

A FENDA RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO

CONSUELO FERREIRO REGUEIRO

Profesora Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Santiago de Compostela (España)

consuelo.ferreiro@usc.es

RESUMO

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

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

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

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

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

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

SUMARIO

1. SOBRE O TÍTULO; 2. SOBRE OS DATOS; 3. SOBRE A PROCEDENCIA DOS DATOS; 4. SOBRE A DISTINCIÓN XURÍDICA ENTRE DESIGUALDADE E DISCRIMINACIÓN E A SÚA REPERCUSIÓN NA FENDA RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO; 5. DOS SUPOSTOS CONCRETOS DE DESIGUALDADE RETRIBUTIVA LÍCITA SEGUNDO OS ÓRGANOS XURISDICIONAIS; 6. DOS SUPOSTOS CONCRETOS DE DESIGUALDADE RETRIBUTIVA ILÍCITA SEGUNDO OS ÓRGANOS XURISDICIONAIS; 7. DOS SUPOSTOS CONCRETOS DE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA SEGUNDO OS ÓRGANOS XURISDICIONAIS; 8. SOBRE AS FENDAS DA FENDA (SEXO, IDADE, MODALIDADE CONTRACTUAL, SECTOR DE ACTIVIDADE, COHESIÓN DE ACTIVIDADE); 9. EXEMPLOS DO IMPACTO DA FENDA RETRIBUTIVA NA SEGURIDADE SOCIAL; 10. REFLEXIÓN FINAL.

O presente artigo non é máis que a compilación dunha serie de reflexións, nove, que tiveron ocasión de compartir cos asistentes e organizadores da "Xornada técnica. Materia retributiva: cuestións de actualidade", organizada pola Sección Galega da Asociación Española de Dereito do Traballo e o Consello Galego de Relacións Laborais, o 26 de abril de 2024 na Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela. A todos eles agradézoilles a oportunidade blindada e convídolles a que persistan na súa vontade de fomentar foros de debate sobre temas de indubidable relevancia xurídica, económica e social, como o que nos ocupou este ano.

Esta é a razón de que decidise conservar o formato co que efectuei a miña exposición, máis dinámico que o propio dun artigo tradicional, e máis fiel ao que ese día aconteceu.

1. SOBRE O TÍTULO

É de uso xeral a expresión: "fenda salarial de xénero", e, con todo, non se axusta á verdade real, á que se aspira que sexa apreendida pola verdade procesual. Parece que procede da dirixente feminista arxentino-estadounidense Eleanor Smeal que a acuñou en 1980 para explicar no ámbito político as diferenzas no voto das mulleres e dos homes. Catro anos máis tardes escribiu o seu recoñecido libro *"Why and How Women Will Elect the Next President"*, onde emprego a inglesa *"gender gap"*, do que resultou a súa tradución literal ao castelán: fenda de xénero.

Dicía que non era axustada á verdade real. Polo menos, non o é en parte. Explícome: o substantivo fenda ten atribuída como cuarta acepción do Dicionario da Real Academia Española a seguinte: "Diferenza o distancia entre situacións, cousas ou grupos de persoas, especialmente pola falta de unión ou cohesión", coa que se transmite ao interlocutor con sobresaliente exactitude para o caso que nos ocupa a falta de igualdade entre ambos os sexos nalgún ámbito ou materia, neste caso, a salarial. Xustamente a partir de aquí a expresión deixa de ser exacta.

Por unha banda, porque as diferenzas (a falta de igualdade) ás que me refiro advértense tomando como referencia o sexo masculino e o sexo feminino, entre outras cousas porque así

se atopaba explicitado e se atopa nos datos que se manexan. Tamén porque a mención do sexo das persoas segue sendo obrigada no Rexistro Civil. A Lei 4/2023, do 28 de febreiro, para a igualdade real e efectiva das persoas trans e para a garantía dos dereitos das persoas LGTBI, liberou de trámites e do coñecemento pola autoridade xudicial da rectificación da mención rexistral relativa ao sexo (art. 43.1). Cando tal sucede, a Lei obriga á persoa a propoñer o seu novo nome (art. 44.4), consecuente co sexo que rexistra, que ha de ser masculino ou feminino (art. 46.4). Non se fará iso no único suposto de que o parte facultativo do médico con ocasión dun nacemento indicase a condición intersexual do neonato o que permitiría que os proxenitores, de común acordo, poidan solicitar que a mención do sexo figure en branco polo prazo máximo dun ano (art. 49.5). Obviamente, o dereito á rectificación da mención rexistral figura recoñecido na Lei 20/2011, do 21 de xullo, do Rexistro Civil [art. 11.h)]. En consecuencia, a fenda ha de levar o epítome de "sexual" ou "por razón de sexo", non de "xénero", que nesta concreta cuestión é ata o de agora o resultado dunha tradución non contextual do inglés ao noso idioma.

Por outra banda, a expresión non é axustada á verdade real pola moi importante circunstancia de que as diferenzas entre as percepcións dos homes e das mulleres polo traballo realizado han de estudarse na súa totalidade, e non limitalas ás de natureza salarial. Esta cuestión xa se suscitou hai máis de vinte anos, nos anais -polo menos no noso país- da efectividade material dos dereitos á igualdade de trato e á non discriminación.

