconocer la condición más beneficiosa, lo cual es innecesario, sino que la transforma al sustituirla por un complemento *ex convenio*, que ya no es ni absorbible ni compensable por el empresario y seguramente revalorizable. Y, para terminar, aunque más ejemplos no faltan, también hay doble escala cuando dos o más empresas se fusionan y a los trabajadores de las empresas fusionadas se les da por convenio un mejor trato salarial –a través de un complemento específico, normalmente– que a los trabajadores de nuevo ingreso en la empresa resultante de la fusión<sup>38</sup>.

### III. LA DOBLE ESCALA SALARIAL Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD EN LA LEY: APROXIMACIÓN A LA PERSPECTIVA JURÍDICA

De las diferentes e interesantes perspectivas desde las que puede contemplarse el fenómeno de la doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva, la que aquí más

<sup>33</sup> *Idem*, págs. 401 y ss.

<sup>34</sup> El caso del convenio colectivo de la empresa «Nissan España, S.A.» del que dan cuenta las SSTSJ de Cataluña, social, 31-1-2003, As. 675, hecho probado 6 y 21-9-2004, As. 3222 hecho probado 6. O el caso del que se ocupa la STSJ de Cataluña, social, 30-4-2002, As. 1991, FJ 4 (convenio colectivo de la empresa Compañía española de la laminación, S.L.). También parece el supuesto resuelto por la STSJ de Castilla-La Mancha, social, 8-5-1997, As. 2464, FJ 4. Igualmente, STSJ de Cataluña, social, 7-5-1996, As. 1631, antecedente 2.

<sup>35</sup> El caso del XXII convenio colectivo de los supermercados y autoservicios de Barcelona y provincia, del que da cuenta la STS, 4.ª, 6-4-1995, Ar. 2916, FF. JJ. 1 y 2.

<sup>36</sup> Un supuesto de este tipo recoge el convenio colectivo de la empresa «Damm Fábrica de cervezas, S.A.», enjuiciado por la STS, 4.ª, 18-12-1997, Ar. 9517, FJ 3.

<sup>37</sup> De un caso así da cuenta la STSJ de Cataluña, social, 15-1-2001, As. 563.

<sup>38</sup> Varios supuestos de estas características han llegado hasta el Supremo. Así, SSTs, 4.ª, 22-1-1994, Ar. 3228; 24-10-1995, Ar. 8669 y 31-10-2001, Ar. 2002\1511.

interesa es la jurídica. Se trata de analizar la licitud o no de la doble escala a la luz del principio constitucional de igualdad, habida cuenta de que no hay norma alguna laboral que de manera específica se ocupe del citado fenómeno. A este respecto conviene comenzar estudiando, siquiera sea superficialmente, el alcance de dicho principio constitucional.

La Constitución Española (CE) de 1978, en la línea de otras muchas constituciones y de numerosos instrumentos internacionales ratificados por España, reconoce en el artículo 14 el principio de igualdad. Igualdad jurídica o formal que convive en la propia Constitución con la igualdad material, que es un valor superior del ordenamiento jurídico –art. 1.1 de la CE– y un principio guía de la actuación de los poderes públicos –art. 9.2 de la CE–. No se pretende en este trabajo estudiar con detenimiento y rigor este complejo principio constitucional, por lo demás continuamente tratado por juristas de todas las disciplinas, con destacado protagonismo de los laboristas <sup>39</sup>. Más modestamente sólo se pretende analizar este principio constitucional en la medida en la que sea necesario para poder proyectarlo sobre el tema objeto de estudio.

Lo primero que hay que aclarar es que el artículo 14 de la CE contiene dos principios o dos derechos fundamentales, según se opte por una perspectiva objetiva o por una subjetiva, estrechamente relacionados pero diferentes. Por un lado está el principio de igualdad –igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley– y por otro el de no discriminación por determinados motivos <sup>40</sup>. Esta distinción que hoy en día se acepta mayoritariamente no siempre estuvo tan clara, aunque no corresponde aquí entrar en ese arduo debate <sup>41</sup>. Eso sí, una de las consecuencias presentes de la confusión del pasado es el uso poco riguroso del término «discriminación» para referirse no sólo a las genuinas discriminaciones sino también a toda desigualdad no justificada <sup>42</sup>. El propio Tribunal Constitucional incurre a veces en ese uso poco riguroso.

De acuerdo con lo apenas dicho, la doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva puede vulnerar o no el principio genérico de igualdad, pero no el de no discriminación por determinados motivos. La discriminación genuina sólo puede obedecer a los motivos enumerados por el artículo 14 de la CE, entre los que expresamente no está la fecha de

<sup>39</sup> Por todos, E. ALONSO GARCÍA, «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», en *Revista de Administración Pública*, 1983, núms. 100-102, vol. I, págs. 21 y ss.; J. JIMÉNEZ CAMPO, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *REDC*, 1983, núm. 9, págs. 71 y ss.; J. SUAY RINCÓN, *El Principio de igualdad en la justicia constitucional*, IEAL, Madrid, 1985; AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, 2 volúmenes, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; F. RUBIO LLORENTE, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *REDC*, 1991, núm. 31, págs. 9 y ss.; J.M. BILBAO UBILLOS y F. REY MARTÍNEZ, «Veinte años de Jurisprudencia sobre la Igualdad Constitucional», en M. ARAGÓN REYES y J. MARTÍNEZ SIMANCAS (dirs.), *La Constitución y la práctica del Derecho*, BCH-Aranzadi, Madrid, 1996, págs. 243 y ss. y D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004. Entre los laboristas, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986; L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona, 1998 y J.R. MERCADER UGUINA, «El marco teórico del principio de igualdad», en L.E DE LA VILLA GIL y L. LÓPEZ CUMBRE (dirs.), *Los principios del Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, págs. 211 y ss.

<sup>40</sup> Por todos, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, *op. cit.*, págs. 38 y 65-66 y D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad...*, *op. cit.*, págs. 33 y ss.

<sup>41</sup> *Vid.* L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, *Decisiones empresariales y...*, *op. cit.*, págs. 92 y ss.

<sup>42</sup> *Idem.*

contratación. Desde la perspectiva de la legalidad ordinaria tampoco la fecha de contratación aparece enumerada entre los motivos de discriminación vedados de los artículos 4.2 c) y 17 del ET <sup>43</sup>.

Cabe plantearse si la fecha de contratación puede ser considerada una de las circunstancias personales o sociales genéricamente prohibidas por el inciso final del artículo 14 de la CE, en cuyo caso se estaría ante un problema de discriminación genuina en vez de un problema de igualdad sin más. Sin perjuicio de lo que se dirá en el último apartado a modo de propuesta polémica, la respuesta tiene que ser negativa: la fecha de contratación no es un factor de discriminación genéricamente prohibido por la Constitución. Y no lo es porque si se entiende, como se hace aquí, que el artículo 14 de la CE contiene dos principios, el de igualdad y el de no discriminación, y que el segundo establece una tutela jurídica reforzada, más exigente en aras de la igualdad, la cláusula abierta del último inciso «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» tiene que ser necesariamente interpretada con carácter restrictivo, exclusivamente para aquellas condiciones equiparables a las expresamente prohibidas, pues de lo contrario cualquier factor de diferenciación no justificado, arbitrario, podría ser discriminatorio y no habría diferencias entre el principio genérico de igualdad y el de no discriminación <sup>44</sup>. En esta misma línea se sitúa el Tribunal Supremo cuando rechaza con rotundidad que la fecha de ingreso en la empresa sea una circunstancia personal o social discriminatoria <sup>45</sup>.

En atención a todo lo dicho, tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria, cuando se ocupan de la desigualdad salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva, comienzan aclarando que se trata de un problema de igualdad de trato y no de discriminación prohibida constitucional o legalmente. La última y reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre el particular, la 27/2004, es una buena muestra de lo que se dice <sup>46</sup>. Otra cosa es que a veces

<sup>43</sup> Tras la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, el artículo 4.2 c) del ET dice: «A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate».

<sup>44</sup> Vid. M. RODRÍGUEZ-PINERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, *op. cit.*, págs. 66-70 y L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, *Decisiones empresariales y...*, *op. cit.*, págs. 97-99.

<sup>45</sup> Así lo establece la STS, 4.ª, u.d., 12-11-2002, Ar. 2003\1026. Literalmente: «De conformidad con doctrina jurisprudencial reiterada (STS 18-12-1997 [RJ 1997, 9517], 17-5-2000 [RJ 2000, 5513], 3-10-2000), la fecha de ingreso o admisión en la empresa no es un motivo genérico de discriminación o una circunstancia personal o social de tal carácter que se haya incluido en la lista tasada del artículo 14 de la CE (RCL 1978, 2836) («nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social»), o en la relación más amplia de «discriminaciones favorables o adversas» en el empleo y en las condiciones de trabajo de los artículos 4.2 c) y 17.1 del ET (RCL 1995, 997) («sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español»; también, en principio, «disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales» (FJ 3). Pueden citarse otras muchas sentencias como, por ejemplo, las SSTS, 4.ª, 19-3-2001, Ar. 3388, FJ 1; 1-4-2003, Ar. 2004\5406; u.d., 23-9-2003, Ar. 8378 FJ 5; y, u.d. 19-10-2003, Ar. 9039, FJ 5.

<sup>46</sup> Dice así: «La prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE. En contraste con esta prohibición el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3), que es lo que en este caso, a la vista del objeto del proceso y de los contenidos de la denuncia que se efectúa, podría estar comprometido pese a la invocación de ambos principios en la demanda de amparo» (FJ 2).

Un comentario de esta sentencia puede encontrarse en J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «El derecho a...», *op. cit.*, págs. 243 y ss.

la terminología empleada sea un tanto confusa y se hable así de desigualdades discriminatorias cuando en realidad quiere decirse desigualdades desprovistas de justificación objetiva y razonable.

Sentado que se trata de un problema de igualdad de trato <sup>47</sup>, hay que exponer sintéticamente la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre la misma para posteriormente aplicarla a la doble escala salarial y saber si es o no lícita; o, mejor dicho, en qué términos puede ser lícita y en qué términos no.

El principio de igualdad de trato o igualdad ante la ley tiene, según la jurisprudencia consolidada del TC, dos manifestaciones: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, en atención al plano en el que opere la igualdad <sup>48</sup>. Literalmente:

«De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno y otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación (...) En otro plano, en el de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las presentes en la norma» (STC 144/1988, FJ 1).

<sup>47</sup> Cada vez que el Tribunal Constitucional tiene que resolver un asunto a partir del principio genérico de igualdad de trato, lo primero que hace es sintetizar su copiosísima jurisprudencia. Así lo hace, por poner sólo un ejemplo, la reciente STC 27/2004, en los siguientes términos: «El artículo 14 de la CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en relación con el artículo 14 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. *Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos*» (FJ 2) (mías las cursivas).

Véase, F. RUBIO LLORENTE y otros: *Derecho fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Ariel, Barcelona, 1995, págs. 108 y ss.

<sup>48</sup> Por todos, D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad...*, *op. cit.*, págs. 44 y ss. y L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, *Decisiones empresariales y...*, *op. cit.*, págs. 82 y ss.

La manifestación del principio que interesa aquí es la de la igualdad en la ley. No se trata de problemas de aplicación de las normas convencionales, sino de su propia elaboración, de la compatibilidad entre las diferencias salariales establecidas por la negociación colectiva y las exigencias del principio constitucional de igualdad en la ley. Por supuesto, la doble escala salarial también podría dar lugar a problemas desde la perspectiva de la igualdad en la aplicación judicial de la ley, pero éstos no presentarían mayor singularidad. Téngase en cuenta que muchas dobles escalas son idénticas y se repiten en los sucesivos convenios colectivos y frecuentemente son impugnadas ante el mismo órgano judicial, lo que hipotéticamente podría generar violaciones del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

El principio de igualdad en la ley no sólo se refiere a la ley en sentido estricto, como norma emanada por el Parlamento, o a la ley en sentido amplio, como sinónimo de cualquier norma estatal –reglamentos y normas internacionales incorporadas al Ordenamiento español–, sino que también abarca a las normas convencionales, a las que emanan de esa peculiar fuente subjetiva del Derecho del Trabajo denominada autonomía colectiva, reconocida constitucionalmente en el artículo 37.1. El principio de igualdad en la ley vincula a los poderes públicos y también en el ámbito laboral a los sujetos titulares de la autonomía colectiva, que aunque sean sujetos privados ejercen una función institucional y tienen constitucional y legalmente –arts. 37.1 de la CE y 82 y ss. del ET– atribuida la facultad de crear Derecho, de emanar normas jurídicas. Y esas peculiares normas jurídicas que tienen su origen en la autonomía colectiva tienen que respetar, como el resto de normas jurídicas de origen estatal –leyes en sentido material– o social –costumbre–, la Constitución, incluido el principio de igualdad en la ley. El Tribunal Constitucional se ha referido a este asunto en numerosas ocasiones y ha dicho:

«Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el artículo 1.1 de la CE propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Todo ello resulta aplicable al Convenio colectivo. Mucho más si se tiene en cuenta que en el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, dicho Convenio, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi-pública, no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales (STC 58/1985, FJ 3.º) (RTC 1985\58). El Convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución (ATC 643/1986, de 23 de julio) y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación» (STC 177/1988, F.J. 4) <sup>49</sup>.

<sup>49</sup> En cuanto al Tribunal Supremo, por todas, la STS, 4.ª, 3-10-2000, Ar. 8659, FJ 3 B.

Cuestión distinta es que la aplicación del principio de igualdad en la ley a los diferentes productos de la negociación colectiva tenga carácter matizado, como también ha tenido ocasión de manifestar el Tribunal Constitucional. Así:

«Ahora bien, el principio reconocido en el artículo 14 de la Constitución, reflejado luego, aunque con matices propios, en la propia legislación laboral (arts. 4 y 17 del ET) (RCL 1980\607 y ApNDL 3006), no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos. No es ya que el principio de igualdad no se oponga a toda diferencia de trato, como en general ocurre. Ha de tenerse en cuenta también, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto este Tribunal, que en el ámbito de las relaciones privadas, en el que, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, el Convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica» (STC 177/1988, FJ 4) <sup>50</sup>.

Admitido que las normas convencionales están sujetas al principio de igualdad en la ley, aunque sea con matices, tal y como después se verá, y puesto que la doble escala salarial supone un inequívoco tratamiento diferente de los trabajadores, habrá que recurrir al juicio de igualdad para saber si dicho tratamiento diferente supera o no el citado juicio, y en función de eso si vulnera o no el principio constitucional de igualdad en la ley.

El juicio de igualdad es una creación jurisprudencial, es el conjunto de técnicas creadas por el TC para valorar si las diferenciaciones normativas, que están en la esencia misma de la creación normativa, superan o no determinados parámetros jurídicos creados por el propio TC <sup>51</sup>. «Es un test, en definitiva, creado por el máximo intérprete constitucional para adaptar a la realidad jurídica un concepto –el de igualdad– que en su literalidad contradice la esencia de las normas, que no es otra que dividir la sociedad en grupos de personas para aplicar una diferencia de trato entre ellos» <sup>52</sup>.

El juicio de igualdad tiene una estructura, unos parámetros, que han sido contruidos por el TC de manera no uniforme: a veces con un alto grado de elaboración y abstracción y a veces más casuísticamente, lo que ha sido criticado por la doctrina, pues se supone que el juicio de igualdad tiene que tener el suficiente grado de abstracción y previsibilidad como para evitar que se acabe convirtiendo en puro decisionismo, en casuismo absoluto, con grave quebranto de la siempre necesaria seguridad jurídica <sup>53</sup>. De todos modos, y aunque el asunto no sea pacífico, la tesis mayoritaria es la

<sup>50</sup> Igualmente, entre otras muchas, las SSTC 171/1989, FJ 1; 2/1998, FJ 2; 119/2002, FJ 6; y 27/2004, FJ 4.

<sup>51</sup> Imprescindible resulta la obra de D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad, op. cit., passim*.

<sup>52</sup> D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad, op. cit.*, pág. 20.

<sup>53</sup> D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad, op. cit., passim* (por ejemplo, págs. 22-23).

que entiende que la estructura del juicio de igualdad está integrada por tres parámetros de enjuiciamiento sucesivos: la admisión del término de comparación, el juicio de razonabilidad y el juicio de proporcionalidad <sup>54</sup>.

De lo que se trata a continuación es de aplicar esos parámetros a la doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva, esto es, someterla al juicio de igualdad con la finalidad última de saber hasta qué punto es o no lícita, vulnera o no el principio constitucional de igualdad en la ley.

#### IV. LA DOBLE ESCALA SALARIAL Y EL JUICIO DE IGUALDAD

##### 1. Complejidad del juicio de igualdad aplicado a la doble escala.

Antes de proyectar el juicio de igualdad con sus diferentes y sucesivos parámetros sobre la doble escala salarial resulta imprescindible realizar algunas aclaraciones o advertencias. Primera, el juicio de igualdad es por definición extraordinariamente complejo, vaporoso y casuístico, necesariamente circunscrito a las circunstancias del caso concreto. Además, la doble escala salarial no es una realidad uniforme, sino todo lo contrario, variada y también muy casuística, lo que obliga a considerar las concretas características que rodean a una determinada doble escala, la que se someta al juicio de igualdad. Ahora bien, eso no significa que no haya modo alguno de trascender el caso concreto e intentar abordar este asunto mediante unos mínimos términos de generalidad y abstracción. Al fin y al cabo, las dobles escalas, por diferentes que sean entre sí, reúnen unos requisitos comunes, ya vistos, y pueden ser clasificadas y agrupadas. Y por lo que al juicio de igualdad se refiere, no todo es casuismo. Al contrario, hay unas categorías o parámetros suficientemente elaborados por el TC y cuya aplicación al caso concreto debe ser en parte previsible.

En atención a lo dicho al final del trabajo quizá no pueda responderse a las siguientes preguntas: ¿Supera o no la doble escala salarial el juicio de igualdad? O lo que es lo mismo: ¿Es o no lícita la doble escala salarial? Se trata de preguntas demasiado genéricas como para poder responderlas adecuadamente. Pero sí debería poder responderse a estas otras preguntas, que son más concretas sin llegar a ser puramente casuísticas: ¿En qué términos supera el juicio de igualdad la doble escala y en qué términos no lo supera? O bien: ¿En qué términos la doble escala es lícita, respetuosa con el principio de igualdad, y en qué términos no? De lo que se trata, en definitiva, es de aportar la necesaria seguridad jurídica en esta materia, por casuística que sea.

<sup>54</sup> Por todos, J. MERCADER UGUINA, «El marco teórico...», *op. cit.*, págs. 242-243.

D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad*, *op. cit.*, págs. 55-56, al tiempo que da cuenta de la tesis mayoritaria la somete a crítica y propone utilizar otras categorías: admisión del término de comparación, juicio de racionalidad de la clasificación legislativa y juicio de proporcionalidad de la diferencia de trato.

Segunda, el material con el que se va a trabajar está integrado sobre todo por jurisprudencia. Una jurisprudencia ya muy copiosa y de variado origen: Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional, Tribunal Supremo e incluso Tribunal Constitucional. No en vano el juicio de igualdad es una construcción jurisprudencial del TC destinada a ser aplicada por el propio TC y por el resto de tribunales siempre que esté en juego el principio constitucional de igualdad. Al igual que sucede con otras muchas materias laborales, que carecen de específica regla normativa, también aquí la solución habrá que intentar hallarla en la jurisprudencia<sup>55</sup>. Por supuesto, también se va a manejar la abundante doctrina científica, toda ella muy apegada a la jurisprudencia.