O art. 28 do ET na súa redacción inicial padecía unha falta de sincronía entre o seu título e a súa regra. Véxase: "Artigo 28. Igualdade de remuneración por razón de sexo. O empresario está obrigado a pagar pola prestación dun traballo de igual valor o mesmo salario, tanto por salario base como polos complementos salariais, sen discriminación ningunha por razón de sexo."

Xa se advertiu que o control da retribución circunscrito ás percepcións salariais deixaba o terreo abonado á picaresca de introducir a diferenza ou a discriminación en prexuízo das mulleres nas percepcións extrasalariais. Modificado pola Lei

33/2002, do 5 de xullo, ese precepto pasou á redacción seguinte: "Artigo 28. Igualdade de remuneración por razón de sexo. O empresario está obrigado a pagar pola prestación dun traballo de igual valor a mesma retribución, satisfeita directa ou indirectamente, e calquera que sexa a súa natureza, salarial ou extrasalarial, sen que poida producirse discriminación ningunha por razón de sexo en ningún dos elementos ou condicións daquela".

Corrixido o defecto, establecida a correcta sincronía entre título e regra, é manifesto que a fenda non se limita, nin tampouco debería, ás diferenzas salariais; limítase ás diferenzas retributivas ou de remuneración.

Por tanto, a expresión correcta, segundo o meu criterio, é: "fenda retributiva por razón de sexo".

Antes de continuar, cabería preguntarse o porqué do interese ao redor da fenda retributiva. Datos procedentes do Informe de UGT sobre o traballo da muller 2023¹ responden a iso: "Un home que accede a un posto de dirección recibe en salario bruto ao ano (63.703,19 euros) o equivalente ao salario dunha directora de empresa (51.456,82 euros) e dunha limpadora (12.618,05 euros). O equivalente ao salario dunha traballadora non cualificada do sector servizos é o que separa a un director dunha directora; 12.246,37 euros ao ano, unha fenda do 19,22%".

2. SOBRE OS DATOS

No Índice europeo da igualdade de xénero de 2023², elaborado polo Instituto Europeo da Igualdade de Xénero (EIGE), España obtén unha excelente posición con 76,4 puntos sobre 100, o que supón: 1º) un incremento de 10 puntos con respecto ao ano 2010; 2º) unha posición, e por esta orde, detrás de Suecia, Países Baixos e Dinamarca, pero por diante doutros países que foron considerados avanzados neste extremo, por exemplo Francia e Finlandia; e 3º) superar en 6 puntos a media europea. Este idílico panorama non traslada a verdadeira cara da realidade. E é que, indagando no Índice, dos seis dominios que estuda (traballo,

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

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

diñeiro, coñecemento, tempo, poder e saúde), a peor nota obtense en diñeiro, referido aos “recursos financeiros” e á “situación económica”. Estase, entón, a 4,3 puntos por baixo da media europea, e pásase a ocupar a posición 17 pola cola, que é a que tamén nos corresponde no dominio do traballo, perdendo cinco postos con relación ao ano precedente.

España elabora a Enquisa da estrutura salarial do INE, ao que está obrigada polo Regulamento (CE) nº 530/1999 do Consello do 9 de marzo de 1999 relativo ás estatísticas estruturais sobre ingresos e custos salariais, que reviste dúas modalidades: a anual e a cuadrienal (EAES e EES). A primeira para o ano 2022³ fixaba o salario bruto medio do conxunto das mulleres ocupadas nun 17% máis baixo que o dos homes, correspondéndolle un salario medio anual a elas de 24.359,82 euros e a eles de 29.381,84 euros, ao tempo que a ganancia media por hora alcanzou os 16,9 euros para as mulleres, supoñendo un 95,1% do dos homes con 17,7 euros. Pero os datos son contraditorios, pois se se traen a colación os de Eurostat 2022⁴, a diferenza entre o salario medio por hora percibido polos homes e o percibido polas mulleres era na Eurozona de 13,1%, mentres que en España reducíase a un 8,7%, obtendo Alemaña un 17,7% e Francia un 13,9%.

Todo o cal nos revela que a redución da fenda por razón de sexo foi maior e máis intensa en España, talvez porque arrincabamos dunha peor situación. A pesar do cal persisten as diferenzas entre salarios brutos medios para os dous sexos. Son factores que as xustifican: o tipo de xornada, a modalidade contractual, o sector de actividade e o tipo de ocupación.

Así, nas modalidades contractuais as diferenzas salariais son máis altas nos contratos de duración indefinida (19,9%) que nos contratos temporais (5,2%); nos contratos a tempo parcial (9,6%) que nos a tempo completo (8,3%); e nos sectores servizos (18,8%) e industria (18%).

Todo iso porque a fenda por razón de sexo non é unha e monolítica. Contén diferentes fendas que se agudizan ou se remontan por diferentes razóns. Así, a fenda no mercado de

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

⁴ <https://ec.europa.eu/eurostat>

traballo, no Sistema de Seguridade Social, na economía, na educación, na política e na saúde, aínda que todas teñen en común os roles de xénero aceptados socialmente como válidos que visualizan a muller de forma estereotipada e a identifican co desempeño de funcións de coidadora.

3. SOBRE A PROCEDENCIA DOS DATOS

Os datos polos que se determina a existencia e o alcance da fenda proceden principalmente das Enquisas da estrutura salarial do INE (EAES e EES). Á súa vez, estas extraémos directamente das contas de cotización e dos asalariados dados de alta nelas, e son remitidos ao INE pola Tesourería Xeral da Seguridade Social o 30 de setembro do ano en curso. O seu obxectivo é coñecer a ganancia bruta anual clasificada en función de diferentes características do traballador como o sexo, a idade, a ocupación, a actividade económica etc.

A cobertura da mostra comprende: 1º) o ámbito poboacional, é dicir, todos os traballadores por conta allea afiliados á Seguridade Social durante, polo menos, dous meses completos por ano, un dos cales será outubro por consideralo como o que presenta menos incidencias no mercado laboral. 2º) O ámbito xeográfico, que alcanza todo o territorio nacional con datos desagregados por comunidades autónomas. E 3º) o ámbito sectorial, que se estende aos tres grandes sectores de industria, construción e servizos, pero exclúe as actividades agrícolas, gandeiras, pesqueiras, e o traballo doméstico e, de forma parcial, a Administración pública, xa que os datos se refiren exclusivamente aos empregados públicos incluídos no réxime xeral da Seguridade Social.

En canto a cales son os conceptos pecuniarios estudados, refírese a todas as percepcións provenientes do empresario, a pesar de que a terminoloxía empregada: "percepcións ou ganancias salariais", tanto en diñeiro como en especie, sexa imprecisa -mellor usar "percepcións ou ganancias retributivas"-. Esas percepcións tómanse no seu valor bruto anual ou no que corresponde á hora de traballo a fin de fiscalizar o traballo a tempo parcial.

Polo que se refire aos traballadores do sector agrario e pesqueiro, os seus datos extraénsen da Enquisa de poboación

activa⁵ e contrapóñense aos do Servizo Público de Emprego Estatal no relativo ao emprego e ao paro. Pola súa banda, os datos do servizo doméstico proceden das estatísticas de afiliación de traballadores á Seguridade Social⁶.

Como se pode comprobar, de ningún destes instrumentos se obteñen datos evidentes e directos sobre os traballadores de alta dirección, ou as persoas que ostentan postos nos órganos de dirección das empresas ou nos das entidades do sector público, entendendo por tal o definido no art. 2 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

Sobre os defectos das enquisas, a clave non está exclusivamente na procedencia dos datos, senón en como se utilizan estes, tendo en conta que se supoñen máis axustadas as que aplican un módulo de cálculo por hora de traballo e non axustadas as que utilizan como módulo de cálculo os salarios brutos anuais medios. A razón disto estriba en que con tal módulo non se plasman as diferenzas entre distintos colectivos e actividades, tendo en conta de que unha característica das funcións de distribución salarial radica en concentrar moitos máis traballadores nas retribucións con valores baixos que nas que contan con valores máis elevados. Expresado doutra maneira: poucos son os traballadores con salarios moi altos, pero elevan notablemente o salario medio do persoal. Consecuencia do anterior é que as enquisas que manexan os salarios medios darán unha fenda retributiva máis reducida que se acudisen ao salario mediano ou ao salario máis frecuente (salario modal).

Pois ben, sitúanse no grupo de enquisas axustadas, as Enquisas da estrutura salarial do INE (EAES e EES) que reportan datos de alta fiabilidade resultado de analizar xustamente a fenda retributiva axustada, ou sexa, de medir a través dunha análise de regresión a diferenza nos salarios entre mulleres e homes despois de valorar os factores condicionantes da remuneración, como o posto de traballo, a formación e a experiencia; miden se se ofrece a mulleres e

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

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

homes unha remuneración igual por un traballo igual ou substancialmente similar, o que se adoita utilizar para demandas sobre discriminación ou desigualdade salarial.

En cambio, a Enquisa de poboación activa sobre os datos de emprego e desemprego presenta unha fenda de xénero non axustada, isto é, mide a diferenza salarial media entre todos os homes e mulleres dunha empresa que pode resultar moi pequena e non realista. Por exemplo, se hai mulleres nos postos de dirección, a pesar de ser poucas, as súas retribucións incrementan a retribución media das mulleres desa empresa e diminúe a porcentaxe da fenda. Isto ocorre tamén cos Indicadores de desenvolvemento sostible incluídos no Obxectivo 5 (Igualdade de Xénero) difundidos por Eurostat; e coa Estratexia Europea de Emprego (EES) para lograr igual tratamento de homes e mulleres e evitar a discriminación por razón de sexo, idade, discapacidade, raza, relixión, orientación sexual.

Con todo, os datos e a súa análise sufrirán un cambio importante porque a Directiva (UE) 2023/970 do Parlamento Europeo e do Consello do 10 de maio de 2023, pola que se reforza a aplicación do principio de igualdade de retribución entre homes e mulleres por un mesmo traballo ou un traballo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva e de mecanismos para o seu cumprimento, establece un prazo máximo de transposición que se extingue o 7 de xuño de 2026, data a partir da cal os Estados membros asumen o compromiso de informar á Comisión sobre a avaliación e o impacto das medidas adoptadas en empresas con menos de 250 traballadores (art. 34) en materia retributiva.