Tercera y última, el material jurisprudencial con el que se va a trabajar presenta una complejidad enorme, además de ser muy copioso. Complejidad que rodea a todo asunto que tenga que ver con el juicio de igualdad, que es un juicio, por definición, de gran dificultad técnica. Pero es que en materia de doble escala salarial la complejidad se acentúa porque la jurisprudencia es en buena medida contradictoria, en general confusa y para colmo poco elaborada técnicamente<sup>56</sup>. En efecto, además de la contradicción en la que con frecuencia incurre un mismo órgano judicial para casos similares, y de la confusión argumental que predomina en la mayoría de las sentencias, preocupa especialmente el hecho de que raramente los tribunales efectúan el juicio de igualdad de manera técnicamente correcta. Son muchas las sentencias en las que no hay modo alguno de apreciar cómo se ha llevado a cabo el juicio de igualdad; se adopta una decisión, la que sea, sin saber muy bien cuál ha sido el camino seguido. Y ese camino no puede ser otro que el juicio de igualdad y sus concretos parámetros, so pena de convertir este asunto en puro y arbitrario decisionismo, con grave quebranto de la siempre necesaria seguridad jurídica y de la mínima previsibilidad de las decisiones judiciales.

En definitiva, la labor que se emprende está llena de dificultades, que se espera no impidan tratar este tema con la claridad y rigor necesarios. A continuación se aborda la primera parte del juicio de igualdad, la antesala del juicio, que es la existencia o no de supuestos de hecho iguales desigualmente tratados por la norma, en este caso por los productos de la negociación colectiva que establecen la doble escala salarial por la fecha de contratación. Es lo que habitualmente se denomina admisión o no del término de comparación, del *tertium comparationis*<sup>57</sup>. Posteriormente, y en apartados separados, se tratan el juicio de razonabilidad y el de proporcionalidad.

<sup>55</sup> Cuando de la aplicación judicial de principios jurídicos se trata, el caso concreto no agota *de facto* los efectos de la sentencia. La labor de los tribunales trasciende el caso concreto y va creando pautas a partir de las cuales saber con un mínimo de seguridad jurídica si es o no lícita en este caso la doble escala salarial por la fecha de contratación que reúna determinadas características.

<sup>56</sup> La confusión y la contradicción de la jurisprudencia es frecuentemente denunciada por la doctrina. Así, S. DEL REY GUANTER, «Fecha de ingreso...», *op. cit.*, pág. 511; M.A. PURCALLA BONILLA, «La doble escala...», *op. cit.*, pág. 6; M.T. ALAMEDA CASTILLO y F.J. PRADOS DE REYES, «Dobles escalas salariales», *op. cit.*, págs. 386-387; y M.<sup>a</sup> L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.* pág. 10.

<sup>57</sup> Por todos, D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad...*, *op. cit.*, págs. 71 y ss.

## 2. Admisión o no del término de comparación en los diferentes supuestos de doble escala salarial.

«El principio de igualdad en la ley consagrado en el artículo 14 de la CE consiste en que, ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales y que han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un factor que permita diferenciarlo de otro, se encuentre carente de suficiente relevancia y fundamento racional»<sup>58</sup>. Para que el juicio de igualdad tenga sentido es necesario, como requisito previo, que la norma que se pretenda someter a dicho juicio diferencie entre supuestos de hecho iguales, similares, equiparables o como dice la doctrina con identidad sustancial<sup>59</sup>. Está en juego la primera parte de la clásica concepción aristotélica de la justicia, que consiste en tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales<sup>60</sup>.

La STC 27/2004, que se ocupa precisamente de un supuesto de doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva, comienza, como no podía ser de otro modo, fijando las premisas para poder llevar a cabo el juicio de igualdad. Literalmente:

«El juicio de igualdad, por lo demás, es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio [RTC 2000, 181]) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre [RTC 1986, 148]; 29/1987, de 6 de marzo [RTC 1987, 29]; 1/2001, de 15 de enero [RTC 2001, 1]). Sólo una vez verificado uno y otro presupuestos resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma» (FJ 2).

Con carácter general no hay la menor duda de que los convenios colectivos que establecen diferencias salariales en función de la fecha de contratación cumplen las dos premisas necesarias para poder llevar a cabo el juicio de igualdad. Por un lado, es evidente que introducen una diferencia de trato entre grupos de personas, concretamente entre los trabajadores en función de la fecha de contratación laboral. Por otro lado, hay una homogeneidad o identidad sustancial entre las situaciones subjetivas diferentemente tratadas por la norma convencional: trabajadores que realizan unas mismas tareas y que simplemente son contratados por la empresa antes o después de una determinada fecha, normalmente la de entrada en vigor del convenio colectivo que establece la doble escala. Así lo entiende rotundamente la STC 27/2004 cuando establece: «(...) la desigualdad de trato se produce entre trabajadores que se encuentran en una misma situación de hecho (...)» (FJ 3).

<sup>58</sup> STC 114/1992, FJ 6.

<sup>59</sup> Por todos, E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Sobre el derecho de igualdad en la función pública (Comentario a la sentencia del TC 68/89, de 19 de abril)», en *REDT*, 1990, núm. 42, pág. 360.

<sup>60</sup> ARISTÓTELES, *Política*, libro III, capítulo IX, 1.280.<sup>a</sup>, traducción de C. GARCÍA GUAL y A. PÉREZ JIMÉNEZ, *Altaya*, Barcelona, 1997, pág. 122.

Para que los supuestos de hecho sean diferentes, y no sea necesario realizar el juicio de igualdad, es necesario que el factor diferenciador se limite a reconocer jurídicamente una desigualdad natural, social o profesional de partida, de origen, y todo ello en relación con la concreta diferencia de trato. En efecto, por definición todos los factores de diferenciación dividen a las personas, pero cuando un factor diferenciador se conecta con una concreta diferencia de trato se puede racionalmente determinar si el factor diferenciador se limita a plasmar normativamente una diferencia *de facto* ya existente o si, por el contrario, el factor diferenciador divide artificialmente a las personas. Hay factores de diferenciación que en relación con las diferencias de trato salariales no hacen más que constatar diferencias de partida y, por tanto, no distinguen entre supuestos de hecho iguales sino entre supuestos desiguales, lo que impide realizar el juicio de igualdad. Pueden ponerse multitud de ejemplos al respecto: la empresa en la que se trabaje; el centro de trabajo dentro de una misma empresa; el sector productivo, y dentro de cada sector productivo el ámbito geográfico del mismo; el grupo o categoría profesional; el régimen jurídico laboral o funcionarial; la modalidad contractual laboral formativa o normal, etc. Más dudosamente, y dentro de un mismo centro de trabajo y categoría profesional, la existencia o no de previas modificaciones sustanciales colectivas de condiciones de trabajo compensadas salarialmente <sup>61</sup> o la existencia de un proceso de fusión de sociedades y constitución de una nueva empresa <sup>62</sup>.

Téngase en cuenta a este respecto que es consustancial a las relaciones laborales el que haya diferentes condiciones de trabajo, en materia salarial y en otras materias en función de la empresa o centro en el que se trabaje, del sector productivo y del ámbito territorial, y también, dentro de una misma empresa o sector, del sistema de clasificación profesional. Estas diferencias reflejadas por la propia negociación colectiva de ningún modo vulneran el principio constitucional de igualdad de trato porque no parten de supuestos de hecho iguales sino de supuestos bien diferentes. Esta intrínseca diferenciación es perfectamente compatible con el artículo 14 de la CE y así lo estableció tempranamente el Tribunal Constitucional <sup>63</sup>. La propia STC 27/2004 admite claramente que hay factores de diferenciación que en relación con el salario no dan lugar a supuestos de hecho iguales <sup>64</sup>.

<sup>61</sup> El caso, por poner sólo un ejemplo, del que se ocupa la STSJ de Cataluña, social, 18-11-2003, As. 257, FJ 5, que entiende que los trabajadores contratados a partir de la fecha del acuerdo colectivo de compensación salarial por modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo no se encuentran en la misma situación de partida que los trabajadores contratados con anterioridad, afectados por tanto por la citada modificación sustancial de condiciones de trabajo. Al ser los supuestos de hecho diferentes la desigualdad retributiva relativa al complemento de nocturnidad no vulnera en modo alguno el principio de igualdad.

<sup>62</sup> La STS, 4.ª, 31-10-2001, Ar. 2002\1511, considera que los supuestos de hecho desigualmente tratados no son equiparables, pese a lo cual parece que lleva a cabo un impreciso juicio de razonabilidad. El factor de diferenciación utilizado, pertenecer o no a las empresas que se fusionan, tiene relevancia a la hora de acceder al plus de compensación de las diferencias salariales que pudiera haber entre los trabajadores de las distintas empresas que se fusionan, y que no se aplica a los trabajadores de nuevo ingreso en la empresa resultante de la fusión. Parecido es el supuesto de la STS, 4.ª, 22-1-1994, Ar. 3228, FJ 4, para la que los supuestos de hecho no son comparables y, por tanto, no hay trato desigual injustificado. Igualmente, el caso resuelto por la STS, 4.ª, 24-10-1995, Ar. 8669, FF.JJ. 3 y 5, aunque no se sabe muy bien cuál es el criterio que utiliza la sentencia para declarar lícita la diferencia de trato salarial: pudiera ser que los supuestos de hecho no fueran comparables; que la fusión justificara razonablemente la diferencia de trato; incluso que el pacto fuera extraestatutario y las condiciones más beneficiosas establecidas en el él no tuvieran por qué extenderse a los trabajadores de nuevo ingreso.

<sup>63</sup> STC 34/1984, FJ 1.

<sup>64</sup> Literalmente: «(...) 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 profesional o se encuentran por alguna otra razón ante una diferente situación de partida en relación con ese concreto complemento salarial (...)» (FJ 3).

De los factores mencionados ejemplificativamente hay uno que tiene especial relación con la fecha de ingreso en la empresa, que es la contratación mediante contratos formativos del artículo 11 del ET, que, como se sabe, admiten salarios inferiores a igualdad de encuadramiento profesional. Buena parte de los que entran por vez primera en una empresa lo hacen a través de contratos laborales formativos y perciben en general un salario inferior a igualdad de categoría profesional. Esa diferencia de trato salarial, por lo demás transitoria, no vulnera en modo alguno el principio de igualdad, pues los trabajadores con contratos formativos y los demás trabajadores no se encuentran en la misma situación de hecho y, por tanto, no tienen por qué ser tratados en pie de igualdad en materia salarial. Y no se encuentran en la misma situación de partida porque los contratos formativos además de la genuina causa laboral –intercambio de trabajo productivo o útil por salario– tienen una específica causa formativa, de adquisición y puesta en práctica de conocimientos, que provoca que el rendimiento o productividad sea en general menor del habitual. Así ha tenido ocasión de manifestarlo el propio Tribunal Constitucional <sup>65</sup>.

A diferencia de lo que se viene apuntando, la fecha de contratación laboral puesta en relación con el trato diferente en materia salarial no es un factor de diferenciación que constate una diferente situación de partida de los trabajadores, sino todo lo contrario, los divide artificialmente. La existencia de supuestos de hecho iguales o, si se prefiere, la admisión del término de comparación permite y exige realizar el juicio de igualdad, y eso significa que *a priori* las dobles escalas salariales podrían ser ilícitas, siempre que no superasen el juicio de igualdad, mientras que si se hubiera rechazado el término de comparación no podría realizarse el juicio de igualdad y las dobles escalas serían, sin más, lícitas.

Los tribunales con carácter general dan por hecho que en los casos de doble escala salarial por la fecha de contratación los supuestos de hecho desigualmente tratados son sustancialmente iguales y por eso efectúan el juicio de igualdad. Otra cosa es que casi siempre lo hagan de manera implícita, porque pocas veces razonan expresamente sobre la existencia o no de término de comparación, lo cual no es sino la primera manifestación de la confusión y de las deficiencias técnicas que imperan en la jurisprudencia sobre esta materia. Una notable excepción es la STC 27/2004.

En algunas ocasiones, no obstante, los tribunales consideran que el término de comparación no es admisible, es decir, que los supuestos de hecho no son iguales y por tanto no está en liza el principio de igualdad. Lógicamente, para llegar a esa conclusión es necesario introducir algún factor de diferenciación adicional a la fecha de contratación laboral, que puesto en relación con las diferencias salariales sea relevante, racionalmente admisible <sup>66</sup>. Es el caso, por ejemplo, del supuesto resuelto por la STC 171/1989 <sup>67</sup>. En este caso, más que a la fecha de contratación la diferencia de

<sup>65</sup> STC 136/1987, FJ 6. Sobre los contratos formativos, entre otros, I. ALBIOL MONTESINOS, *contratos formativos: prácticas y aprendizaje*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994; M. CARDENAL CARRO, *Contratos de trabajo formativos*, Aranzadi, Pamplona, 1997; y P. RABANAL CARBAJO, *Los contratos de trabajo formativos*, Dykinson, Madrid, 2002.

<sup>66</sup> Vid. notas 58 y 59.

<sup>67</sup> Un comentario de dicha sentencia puede verse en N. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo VII, Civitas, Madrid, 1990, págs. 478 y ss. Por su parte, F.J. GUALDA ALCALÁ, «Una aproximación a...», *op. cit.*, pág. 87, señala la excepcionalidad de este supuesto y la consiguiente imposibilidad de elaborar una doctrina de alcance general a partir del mismo.

trato salarial obedece a la compensación a los trabajadores que vienen disfrutando de determinadas ventajas salariales y que como consecuencia de un cambio en la correspondiente normativa estatal no pueden continuar percibiendo. Concretamente se trata de la asunción a cargo de la empresa de los impuestos y cotizaciones sociales de los trabajadores que el legislador –primero en 1978 y luego en 1980 a través del art. 26.4 del ET– prohíbe y que se compensa por el convenio colectivo empresarial mediante un complemento personal atribuido sólo a quienes están contratados en el momento del cambio en la normativa estatal, que son realmente los perjudicados. La argumentación del TC es de todos modos muy confusa porque parece que está realizando el juicio de igualdad –razonabilidad, concretamente– cuando lo que técnicamente está haciendo es desechar el término de comparación. Por si hubiera alguna duda el propio TC en una reciente sentencia <sup>68</sup> establece claramente que en el caso de la STC 171/1989 los trabajadores no se encuentran en la misma situación de partida, por lo que el tratamiento desigual no puede vulnerar el principio de igualdad; no es necesario realizar el juicio de igualdad, en definitiva.

Otro factor de diferenciación que se ha utilizado conjuntamente con la fecha de contratación para desechar el término de comparación y no realizar el juicio de igualdad, y que tiene cierta relación con el anterior, es la existencia de trabajadores con condiciones más beneficiosas que evidentemente no pueden tener los trabajadores todavía no contratados, lo que les coloca en una diferente situación de partida <sup>69</sup>. Ahora bien, sólo alguna sentencia aislada ha recurrido a esta argumentación predominando las que ante casos de este tipo admiten implícitamente el término de comparación y realizan el juicio de igualdad, tal y como se verá más adelante.

También hay algún ejemplo lamentable y burdo de factor de diferenciación adicional a la fecha de contratación, que racionalmente no tiene relación relevante con la diferencia de trato salarial, es decir, que no da lugar a verdaderos supuestos de hecho desiguales, pero que ha sido admitido judicialmente en una ocasión, evitando con ello el juicio de igualdad. Se trata de la sustitución de un convenio colectivo por otro, estableciendo el último salarios inferiores, pero respetando para los trabajadores ya contratados bajo el anterior convenio los salarios superiores del mismo con la excusa de que los nuevos trabajadores nunca han estado sometidos al convenio derogado <sup>70</sup>. Con una argumentación de este tipo, peligrosa a la vez que técnicamente insostenible, todas las dobles escalas salariales serían lícitas. Téngase en cuenta que las diferencias salariales las crea el convenio colectivo en vigor y que el mismo afecta a todos los trabajadores, a los contratados a partir de su entrada en vigor y a los que ya lo estaban. Utilizar como factor de diferenciación el convenio derogado es completamente arbitrario e irrelevante, ya que no es dicho convenio el que establece la diferencia de trato sino el que entra en vigor y ése sí que se aplica a todos los trabajadores presentes y futuros.

<sup>68</sup> STC 27/2004, FJ 3.

<sup>69</sup> La STSJ de Cataluña, social, 15-1-2001, As. 563, FJ 3, considera, aunque de manera confusa, que las situaciones no son iguales, pues los nuevos trabajadores, a los que no se aplica la prima que viene a sustituir a los incentivos que como condición más beneficiosa de origen contractual y alcance colectivo venían percibiendo los demás trabajadores, no se vieron afectados por los cambios organizativos que justificaron el nacimiento de la citada condición más beneficiosa.

<sup>70</sup> STSJ de Cataluña, social, 22-2-2001, As. 1586, FJ único.

Para concluir, los tribunales deben ser muy cuidadosos a la hora de rechazar la existencia de término de comparación y puesto que está en juego un derecho fundamental, el derecho a la igualdad en la ley, en los casos dudosos admitir el término de comparación para así poder realizar el juicio de igualdad <sup>71</sup>. Desde el punto de vista técnico, parece más riguroso rechazar la vulneración del principio de igualdad después de realizar el juicio de igualdad que hacerlo inmediatamente invocando la inexistencia de supuestos de hecho iguales, y ello aunque se tenga claro desde el primer momento que la diferencia de trato es lícita <sup>72</sup>.

## V. EL JUICIO DE RAZONABILIDAD

### 1. Introducción.

Si se admite que hay término de comparación, esto es, que la diferencia de trato normativo se produce entre supuestos de hecho sustancialmente iguales, procede realizar el juicio de igualdad, que, como se sabe, es una creación jurisprudencial que sirve para separar las diferenciaciones normativas lícitas de las ilícitas en función de determinados parámetros jurídicos y a veces también extrajurídicos –políticos, económicos, culturales, etc.– <sup>73</sup>. La primera parte del juicio de igualdad la constituye el llamado habitualmente juicio de razonabilidad, figura controvertida donde la haya y extraordinariamente difícil de llevar a la práctica con un mínimo de seguridad y previsibilidad <sup>74</sup>. La doctrina del TC sobre el juicio de razonabilidad es abundantísima y puede resumirse del siguiente modo:

«El artículo 14 de la CE (...) exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al

<sup>71</sup> D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad...*, *op. cit.*, pág. 81.

Muy interesante a este respecto es la reciente STC 104/2004 (diferencias en materia de seguridad social complementaria entre trabajadores temporales e indefinidos), ya que la recurrida en amparo, la STS (4.ª), 15-7-1998, Ar. 6525, FJ 4, había considerado que los supuestos de hecho no eran equiparables y, por tanto, no se vulneraba del principio de igualdad, mientras el TC entiende que los supuestos son equiparables y que al no haber explicación razonable de la diferencia de trato se viola el principio de igualdad.

<sup>72</sup> En este sentido, J. SUAY RINCÓN, *El principio de...*, *op. cit.*, págs. 842-843; J. JIMÉNEZ CAMPO, «La igualdad jurídica...», *op. cit.*, pág. 97; y D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad...*, *op. cit.*, págs. 73 y ss. Cfr., también, L.G. MARTÍNEZ ROCA-MORA, *Decisiones empresariales y...*, *op. cit.*, págs. 158 y ss.

<sup>73</sup> Así lo entiende A. CARRASCO PERERA, «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en *REDC*, 1984, núm. 11, pág. 54.

<sup>74</sup> Sobre el juicio de razonabilidad, entre otros, véase E. ALONSO GARCÍA, «El principio de...», *op. cit.*, pág. 37; A. CARRASCO PERERA, «El juicio de...», *op. cit.*, págs. 39 y ss.; J. SUAY RINCÓN, *El principio de...*, *op. cit.*, págs. 857 y ss.; R. MARTÍNEZ TAPIA, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Universidad de Almería, Almería, 2000, págs. 98 y ss.; J. MERCADER UGUINA, «El marco teórico...», *op. cit.*, págs. 238 y ss.; y D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad...*, *op. cit.*, págs. 55 y ss.

mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados (...) El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello (...) Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados»<sup>75</sup>.