4. SOBRE A DISTINCIÓN XURÍDICA ENTRE DESIGUALDADE E DISCRIMINACIÓN E A SÚA REPERCUSIÓN NA FENDA RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO

Na fenda retributiva, os datos analizados non criban as diferenzas fundadas na desigualdade de trato das constitutivas dunha discriminación. Se o obxectivo dunha enquisa é obter información relevante sobre un grupo de interese -neste caso, o das mulleres traballadoras- para

buscar solucións ao problema que non revela, a falta deste “insight” impedirá tratalo na súa orixe. Noutras palabras, as enquisas non están deseñadas para proxectar a través do seu cuestionario a distinción xurídica desigualdade/discriminación que orixina a fenda.

En efecto, dicía RUBIO LLORENTE que a igualdade “non é unha calidade dunha persoa, dun obxecto (material ou ideal), ou dunha situación, cuxa existencia pode ser afirmada ou negada como descrición desa realidade illadamente considerada”, trátase de “unha relación que se dá polo menos entre dúas persoas, obxectos ou situacións”⁷. Entón, a antítese da igualdade é a desigualdade, definida, segundo o art. 2.2 da Lei 15/2022, do 12 de xullo, integral para a igualdade de trato e a non discriminación, como “diferenzas de trato cando os criterios para tal diferenciación sexan razoables e obxectivos e o que se persiga é lograr un propósito lexítimo”, por exemplo, unha acción positiva. Escudriña a licitude da desigualdade a xurisprudencia constitucional (por todas, STC 27/2004, do 4 marzo), esixindo dous presupostos: a) o da “diferenza ou desigualdade”, isto é, que na norma, práctica ou acto cuestionado “se introduciu directa ou indirectamente unha diferenza de trato entre grupos ou categorías de persoas”. b) O de “uniformidade ou univocidade”, no sentido de que teñen que traerse a comparación “situacións subxectivas (...) efectivamente, homoxéneas ou equiparables, é dicir, que o termo de comparación non resulte arbitrario ou caprichoso”. Entrarían neste último concepto as desigualdades artificiosas ou inxustificadas dado que teñen unha simple aparencia de corrección xurídica⁸.

Por conseguinte, pode darse unha desigualdade retributiva lícita cando existe un criterio obxectivo que a xustifique; á vez que, para o caso contrario, cun comportamento, decisión ou práctica que deviñese por completo irracional ou arbitraria; trataríase dunha desigualdade ilícita que lesionaría

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

⁸ Auto TC (pleno) 8/2019, do 12 febreiro: «o principio de igualdade non implica en todos os casos un tratamento legal igual con abstracción de calquera elemento diferenciador de relevancia xurídica».

o dereito á igualdade de trato e para cuxa corrección non se esixe necesariamente «nin como fin nin como medio a paridade»⁹, senón proporcionar o mesmo trato ou reacción xurídica a dúas situacións comparable iguais ou equivalentes. Agora ben, iso non debe confundirse coa discriminación na que ese comportamento, decisión ou práctica non só é irracional ou arbitrario, senón directamente malicioso ou vexatorio por basearse nun criterio de diferenciación odioso, como o é un trazo, unha condición, un estado ou un atributo dunha persoa ou unha opción elemental que expresa as súas liberdades máis básicas¹⁰.

E isto trae causa de que a discriminación non é un mero trato diferente, unha diferente retribución por traballo de igual valor. Necesítase que a razón da diferenza incida en «a natureza particularmente odiosa do criterio de diferenciación utilizado, que converte en elemento de segregación, cando non de persecución, un trazo ou unha condición persoal innata ou unha opción elemental que expresa o exercicio das liberdades máis básicas, resultando así un comportamento radicalmente contrario á dignidade da persoa e aos dereitos inviolables que lle son inherentes»¹¹. E esas condicións ou razóns odiosas son no ámbito laboral as enumeradas no art. 14 CE, no art. 17 ET e no art. 2 Lei 15/2022.

5. DOS SUPOSTOS CONCRETOS DE DESIGUALDADE RETRIBUTIVA LÍCITA SEGUNDO OS ÓRGANOS XURISDICIONAIS

Pártase de que a desigualdade retributiva para que sexa lícita necesita a introdución dunha diferenza de trato entre homes e mulleres sostida por un criterio ou razón lóxicos e obxectivos e que, ademais, o resultado producido e o fin pretendido con ela supere o xuízo de proporcionalidade, evitando resultados especialmente gravosos ou desmedidos. Así ocorreu en determinados casos extraídos da xurisprudencia ordinaria e da doutrina xudicial que se relacionan a continuación a simple modo exemplificativo.

⁹ STC 42/2020, do 9 marzo.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

a) A aparente ilicitude da comparación entre empregados dunha mesma empresa, uns sometidos e outros excluídos do convenio colectivo¹². Unha traballadora, cuxa clasificación profesional era a de mando intermedio como directora de recursos humanos, viña percibindo dende a súa incorporación á empresa demandada un complemento por cumprimento de obxectivos en cada exercicio, que non lle foi pagado nun determinado por non ser avaliado o seu traballo. En cambio, outros traballadores (homes e mulleres), realizando un mesmo tipo de funcións que aquela, gozaban dun nivel profesional superior á categoría máxima prevista no convenio colectivo, e percibiran o complemento por cumprimento de obxectivos porque o seu traballo fóra efectivamente avaliado. A desigualdade foi cualificada como lícita porque os traballadores cos que se comparaba a recorrente se atopaban fóra do ámbito de aplicación do convenio colectivo por mor da subscripción de certas cláusulas novatorias nos seus contratos de traballo que os transformaron en relacións laborais especiais de alta dirección e os excluiron do ámbito de aplicación do convenio colectivo.

Na miña opinión, o fallo merece un reproche, tendo en conta que o canon “igual retribución por traballo de igual valor” do art. 28.1 ET supón que a “natureza das funcións ou tarefas efectivamente encomendadas” ou as “condicións educativas, profesionais ou de formación esixidas para o seu exercicio [ou] os factores estritamente relacionados co seu desempeño e as condicións laborais nas que as ditas actividades se levan a cabo en realidade” sexan equivalentes. E neste caso si o eran.

b) A licitude (discutible) da comparación entre un traballador titular dun contrato común e un titular da relación laboral especial de deportistas profesionais¹³. O Tribunal Supremo

¹² STSX Andalucía (Sevilla) do 1 xuño 2021 (núm. rcud. 1676/2021).

¹³ SSTs do 14 do maio de 2019 (núm. rcud. 3957/2016) e do 23 xaneiro 2020 (núm. rcud. 2205/2017), que cambiaron a doutrina existente en sentido contrario e contida na STS do 21 marzo 2014 (núm. rcud. 61/2013). A nova doutrina sobre a indemnización por termo de contrato do deportista profesional sitúase na senda da iniciada pola STS do 20 decembro 2016 (núm. rcud. 535/2015), que abordou o problema dun futbolista profesional que cumprira trinta anos e solicitaba unha incapacidade permanente total

estimou lesionado o dereito á igualdade de trato deses deportistas, cuxos contratos contan cunha duración obrigatoriamente temporal (art. 6 do RD 1006/1985, do 26 xuño), se ao seu termo non se lles pagase a indemnización por extinción do contrato de traballo común e temporal prevista no art. 49.1.c) ET. E argumentou que “a pertenza a un sector de actividade (aquí, o deporte) non pode xustificar que a contratación temporal quede á marxe das garantías ou dereitos que posúen as persoas con contratacións de duración determinada noutros ámbitos funcionais” evitándose con iso “inxustificadas discriminacións entre traballadores temporais de tipo común e traballadores temporais de tipo especial”.

Apréciase a aleatoriedade do órgano xurisdiccional ao determinar os elementos que poden ser sometidos a comparación pola súa similitude ou identidade para os efectos de resolver se existe ou non igualdade de trato. No caso precedente non se tivo a ben comparar o titular dun contrato de traballo común co titular dunha relación laboral especial de alta dirección, mentres que se decide o contrario cando o outro elemento de comparación é unha relación laboral especial de deportistas profesionais.

De novo, a circunstancia de que non todos os deportistas profesionais teñen as mesmas condicións de traballo converte, na miña opinión, en inadecuado o criterio de comparación, de modo que a doutrina máis acertada sería a da STS do 26 marzo 2014¹⁴ que admitía esa indemnización para os deportistas con resultados máis humildes, cuxos intereses se situaban entre a desexable estabilidade laboral e a imprescindible liberdade contractual.

c) A licitude axustada da comparación entre traballadores en función da súa antigüidade. Trátase dunha dobre escala

para a súa profesión habitual derivada de accidente de traballo. Partindo de que no fútbol de competición o cumprimento dos trinta anos comporta unha idade suficiente para o abandono da profesión, é irracional e ilóxico que non se lle conceda a prestación solicitada cando “non existe norma ningunha que [lle] impida (...) o exercicio da súa profesión á idade no caso cuestionada” nin que estableza especialidade ningunha para o acceso a este tipo de protección.

¹⁴ Núm. rcud. 61/2013.

salarial que ten en conta a data de ingreso na empresa, aínda que non como criterio único, o que penaliza ás mulleres que se incorporaron masivamente a ela en momentos máis recentes. A empresa remuneraba cun “salario de ingreso” os traballadores noveis, salario por suposto inferior ao correspondente para o desempeño das mesmas ou de equivalentes actividades polos traballadores veteranos. Era concorde a dobre escala co sistema de formación da empresa que respondía a un modelo de organización do traballo carente de xefe de equipo, cuxas funcións eran asumidas e repartidas entre todos os membros do devandito equipo, coñecedores do proceso produtivo na súa totalidade. Por iso, aos recentemente recrutados impónselles un itinerario formativo con distintas fases que deben superar nun determinado período de tempo, variable en función da valoración do posto de traballo. Durante ese proceso de formación perciben un salario menor -salario de ingreso-, transcorrido o cal as súas retribucións igúalanse ás dos veteranos. O TS¹⁵ entendeu que non se deparaba un trato pexorativo, inxustificado ou, mesmo, vexatorio aos traballadores noveis, incluso sendo mulleres, cando ingresaban, posto que a diferenza retributiva obedecía ao tempo diferente de capacitación funcional e de experiencia, debidamente acreditadas, dos veteranos.