«Esto así, el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato»<sup>76</sup>. De lo que se trata, por tanto, es de decidir en qué términos o circunstancias la doble escala salarial supera el juicio de razonabilidad, al estar la diferencia de trato salarial objetiva y razonablemente justificada, y en qué términos no lo supera. Posteriormente, y en caso de superar el juicio de razonabilidad, habrá que ocuparse del juicio de proporcionalidad.

Pero antes de entrar en un terreno tan complicado y valorativo como el del juicio de razonabilidad conviene realizar una importante puntualización, que tiene que ver con el alcance matizado del principio genérico de igualdad en los productos de la negociación colectiva: dicho principio no tiene el mismo alcance cuando se aplica a los poderes públicos –igualdad en la ley o igualdad en la aplicación de la ley– que cuando se hace a los titulares de la autonomía colectiva, cuya voluntad de alguna manera lo modula<sup>77</sup>. De esta cuestión se ocupa la STC 27/2004, en los siguientes términos:

«En consecuencia, ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulte, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al artículo 14 de la CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles» (FJ 4)<sup>78</sup>.

Resulta enigmático saber qué quiere decir en realidad el Tribunal Constitucional cuando considera que hay que atender también a la voluntad de los sujetos privados titulares de la autonomía colectiva. Quizá quiera decir que el juicio de igualdad, especialmente el de razonabilidad, deba rea-

<sup>75</sup> STC 27/2004, FJ 2, que sintetiza la doctrina anterior plasmada en numerosas sentencias, especialmente la STC 22/1981, muy inspirada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>76</sup> STC 27/2004, FJ 2.

<sup>77</sup> Véanse notas 46 y 47.

<sup>78</sup> También dice la sentencia a este mismo propósito: «No podemos olvidar, por lo demás, que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de sus representados (STC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6)» (FJ 4).

lizarse de manera más flexible, menos exigente o estricta, cuando la diferencia de trato salarial la establezca la negociación colectiva<sup>79</sup>. En cualquier caso, lo que de ningún modo puede aceptarse es que la voluntad de los sujetos negociadores justifique por sí sola las desigualdades de trato entre supuestos de hecho sustancialmente iguales<sup>80</sup>. Puede suceder, y de hecho sucede, que la interpretación que los sujetos negociadores hagan del interés de los trabajadores y empresarios vulnere el principio constitucional de igualdad. Como puede suceder que la interpretación que los poderes públicos hagan del interés general vulnere ese mismo principio<sup>81</sup>.

Tal y como se decía anteriormente, la aplicación práctica del juicio de razonabilidad es extraordinariamente compleja y poco previsible o segura, lo que no significa que sea puro casuismo y arbitrariedad. Para intentar evitar esto último el Tribunal Constitucional y de su mano la doctrina, han elaborado unos criterios, no siempre uniformes, sobre el modo de llevar a cabo el juicio de razonabilidad. Así, para que exista justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato entre supuestos de hecho iguales es necesario que la finalidad de la diferencia de trato sea constitucionalmente admisible, que la propia diferencia de trato sea idónea o congruente para conseguir la citada finalidad y, por último, que la diferenciación entre los supuestos de hecho sea también congruente con la finalidad de la diferencia de trato<sup>82</sup>. Como se comprenderá, resulta relativamente sencillo describir cómo debe realizarse el juicio de razonabilidad, pero muy difícil llevarlo a la práctica.

<sup>79</sup> Para E. MARTÍN PUEBLA, «La doble escala...», *op. cit.*, pág. 4, la matización consistiría en una mayor discrecionalidad o flexibilidad a la hora de apreciar la razonabilidad y proporcionalidad. En parecido sentido, F.J. GUALDA ALCALÁ, «Una aproximación a...», *op. cit.* pág. 82. También parece situarse en esta línea, M.A. FALGUERA BARÓ, «Reflexiones jurídicas sobre...», *op. cit.*, págs. 117-118, si bien el autor se lamenta de que paradójicamente el TC esté siendo más exigente con la autonomía colectiva que con los poderes normativos estatales (págs. 86-87). Por el contrario, M. MIÑARRO YANINI, «La modulación del...», *op. cit.*, págs. 57 y ss., parece aceptar con resignación que prima la autonomía colectiva sobre la igualdad, de manera que las diferencias estarían justificadas por la voluntad de los negociadores, a menos que hubieran incurrido en discriminación prohibida por el artículo 14 de la CE. De manera más radical E. BORRAJO DACRUZ, «El principio de...», *op. cit.*, págs. 461-462, propone que sean los titulares de la autonomía colectiva los que decidan expresa o implícitamente si hay o no circunstancias o factores que justifiquen la desigualdad.

Desde una perspectiva más amplia M.E. CASAS BAAMONDE, «¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?», en *Relaciones Laborales*, 2004, n.º 11, págs. 10-11, considera que el principio de igualdad tiene, en relación con la negociación colectiva, perfiles propios, alcance, limitaciones y matizaciones diferentes, puesto que la negociación colectiva no tiene por qué defender el interés general; más bien se trata de satisfacer los intereses particulares de los que negocian. En la negociación colectiva, en definitiva, rige la lógica de la negociación, de la valoración de las consecuencias presentes y futuras de los pactos que se logren, de las concretas circunstancias del sector o empresa sobre el que la negociación opera, etc.

<sup>80</sup> En este sentido, por todas, la STC 28/1992, FJ 2.

M.ª L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.* págs. 18-19, también rechaza que por sí sola la voluntad de los negociadores colectivos pueda justificar razonablemente la doble escala salarial. En todo caso, no se comparte la interpretación que la citada autora hace de la doctrina del TC en este punto, pues da a entender que de dicha doctrina se derivan unas consecuencias desorbitadas que no son tales en realidad.

<sup>81</sup> El caso del que se ocupa la reciente STC 110/2004, precisamente en materia salarial (funcionarios procedentes de la Administración General del Estado transferidos a la Comunidad Autónoma de Baleares). Parece que el TC ha endurecido su doctrina tradicionalmente laxa, según muchos, en torno a la justificación de las diferencias de trato normativas.

<sup>82</sup> Por todos, R. MERCADER UGUINA, «El marco teórico...», *op. cit.*, págs. 241 y ss., con abundante cita de doctrina y jurisprudencia constitucional a la que se remite. Una visión diferente que a la vez que sumamente interesante, se encuentra en D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad...*, *op. cit.*, págs. 55-56 y 81 y ss.

Las SSTC 119/2002 y 27/2004 en relación con supuestos de doble escala salarial insisten en la necesidad de atender a las circunstancias tenidas en cuenta por los negociadores colectivos, siempre y cuando sean constitucionalmente admisibles. De todos modos, no se trata de una particularidad del juicio de razonabilidad aplicado a la doble escala sino que tiene un alcance general.

## 2. El juicio de razonabilidad aplicado a la doble escala salarial: crítica de la jurisprudencia.

Lo primero que llama la atención cuando se estudia la copiosa jurisprudencia ordinaria que se ocupa de aplicar el juicio de igualdad a los diferentes supuestos de doble escala salarial es que raramente se respetan rigurosamente los criterios que conforman el juicio de razonabilidad. Lo habitual es que se lleve a cabo dicho juicio sin atenerse a los criterios citados, a través de razonamientos casi siempre apodícticos sobre la existencia o no de justificación razonable de la diferencia de trato. También es muy frecuente que se confundan o mezclen razonamientos que tienen más que ver con la admisión o no del término de comparación o con el juicio de proporcionalidad que con el propio juicio de razonabilidad, esto es, que el juicio de igualdad se lleve a cabo como si fuera un todo unitario e indiferenciado, cuando no es así.

Un buen ejemplo de la confusión que se denuncia, y en la que incurre incluso el Tribunal Constitucional, se produce cuando se afirma que la fecha de contratación laboral por sí sola no constituye una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato salarial. Dice la STC 27/2004 a este respecto:

«En efecto, la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro (...)» (FJ 6) <sup>83</sup>.

Lo que en realidad deberían decir los tribunales es que la fecha de contratación laboral es el factor de diferenciación utilizado por los convenios colectivos para distinguir salarialmente a los trabajadores. Y ese factor de diferenciación puesto en relación con la diferencia de trato salarial no viene a reconocer jurídicamente situaciones de hecho que en origen sean diferentes, sino todo lo contrario, a separar artificialmente situaciones de hecho iguales. Es decir, que la fecha de contratación es un factor de diferenciación neutro, que da lugar a supuestos de hecho iguales que para ser tratados desigualmente en materia salarial tienen que encontrar una justificación razonable, que evidentemente no puede ser la propia fecha de contratación laboral. La confusión jurisprudencial consiste en mezclar cuestiones que tienen que ver con la existencia o no de término de comparación con los criterios propios del juicio de razonabilidad. Y, se insiste, la fecha de contratación laboral o ingreso en la empresa debe valorarse desde la perspectiva de la admisión o no del término de comparación, nunca como una cuestión de razonabilidad o no de la diferencia de trato.

Aunque no sea el tema del trabajo, merece la pena subrayar que se incurre en la misma confusión cuando se considera que el carácter temporal o indefinido de la relación laboral no es un criterio que por sí mismo pueda justificar diferencias de trato salariales. Confusión en la que incurren tanto el TC como el Supremo <sup>84</sup>. Lo que en realidad quieren decir es que el carácter temporal o inde-

<sup>83</sup> Con anterioridad había incurrido en la misma confusión el Tribunal Supremo. Así, entre otras, las SSTs, 4.ª, 20-9-2002, Ar. 2003\500, FJ 3; 7-3-2003, Ar. 4499, FJ 6; 1-4-2003, Ar. 2004\5406, FJ 2; y 21-1-2004, Ar. 1936, FJ 4. Tempranamente lo había hecho también la STSJ de Cataluña, social, 22-12-1992, As. 6402, FJ 3.

La doctrina, de la mano de la jurisprudencia, incurre en la misma confusión. Es el caso, por poner sólo un ejemplo, de M.ª L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.* págs. 20-21.

<sup>84</sup> SSTC 177/1993, FJ 3 y 104/2004. En cuanto al Tribunal Supremo, por todas, la STS, 4.ª, u.d., 28-5-2004, Ar. 5030, FJ 5.  *Vid.*, asimismo, A. BEJARANO HERNÁNDEZ, «Desigualdad de trato...», *op. cit.*, pág. 452.

finido de la relación laboral es un factor de diferenciación neutro en relación con el salario y, por tanto, no da lugar a supuestos de hecho diferentes sino iguales. Y para tratar de modo distinto esos supuestos iguales habrá que encontrar una justificación razonable, la que sea, pero nunca el propio factor de diferenciación.

Lo peor de todo no es la confusión citada sino las consecuencias que se derivan de la misma. En efecto, lo normal es que, tras considerar el correspondiente tribunal que la fecha de contratación laboral por sí misma no justifica la diferencia de trato, inmediatamente se declare la ilicitud de la doble escala salarial. O lo que es lo mismo, que en la práctica no se lleve a cabo el verdadero juicio de razonabilidad. Si la confusión no se produjera tras aceptar la existencia del término de comparación, que no ofrece la menor discusión, se debería realizar el juicio de razonabilidad y, en su caso, el de proporcionalidad. Aunque en muchas ocasiones el resultado final fuera el mismo, a saber, la ilicitud de la correspondiente doble escala, no es igual despachar el asunto de manera apresurada y confusa que hacerlo siguiendo rigurosamente todos y cada uno de los pasos que integran el juicio de igualdad.

Por poner sólo un ejemplo de lo que se dice puede citarse la STC 27/2004, cuando establece:

«Así las cosas, fundándose exclusivamente la desigualdad que dispensa la norma colectiva en la fecha de ingreso en la empresa o en la de adquisición de la condición de fijo, la misma resulta contraria al artículo 14 de la CE en cuanto utiliza como criterios de diferenciación elementos que no pueden justificar tal disparidad, al menos si no vienen complementados por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supere un juicio de proporcionalidad. En efecto, la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro (...)» (FJ 6).

Aunque en la sentencia se plantea que pudiera haber otros factores que justificaran razonablemente la diferencia de trato salarial, en cuyo caso habría que realizar los juicios de razonabilidad y proporcionalidad <sup>85</sup>, lo cierto es que inmediatamente vuelve a insistir en el hecho de que por sí sola la fecha de contratación no justifica el diferente tratamiento, y sin más declara que se vulnera el principio constitucional de igualdad <sup>86</sup>.

<sup>85</sup> *Vid.*, a este respecto, J. LUJÁN ALCARAZ, «A vueltas con...», *op. cit.*, pág. 16.

<sup>86</sup> El voto particular que formula el magistrado Vicente Conde Martín de Hijas, además de cuestiones procesales que no vienen al caso, se basa en el hecho de que a su juicio los trabajadores contratados antes o después de la firma del convenio no se encuentran en la misma situación de partida, pues los ya contratados venían percibiendo el complemento de antigüedad cuando se produjo la reforma, en el año 1994, del artículo 25 del ET. Parece, sin embargo, más convincente la tesis sostenida por el resto de magistrados y que costa en el FJ 6, último párrafo, al que se remite. Téngase en cuenta que ya la STS, 4.ª, 3-10-2000, Ar. 8659, FJ 3, había resuelto este asunto en el mismo sentido que lo hace ahora la sentencia del TC. Igualmente, SSTS, 4.ª, 25-7-2002, Ar. 9904, FJ 6; 20-9-2002, Ar. 2003\500, FJ 3; 21-1-2004, Ar. 1936, FJ 5; y 20-4-2005, JUR (sin asignar, aunque puede consultarse en westlaw), FJ. 4, aunque con interesante y polémico voto particular del magistrado Martín Valverde. Tempranamente lo había hecho también la STSJ de Cataluña, social, 15-6-1998, As. 2790, FJ único. En sentido contrario, en la línea del voto particular de la sentencia del Constitucional, la STSJ de Baleares, social, 29-4-2002, As. 2230, aunque su argumentación es censurable y finalmente ha sido casada por la STS, 4.ª, 1-4-2003, Ar. 2004\5406. Habían criticado, con razón, la sentencia de Baleares M.T. ALAMEDA CASTILLO y F.J. PRA-DOS DE REYES, «Dobles escalas salariales», *op. cit.*, págs. 385-386.

Además de la denunciada confusión es muy frecuente que los tribunales ordinarios no realicen de manera técnicamente rigurosa el juicio de razonabilidad. No se preocupan de buscar la finalidad de la diferencia de trato salarial y a partir de ahí pronunciarse sobre la admisibilidad constitucional o no de la misma. Como tampoco se preocupan de la congruencia entre la diferencia de trato y la finalidad o de la congruencia entre la configuración de los supuestos de hecho y la finalidad de la diferencia de trato. O al menos no se explicitan claramente en las sentencias los diferentes pasos y razonamientos que integran el juicio de razonabilidad. En muchas ocasiones los propios titulares de la autonomía colectiva, negociadores de la doble escala salarial, no se encargan de aportar la finalidad o finalidades que están detrás de la misma, lo cual explica en parte el proceder judicial, pero sólo en parte porque los tribunales pueden buscar la verdadera finalidad de la diferencia de trato salarial al margen incluso de la posición de las partes procesales <sup>87</sup>.

Lo normal es que en la práctica el juicio de razonabilidad, consciente o inconscientemente, se limite a unas pocas conclusiones apodícticas sobre la existencia o no de justificación razonable de la diferencia de trato salarial. Este generalizado proceder de los tribunales dificulta enormemente el trabajo que se pretende llevar a cabo, pues por un lado hay que tener en cuenta la deficiente *praxis* judicial y por el otro intentar ir más allá y de alguna manera reconstruir el juicio de razonabilidad a partir de los toscos materiales jurisprudenciales.

### 3. La finalidad común de la doble escala y el juicio de razonabilidad.

Los argumentos, motivos o razones barajados por los tribunales, sin prejuzgar ahora el resultado del juicio de razonabilidad, son los siguientes <sup>88</sup>: el fomento del empleo, la reestructuración y el saneamiento económico de la empresa, el respeto obligado de las condiciones salariales más beneficiosas de los trabajadores ya contratados, la antigüedad y mayor experiencia profesional y contribución de los trabajadores ya contratados, y otros argumentos de menor importancia <sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Por citar sólo sentencias del Tribunal Constitucional son muchas las ocasiones en las que éste no se preocupa de indagar acerca de la finalidad de la diferencia de trato salarial si las partes no aportan nada y si las sentencias *a quo* tampoco lo hacen. Así, en materia de doble escala salarial puede citarse la STC 27/2004, FJ 6. En materia de diferencias salariales por la modalidad temporal o indefinida de la contratación es el caso de la STC 177/1993. Y otro ejemplo reciente es la STC 104/2004, que se ocupa de diferencias de seguridad social complementaria según el carácter temporal o indefinido de la contratación laboral. En estas sentencias el Tribunal Constitucional se limita a decir que las diferencias de trato obedecen a una lógica de minusvaloración de los trabajadores temporales o de los trabajadores de nuevo ingreso, lo cual no es del todo cierto, ya que dicha minusvaloración no sería tanto la causa o finalidad de la diferencia de trato como su consecuencia. Y la finalidad en realidad pasa desapercibida porque las partes procesales no se ocupan de aportarla, porque los tribunales *a quo* tampoco y porque el TC, pudiendo indagar, no lo hace.

<sup>88</sup> La STSJ de Cataluña, social, 21-9-2004, As. 3222, FJ 6, recoge algunos argumentos o razones manejados por los tribunales.

<sup>89</sup> Un supuesto de doble escala salarial burda y, por tanto, ilícita enjuiciado por la STSJ de Canarias/Las Palmas, social, 13-12-2002, JUR 2003\215295, FJ 1. Se trata de la culminación de un proceso progresivo de homologación salarial entre el personal laboral y el funcionario de una administración local, que se compensa de cara al futuro con una menor retribución para los laborales de nuevo ingreso. El argumento utilizado es tan burdo que, como no podía ser de otro modo, es tajantemente rechazado por la citada sentencia y por otras muchas sentencias del mismo tribunal que no mencionan al ser todas idénticas.

Pero antes de estudiar por separado la valoración jurisprudencial de cada uno de esos argumentos o razones, que al final lo que hacen es impedir un tratamiento unitario del fenómeno de las dobles escalas salariales, conviene plantearse si toda doble escala salarial tiene una finalidad común, además de la específica que pudiera tener, y si la tiene si supera o no el juicio de razonabilidad.

La tesis que aquí se defiende es que sí hay una finalidad común o, mejor dicho, una pluralidad de finalidades comunes convergentes. Lo que sucede es que hasta el momento las mismas han pasado desapercibidas, centrándose la atención jurisprudencial y doctrinal en la finalidad específica de cada doble escala salarial. Hay una pluralidad de finalidades comunes, en lugar de una sola finalidad común, porque en los productos de la negociación colectiva confluyen los intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios, interpretados por los titulares de la autonomía colectiva. Por este motivo el juicio de razonabilidad quizá sea más complejo que el que en general se efectúa sobre los productos normativos estatales.

Del lado empresarial, es evidente que toda doble escala tiene una finalidad inmediata, a saber, la reducción de los costes de personal <sup>90</sup>. Seguramente la finalidad mediata sea el incremento de la competitividad de la empresa o, al menos, la viabilidad económica de la misma. Para la representación de los trabajadores, que aunque sea a regañadientes acepta la existencia misma de la doble escala salarial, la finalidad inmediata es proteger el poder adquisitivo de determinados trabajadores, que en general son los trabajadores ya contratados en el momento de la firma del convenio colectivo que introduce la doble escala salarial. La finalidad mediata de los trabajadores probablemente también sea la viabilidad económica de la empresa y el incremento de la competitividad.