Estimo que o elemento de comparación -traballadores noveis e traballadores veteranos- é axustado, por canto uns e outros poden ser chamados ao desempeño dunhas mesmas funcións na súa respectiva clasificación profesional, e comparto que existe un criterio racional e obxectivo que xustifica a diferenza de trato. A desigualdade introducida pasaría probablemente polo canon de igualdade do art. 28 ET dado que “as condicións (...) profesionais (...) e os factores estritamente relacionados co seu desempeño (...)” non son equivalentes entre os traballadores comparados.

¹⁵ Sentenza do 29 outubro 2019 (núm. rcud. 92/2018).

6. DOS SUPOSTOS CONCRETOS DE DESIGUALDADE RETRIBUTIVA ILÍCITA SEGUNDO OS ÓRGANOS JURISDICIONAIS

Consiste no uso dun criterio en aparencia xustificado, á vez que artificial, para fixar diferenzas retributivas entre os empregados sen opoñer aos dun sexo fronte ao outro.

Tal ocorreu en determinados casos extraídos da xurisprudencia ordinaria e da doutrina xudicial que se relacionan a continuación a simple modo exemplificativo.

a) O criterio do complemento de antigüidade. A cuestión conflitiva procede da alongada Lei 11/1994, do 19 de maio, pola que se modifican determinados artigos do Estatuto dos traballadores, e do texto articulado da Lei de procedemento laboral e da Lei sobre infraccións e sancións na orde social. Entre eles, atopábase o art. 25 ET, que establecía unha promoción económica por antigüidade indispoñible e que a fixo depender dos "termos fixados no convenio colectivo ou contrato individual". Dende ese momento, que fose ou sexa posible dispoñer da percepción do complemento de antigüidade en particular a través dun convenio colectivo nin permitía nin permite que este o manteña para uns con exclusión doutros; que cambie a súa denominación por outra se se continúa premiando os traballadores contratados pola entidade en función da súa data de contratación¹⁶; ou que, en definitiva, se introduza un compromiso empresarial de adoptar medidas de fomento do emprego¹⁷ non anoadas á situación do emprego na empresa no momento de conservar unha dobre escala retributiva¹⁸.

En xeral, a nulidade dunha cláusula así foi sancionada de todas as maneiras posibles pola xurisprudencia¹⁹, a cal

¹⁶ STS do 18 maio 2022 (núm. rcud. 47/2020).

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Alúdese, por exemplo, aos supostos acreditados de crise de empresa, nos que a modificación *in peius* do réxime retributivo para os traballadores que se incorporen a ela veña acompañada de medidas de conversión dos contratos temporais en fixos. Respecto diso, véxase SSTs do 12 novembro 2002 (núm. rcud. 4334/2001) e 14 marzo 2006 (núm. rcud. 181/2004).

¹⁹ A doutrina empregada sintetízase na STS 17 novembro 2020 (núm. rcud. 3068/18), pero pode seguirse o seu desenvolvemento a través das SSTs do 17 e 18 xuño 2010 (núm. rcuds. 148/2009 e 152/2009), 21 de outubro de 2014 (núm. rcud. 308/2013), 14 febreiro 2017 (núm. rcud. 43/2016), 9

informou das vías para evitala. A saber: a supresión do complemento de antigüidade para todos; ou o establecemento de pautas de compensación ou reequilibrio que aseguren a desaparición progresiva da diferenza retributiva²⁰; ou o respecto dos dereitos adquiridos dos traballadores veteranos de "forma estática"²¹.

Con todo, podería pasar o control de constitucionalidade a substitución do antigo complemento de antigüidade, mesmo dinámico, por outro complemento equivalente para os traballadores de novo ingreso se este é á súa vez dinámico. De xeito que no futuro se igualase ao complemento de antigüidade estático ou dinámico dos traballadores veteranos, cabería considerar lícita a inicial dobre escala retributiva por canto se garantían pautas de compensación ou reequilibrio que aseguraban a desaparición progresiva da diferenza retributiva.

b) A diferenza retributiva baseada no exercicio polo empresario dos seus poderes de organización mediante a concesión de condicións máis beneficiosas adquiridas. A teoría xeral ditamina que é conforme a dereito que se dispoña da mellor retribución dun traballador ou dun grupo de

marzo 2017 (núm. rcud. 135/2016) e 28 novembro 2018 (núm. rcud. 193/2015).

²⁰ Véxase, especialmente, a STC 27/2004, do 4 de marzo.