Puesto que la finalidad mediata de trabajadores y empresarios es la misma, asegurar la viabilidad económica de la empresa e incrementar la competitividad, puede entenderse que ésta es la finalidad común de toda doble escala salarial por la fecha de contratación <sup>91</sup>, sin perjuicio de que la perspectiva de trabajadores y empresarios difiera, al predominar en los empresarios la rebaja de costes de personal y en los representantes de los trabajadores el mantenimiento del poder adquisitivo de los empleados ya contratados. Y sin perjuicio también de que en cada doble escala salarial pueda haber otra finalidad específica de importancia o varias finalidades específicas.

Así las cosas, hay que plantearse si en atención a la citada finalidad común la doble escala salarial supera o no el juicio de razonabilidad. Tarea esta que en realidad no llevan a cabo en la práctica los tribunales, pues, como ya se ha dicho, suelen centrarse en la valoración de la finalidad específica de cada doble escala salarial.

Ni que decir tiene que la viabilidad económica de la empresa y el incremento de la competitividad son finalidades constitucionalmente admisibles, incluso algo más conforme al artículo 38 de

<sup>90</sup> Para la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Pamplona, 12-5-2000, As. 1638, FJ 3, la reducción de costes de personal no es una justificación razonable de la desigualdad salarial.

<sup>91</sup> Para J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Convenio colectivo y...», *op. cit.*, pág. 163, el objetivo perseguido por los negociadores colectivos es: «(...) posibilitar que los derechos históricos de los trabajadores en la empresa no supongan, como consecuencia de su extensión a todos los trabajadores, un obstáculo para el buen discurrir económico de la empresa».

la CE. Cuestión distinta es que la diferencia de trato salarial en que consiste toda doble escala sea congruente con la finalidad constitucionalmente admisible que se acaba de mencionar. No parece que la fijación de salarios inferiores para los trabajadores de nuevo ingreso sea un modo idóneo y congruente de alcanzar la viabilidad económica de la empresa o el incremento de la competitividad. Más bien esa finalidad se podría alcanzar operando sobre los salarios de los trabajadores ya contratados, disminuyéndolos, congelándolos, reorientándolos hacia el logro de determinados objetivos empresariales, etc. En definitiva, con arreglo a la tan citada finalidad común, la doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva no supera el juicio de razonabilidad, lo que no significa sin más que vulnere el principio constitucional de igualdad, pues habrá que analizar si la finalidad específica de cada doble escala supera o no el juicio de igualdad, que es lo que se hace a continuación.

#### **4. El fomento del empleo como finalidad específica de determinadas dobles escalas salariales y el juicio de razonabilidad.**

El argumento más utilizado, especialmente en los últimos tiempos, en defensa de la doble escala salarial es el fomento del empleo <sup>92</sup>. Ahora bien, el fomento del empleo presenta múltiples variantes: realización de nuevas contrataciones indefinidas o temporales, con creación neta de empleo o simplemente manteniendo el nivel de empleo; conversión de contratos temporales en indefinidos; conversión de contratos a tiempo parcial no deseados en contratos a tiempo completo; etc. Como se verá después no es indiferente la concreta variante del fomento del empleo que esté detrás de la doble escala salarial.

El fomento del empleo es un argumento que a primera vista, sobre todo si se prescinde de la óptica técnico-jurídica, resulta difícil de rechazar. Cuando como sucede en España, y en el resto de Europa, el fomento del empleo es una prioridad indiscutible puede fácilmente caerse en la tentación de afirmar que todo, o casi todo, vale en pro de dicho objetivo. Puede pensarse que el acceso al empleo, sobre todo indefinido, compensa el peaje de un salario inferior. Y si la ecuación fomento del empleo igual a salario inferior se formula en la negociación colectiva parece todavía más difícil de rechazar. Téngase en cuenta que en los últimos tiempos se viene insistiendo en el importante papel que la negociación colectiva está llamada a cumplir en materia de fomento del empleo <sup>93</sup>.

Pero que el fomento del empleo a primera vista sea difícil de rechazar no significa que jurídicamente sea sin más y en abstracto una justificación razonable de la doble escala salarial por la

<sup>92</sup> Vid., por todos, M.<sup>a</sup> L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.*, págs. 22 y ss.

<sup>93</sup> En el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva 2005 (BOE, 16 de marzo de 2005) se insiste continuamente en el importante papel que la negociación colectiva cumple en materia de política de empleo: creación y mantenimiento del empleo, y también estabilidad del empleo. Ahora bien, en ningún momento se habla de la doble escala salarial como posible instrumento de política de empleo.

Vid., por todos, R. SERRANO OLIVARES, *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

fecha de contratación en la negociación colectiva <sup>94</sup>, o de cualquier otra diferencia de trato en materia laboral <sup>95</sup>. De hecho, la posición de los tribunales en torno a esta finalidad específica dista mucho de ser clara y uniforme. Los tribunales, hasta el momento, no han sido capaces de establecer unas pautas mínimas que ofrezcan la necesaria seguridad jurídica. Los pronunciamientos son dispares, confusos y técnicamente poco elaborados, pues no llevan a cabo correctamente el juicio de razonabilidad y se limitan a afirmar apodícticamente que el fomento del empleo justifica razonablemente la doble escala o todo lo contrario.

El Tribunal Supremo comienza rechazando este argumento, pero a la vez que lo rechaza deja una importante puerta abierta; el rechazo no es absoluto. En realidad, más que rechazar categóricamente el motivo, se considera no probado en el caso concreto, sin entrar en la solución a la que se llegaría de resultar probado <sup>96</sup>. En algún supuesto, incluso, se rechaza el argumento por entender que el empleo creado no reúne determinadas características, dando a entender que si las reuniera sería una justificación razonable <sup>97</sup>. Las puertas abiertas dejadas por el Tribunal Supremo hacían previsible que éste acabara aceptando el argumento como justificación razonable, cosa que ha sucedido en la hasta el momento única sentencia en unificación de doctrina <sup>98</sup>, si bien el asunto no está del todo zanjado, pues en dicha sentencia hay otras razones que justifican la diferencia de trato salarial y se plantea la duda de cuál habría sido el fallo si sólo se hubiera invocado el fomento del empleo.

La incertidumbre en torno a este argumento o finalidad específica en la jurisprudencia del Supremo deja sentir sus efectos, como es natural, en la jurisprudencia de los tribunales menores. En efecto, en supuestos muy parecidos, a veces los tribunales superiores de justicia entienden que el fomento del empleo justifica razonablemente la doble escala salarial <sup>99</sup> y a veces todo lo contrario <sup>100</sup>.

<sup>94</sup> La doctrina se divide a la hora de aceptar o rechazar este argumento. A. BEJARANO HERNÁNDEZ, «Desigualdad de trato...», *op. cit.*, págs. 456-457, se muestra abiertamente contrario al argumento de la creación de empleo. E. MARTÍN PUEBLA, «La doble escala...», *op. cit.*, pág. 9, se muestra muy reticente. Otros autores, en cambio, parecen aceptar de buen grado el argumento de la creación de empleo. Así, S. DEL REY GUANTER, «Fecha de ingreso...», *op. cit.*, págs. 514 y ss.; G. VIDAL CARUANA, «El convenio colectivo...», *op. cit.*, págs. 1.423 y ss.; y E. BORRAJO DACRUZ, «El principio de...», *op. cit.*, pág. 462. Y en una posición intermedia se sitúa M.<sup>a</sup> L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.* págs. 24 y ss., ya que admite el argumento pero siempre que cumpla unos rigurosos requisitos, más rigurosos que los que vienen manejando habitualmente los tribunales.

<sup>95</sup> El fomento del empleo ha sido a veces utilizado por los tribunales para justificar diferencias de trato distintas de la doble escala salarial. El caso, por poner sólo un ejemplo, de la muy interesante STS, 4.<sup>a</sup>, 24-10-2002, Ar. 2003\458, FJ 7, (caso Michelin) que considera lícita la diferencia de trato establecida por un acuerdo de empresa entre los trabajadores indefinidos de origen y los indefinidos tras la conversión de sus contratos temporales, consistiendo la diferencia en la posibilidad empresarial de reducir temporalmente para estos últimos la jornada de trabajo en hasta un 30 por 100 con la consiguiente reducción de salario.

<sup>96</sup> SSTS, 4.<sup>a</sup>, 22-1-1996, Ar. 479, FJ 3; 18-12-1997, Ar. 9517, FJ 4; 3-10-2000, Ar. 8659, FJ 5; y 25-7-2002, Ar. 9904, FJ 7.

<sup>97</sup> STS, 4.<sup>a</sup>, 17-6-2002, Ar. 7909, FJ 3.

<sup>98</sup> STS, 4.<sup>a</sup>, u.d., 12-11-2002, Ar. 2003\1026, FJ 4. Destaca la importancia de esta sentencia E. BORRAJO DACRUZ, «El principio de...», *op. cit.*, págs. 455-457.

<sup>99</sup> STSJ de Cataluña, social, 7-5-1996, FJ 2; STSJ de Navarra, social, 11-11-1998, As. 4456, FJ 2; STSJ del País Vasco, social, 5-12-2000, As. 2001\2973, FJ 9; y STSJ de Cataluña, social, 30-4-2002, As. 1991, FJ 5.

<sup>100</sup> STSJ de Cataluña, social, 15-6-1998, As. 2790, FJ único; STSJ del País Vasco, social, 16-10-1998, As. 4729, FJ 2; y STSJ de Cataluña, social, 4-7-2001, As. 2002\2861, FJ 2.

En cuanto al Tribunal Constitucional, pese a haber tenido ocasión en la sentencia 119/2002, no ha entrado a valorarlo <sup>101</sup>. El Tribunal Constitucional soslaya la finalidad de la que se viene hablando, que precisamente había sido utilizada por el tribunal *a quo* <sup>102</sup>, y resuelve el asunto rechazando el término de comparación, tal y como se verá más adelante. En cualquier caso, tarde o temprano el alto tribunal tendrá que pronunciarse sobre esta cuestión, habida cuenta de la considerable litigiosidad y de la recurrente y acertada invocación del principio constitucional de igualdad.

En definitiva, con la dispar y confusa jurisprudencia actual resulta complicado determinar con la mínima seguridad jurídica si el fomento del empleo es o no una justificación razonable de la doble escala salarial. Si acaso la jurisprudencia mayoritaria tiende a considerarlo una justificación razonable siempre y cuando cumpla determinados requisitos que ella misma ha fijado <sup>103</sup>.

El requisito más importante es que el fomento del empleo sea una obligación empresarial jurídicamente exigible, regulada en el mismo convenio colectivo –u otro producto de la negociación colectiva– en el que se establezca la doble escala salarial. En la lógica interna del convenio colectivo el fomento del empleo debe configurarse como la contraprestación o contrapartida de la doble escala salarial <sup>104</sup>. No puede tratarse, en cambio, de un mero compromiso empresarial no exigible

<sup>101</sup> K.M. SANTIAGO REDONDO, «Doble escala salarial: ...», págs. 625 y ss., destaca el hecho de que esta sentencia no se pronuncia sobre la justificación o no de la doble escala salarial en función de la creación de empleo y de la realización de inversiones. Para I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, «Apuntes jurisprudenciales sobre...», *op. cit.*, pág. 11, la solución dada por la STC 119/2002 está ligada a las especialidades del caso y no pueden extraerse de la misma conclusiones de carácter general. Más optimista sobre el alcance de esta sentencia se muestra M.A. PURCALLA BONILLA, «La doble escala...», *op. cit.*, pág. 35.

<sup>102</sup> STSJ de Navarra, social, 11-11-1998, As. 4456.

<sup>103</sup> Muy interesantes en este sentido son las reflexiones del sindicalista López Bulla recogidas por M.A. FALGUERA BARÓ, «Reflexiones jurídicas sobre...», *op. cit.*, págs. 65-66, nota 10.

Para M.<sup>a</sup> L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.* págs. 23 y ss., los tribunales admiten sistemáticamente la doble escala amparada en el fomento del empleo, lo que aquí no se comparte pues hay muchas sentencias en sentido contrario, y eso le lleva a proponer que el fomento del empleo cumpla unos exigentes requisitos.

<sup>104</sup> Parece apoyar esta tesis la STC 27/2004, cuando establece *obiter dicta*: «(...) es igualmente ajena, *ad intra* del convenio, a algún tipo de contraprestación a los afectados que pueda hacer potencialmente compatible la medida con el artículo 14 de la CE. No consta pacto alguno que implique compromisos empresariales dirigidos efectivamente a compensar, favoreciendo a los trabajadores perjudicados, por el trato salarial peyorativo al que se les somete (...)» (FJ 7).

Para la STSJ de Aragón, social, 7-10-2002, JUR 258621, FJ 5, lo importante es que el compromiso empresarial de que se trate figure en el convenio colectivo. Para esta misma sentencia el hipotético incumplimiento del compromiso empresarial no tendría relevancia a estos efectos, lo cual es más que dudoso, sobre todo cuando no se trate de un incumplimiento hipotético sino real, suficientemente probado. Implícitamente parece exigir que la creación de empleo figure en el convenio colectivo la STSJ de Cataluña, social, 21-9-2004, As. 3222, FJ 6.

También la doctrina parece situarse en esta línea. Así, S. DEL REY GUANTER, «Fecha de ingreso...», *op. cit.*, pág. 519; M.T. ALAMEDA CASTILLO y F.J. PRADOS DE REYES, «Dobles escalas salariales», *op. cit.*, págs. 386-387 y 408-409; y M.A. PURCALLA BONILLA, «La doble escala...», *op. cit.*, pág. 13.

Por último, téngase en cuenta que el proyecto de ley que regula la incorporación de cláusulas de jubilación obligatoria en la negociación colectiva establece como requisito que el propio convenio colectivo mencione los concretos objetivos de política de empleo que justifican la citada cláusula. A esta cuestión ya se refiere el reciente Acuerdo sobre Negociación Colectiva 2005 (capítulo V, apartado dedicado a la Contratación) (BOE, 16 de marzo de 2005).

jurídicamente, una declaración de buenas intenciones, como tampoco una invocación *de facto* realizada en el correspondiente proceso laboral –colectivo o individual– en el que se discuta la licitud de la doble escala salarial <sup>105</sup>. Al fin y al cabo, las nuevas contrataciones no previstas jurídicamente en la negociación colectiva seguramente obedezcan a necesidades empresariales sobrevenidas y no pueden ser premiadas justificando el pago de salarios inferiores para los nuevos contratados, máxime cuando ya hay numerosos incentivos públicos de diferente naturaleza para las nuevas contrataciones laborales.

Además, si bastara con probar en el correspondiente proceso que se ha creado empleo las empresas que tuvieran previsto contratar a nuevo personal por los motivos que fuera, incluso por atravesar una buena situación económica, aprovecharían sistemáticamente tal circunstancia para intentar introducir colectivamente una doble escala salarial y ahorrar costes de personal, y todo ello sin obligarse jurídicamente a crear empleo, lo que no parece compatible con el principio constitucional de igualdad <sup>106</sup>.

Corolario del anterior requisito es el siguiente: el fomento del empleo en el pasado, en el momento en el que se introduzca la doble escala salarial, no puede justificar el mantenimiento de la misma en convenios posteriores si en los mismos no se vuelve a obligar jurídicamente la empresa a realizar nuevas contrataciones <sup>107</sup>. Tiene que haber una permanente correspondencia entre la doble escala salarial y el fomento del empleo, sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente a propósito del juicio de proporcionalidad.

Y el requisito más polémico y discutible, como después se verá, es que el fomento del empleo consista en la creación de empleo neto, no en el mantenimiento del nivel de empleo mediante la cobertura de las bajas por jubilaciones, prejubilaciones, recientes expedientes de regulación de empleo o por cualesquiera otras causas de extinción de la relación laboral, lo que supone sustituir a personal con elevados costes por trabajadores de costes reducidos <sup>108</sup>. Tampoco hay creación neta

<sup>105</sup> Eso es lo que sucede en el caso de la STS, 4.ª, 20-4-2005, JUR (sin asignar, aunque puede consultarse en westlaw), FJ 4, y por ese motivo y por otros más no se admite la correspondiente doble escala salarial.

<sup>106</sup> *Vid.*, a este respecto, la interesante argumentación de la recurrente en el recurso de amparo resuelto por la STC 119/2002, antecedente 3.

Para M.ª L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.*, pág. 25, la creación de empleo sólo justificaría la doble escala cuando la empresa atravesase una acreditada situación de dificultad económica, parecida a la necesaria para proceder al descuelgue salarial.

<sup>107</sup> Así lo entiende la STS, 4.ª, 17-6-2002, Ar. 7909, FJ 3. También la STS, 4.ª, 20-4-2005, JUR (sin asignar, aunque puede consultarse en westlaw), FJ 4.

<sup>108</sup> La STSJ de Cataluña, social, 31-1-2003, As. 675, FJ 6, considera que la creación de empleo estable no es una explicación objetiva y razonable cuando en la práctica se comprueba que el empleo efectivamente creado no hace más que compensar la disminución del empleo por prejubilaciones, es decir, cuando no hay creación neta de empleo. Este mismo argumento es repetido, en el mismo litigio, por la STSJ de Cataluña, social, 21-9-2004, As. 3222, FJ 6 (téngase en cuenta que la STS, 4.ª, 7-5-2004, Ar. 3056, anula la primera sentencia de enero de 2003 por falta de congruencia).

M.A. PURCALLA BONILLA, «La doble escala...», *op. cit.*, pág. 13, sólo legitima la doble escala salarial a cambio de la creación de empleo neto. Igualmente, M.ª L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.* pág. 25.

de empleo cuando se convierten los contratos temporales, en muchos casos fraudulentos, en indefinidos <sup>109</sup> o cuando se encadenan contrataciones temporales con los mismos o diferentes trabajadores.

Otros requisitos a los que la jurisprudencia ha prestado menos atención, como por ejemplo la transitoriedad de la doble escala, en realidad tienen más que ver con el juicio de proporcionalidad que con el de razonabilidad, por lo que serán tratados en su momento.

De lo que se trata a continuación es de intentar efectuar el juicio de razonabilidad con el necesario rigor técnico a partir de los toscos materiales jurisprudenciales sobre el fomento del empleo como finalidad específica de determinadas dobles escalas <sup>110</sup>. Puestos a reconstruir el juicio de razonabilidad no cabe duda de que el fomento del empleo es una finalidad constitucionalmente admisible <sup>111</sup>, incluso algo más que eso a tenor de los artículos 35.1 y 40.1 de la CE. Y lo es cualquiera que sea la variante del fomento del empleo: nuevas contrataciones indefinidas, nuevas contrataciones temporales, conversión de contratos temporales en indefinidos, etc. Es muy importante exigir que el fomento del empleo se configure dentro del convenio colectivo como una obligación empresarial jurídicamente exigible. De este modo se asegura que la finalidad específica de la doble escala salarial sea realmente el fomento del empleo, y que sea una finalidad producto de la voluntad conjunta de los titulares de la autonomía colectiva. Lo de menos es de quién parta la iniciativa, porque lo importante es que el empresario se obligue jurídicamente al fomento del empleo en la modalidad o variante que sea.

El siguiente paso consiste en analizar si hay o no congruencia entre la diferencia de trato salarial, que por definición está detrás de la doble escala, y la finalidad específica de la diferencia de trato, esto es, el fomento del empleo en sus diferentes variantes. Por supuesto, entre la realización de nuevas contrataciones indefinidas y la diferencia de trato salarial hay suficiente congruencia ya que se pagan salarios inferiores, entre otras cuestiones, para facilitar las nuevas contrataciones. Pero también la hay en relación con la realización de contrataciones temporales. No hay suficiente con-

<sup>109</sup> Rechaza la conversión de contratos temporales en indefinidos como justificación razonable la STS, 4.ª, 17-6-2002, Ar. 7909, FJ 3. Para la STSJ del País Vasco, social, 23-11-1999, As. 7000, FJ 3, no es una explicación razonable la conversión de contratos temporales en indefinidos, pues eso supone valerse de la precariedad en el empleo y del afán de fijeza para establecer salarios inferiores. En parecido sentido, la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Pamplona, 12-5-2000, As. 1638, FJ 3, que insiste en que con la conversión de contratos temporales en indefinidos no hay creación neta de empleo. Por el contrario, la STSJ de Aragón, social, 7-10-2002, JUR 258621, FJ 5, considera una justificación razonable la conversión de contratos temporales en indefinidos, además de otros motivos de carácter organizativo.

En cuanto a la doctrina, en la línea de la jurisprudencia, véase M.ª L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.* pág. 24.

<sup>110</sup> Un buen ejemplo del escaso rigor técnico con el que los tribunales realizan el juicio de razonabilidad lo constituye la STS, 4.ª, u.d., 12-11-2002, Ar. 2003\1026, cuando se limita a decir lo siguiente: «En el presente supuesto se da una doble justificación objetiva para la diferencia de trato establecida. (...) La segunda es que el plan de reordenación productiva acordado contiene aspectos sociales que, como requiere nuestra sentencia de 3-12-2000, han resultado directamente favorables para los propios trabajadores de nuevo ingreso en forma de oportunidades de empleo y de conversión de empleo eventual en empleo fijo» (FJ 4).

<sup>111</sup> Para la STS, 4.ª, 21-1-2004, Ar. 1936, FJ 5, el fomento del empleo es una finalidad constitucionalmente lícita, aunque en el caso concreto la doble escala salarial no supere el juicio de igualdad.

gruencia, en cambio, si de lo que se trata es de convertir contratos temporales –fraudulentos o no– en indefinidos, porque la doble escala salarial afectaría también a los nuevos contratados indefinidos que no pueden beneficiarse de conversión alguna. Tampoco habría congruencia en la conversión de contratos a tiempo parcial no deseados en tiempo completo.

En cuanto a la polémica exigencia jurisprudencial de que la creación de empleo sea neta, no parece que pueda sostenerse a partir del juicio de razonabilidad. En efecto, la creación de empleo para sustituir las bajas que se produzcan no deja de ser creación de empleo y es una finalidad constitucionalmente admisible. Además, la diferencia de trato salarial, el pago de salarios inferiores a los nuevos contratados, es congruente con la finalidad de creación de empleo, aunque no sean nuevos puestos de trabajo. Tema distinto es que desde el punto de vista del juicio de proporcionalidad quizá no sea lo mismo crear empleo neto que simplemente mantener el nivel de empleo, sobre todo cuando se destruya empleo bien remunerado a través de expedientes de regulación de empleo y similares y se contrate a nuevos trabajadores escandalosamente peor remunerados.

Mediante el juicio de razonabilidad técnicamente realizado con rigor se acaba en buena medida con la inseguridad, por no decir decisionismo o arbitrariedad, que todavía impregna la jurisprudencia en torno al fomento del empleo como justificación de la doble escala salarial. La creación de empleo, sea indefinido o temporal, neto o bruto, es una justificación razonable de la doble escala salarial. Debe tratarse, eso sí, de una obligación jurídicamente asumida por el empresario a través del mismo producto de la negociación colectiva que establezca la doble escala. Queda por ver, en cualquier caso, si la doble escala cuya finalidad específica sea el fomento del empleo supera o no el juicio de proporcionalidad.

##### **5. La reestructuración y el saneamiento económico de la empresa como finalidad específica y el juicio de razonabilidad.**

Esta finalidad específica es especialmente compleja ya que dentro de la misma caben múltiples situaciones: reestructuración por motivos técnicos, cambios en la organización del trabajo, reordenación de la producción, del propio negocio empresarial o del estatuto jurídico de la empresa y, sobre todo, saneamiento económico de la empresa <sup>112</sup>. La conexión entre estas circunstancias y las que el ET prevé en los artículos 40.1, 41.1, 47, 51.1 y 52 c) es más que evidente, aunque no tengan por qué coincidir por completo. Téngase en cuenta que la expresión «reestructuración y saneamiento de empresas» es especialmente amplia y poliédrica <sup>113</sup>.

Esta finalidad específica, o conjunto de finalidades en realidad, puede fácilmente confundirse con la finalidad común de la doble escala salarial, a saber, la viabilidad económica de la empresa y el incremento de la competitividad. La diferencia estriba en que mientras ésta tiene carácter

<sup>112</sup> A la misma se refiere marginalmente M.<sup>º</sup> L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.* pág. 23.

<sup>113</sup> *Vid.* nota 28.

genérico y mediato, se presume en cualquier doble escala, la primera tiene carácter concreto e inmediato y debe probarse por los titulares de la autonomía colectiva. Debe existir una clara correspondencia entre la existencia de concretas causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y la fijación en la negociación colectiva de la doble escala salarial como mecanismo para hacer frente a esas causas, sin perjuicio de que haya otros muchos mecanismos convencionales y legales: los de los artículos del ET antes mencionados y otros posibles como las contratas del 42 del ET, el recurso a las ETT, el descuelgue salarial, etc.

Esta finalidad específica aparece frecuentemente ligada a otras, sobre todo al fomento del empleo, y cuando eso sucede y las razones técnicas, económicas, etc., resultan probadas es más fácil concluir que la doble escala salarial está razonablemente justificada <sup>114</sup>. Si además se combinan la creación de empleo, la reestructuración o el saneamiento económico de la empresa y la realización de fuertes inversiones de capital, la justificación razonable de la diferencia de trato es mucho más fácil de apreciar <sup>115</sup>. Cuestión distinta es que superado el juicio de razonabilidad se supere también el de proporcionalidad, aunque en la práctica y de manera incorrecta se viene prescindiendo de este último.

Cuando las razones se presentan en solitario el asunto se complica. Para los tribunales la necesidad objetiva de reorganizar la empresa o de sanearla económicamente puede llevar al empresario a adoptar distintos tipos de medidas pero no a introducir colectivamente la doble escala salarial <sup>116</sup>. Sin embargo, recientemente la Audiencia Nacional ha aceptado una razón de este tipo para justificar la correspondiente doble escala <sup>117</sup>.

De nuevo los tribunales además de la consabida contradicción y confusión no realizan con rigor el juicio de razonabilidad y se limitan a decir sí o no sin mayor argumentación, lo que obliga a intentar reconstruir el juicio de razonabilidad. En este sentido, no hay duda de que la reestructuración y el saneamiento económico de la empresa son finalidades constitucionalmente admisibles. Lo que parece más dudoso es que sea congruente diferenciar salarialmente a los trabajadores perjudicando a los de nuevo ingreso para conseguir el saneamiento económico de la empresa, la reordena-

<sup>114</sup> La STSJ de Aragón, social, 7-10-2002, JUR 258621, FJ 5, considera una justificación razonable de la doble escala la conversión de contratos temporales en indefinidos, además de otros motivos de carácter organizativo.

<sup>115</sup> Para la STSJ de Navarra, social, 11-11-1998, As. 4456 (caso Volkswagen, que da lugar a la STC 119/2002), la justificación de la doble escala radica en la creación de empleo y en las cuantiosas inversiones de capital efectuadas por la empresa en cumplimiento del convenio colectivo que introduce la doble escala salarial. Por el contrario, la STSJ de Cataluña, social, 21-9-2004, As. 3222, FJ 6, rechaza que la realización de inversiones empresariales en aras de la competitividad y viabilidad futuras de la empresa justifique la doble escala salarial, ya que dichas inversiones no están reguladas en el convenio colectivo que establece la doble escala salarial, dando a entender que, de haberlo estado, la solución podría haber sido otra.

<sup>116</sup> Así lo establece la STS, 4.ª, 22-1-1996, Ar. 479, FJ 3. Igualmente, la STSJ de Cataluña, social, 19-10-1998, As. 4209, FJ 4.

<sup>117</sup> Para la SAN, social, 17-6-2004, As. 2698, FJ 6, la apertura de la empresa a un régimen de competencia después de haber operado en régimen de monopolio estatal es una finalidad que justifica la doble escala salarial, si bien parece que el argumento que más peso tiene en la sentencia es el respeto de las «condiciones más beneficiosas» –que no está claro que lo sean técnicamente– de los trabajadores veteranos.

ción o lo que fuere. Existen multitud de mecanismos legales para hacer frente a las situaciones de crisis o cambio empresarial, más los mecanismos que se pueden establecer por la negociación colectiva <sup>118</sup>, todos ellos más idóneos y congruentes que la doble escala salarial. Si la empresa necesita ser reestructurada o saneada económicamente y para hacerlo hay que tocar el salario, además de otras condiciones de trabajo, lo congruente y racional es pensar más en los que ya están contratados que en los que vayan a serlo en el futuro.

En conclusión, la doble escala cuya finalidad específica sea sin más la reestructuración o el saneamiento económico de la empresa no se justifica razonablemente, no supera el juicio de igualdad.

## **6. El obligado respeto de las condiciones salariales más beneficiosas de los trabajadores ya contratados como finalidad específica y el juicio de razonabilidad.**

Especialmente complejo desde el punto de vista jurídico es el argumento del obligado respeto de los derechos salariales adquiridos por los trabajadores ya contratados en el momento de la firma del convenio que introduce la doble escala, que no se otorgan en cambio a los nuevos contratados. Esta finalidad específica no se comprende bien si no se pone en relación con la finalidad común de toda doble escala, que es asegurar la viabilidad económica de la empresa e incrementar la competitividad. Esa finalidad común desde la perspectiva empresarial pasa por ahorrar costes de personal con los trabajadores de nuevo ingreso, y para los representantes de los trabajadores pasa por no perjudicar salarialmente a los trabajadores ya contratados, pero no tanto por imperativos de naturaleza jurídica como por razones de estrategia sindical. Por el contrario, en el obligado respeto a los derechos salariales de los trabajadores ya contratados como finalidad específica lo que hay es un imperativo jurídico que no puede ser desconocido por los titulares de la autonomía colectiva.

Lo apenas dicho exige distinguir dos posibles situaciones: primera, condiciones salariales establecidas por la negociación colectiva que técnicamente y en relación con la negociación colectiva posterior no son condiciones más beneficiosas <sup>119</sup>. Segunda, verdaderas condiciones salariales más beneficiosas de naturaleza contractual o bien atribuidas unilateralmente por el empresario.

Si se trata de condiciones salariales establecidas por la negociación colectiva, y puesto que la negociación posterior puede disponer libremente de los derechos establecidos por la negociación

<sup>118</sup> La muy interesante STS, 4.ª, 24-10-2002, Ar. 2003\458, FJ 7 (caso Michelin), considera lícita la diferencia de trato establecida por un acuerdo de empresa, producto de la negociación colectiva, por tanto, entre los trabajadores indefinidos de origen y los indefinidos tras la conversión de sus contratos temporales, consistiendo la diferencia en la posibilidad empresarial de reducir temporalmente para estos últimos, y bajo determinadas circunstancias y controles, la jornada de trabajo en hasta un 30 por 100 con la consiguiente reducción salarial.

<sup>119</sup> Sobre el principio de condición más beneficiosa, por todos, F. BALLESTER LAGUNA, *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, 2001 y A. OJEDA AVILÉS, «El principio de...», *op. cit.*, págs. 171 y ss.

anterior –arts. 82.4 y 86.4 del ET–, no hay un imperativo jurídico que obligue a respetar los derechos salariales de los trabajadores ya contratados, es decir, no se da la finalidad específica que ahora se estudia. Y si ésta no se da y tampoco concurre otra finalidad específica, como pudiera ser el fomento del empleo, sólo queda acudir a la finalidad común de toda doble escala. Empero, ya se dijo que la finalidad común no supera el juicio de razonabilidad porque no existe la suficiente congruencia entre la diferencia de trato salarial y la finalidad de la viabilidad económica de la empresa y el incremento de la competitividad. No parece racional alcanzar dicho objetivo a través de los nuevos contratados a la vez que se preservan –o se mejoran incluso– las condiciones salariales de los trabajadores ya contratados. Difícilmente puede considerarse una justificación razonable de la diferencia de trato salarial el mantener el poder adquisitivo de los trabajadores ya contratados, sin que jurídicamente ello sea necesario, a costa del sacrificio salarial de los que se vayan a contratar en el futuro.

Pese a lo que se acaba de decir los tribunales tan pronto consideran que el anterior argumento no justifica la doble escala salarial como todo lo contrario <sup>120</sup>. De nuevo, la jurisprudencia, además de contradictoria y confusa, prescinde del necesario rigor técnico a la hora de realizar el juicio de razonabilidad. Es de esperar que esto se corrija en el futuro, que de manera contundente se rechace el argumento y se declaren ilícitas todas las dobles escalas salariales de este tipo.

Cuando, por el contrario, se trata de genuinas condiciones salariales más beneficiosas, mejoras voluntarias nacidas de la autonomía de la voluntad, de pacto contractual o de decisión unilateral del empresario, la cuestión se complica. En este caso lo que hace la negociación colectiva es recoger normativamente las condiciones salariales más beneficiosas que vinieran disfrutando los trabajadores ya contratados, formalmente a título individual aunque con alcance general o colectivo. Condiciones que no se extienden a los trabajadores de nuevo ingreso dando así lugar a una doble escala salarial más o menos encubierta. Los salarios superiores que antes se percibían como mejora contractual, y por tanto a título individual, pasarían a recibirse ahora como salarios *ex* convenio, y por tanto colectivamente. El reconocimiento por convenio colectivo, así como la oportuna transformación jurídica de las anteriores mejoras salariales, conlleva también automáticamente la compensación de las mismas.

<sup>120</sup> Por lo que al Tribunal Supremo se refiere, el argumento primero fue aceptado por la STS, 4.ª, 6-4-1995, Ar. 2916, FJ 4, y luego rechazado con rotundidad por la STS, 4.ª, 18-12-1997, Ar. 9517, FJ 4. Ahora bien, el asunto no está del todo claro porque la reciente STS, 4.ª, u.d., 12-11-2002, Ar. 2003\1026, FJ 4, vuelve a admitirlo, aunque sea *obiter dicta*, si bien no se aclara si las condiciones salariales que se mantienen tienen origen en la previa negociación colectiva o en la autonomía de la voluntad, lo cual, evidentemente, tiene mucha importancia. En cuanto a los tribunales menores, el argumento recientemente ha sido rechazado por la STSJ del País Vasco, social, 5-11-2002, As. 2003\982, FJ 1. Anteriormente fue rechazado por la STSJ de Castilla-La Mancha, social, 8-5-1997, As. 2464, FJ 5 y por la STSJ de Cataluña, social, 10-5-1999, As. 2224. Lo han admitido, en cambio, la STSJ de Andalucía/Sevilla, social, 27-4-1998, As. 6058, FJ 2 y la STSJ de Cataluña, social, 22-2-2001, As. 1586, FJ único, con una argumentación especialmente peligrosa, ya criticada en este mismo trabajo (nota 61 y correspondiente texto superior).

La reciente SAN, social, 17-6-2004, As. 2698, FFJJ. 6 y 7, es especialmente peligrosa porque acepta sin problemas la doble escala salarial amparada en el respeto por el convenio colectivo posterior de las «condiciones salariales más beneficiosas» previstas por el convenio colectivo anterior para los trabajadores que se regían por el mismo, lo que automáticamente convalidaría cualquier doble escala salarial.

Doctrinalmente, rechazan el argumento de la consolidación de las condiciones salariales nacidas de la negociación colectiva, E. MARTÍN PUEBLA, «La doble escala...», *op. cit.*, págs. 10-11 y A. BEJARANO HERNÁNDEZ, «Desigualdad de trato...», *op. cit.*, págs. 455-456. Lo admiten, en cambio, S. DEL REY GUANTER, «Fecha de ingreso...», *op. cit.*, págs. 520-522 y G. VIDAL CARUANA, «El convenio colectivo...», *op. cit.*, págs. 1.429 y ss.

Pues bien, la diferencia sustancial entre esta situación y la anterior es que en ésta sí hay un imperativo jurídico que obliga a respetar los derechos salariales de los trabajadores ya contratados. Concretamente la doctrina jurisprudencial sobre las condiciones más beneficiosas. Se podrá decir que la negociación colectiva no tiene por qué reconocer las condiciones más beneficiosas de los trabajadores ya contratados, lo cual es cierto, pero también lo es que diga lo que diga el convenio las condiciones más beneficiosas deben ser respetadas. Cuando hay condiciones salariales más beneficiosas y el convenio colectivo las reconoce al tiempo que no las extiende a los trabajadores de nuevo ingreso debe entenderse que la finalidad de la doble escala así establecida es la común, la viabilidad económica de la empresa, y como finalidad específica el obligado respeto a los derechos salariales adquiridos por los trabajadores ya contratados, que ante la inexistencia de obligación jurídica no se extienden, en cambio, a los trabajadores de nuevo ingreso.

Así las cosas, y puestos a efectuar el juicio de razonabilidad, la citada finalidad específica es constitucionalmente admisible. El respeto de las condiciones más beneficiosas, y todo lo que ello supone, es una construcción jurisprudencial que de ningún modo atenta a la Constitución. En cuanto a la congruencia entre la diferencia de trato salarial y la finalidad específica de la doble escala parece que se da sin necesidad de forzar los argumentos, pues se paga más o menos en función de que se tengan que respetar o no previas condiciones salariales más beneficiosas. Y también hay congruencia entre la configuración de los supuestos de hecho –trabajadores ya contratados, con condiciones salariales más beneficiosas, y trabajadores de nuevo ingreso– y la finalidad específica de la doble escala salarial.

Como conclusión de todo lo anterior puede afirmarse que las dobles escalas salariales que pretenden, como todas, asegurar la viabilidad económica de la empresa y además obedecen al objetivo de respetar las condiciones salariales más beneficiosas de los trabajadores ya contratados están razonablemente justificadas, superan el juicio de razonabilidad. Otra cosa es que superen o no el juicio de proporcionalidad y en función de eso sean o no lícitas. Y otra cosa también es que se pueda llegar a comprender en parte a quienes rechazan esta justificación, sobre todo porque las condiciones salariales más beneficiosas, aunque tengan su origen jurídico en la autonomía de la voluntad se disfrutan en masa, es decir, de alguna manera se suplanta a la negociación colectiva y se evitan determinadas consecuencias jurídicas <sup>121</sup>.

<sup>121</sup> Si las condiciones salariales derivan de la autonomía de la voluntad y alcanzan a todos los trabajadores contratados en el momento de la firma del convenio, éste puede consolidar dichas condiciones y simultáneamente fijar salarios inferiores para los nuevos contratados. Parece una situación injusta, pues de algún modo se premia la ausencia previa de la autonomía colectiva en el ámbito de la empresa –seguramente haya negociación sectorial–. Parece más acorde con el principio constitucional de igualdad entender que si la autonomía de la voluntad se utiliza para fijar con alcance colectivo los salarios de los trabajadores, sustituyendo de alguna manera a la autonomía colectiva, entonces quede sometida a las mismas exigencias en relación con el principio de igualdad. En este sentido, E. MARTÍN PUEBLA, «La doble escala...», *op. cit.*, pág. 6. Igualmente, I. SAIZ DE MARZO, «Los límites actuales de la igualdad laboral», en *Actualidad Laboral*, 2004, núm. 22, págs. 2.703-2.704.

Muy diferente es que la autonomía de la voluntad realmente opere de manera individual y mejore o individualice el salario de determinados trabajadores por razones legítimas como su especial valía, su importancia dentro de la empresa, etc., y que esas mejoras sean posteriormente consolidadas a título individual por la negociación colectiva. En ese caso no podría hablarse de doble escala salarial por la fecha de contratación y ningún problema habría en relación con el principio constitucional de igualdad.

La jurisprudencia, aunque no se detiene a efectuar con rigor el juicio de razonabilidad, admite sin fisuras la licitud de las dobles escalas de este tipo; las considera objetiva y razonablemente justificadas <sup>122</sup>. El problema es que nunca se efectúa el juicio de proporcionalidad. Se declaran justificadas y lícitas sin más, y ello, además de no ser técnicamente correcto, puede dar lugar a situaciones inadmisibles, como se verá posteriormente.