²¹ A preterición dos complementos que substitúen nos convenios colectivos ao de antigüidade con carácter dinámico é reiterada. Na STS do 7 outubro 2020 (núm. rcud. 2865/2018) afirmase que: "Non se trata por tanto dun complemento cunha contía estable e consolidada, como se argumenta na sentenza de contraste (<<... fixando estes novos convenios unha nova estrutura salarial que non é dobre e discriminatoria senón igual para todos os traballadores, con independencia de que acordasen respectar, manténdooas, as percepcións salariais consolidadas en virtude dunha regulación anterior>>), senón que o complemento que só percibe un grupo de traballadores vaixe revalorizando anualmente e mesmo incrementando en caso de ascensos de nivel, e con repercusión non unicamente na contía salarial, senón tamén a efectos de prestacións e melloras da acción protectora da seguridade social pactadas nos convenios colectivos, sen que por parte da empregadora, con posible reflexo nos feitos probados, se acheguen indicios para tentar unha xustificación obxectiva e razoable da diferenza de trato entre uns ou outros traballadores en atención á data de ingreso na empresa" (f.d. 3º). Sobre o mesmo suposto de feito, véxase SSTs do 7 outubro 2020 (núm. rcud. 3726/2018) e 8 febreiro 2022 (núm. rcud. 4274/2019).

traballadores acompañada da súa aceptación persoal, sempre que: respecte nas retribucións dos outros os mínimos de dereito necesario establecidos por lei ou por convenio colectivo²²; que a diferenza de trato se ampare nun criterio razoable e obxectivo; e que non se fundamente nas categorías sospeitosas de discriminación. Agora ben, o criterio razoable e obxectivo que xustifica a diferenza de trato non é, segundo se sinalou para outros supostos, a data de ingreso na empresa, salvo en situación de crise e mentres non se remonta, ou salvo que se acompañe doutros factores concomitantes. Non supera, pois, o control de constitucionalidade unha condición máis beneficiosa adquirida en materia retributiva fundamentada na exclusiva autonomía individual da vontade²³.

7. DOS SUPUESTOS CONCRETOS DE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA SEGUNDO OS ÓRGANOS JURISDICIONAIS

Tradúcese nas diferenzas retributivas baseadas exclusivamente no sexo, ben sexan directas, ben indirectas, ou sexa, nunha condición persoal innata que se utiliza como criterio de diferenciación particularmente odioso -non nunha razón obxectiva que xustifique a desigualdade de trato-, polo que se ataca o dereito á non discriminación.

Tal ocorreu en determinados casos extraídos da xurisprudencia ordinaria e da doutrina xudicial que se relacionan a continuación a simple modo exemplificativo.

a) Complemento retributivo percibido en concepto de condición máis beneficiosa adquirida. A empresa, que pagara sempre na súa integridade e con independencia do convenio colectivo de aplicación vixente en cada momento o importe de dúas pagas e media extraordinarias ás traballadoras que durante a súa devindicación gozaban do permiso de maternidade, reduce nun momento determinado o seu importe en proporción ao tempo que durante a dita devindicación se atoparon gozando do citado permiso. A aludida diferenza de trato carece dun criterio obxectivo e

²² STS do 1 febreiro 2017 (núm. rcud. 119/2916).

²³ STS do 25 novembro 2020 (núm. rcud. 38/2019). Véxase, argumentando o contrario, a STSX Galicia do 5 decembro 2019 (núm. rcud. 5333/2019).

razoable que a xustifique, pois non o é o devandito gozo dos permisos tan vinculados á conciliación da vida persoal, familiar e laboral; pero incorre, ademais, nunha discriminación para as mulleres traballadoras expresamente prohibida polo art. 14 CE -e tamén polo art. 17 ET e 2.1 Lei 15/2022-, tendo en conta que o art. 8 da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, atribúe o rango de discriminación directa por razón de sexo "o trato desfavorable ás mulleres relacionado co embarazo ou a maternidade".

b) A redución da retribución dunha traballadora embarazada como consecuencia do cambio de posto de traballo en prol da adaptación das condicións da prestación de servizos ao seu estado. Adiantado queda que tal adaptación é esixida polo art. 26 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, pero iso non pode supoñer a minoración sen máis e no xeral das súas retribucións. Pois ben, hai que subliñar que a tutela deparada polo noso ordenamento xurídico superou neste extremo a proposta polo Dereito da UE. Coa sentenza do TXUE do 1 xullo 2010, asunto Parviainen, interpretáronse os arts. 5.2 e 16.1 da Directiva 89/391/CEE do Consello, do 12 de xuño de 1989, relativa á aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e da saúde dos traballadores no traballo, no sentido de recoñecer o dereito da muller a cambiar provisionalmente de posto de traballo a un que se adapte ás súas circunstancias durante o embarazo ou tras a maternidade ou no período de lactación do seu fillo, e a percibir a súa remuneración -enténdese básica-, non a íntegra (exclúense determinados complementos inherentes ao posto de traballo orixinario), cando non fose inferior á dos traballadores que ocupan un posto como o seu. E coa STS do 24 xaneiro 2017 postúlase o axuizamento destes casos baixo o denominado "canon de integridade retributiva", ou sexa, que se ha de garantir á muller a integridade retributiva, mesmo se non se dan as circunstancias que xeran o pagamento de pluses, como medida para evitar ou corrixir determinadas fendas salariais por razón de sexo. Non obstante, aclárase con relación á complexa cuestión do pago de pluses que, por unha banda, comprenderá a percepción

dos conceptos retributivos funcionais, isto é, os vinculados ao desempeño do posto de traballo orixinario; e, pola outra, que a forma de compensación consistirá no pago da diferenza entre a media ponderada do importe mensual que percibía e o que percibe no novo posto con relación aos complementos funcionais por quendas, por nocturnidade, os reactivos, os de sábados, domingos e festivos e os de bocadillo.