En algunas ocasiones, incluso, los tribunales se han limitado a decir que los supuestos de hecho no eran iguales y por tanto sin realizar el juicio de igualdad han declarado lícitas las correspondientes dobles escalas. Este proceder, aunque no sea disparatado <sup>123</sup>, no parece adecuado porque hurta el juicio de igualdad y aunque el resultado final sea el mismo parece más oportuno «adornarlo» con el juicio de igualdad que limitarse a rechazar el término de comparación. Cuantos más razonamientos y criterios empleen los tribunales, menos posibilidades de caer en la arbitrariedad o en el puro decisionismo.

### **7. La compensación de la antigüedad y de sus supuestas consecuencias como finalidad específica y el juicio de razonabilidad.**

La antigüedad en la empresa suele premiarse *de iure* y *de facto*. *De iure*, por poner sólo algunos ejemplos, mediante el complemento salarial personal de antigüedad, el paso a niveles retributivos superiores dentro de la misma categoría profesional, el ascenso a categorías profesionales superiores, el desempeño de puestos de mayor responsabilidad, etc. Y *de facto* es indudable que la antigüedad de alguna manera blindada a los trabajadores frente a determinadas medidas empresariales que pudieran perjudicarles: el despido, por ejemplo, cuyo coste aumenta con la antigüedad del trabajador. El hecho de que los trabajadores más antiguos estén en general en una mejor posición jurídica y de hecho no vulnera en modo alguno el principio constitucional de igualdad. Al fin y al cabo, la antigüedad en la empresa y los beneficios que la misma conlleva no están vedados a los trabajadores de nuevo ingreso, pues en la medida en que permanezcan en la empresa acabarán alcanzándolos. Otra cosa es que en los tiempos que corren no sea nada fácil realizar la carrera profesional en una misma empresa.

Dicho lo cual es evidente que por sí misma la antigüedad no puede justificar razonablemente la doble escala salarial, pues la antigüedad y la fecha de contratación vienen a ser la misma cosa y ya se dijo que la fecha de contratación por sí sola no sirve para justificar la doble escala salarial –STC 27/2004–. O mejor dicho, la fecha de contratación, como la antigüedad, son factores de diferenciación neutros, es decir, que en relación con el salario, y al margen del complemento específico de antigüedad, no vienen a reconocer supuestos de hecho diferentes de partida, sino más bien a crearlos artificialmente.

<sup>122</sup> STS, 4.ª, u.d., 12-11-2002, Ar. 2003\1026, FJ 4. También, *obiter dicta*, SSTS, 4.ª, u.d., 23-9-2003, Ar. 8378, FJ 7; u.d., 19-10-2003, Ar. 9039, FJ 7. Igualmente, la SAN, social, 30-3-2004, As. 2116, FFJJ. 4 y 5.

<sup>123</sup> *Vid.* nota 66 y el texto superior del que trae causa.

La cuestión se enreda cuando el argumento o finalidad que se invoca para intentar justificar la doble escala salarial no es directamente la antigüedad en la empresa, sino otros motivos ligados supuestamente a la antigüedad como la mayor contribución a la buena marcha de la empresa de los trabajadores más antiguos o la mayor profesionalidad y el mejor conocimiento de la organización empresarial de éstos. Veámoslos por separado.

En cuanto a la mayor contribución a la buena marcha de la empresa de los trabajadores ya contratados en el momento de la firma del convenio que establece la doble escala, sorprende que el Tribunal Supremo en unificación de doctrina <sup>124</sup> considere que este motivo justifica razonablemente la correspondiente doble escala salarial. El razonamiento del Tribunal Supremo es apodíctico, pues se limita a decir: «(...) los empleados de más antigüedad han contribuido a los actuales resultados productivos de la empresa durante más tiempo (...)» <sup>125</sup>. Por otro lado, no se efectúa el juicio de proporcionalidad y sin más se considera lícita la doble escala, lo que no parece acorde con la estructura compleja del juicio de igualdad.

Antes de intentar reconstruir el juicio de razonabilidad, que en realidad y de manera técnicamente correcta no realiza el Tribunal Supremo, conviene apuntar lo siguiente: el argumento en cuestión es sumamente peligroso y no debería utilizarse en el futuro por los tribunales, so pena de justificar sistemática y automáticamente cualquier doble escala salarial que quisiera establecerse por la negociación colectiva. Lógicamente, y por una cuestión puramente temporal, los trabajadores ya contratados en el momento de la firma del convenio habrían contribuido al proyecto empresarial más que los recién contratados. El argumento es objetivo, pero ni mucho menos puede ser considerado razonable y proporcionado a la hora de fijar los salarios en general, más allá del complemento específico de antigüedad. Cabría pensar incluso en el supuesto contrario, el de una empresa que a partir de un determinado momento y gracias a las nuevas contrataciones mejorara su situación competitiva: ¿Sería razonable y proporcionado en ese caso retribuir más a los nuevos contratados que a los antiguos? Evidentemente no, al margen, por supuesto, de que determinados trabajadores pudieran obtener complementos por cantidad o calidad de trabajo o por especiales conocimientos, etc., y otros trabajadores no. Pero en ese caso no jugaría ni la fecha de contratación ni la antigüedad sino el cumplimiento de las causas que dan lugar a determinados complementos salariales.

Si se somete el argumento en cuestión al juicio de razonabilidad es evidente que no lo supera. La finalidad específica de la doble escala, a saber, premiar o compensar a los trabajadores más antiguos por su mayor contribución a la buena marcha de la empresa, parece constitucionalmente admisible, pero no hay congruencia suficiente entre esa finalidad y la diferencia de trato salarial que se extiende a partidas distintas del complemento de antigüedad como el salario base o los complementos por puesto de trabajo. Hay complementos salariales y sistemas de clasificación profesional

<sup>124</sup> STS, 4.ª, u.d., 12-11-2002, Ar. 2003\1026, FJ 4. Esta sentencia también utiliza otras dos razones: la creación de empleo y el respeto de condiciones más beneficiosas. Vuelve a utilizar este peligroso criterio el voto particular formulado por el magistrado Martín Valverde a la STS, 4.ª, 20-4-2005, JUR (sin asignar, aunque puede consultarse en westlaw).

<sup>125</sup> FJ 4.

por niveles retributivos pensados para premiar o compensar a los trabajadores más antiguos, de manera que utilizar el resto de partidas salariales para esa misma finalidad es incongruente. Tampoco es congruente con la citada finalidad específica la configuración de los supuestos de hecho. En efecto, si lo que se quiere es premiar a los trabajadores que más han contribuido a la buena marcha de la empresa no parece idóneo distinguir a los trabajadores mediante una sola fecha, normalmente la de la firma del convenio colectivo que establece la doble escala, pues seguramente haya trabajadores ya contratados pero muy próximos a esa fecha que poco habrán podido contribuir a la buena marcha de la empresa; tan poco como los trabajadores de nuevo ingreso.

En definitiva, las dobles escalas que responden a esta demagógica y peligrosa finalidad específica no superan el juicio de razonabilidad y son por ello ilícitas, contrarias al principio constitucional de igualdad.

El otro motivo ligado supuestamente a la antigüedad es la mayor experiencia profesional y el mayor conocimiento de la concreta organización empresarial de los trabajadores ya contratados. Este argumento, inicialmente admitido por los tribunales, posteriormente y con acierto ha sido rechazado, considerado arbitrario, aunque no de modo unánime <sup>126</sup>. Es decir, de nuevo contradicción e incertidumbre jurisprudencial. Es importante subrayar que no se niega que el argumento sea cierto. Se niega que sirva sin más como justificación razonable de la doble escala salarial <sup>127</sup>. De no rechazarse, toda doble escala salarial estaría automáticamente justificada. Es más, llevado hasta el extremo, podría suceder que en una empresa, especialmente las que utilizan tecnologías punteras, la mayor profesionalidad correspondiera a los nuevos contratados y que se estableciera una doble escala salarial inversa, que por todos los conceptos otorgara mayores salarios a los contratados a partir de la firma del convenio. Este argumento sería tan poco razonable y proporcionado como su contrario. Como tampoco es razonable que se otorguen por la negociación colectiva mayores salarios a los nuevos contratados para así atraer a nuevos talentos a la empresa <sup>128</sup>. Para esa finalidad, desde luego legítima, ya existen mecanismos distintos de la doble esca-

<sup>126</sup> Consideraron este argumento objetivo y razonable, entre otras, las SSTSJ de Cataluña, social, 25-6-1998, As. 3165, FJ 3 y 2-11-1999, As. 3961, FJ 6. Posteriormente, ha sido rechazado por las SSTSJ de Cataluña, social, 25-4-2002, As. 1792, FJ 3 y 10-4-2003, As. 1900, FJ 2. Sin embargo, ha vuelto a ser aceptado por la SAN, social, 12-11-2003, JUR 2004\76556, FJ 5. Véase M.A. FALGUERA BARÓ, «Reflexiones jurídicas sobre...», *op. cit.*, págs. 104-106, con abundante cita de sentencias de duplicación.

<sup>127</sup> Rechaza contundentemente este argumento E. MARTÍN PUEBLA, «La doble escala...», *op. cit.*, pág. 10. Resulta interesante transcribir el siguiente párrafo de la STC 27/2004, aunque se trate de un razonamiento a mayor abundamiento: «Y es patente, en fin, a mayor abundamiento, que la simple condición de trabajador de más reciente contratación no conlleva por defecto tareas de menor entidad, ni menor calidad en el servicio, ni esa diferencia material impide en su caso la equivalencia de valor o importancia de unas y otras prestaciones» (FJ 6).

<sup>128</sup> La sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Tarragona, 16-10-2002, As. 165, FJ 3, declara ilícito un plus o incentivo establecido en la negociación colectiva exclusivamente para los trabajadores de nuevo ingreso, y cuya finalidad es atraer a la empresa a gente joven. Diferente es el supuesto de la STSJ de Cataluña, social, 28-1-2000, As. 86, FJ 3, en el que los trabajadores de nuevo ingreso se benefician de una mayor subida salarial por convenio con la finalidad de ir compensando progresivamente los mayores salarios percibidos por los trabajadores más antiguos vía complementos *ad personam* que aquéllos no disfrutaban. Para la sentencia dicha práctica no vulnera el principio de igualdad.

la salarial, que no vulneran el principio de igualdad, como por ejemplo determinados complementos que priman el trabajo de mayor cantidad, calidad, responsabilidad o creatividad. Y, por supuesto, las mejoras voluntarias a título individual.

El premio o compensación a los trabajadores ya contratados por su mayor experiencia profesional y conocimiento de la empresa como finalidad específica de la diferencia de trato salarial no supera el juicio de razonabilidad, pues no hay suficiente congruencia entre la diferencia de trato y la citada finalidad específica. Si lo que se quiere es premiar a los trabajadores por ese motivo hay complementos específicos para ello <sup>129</sup>, así como sistemas de clasificación profesional por niveles retributivos, no siendo congruente operar sobre el salario base o sobre complementos salariales ajenos a la antigüedad o a la profesionalidad. Y menos congruencia hay todavía entre la finalidad específica y la configuración de los supuestos de hecho, ya que se divide a los trabajadores en función de la fecha de la firma del convenio colectivo que introduce la doble escala y los trabajadores contratados con anterioridad pero próximos a esa fecha se encuentran en la misma situación que los trabajadores de nuevo ingreso, es decir, poca profesionalidad y escaso conocimiento de la empresa. También en este caso, por tanto, la doble escala salarial es ilícita, contraria al principio constitucional de igualdad.

## VI. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

### 1. Introducción y aplicación del juicio de proporcionalidad a la doble escala salarial: crítica de la jurisprudencia.

El juicio de igualdad está integrado por el juicio de razonabilidad y también por el de proporcionalidad, sobre el que existe una copiosa jurisprudencia constitucional que aunque sea de manera excesivamente simplista puede sintetizarse como sigue:

«También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de

<sup>129</sup> La mayor experiencia profesional y el mayor conocimiento de la organización empresarial seguramente se reflejen en algunos complementos salariales más fáciles de conseguir para los trabajadores antiguos que para los nuevos, como puede ser el caso de los complementos por cantidad o calidad de trabajo, por especial responsabilidad, etc. Y, por supuesto, se reflejará, de existir, en el complemento de antigüedad. Esto es perfectamente admisible y no vulnera el principio constitucional de igualdad. Del mismo modo que está justificada legalmente la menor retribución de los trabajadores que accedan a la empresa a través de las modalidades contractuales formativas del artículo 11 del ET.

trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida» (STC 27/2004, FJ 2) <sup>130</sup>.

El párrafo transcrito es muy claro a la hora de exigir el juicio de proporcionalidad como parte ineludible del juicio de igualdad. Para que las diferencias de trato normativas entre supuestos de hecho iguales sean lícitas, compatibles con el principio constitucional de igualdad, no basta con superar el juicio de razonabilidad, con la existencia de una justificación razonable de las mismas, siendo además necesario que dichas diferencias sean proporcionadas. Si se traslada la anterior doctrina a las diferencias de trato que están detrás de toda doble escala salarial resulta patente que no basta con encontrar una justificación razonable, siendo adicionalmente necesario someter la concreta y justificada diferencia de trato salarial al juicio de proporcionalidad. Como es lógico si la doble escala no supera el juicio de razonabilidad no hace falta efectuar el de proporcionalidad para declararla ilícita.

Sin embargo, lo que se acaba de decir no se corresponde con la habitual *praxis* judicial. Raramente los tribunales efectúan de manera efectiva el juicio de proporcionalidad, de manera que cuando consideran que existe una justificación razonable de la diferencia de trato salarial sin más razonamientos declaran lícita la correspondiente doble escala <sup>131</sup>. Y las pocas ocasiones en las que se invoca el juicio de proporcionalidad suele tratarse de mera retórica o de confusión conceptual <sup>132</sup>. Si antes se criticaba que los tribunales no efectuasen en general el juicio de razonabilidad con el debido rigor técnico, ahora debe criticarse, con más insistencia si cabe, que no se efectúe en modo alguno el juicio de proporcionalidad, de manera que el juicio de igualdad aplicado a la doble escala salarial es por el momento un juicio incompleto, desprovisto de uno de sus parámetros fundamentales:

<sup>130</sup> La STC 27/2004 resume la abundantísima jurisprudencia constitucional sobre el particular a partir de la STC 22/1981 y de otras muchas posteriores.

Sobre el principio de proporcionalidad en el seno del juicio de igualdad, véase, por todos y con visiones no coincidentes, J. MERCADER UGUINA, «El marco teórico...», *op. cit.*, págs. 247 y ss. y D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad...*, *op. cit.*, págs. 91 y ss. Sobre el principio de proporcionalidad con un alcance más general como límite de los límites de los derechos fundamentales, entre otros, J. BARNÉS VÁZQUEZ, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario» en *RAP*, 1994, núm. 135, págs. 495 y ss.; M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996, págs. 117 y ss.; AA.VV., *El principio de proporcionalidad*, número monográfico de la revista *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, núm. 5; y C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, CEPC, Madrid, 2003.

<sup>131</sup> Casi todas las sentencias que declaran lícitas las dobles escalas amparadas en el fomento del empleo o en el respeto de las condiciones más beneficiosas de los trabajadores ya contratados, que se incluyen en numerosas notas anteriores de este mismo trabajo a las que se remite, no llevan a cabo el juicio de proporcionalidad.

<sup>132</sup> Para la STS, 4.ª, 21-1-2004, Ar. 1936, FJ 5, la diferencia de trato salarial no supera el juicio de proporcionalidad, pero no explica por qué no lo supera; utiliza un razonamiento apodéctico. En parecidos términos, la STSJ de Cataluña, social, 21-9-2004, As. 3222, FJ 6, aparentemente efectúa el juicio de proporcionalidad sobre la creación o no de empleo neto y sobre el carácter transitorio o no de las diferencias salariales, y no se refiere al juicio de razonabilidad quizá porque implícitamente entienda que al haber creación de empleo hay, en principio, justificación razonable. Sin embargo, en el FJ 7 se dice que la doble escala salarial carece de justificación objetiva y razonable, lo que genera notable confusión. En definitiva, el juicio de igualdad, técnicamente, deja mucho que desear y no se sabe si se está realizando el juicio de razonabilidad o el proporcionalidad o quizá ambos de manera desordenada y confusa.

la proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida. Téngase en cuenta que el juicio de proporcionalidad, en el seno del juicio de igualdad o fuera de él, tiene cada día más importancia en la jurisprudencia del TC, habiéndose superado ya la inicial etapa de inaplicación práctica de dicho juicio <sup>133</sup>.

## 2. Reconstrucción del juicio de proporcionalidad sobre algunos supuestos de doble escala salarial.

La criticable *praxis* judicial, máxime en los últimos tiempos, significa que buena parte de las dobles escalas salariales declaradas lícitas por estar razonablemente justificadas, sobre todo por el fomento del empleo o por el respeto obligado a los derechos salariales adquiridos por los trabajadores ya contratados, en realidad no han sido sometidas al juicio de proporcionalidad. De haberlo sido a buen seguro más de una no lo habría superado por manifiestamente desproporcionada <sup>134</sup>. De lo que se trata a continuación es de intentar reconstruir el juicio de proporcionalidad sobre algunos supuestos de doble escala salarial a partir de los abundantes materiales jurisprudenciales existentes. No se ignora que se trata de una operación difícil y sobre todo especulativa, pero en todo caso merece la pena aunque sólo sea para poner de manifiesto que los supuestos más claros de doble escala desproporcionada no pueden superar el juicio de igualdad, aunque tengan una justificación razonable.

En este sentido, se proponen los siguientes criterios operativos ligados al juicio de proporcionalidad, sin perjuicio de que en el caso concreto puedan manejarse otros tan fundados o más que éstos. En primer lugar, debería considerarse la cuantía de la diferencia salarial en su conjunto, si es que afecta a diferentes partidas salariales, y en cómputo mensual, anual o en cualquier otro período temporal razonable. Si la diferencia fuera excesiva no debería superar el juicio de proporcionalidad. Concretar en la práctica la diferencia salarial aceptable de la excesiva o desproporcionada es extraordinariamente difícil, pero al menos los casos más burdos no deberían superar el juicio de proporcionalidad.

En segundo lugar, y muy relacionado con el criterio anterior, debería tenerse en cuenta la evolución de la regulación salarial de los trabajadores ya contratados. No es lo mismo desde esta perspectiva que en el convenio colectivo que establece la doble escala los salarios de los trabajadores ya contratados se congelen o aumenten moderadamente a que se incrementen como de costumbre. No

<sup>133</sup> A la inaplicación del principio de proporcionalidad como instrumento del juicio de igualdad durante la década de los ochenta se refieren M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.<sup>a</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, *op. cit.*, págs. 54-55. Igualmente, pero ya en relación con la doble escala salarial, M.<sup>a</sup> L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.*, pág. 9.

En cuanto a la enorme importancia adquirida por el principio de proporcionalidad desde hace años véase, por todos, M. BACIGALUPO SAGESSE, «La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal», en *REDC*, 1993, núm. 38, págs. 312 y ss.

<sup>134</sup> Un buen ejemplo de lo que se dice se encuentra en la SAN, social, 30-3-2004, As. 2116, FF.JJ. 4 y 5, en la que tras realizar el juicio de razonabilidad y entender que la doble escala salarial no vulnera el principio de igualdad, no se efectúa el necesario juicio de proporcionalidad, que seguramente no habría superado habida cuenta de la excesiva diferencia salarial, equivalente a 5 pagas mensuales, y al carácter permanente de la misma.

debería superar el juicio de proporcionalidad la doble escala que al tiempo que fijase salarios inferiores para los trabajadores de nuevo ingreso incrementase los salarios de los trabajadores ya contratados en porcentajes similares a los de los años anteriores y en ausencia de doble escala. Adviértase que la finalidad común de toda doble escala es asegurar la viabilidad económica de la empresa e incrementar la competitividad y para conseguirla habría que considerar a todos los trabajadores, no sólo a los de nuevo ingreso. El sacrificio salarial debería alcanzar a todos, aunque no necesariamente en la misma medida, pero a todos <sup>135</sup>.

En tercer lugar, la diferencia de trato salarial debería tener carácter transitorio, de manera que con el tiempo los salarios inferiores de los nuevos contratados se equiparasen a los de los trabajadores veteranos, al margen, por supuesto, del complemento de antigüedad que por su propia naturaleza retribuye más a quien más tiempo lleve en la empresa <sup>136</sup>. A estos efectos debería contemplarse la negociación colectiva como un proceso dinámico y continuo, al margen de los períodos de vigencia, generalmente cortos, de cada convenio colectivo. La transitoriedad de la doble escala podría alcanzarse así de diferentes modos: por ejemplo, si el convenio colectivo que introdujese por vez primera la doble escala tuviera una larga vigencia, cosa nada habitual, la transitoriedad debería figurar en el propio convenio <sup>137</sup>. Si, por el contrario y como es normal, tuviera una corta vigencia, la transitoriedad podría figurar en los sucesivos convenios colectivos hasta que progresivamente llegara a desaparecer la doble escala. De lo contrario, una vez establecida la doble escala el mantenimiento indefinido de la misma en los sucesivos convenios no haría sino incrementar cada vez más las diferencias salariales, con grave quebranto del principio de proporcionalidad <sup>138</sup>.

<sup>135</sup> Así lo establecen, *obiter dicta*, las SSTs, 4.ª, 3-10-2000, Ar. 8659, FJ 5 y 17-6-2002, As. 7909, FJ 3. Por el contrario, para la STSJ de Cataluña, social, 19-10-1998, As. 4209, FJ 4, no es justificación razonable de la doble escala salarial el saneamiento de la empresa, acompañado del compromiso empresarial de mantenimiento del nivel de empleo y, lo que aquí interesa, de la congelación salarial para los ya contratados.

Por lo que a la doctrina se refiere, véase, A. BEJARANO HERNÁNDEZ, «Desigualdad de trato...», *op. cit.*, págs. 456-457 y E. MARTÍN PUEBLA, «La doble escala...», *op. cit.*, pág. 9, quienes entienden que el sacrificio salarial tiene que afectar a todos los trabajadores, no sólo a los de nuevo ingreso.

<sup>136</sup> Parece entenderlo así la STC 27/2004, cuando establece *obiter dicta*: «(...) ni siquiera previsiones que con base en pautas de compensación o reequilibrio determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva» (FJ 7). La STSJ de Cataluña, social, 21-9-2004, As. 3222, FJ 6, rechaza las diferencias salariales, entre otros argumentos, porque no son compensables ni absorbibles y porque se revalorizan en el futuro, es decir, porque no tienen carácter temporal. También valora positivamente la transitoriedad de la diferencia de trato salarial, aunque hay otros aspectos más importantes que no vienen al caso, la STSJ de Cataluña, social, 28-1-2000, As. 86, FJ 4. Igualmente, la SAN, social, 12-11-2003, JUR 2004/76556, FJ 5.

A favor del carácter transitorio se sitúan M.T. ALAMEDA CASTILLO y F.J. PRADOS DE REYES, «Dobles escalas salariales», *op. cit.*, pág. 409. Rotundamente, M.A. PURCALLA BONILLA, «La doble escala...», *op. cit.*, págs. 13-14, quien reproduce la interesante opinión al respecto de Joan Coscubiela. Igualmente, M.A. FALGUERA BARÓ, «Reflexiones jurídicas sobre...», *op. cit.*, pág. 117 y M.ª L. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada...», *op. cit.* pág. 26.

<sup>137</sup> El convenio colectivo de la empresa «Transportes de Barcelona, S.A.» establece que los conductores de bus contratados a partir de la firma del convenio sólo percibirán el 80 por 100 del complemento de puesto de trabajo durante los tres primeros años, pasando a partir del cuarto a percibirlo íntegramente. De este supuesto se ocupa la STSJ de Cataluña, social, 2-11-1999, As. 3961, antecedente 2. Para la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Pamplona, 12-5-2000, As. 1638, FJ 3, la desigualdad salarial durante un período de 8 años se considera excesiva. Por el contrario, para la STSJ de Aragón, social, 7-10-2002, JUR 258621, FJ 5, la equiparación salarial en un plazo de 10 años se valora positivamente.

<sup>138</sup> En efecto, aunque los porcentajes de los incrementos salariales fuesen idénticos si la base sobre la que se aplican fuera diferente como consecuencia de la doble escala, las diferencias salariales se incrementarían cada vez más con el paso del tiempo. No es lo mismo un 3 por 100 de 100 que un 3 por 100 de 80, evidentemente.

La transitoriedad de la doble escala hay que conectarla también con algo de lo que ya se ha hablado a propósito del fomento del empleo como finalidad específica de la desigualdad salarial. Se trata de la necesidad de que la creación de empleo esté regulada en el mismo convenio colectivo que introduzca la doble escala, no pudiendo un convenio posterior mantener la doble escala amparándose en la finalidad ya consumada, es decir, en el empleo creado durante la vigencia del anterior convenio. En realidad, lo que no podría hacer el convenio colectivo posterior es mantener la doble escala en los mismos términos, o sea, con carácter indefinido y con una justificación pretérita. Sí podría, en cambio, mantener la doble escala, justificada por el empleo ya creado, si se le diera carácter transitorio, a desaparecer progresivamente.

Recapitulando, el juicio de proporcionalidad, hasta el momento ausente en general, debería desempeñar un importante papel a la hora de controlar la legitimidad constitucional de la doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva. Criterios como la cuantía de la diferencia salarial entre los trabajadores ya contratados y los de nuevo ingreso, la extensión del sacrificio salarial a todos los trabajadores o sólo a los de nuevo ingreso, y la transitoriedad o no de la doble escala deberían ser barajados en el juicio de igualdad y, al menos, en los casos más burdos, más manifiestamente desproporcionados, provocar la ilicitud de la correspondiente doble escala.

Seguramente los tribunales hayan tenido en cuenta en algunas ocasiones dichos criterios, incluso hasta el punto de llevarles a declarar ilícita la correspondiente doble escala, si bien en lugar de integrarlos en el juicio de proporcionalidad se mezclan con los parámetros del juicio de razonabilidad y todos juntos y de manera técnicamente poco correcta se manejan globalmente en el juicio de igualdad. Parece más adecuado y sobre todo conduce a una mayor seguridad jurídica realizar primero el juicio de razonabilidad y superado éste realizar después el de proporcionalidad. En asuntos tan complejos y que se prestan tanto al decisionismo, como son todos los que tienen que ver con el principio constitucional de igualdad, la forma de razonar, de llevar a cabo el juicio de igualdad no es ni mucho menos indiferente. La forma de enjuiciar puede condicionar el resultado y aunque el resultado fuera el mismo no es igual argumentar del modo técnicamente más correcto que hacerlo de manera anárquica, en pocas líneas y apodóticamente.

## VII. FIGURAS AFINES A LA DOBLE ESCALA SALARIAL Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

La precisa definición de lo que es y de lo que no es doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva a partir de los elementos singulares manejados en el apartado II resulta absolutamente necesaria para poder pronunciarse cabalmente en términos jurídicos. Con frecuencia se tratan doctrinal y judicialmente como problemas de doble escala diferencias salariales que no reúnen las características propias de la misma y que requieren un tratamiento jurídico diferente. Resulta de este modo necesario distinguir bien la doble escala salarial de otras figuras afines. Destacan fundamentalmente las dos que se tratan a continuación.

## 1. Sistemas de clasificación profesional por niveles retributivos e introducción por la negociación colectiva de un nuevo nivel de ingreso: STC 119/2002.

La más llamativa de las figuras afines, aunque sólo sea porque ha llegado hasta el Tribunal Constitucional, es la siguiente: sistema convencional de clasificación profesional que contiene varios niveles retributivos dentro de cada categoría o grupo profesional y en un momento dado la negociación colectiva crea un nuevo nivel retributivo de ingreso, en todas o algunas de las categorías profesionales, con un salario inferior al del nivel de ingreso del anterior convenio colectivo, que pasa de este modo a ser el segundo nivel retributivo <sup>139</sup>.

Sin perjuicio de lo que después se dirá sobre la licitud o no de este peculiar sistema de clasificación profesional, lo cierto es que no encubre una verdadera doble escala salarial por la fecha de contratación. No se distingue salarialmente a los trabajadores en función de la fecha de contratación sino de la antigüedad en cada grupo o categoría, y además con carácter temporal, y el hecho de que en un momento dado, con ocasión de la firma de un nuevo convenio colectivo, se establezca un nuevo nivel retributivo de ingreso no altera sustancialmente lo dicho. Téngase en cuenta que los artículos 82.4 y 86.4 del ET permiten al convenio posterior derogar o empeorar los derechos reconocidos por el convenio anterior.

Ni que decir tiene que una de las múltiples formas posibles de articular el sistema de clasificación profesional es establecer diferentes niveles retributivos dentro de cada grupo o categoría profesional, pasándose de un nivel a otro por el mero transcurso del tiempo <sup>140</sup>. Esta forma de articular la clasificación profesional de ningún modo vulnera el principio constitucional de igualdad, ya que los trabajadores encuadrados en cada grupo o categoría profesional, en función de las tareas para las que son contratados, y en cada nivel retributivo, en función de la antigüedad en el correspondiente grupo o categoría, no se encuentran en la misma situación de hecho desde el punto de vista salarial y, por tanto, no hay obligación de tratarlos en condiciones de igualdad. No sería correcto realizar el juicio de igualdad al faltar el término de comparación <sup>141</sup>.

<sup>139</sup> El caso del III convenio colectivo de la empresa «Volkswagen Navarra, S.A.», del que se ocupa la STC 119/2002, antecedente 2. Esta sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios. Así, entre otros, M. MIÑARRO YANINI, «La modulación del...», *op. cit.*, págs. 52 y ss.; K.M. SANTIAGO REDONDO, «Doble escala salarial: ...», *op. cit.*, págs. 621 y ss.; F.J. GUALDA ALCALÁ, «Una aproximación a...», *op. cit.*, págs. 75 y ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «La aplicación práctica...», *op. cit.*, págs. 278-281.

Supuestos parecidos pueden verse en las siguientes sentencias: STSJ de Cataluña, social, 25-6-1998, As. 3165, antecedente 2; STSJ de Aragón, social, 7-10-2002, JUR 258621; y STSJ de Cataluña, social, 10-4-2003, As. 1900, antecedente 2. I.

<sup>140</sup> Artículo 22.5 del ET. *Vid.*, por todos, M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La clasificación profesional...*, *op. cit.*, págs. 139 y ss.

<sup>141</sup> Diferente es el caso que enjuicia la STSJ de Castilla-La Mancha, social, 31-7-2002, As. 2003/908, FJ 8, ya que del nivel retributivo de nuevo ingreso no se podía ascender por el mero transcurso del tiempo al siguiente nivel retributivo, dando lugar a un burdo supuesto de doble escala salarial que es declarado ilícito. Téngase en cuenta, además, que a este burdo supuesto de doble escala salarial se llega después de que una sentencia anterior del mismo tribunal declarase ilícito el anterior modelo de doble escala salarial establecido en la empresa, de manera que con la nueva doble escala salarial se vulnera no sólo el artículo 14 de la CE sino también el 24.1, el derecho a la tutela judicial efectiva, concretamente la garantía de indemnidad.

La cuestión se complica aparentemente cuando como consecuencia de la sucesión temporal de convenios colectivos se introduce un nuevo nivel retributivo de ingreso en virtud del cual los trabajadores contratados a partir de la firma del nuevo convenio perciben un salario inferior al que habrían obtenido con el nivel de ingreso del anterior convenio. Un supuesto de este tipo, tratado unánimemente como si fuera una doble escala salarial encubierta o indirecta <sup>142</sup>, cuando no lo es, ha sido enjuiciado por la conocida STC 119/2002 –caso Volkswagen Navarra–, que, como se sabe, concluye que es lícito, que no vulnera el principio constitucional de igualdad <sup>143</sup>.

Para llegar a la anterior conclusión el TC en realidad no lleva a cabo el juicio de igualdad. Da la impresión de que efectúa el juicio de razonabilidad –FJ 9– cuando en realidad lo que hace, confusamente desde luego, es rechazar el término de comparación, rechazar que los supuestos de hecho desigualmente tratados sean sustancialmente iguales, ya que el factor de diferenciación no es tanto la fecha de contratación como el propio sistema de clasificación profesional por niveles retributivos con el añadido de un nuevo nivel de ingreso <sup>144</sup>. Al rechazar acertadamente el término de comparación no hace falta realizar el juicio de igualdad y por eso no debe sorprender que el TC no valore los criterios de justificación manejados por el tribunal *a quo* <sup>145</sup>, a saber, la fuerte creación de empleo estable y las cuantiosas inversiones realizadas <sup>146</sup>. Si la igualdad no está comprometida no hay por qué entrar a justificar la diferencia de trato. Otra cosa es que hubiera sido muy útil que *obiter dicta* el TC valorase los citados criterios, tantas veces utilizados por la jurisprudencia ordinaria ante verdaderos supuestos de doble escala salarial y, como ya se ha dicho, de manera contradictoria, confusa y técnicamente poco rigurosa.

Si acaso cabe criticar la STC 119/2002 por el siguiente motivo: porque el particular sistema de clasificación profesional por niveles retributivos dentro de cada categoría establecida en la empresa Volkswagen Navarra, S.A., explica las diferencias relativas al salario base, pero no las relativas a diversos complementos salariales, que con carácter general no difieren por niveles dentro de cada categoría, excepto para los especialistas de nuevo ingreso que cobran sólo el 85 por 100 del importe de los complementos establecidos para su correspondiente categoría profesional. Esta diferencia

<sup>142</sup> *Vid.*, por todos, el reciente trabajo de J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «El derecho a...», *op. cit.* pág. 247 y anteriormente, del mismo autor, «Convenio colectivo y...», *op. cit.*, págs. 161 y ss.

<sup>143</sup> La STSJ de Baleares, social, 9-12-1997, As. 4326, FJ 2, considera lícita la creación de nuevas categorías o niveles reservados para los recién ingresados y con salarios inferiores a igualdad de tareas, aunque sin dar argumentos más o menos convincentes y, lo que es peor, sin que quede claro si realmente todo el sistema de clasificación profesional se articula o no mediante niveles retributivos. La misma confusión presentan la STSJ de Cataluña, social, 16-5-2000, As. 1926, FJ 3, y la STSJ de Cataluña, social, 28-1-2000, As. 86, FJ 4.

<sup>144</sup> Más o menos en este sentido, J. M. FALGUERA BARÓ, «Reflexiones jurídicas sobre...», *op. cit.*, pág. 115.

<sup>145</sup> Se trata de la STSJ de Navarra, social, 11-11-1998, As. 4456. También la STSJ de Aragón, social, 7-10-2002, JUR 258621, FJ 5, admite una «doble escala salarial» basada en la existencia de nuevos niveles retributivos de ingreso mediante argumentos como la conversión de contratos temporales en indefinidos.

<sup>146</sup> Se muestran muy críticos con la argumentación de la STC 119/2002, entre otros, M.T. ALAMEDA CASTILLO y F.J. PRADOS DE REYES, «Dobles escalas salariales», *op. cit.*, págs. 379-383 y J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Convenio colectivo y...», *op. cit.*, págs. 166-167. Parece aceptarla, en cambio, F.J. GUALDA ALCALÁ, «Una aproximación a...», *op. cit.*, págs. 79-80. K.M. SANTIAGO REDONDO, «Doble escala salarial: ...», págs. 625 y ss., con notable acierto insiste en la necesidad de hacer una lectura de la sentencia ajustada a su verdadero contenido, y subraya cómo la misma no se pronuncia sobre la justificación o no de los argumentos de la creación de empleo y de la realización de inversiones.

en materia de complementos salariales, que ha pasado desapercibida en los diferentes comentarios jurisprudenciales, no se sostiene por el propio sistema de clasificación profesional, debiendo por ello someterse al juicio de igualdad, pero sorprendentemente la STC 119/2002 obvia este asunto. En relación con los complementos salariales sí puede decirse que el convenio colectivo de Volkswagen contiene una genuina doble escala salarial, no así respeto del salario base.

Puestos a reconstruir el juicio de igualdad que hubiera debido realizarse, y que tanto habría influido en la jurisprudencia ordinaria, tan necesitada de auxilio en este tema, hay que decir lo siguiente: primero, existe término de comparación válido, es decir, el convenio colectivo trata desigualmente en materia de complementos salariales a trabajadores que se encuentran en una misma situación de hecho, pues pertenecen a la misma categoría profesional y el factor que los diferencia no es ya el propio sistema de clasificación por niveles retributivos sino el ser o no trabajadores de nuevo ingreso. Segundo, puesto que hay una diferencia de trato salarial entre trabajadores en una misma situación de hecho hay que encontrar una justificación razonable de la diferencia de trato –juicio de razonabilidad–, lo que resulta relativamente sencillo habida cuenta de que el convenio colectivo en cuestión establece la creación de más de 500 puestos de trabajo estables, así como cuantiosas inversiones de capital. No hay duda de que hay finalidad constitucionalmente lícita y también plena congruencia entre la diferencia de trato salarial, la configuración de los supuestos de hecho y la citada finalidad de creación de empleo estable y realización de inversiones de capital. Tercero, superado el juicio de razonabilidad debe someterse la diferencia de trato al juicio de proporcionalidad, que de nuevo se supera con facilidad, ya que la cuantía salarial no es excesiva, sólo el 15 por 100 de determinados complementos salariales, y además tiene carácter transitorio, 2 años concretamente. En definitiva, la doble escala salarial existente sólo en relación con los complementos salariales es lícita, respetuosa con el principio de igualdad, y así debería haberlo dicho y razonado el TC.

## **2. La doble escala salarial por la fecha de contratación producto de la autonomía individual.**

Tampoco es un supuesto genuino de doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva, sino una figura afín, el que sigue: el empresario a través del contrato de trabajo o a través del poder de dirección –facultad de mejora, en concreto– establece, con alcance colectivo o en masa, los salarios de los trabajadores por encima del convenio sectorial aplicable, si es que hay convenio aplicable, y a partir de un determinado momento decide también con alcance colectivo pagar a los trabajadores de nuevo ingreso un salario que sigue siendo superior al del convenio de referencia pero inferior al de los compañeros más antiguos. En este caso hay doble escala salarial por la fecha de contratación pero no se establece por la negociación colectiva sino por la autonomía de la voluntad y esa circunstancia tiene importantes consecuencias jurídicas.

Al no venir establecida la diferencia de trato salarial por una norma jurídica producto de la autonomía colectiva sino por la autonomía de la voluntad, aunque sea en masa, lo primero que hay que plantearse es si el principio constitucional de igualdad alcanza o no a las decisiones empresariales.

riales privadas, discusión todavía no bien resuelta doctrinalmente <sup>147</sup>. De todos modos, la jurisprudencia del Supremo, siguiendo la conocida STC 34/1984, FJ 2, de manera rotunda entiende que no se aplica a las decisiones empresariales privadas el principio de igualdad, lo que le lleva sistemáticamente a admitir la licitud de las correspondientes dobles escalas <sup>148</sup>. Téngase en cuenta que tampoco hay una norma infraconstitucional que imponga la igualdad general de trato en materia salarial <sup>149</sup>. Otra cosa es que se trate de la Administración como empresario laboral, en cuyo caso se aplica el principio genérico de igualdad <sup>150</sup>.

Ahora bien, la prueba inequívoca de que la postura rotunda del Tribunal Supremo no es del todo pacífica y no acaba de convencer es que con frecuencia los tribunales superiores de justicia aplican el principio de igualdad a las decisiones empresariales privadas, las someten al juicio de igualdad y entran a valorar la existencia o no de justificación razonable de la diferencia de trato salarial <sup>151</sup>. El hecho de que la autonomía de la voluntad se ejerza con alcance colectivo, en masa, y produzca sobre los trabajadores ya contratados y sobre los de nuevo ingreso unos efectos muy parecidos a los del convenio colectivo debería ser tenido en cuenta por el Tribunal Supremo y acabar aplicando también a las decisiones empresariales el principio de igualdad, siquiera sea matizadamente, como vienen haciendo ya algunos tribunales superiores de justicia y como propugna una parte importante de la doctrina <sup>152</sup>.

<sup>147</sup> Véase, por todos y con diferentes posturas, M. IGLESIAS CABERO, «Autonomía individual y principio de igualdad en la fijación de los salarios en al empresa», en *Actualidad Laboral*, 1996-I, págs. 88 y ss.; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, «Desigualdad de trato...», *op. cit.*, págs. 461 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «Igualdad y no discriminación en el empleo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1998, núm. 13, págs. 58-61; L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, *Decisiones empresariales y...*, *op. cit.*, págs. 114 y ss. y 218 y ss.; y E. BORRAJO DACRUZ, «El principio de...», *op. cit.*, pág. 447.

<sup>148</sup> Entre otras, las SSTs, 4.ª, 10-2-1995, Ar. 1148, FJ 4; 25-6-1996, Ar. 5305, FJ 5; 18-9-2000, Ar. 7645, FJ 1 y 27-9-2000, Ar. 9647, FJ 3; u.d., 23-9-2003, Ar. 8378, FJ 3 y, u.d., 19-10-2003, Ar. 9039, FJ 3. Las dos últimas, dictadas en unificación de doctrina, son especialmente rotundas.

Doctrinalmente, por todos, L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, «Doble escala salarial...», *op. cit.*, págs. 2.627 y ss.

<sup>149</sup> Así lo establecen las SSTs, 4.ª, u.d., 23-9-2003, Ar. 8378, FJ 6 y, u.d., 19-10-2003, Ar. 9039, FJ 6, a la vez que insisten en que el artículo 14 del convenio n.º 117 de la OIT no impone con carácter general la igualdad de trato en materia salarial. La STSJ de Castilla-La Mancha, social, 31-7-2002, As. 2003/908, FJ 8, apela al principio «igual salario a trabajo igual» del artículo 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, pero sin llegar a decir que imponga con carácter general un trato igual en materia salarial.

<sup>150</sup> Si el empresario fuera una administración pública entonces no habría ninguna duda de la vinculación al principio de igualdad, conforme a la STC 161/1991, FJ 1. Igualmente, STC 34/2004, FJ 3. Es también el caso, por ejemplo, de las SSTSJ de Canarias/Las Palmas, social, 28-2-2001, As. 3135 y 13-12-2002, JUR 2003/215295.

<sup>151</sup> Aplican el principio de igualdad, entre otras, la STSJ de Cataluña, social, 22-12-1992, As. 6402, FJ 3, que insiste en el carácter colectivo de la práctica empresarial; la STSJ de Andalucía/Málaga, social, 16-5-1994, As. 2146, FJ 2; la STSJ de Cataluña, social, 19-10-1998, As. 4209, FJ 4, aunque pudiera tratarse de un pacto extraestatutario; la STSJ del País Vasco, social, 23-1-2001, As. 2994, FJ 3; la STSJ de Cataluña, social, 16-4-2002, As. 2065, FJ 2; y la STSJ de Cataluña, social, 11-6-2002, As. 1936, FJ 5. No lo aplican, por el contrario, las SSTSJ de Cataluña, social, 7-2-1997, As. 1825, FJ 6; 21-9-1998, As. 3650, FJ 4; 18-7-2000, As. 3696 y 1-3-2004, As. 1070, FJ 3, o si confusamente lo aplican entienden que no hay vulneración de tal principio.

L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, *Decisiones empresariales y...*, *op. cit.* págs. 141-142, págs. 220 y ss. y 243 y ss., denuncia la confusión en que frecuentemente incurrir los tribunales. Para este autor la jurisprudencia mayoritaria no aplica el principio de igualdad a las decisiones empresariales privadas, especialmente en materia de diferenciación salarial, si bien en ocasiones entran *obiter dicta* o no a justificar la diferencia de trato y casi siempre aceptan la justificación dada por el empresario.

<sup>152</sup> *Vid.* las diferentes posturas al respecto de los autores mencionados en la nota 142.

Téngase en cuenta, por lo demás, que la autonomía de la voluntad en masa puede tener a veces una clara finalidad antisindical, de vulneración encubierta de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, como ha reconocido ya el Tribunal Constitucional <sup>153</sup>.

## VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES Y UNA PROPUESTA POLÉMICA

La principal conclusión a la que puede llegarse después de estudiar el complejo y poliédrico fenómeno de la doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva es que no hay todavía una jurisprudencia lo suficientemente clara y uniforme como para saber cuál es la valoración jurídica de esta práctica negociadora en expansión <sup>154</sup>. El asunto es sociológica y jurídicamente casuístico y eso dificulta las cosas, pero eso no sirve del todo de excusa. Algo más podían haber hecho los tribunales en aras de la necesaria seguridad jurídica. Muy especialmente el Tribunal Supremo, pero su jurisprudencia es excesivamente confusa, contradictoria y técnicamente poco elaborada. Y la única sentencia dictada hasta el momento en unificación de doctrina no puede ser más desconcertante, pues utiliza unos argumentos que prácticamente legitiman cualquier doble escala salarial por la fecha de contratación que quiera establecerse <sup>155</sup>. Habrá que esperar a nuevos pronunciamientos en unificación de doctrina para saber qué rumbo sigue el alto tribunal. Y el Tribunal Constitucional, seguramente por el tipo de asuntos que le han llegado, no ha elaborado tampoco una doctrina que arroje la luz que requiere esta oscura materia. La última sentencia del Constitucional, la 27/2004, de 4 de marzo, da algunos pasos en la buena dirección pero es insuficiente. Habrá que esperar también a futuros pronunciamientos, que a buen seguro se producirán ya que la litigiosidad en esta materia es constante.

En definitiva, a la espera de futuros pronunciamientos hoy día no hay la necesaria seguridad jurídica para saber si la doble escala salarial por la fecha de contratación es o no lícita, es o no compatible con el principio constitucional de igualdad. O para ser más precisos, no se sabe con certeza en qué términos la doble escala salarial es lícita y en qué términos no lo es. Además, se asiste cada vez con más frecuencia a formas especialmente sofisticadas y ocultas de doble escala salarial, a productos de alta ingeniería jurídica difíciles de desenmascarar.

Y en este panorama de confusión y desconcierto jurídicos las empresas aprovechan para continuar reclamando flexibilidad y reducción de costes de personal y en muchas ocasiones los repre-

<sup>153</sup> El caso de las SSTC 105/1992, 107/2000 y 225/2001. Vid. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «Autonomía individual en "masa" y antisindicalidad», en *Relaciones Laborales*, 1989-II, págs. 256 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical», en *Relaciones Laborales*, 1992, núm. 15, págs. 1 y ss.; A. BLASCO PELLICER, *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995; y diversas comunicaciones presentadas en el XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Murcia, 2002), publicadas en el libro AA.VV., *La eficacia de los convenios colectivos*, MTAS, Madrid, 2003, págs. 347 y ss. (F. CAVAS MARTÍNEZ), págs. 447 y ss. (D. MONTOYA MEDINA), y págs. 467 y ss. (R. AGUILERA IZQUIERDO y otras).

<sup>154</sup> En este mismo sentido, M.A. FALGUERA BARÓ, «Reflexiones jurídicas sobre...», *op. cit.*, pág. 115.

<sup>155</sup> Se trata de la STS, 4.ª, u.d., 12-11-2002, Ar. 2003\1026.

sentantes de los trabajadores acceden a esas peticiones a costa, sobre todo, de los nuevos contratados. Se acepta con resignación que el acceso al empleo pasa por la precariedad, ya sea mediante contrataciones temporales, ya mediante condiciones salariales inferiores, ya mediante mayor flexibilidad, y un largo etcétera. Y ese panorama inquietante obedece a muchos y complicados factores no jurídicos, pero también en alguna medida a la falta de seguridad jurídica que potencia las reivindicaciones empresariales, ya de por sí muy potentes, y debilita las reticencias sindicales, ya de por sí débiles en un panorama económico cada vez más mundializado y donde las amenazas empresariales de deslocalización y similares están a la orden del día.

En este trabajo se critica en general la labor de los tribunales, que es ciertamente muy complicada, con el claro propósito de incrementar la seguridad jurídica a través del establecimiento de unas mínimas pautas o criterios a integrar en el juicio de igualdad. Juicio este que debe realizarse de manera técnicamente rigurosa, siguiendo los diferentes pasos que lo integran: la admisión o no del término de comparación, el juicio de razonabilidad y el de proporcionalidad. En la aplicación del principio constitucional de igualdad a la doble escala salarial el modo de razonar, de efectuar el juicio de igualdad tiene la mayor importancia, porque a veces condiciona la solución jurídica y porque en cualquier caso rodea al fallo de los argumentos y técnicas más sólidos. De lo que se trata en última instancia, es de acabar en la medida de lo posible con la imprevisibilidad de los fallos judiciales.

De todos modos, a la espera de los futuros pronunciamientos judiciales más claros, tajantes, restrictivos y rigurosos técnicamente, parece oportuno realizar una propuesta un tanto polémica. Se advierte que la propuesta se realiza con una clara pretensión: avivar el debate. La propuesta no es novedosa <sup>156</sup> y, en todo caso, está poco trabajada, lo que sin duda le resta valor. Pero se insiste en que sólo se pretende avivar el debate y que sean otros, más doctos en esta materia, quienes reflexionen sobre la misma.

La propuesta en cuestión es la siguiente: considerar la condición de trabajador de nuevo ingreso una circunstancia social discriminatoria conforme al último inciso del artículo 14 de la CE y, por tanto, prohibida *erga omnes*, que no *extra omnes*. La concreción jurídica de esta propuesta podría corresponder al legislador ordinario ampliando los factores discriminatorios de los artículos 4.2 c) y 17 del ET, cosa que ha hecho recientemente por imperativo europeo, pero sería más fácil que lo hiciera el Tribunal Constitucional, que al fin y al cabo es a quien corresponde interpretar en última instancia la Constitución, y que en algunas ocasiones ha utilizado la cláusula abierta del último inciso del artículo 14 para considerar discriminatoria una determinada condición personal o social –personas con discapacidad, por ejemplo– <sup>157</sup>.

<sup>156</sup> Vid. A. BEJARANO HERNÁNDEZ, «Desigualdad de trato...», *op. cit.*, págs. 450 y 456 y 460-461. También parece opinar de este modo, I. SAIZ DE MARZO, «Los límites actuales...», *op. cit.*, pág. 2.706.

<sup>157</sup> Vid., entre otras muchas, la STC 75/1983, FJ 6. Cfr., F. RUBIO LLORENTE y otros, *Derechos fundamentales y...*, *op. cit.*, págs. 135 y ss. y D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad...*, *op. cit.*, págs. 229 y ss.

No se ignora que el Tribunal Supremo ha rechazado tajantemente que la condición de trabajador de nuevo ingreso sea un factor discriminatorio, pero si el Tribunal Constitucional dijera lo contrario el obstáculo desaparecería <sup>158</sup>. Hasta el momento el Tribunal Constitucional ha enjuiciado los supuestos de doble escala salarial por la fecha de contratación a partir del principio genérico de igualdad, sin plantearse que pudiera haber detrás un factor discriminatorio, pero también es cierto que en algunas sentencias se han dado tímidos pasos en este último sentido. Es el caso de la reciente STC 27/2004 <sup>159</sup> y también de la STC 177/1993, si bien en este último supuesto a propósito de los trabajadores temporales <sup>160</sup>.

Si se leen atentamente esas dos sentencias, especialmente la primera que se refiere específicamente a los trabajadores de nuevo ingreso, se aprecia una cierta similitud con la consolidada interpretación que el Tribunal Constitucional viene efectuando del principio de no discriminación por determinados motivos <sup>161</sup>. Los trabajadores de nuevo ingreso constituyen un colectivo en clara situación de desigualdad social, que deriva de su difícil inserción en el mercado de trabajo estable y digno, cuyo poder contractual individual es mínimo y que carecen completamente de influencia en la negociación colectiva, especialmente en la empresarial. El que un colectivo en esta desfavorable situación social sea minusvalorado por la autonomía colectiva o por la autonomía de la voluntad bien pudiera acabar considerándose una discriminación en sentido estricto.

<sup>158</sup> Vid. nota 42.

Aunque su valor sea sólo anecdótico la STSJ del País Vasco, social, 27-4-1999, As. 1671, FJ 4, considera la fecha de contratación una causa de discriminación prohibida o «causa torpe», al igual que la contratación temporal.

<sup>159</sup> Literalmente: «En efecto, la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto de otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo» (FJ 6). Y también: «La desigualdad, por tanto, no ofrece otro soporte visible que una minusvaloración de un grupo segregado y peor tratado, lo que no tiene acomodo en la Constitución a la luz del principio de igualdad (art. 14 de la CE) ni tampoco en la perspectiva social que impone esa connotación de nuestro Estado de Derecho en conexión con la igualdad efectiva de los individuos y los grupos en que se integra (art. 9.2 de la CE)» (FJ 7).

<sup>160</sup> Dice así: «La desigualdad se convierte así en discriminación, su cara peyorativa, por no ofrecer más soporte visible que una minusvaloración de las funciones desempeñadas por el grupo segregado y peor tratado, notoriamente débil y desprotegido en el momento de la contratación, ya que carecen de poder negociador por sí solos (STC 136/1987), y en situación desfavorable *a priori* respecto del personal de plantilla» (FJ 3).

Para algunos autores la contratación laboral temporal es una causa de discriminación prohibida y así parecen reconocerlo a veces los tribunales ordinarios. Vid. L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, *Decisiones empresariales y...*, op. cit. pág. 189 y págs. 250-252 y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario», en *Relaciones Laborales*, 1994, núm. 19, pág. 13.

<sup>161</sup> Literalmente: «La prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de la CE representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE» (STC 27/2004, FJ 2, con cita de STC 17/2003, FJ 3, que a su vez cita sentencias anteriores a las que se remite. Especialmente, la STC 128/1997, FJ 5.).

Vid., por todos, M. RODRÍGUEZ-PINERO BRAVO-FERRER, «Igualdad y no...», op. cit., págs. 61 y ss. y L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, *Decisiones empresariales y...*, op. cit., págs. 162 y ss.

Debe advertirse, eso sí, que quizá todavía no pueda afirmarse con rotundidad que los trabajadores de nuevo ingreso constituyan un grupo socialmente discriminado, en el sentido de tratados histórica y generalmente con carácter peyorativo e indigno, pero de continuar durante mucho más tiempo y de generalizarse todavía más prácticas como la doble escala salarial por la fecha de contratación o el abuso en la contratación temporal, etc., podría llegar un momento en el que realmente se encontrasen en situación de abierta discriminación. Si además se tiene en cuenta que entre los trabajadores de nuevo ingreso hay proporcionalmente –de acuerdo con las tasas de actividad– más mujeres que hombres y que son ya muy abundantes los trabajadores de nuevo ingreso de otras razas, religiones y demás factores típicamente discriminatorios, la posibilidad de apreciar un nuevo supuesto de discriminación vedada es todavía mayor.

Ni que decir tiene que si la condición de trabajador de nuevo ingreso llegara a considerarse un factor genuinamente discriminatorio la doble escala salarial directa o indirecta por la fecha de contratación no sería lícita con carácter general. Sólo excepcionalmente, cuando se dieran determinadas circunstancias muy especiales que no vienen al caso, podría considerarse lícita. Al fin y al cabo, el principio de no discriminación sólo excepcionalmente admite diferencias de trato: la exigencia de igualdad aparece especialmente reforzada; se impone la paridad <sup>162</sup>. Eso no significa que las dobles escalas salariales fueran a desaparecer por arte de magia, pues la presión empresarial es difícil de contener en estos tiempos, pero desde luego habría un obstáculo jurídico a franquear que hoy en día no se sabe muy bien si existe o no.

Y lo más importante, si estuviera en juego el principio de no discriminación en lugar del principio genérico de igualdad, no habría dudas del alcance *erga omnes* del mismo. Afectaría a los productos de la negociación colectiva y a los de la autonomía de la voluntad, es decir, indistintamente convenios estatutarios, extraestatutarios, pactos informales, pactos contractuales individuales o en masa, prácticas de empresa de alcance individual o colectivo, etc. Se acabaría con las dudas que hoy en día existen sobre la aplicación o no del principio genérico de igualdad a las decisiones empresariales amparadas en la autonomía de la voluntad <sup>163</sup>, e incluso a los convenios colectivos extraestatutarios <sup>164</sup>.

<sup>162</sup> STC 75/1983, FFJJ. 6 y 7 y numerosas sentencias posteriores, por ejemplo la STC 200/2001, FJ 4.

<sup>163</sup> *Vid.* notas 143 a 146.

<sup>164</sup> La jurisprudencia ordinaria a veces aplica el principio genérico de igualdad a los convenios extraestatutarios y a veces no. Lo aplican, por ejemplo, las SSTS, 4.ª, 22-1-1994, Ar. 3228 y 24-10-1995, Ar. 8669, aunque en estos dos casos al final se considera que no se vulnera el principio de igualdad; la interesantísima STSJ de Galicia, social, 23-1-2001, As. 13, FJ 7; la STSJ del País Vasco, social, 23-11-1999, As. 7000; la STSJ de Cataluña, social, 25-4-2002, As. 1792, FJ 3; y la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Pamplona, 12-5-2000, As. 1638. También la reciente SAN, social, 30-3-2004, As. 2116, aunque no está del todo claro si se trata de un convenio o pacto de empresa extraestatutario. Por el contrario, no lo aplican las SSTSJ de Valencia, social, 4-5-2001, JUR 277219, FJ único y 14-2-2002, As. 3299, FJ 2.

*Obiter dicta*, las SSTS, 4.ª, u.d., 23-9-2003, Ar. 8378, FJ 3; u.d., 19-10-2003, Ar. 9039, FJ 3, consideran que el principio de igualdad no se aplica a los acuerdos de la negociación colectiva informales, no estatutarios. En la misma línea, la SAN, social, 17-6-2004, As. 2698, FJ 4 IV.

Con la propuesta que aquí se formula, que evidentemente es una propuesta más de futuro que de presente y condicionada a que se den determinados factores que es mejor no lleguen a darse, se potenciaría un principio general del Derecho del trabajo que se invoca reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia pero que muchas veces se queda en nada. Se trata del principio «a igual trabajo o a trabajo de igual valor igual salario»<sup>165</sup>. En realidad no es más que la concreción en el ámbito salarial del principio constitucional de igualdad de trato.

---

<sup>165</sup> Dicho principio aparece recogido en la STC 31/1984, FFJJ. 9 y 10, y en otras muchas posteriores como la 34/1984 o la 177/1993, por citar dos sentencias muy importantes en materia salarial. Es un principio continuamente invocado por el Tribunal Supremo y por los tribunales menores. *Vid.*, por todos, M. MIÑARRO YANINI, «La modulación del...», *op. cit.*, págs. 52 y ss. y M.A. FALGUERA BARÓ, «Reflexiones jurídicas sobre...», *op. cit.*, págs. 77 y ss.

El principio en cuestión está formulado en numerosos instrumentos internacionales ratificados por España y es continuamente invocado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a propósito de la discriminación de género, pero también con un alcance más general. *Vid.* J. GARCÍA ORTEGA, *Las desigualdades salariales*, *op. cit.*, págs. 11 y ss. y M.A. PURCALLA BONILLA, «La doble escala...», *op. cit.*, págs. 9 y ss.