8. SOBRE AS FENDAS DA FENDA (SEXO, IDADE, MODALIDADE CONTRACTUAL, SECTOR DE ACTIVIDADE, COHESIÓN DE ACTIVIDADE)

Segundo Eurostat 2022 a fenda retributiva en prexuízo das mulleres é máis alta nos contratos de duración indefinida (19,9%) que nos contratos temporais (5,2%); nos contratos a tempo parcial (9,6%) que nos a tempo completo (8,3%); e nos sectores de servizos (18,8%) e industria (18%). A diferenza é abismal no momento da xubilación: o 33,13 %. Na Enquisa da estrutura salarial anual do INE 2022²⁴, en canto ao importe das retribucións en xeral, sublíñase que no 2021 dous millóns de mulleres tiveron un salario bruto mensual de 965 euros mensuais, aínda que a porcentaxe de mulleres que percibían como máximo o SMI, descendeu do 27,49 % no 2021 ao 25% no 2022, o que vén ser unha de cada catro mulleres, e no caso dos homes descendeu 1,21 puntos e percibíano un de cada dez. 2.842.000 mulleres, o 35,34 % das mulleres asalariadas, cobraban cantidades inferiores ao salario medio das mulleres, 23.175,95 euros brutos anuais.

Mentres que a temporalidade discrimina de maneira similar a ambos os sexos, aínda que sempre máis ás mulleres no que a retribucións salariais se refire, a contratación indefinida aumenta a fenda salarial entre mulleres e homes, achegándoa ao vinte por cento. De media, unha quinta parte menos do salario dos homes é o que reciben anualmente as mulleres con contrato indefinido.

Sobre a combinación entre idade e sexo, a mesma Enquisa presenta datos ilustrativos sobre o agravamento da fenda nos extremos de idade: novas e maiores. As primeiras apártanse

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

da media do resto de mulleres nun 17,73 % e nun 15 % dos seus compañeiros homes. Todo iso a pesar de que na franxa de idade de 25 a 34 anos elas teñen un nivel de educación superior nun 54,4 % fronte ao 43,1 % deles, unha diferenza de 11,3 puntos.

As segundas con 65 anos ou máis sofren unha fenda do 27,73 %, a pesar de que constitúe o único tramo de idade en que a súa presenza no mercado de traballo supera á dos homes, o que se relaciona coas súas mellores condicións de saúde.

En canto á fenda e a modalidade contractual, a Enquisa precisa que dous millóns de mulleres, unha de cada catro con emprego, teñen xornada a tempo parcial, ou sexa, o 23,25 % das mulleres fronte ao 6,70 % dos homes. Pero os salarios delas sitúanse ao redor dos 11.650,36 euros anuais e os deles ascenden a 12.888,85 euros anuais.

Explica o Informe de UGT sobre o traballo da muller 2023 que as razóns do traballo a tempo parcial son varias: a) con carácter voluntario, a continuidade dos estudos, o coidado de familiares, a enfermidade ou incapacidade; e b) con carácter involuntario, o 52 % aducen non atopar un traballo a xornada completa. Repárese que a porcentaxe de persoas de 25 a 49 anos que traballan a tempo parcial de maneira involuntaria foi bastante máis alto en España: 49,5% en mulleres e 64,2% en homes, que na Unión Europea: 19,6% e 33,4%, respectivamente.

No que incumbe ao sector de actividade, o Informe de UGT sobre o traballo da muller 2023, apunta a que é na hostalaría onde máis se agudiza a fenda. O 56,80% das mulleres teñen xornada a tempo parcial. Pero incluso as que contan con salarios máis altos, que traballan no sector de actividades financeiras e de seguros e na subministración de enerxía eléctrica, gas, vapor e aire acondicionado, reciben ao ano entre dez e doce mil euros menos que os seus compañeiros. Exceptúase o sector da industria extractiva cunha fenda salarial en favor das mulleres, pois un reducido grupo delas, 3.700, na súa maioría con xornada a tempo completo, recibe unha retribución media de 41.920 euros anuais, algo máis de oito mil euros ao ano que os seus compañeiros varones.

A formación tamén é un factor determinante da fenda. A súa carencia condena ás mulleres ao traballo nos sectores de

servizo doméstico, limpeza, preparación de alimentos e outros servizos esenciais, non alcanzando neles e de media o SMI. Os sectores de actividade feminizados arrastran á súa vez unha maior fenda froito dunha combinación perfecta entre a infravaloración do traballo e a prevalencia da xornada a tempo parcial, ata un 30%. Segundo o Informe das mulleres no mercado de traballo 2023 do Ministerio de Traballo e Economía Social²⁵, o 49,6% das mulleres activas en 2023 contan con estudos superiores, representando o 52,6% dos ocupados con nivel de estudos alto (52,6%), e só o 23,9% ten un nivel de estudos baixo. A diferenza na taxa de emprego redúcese entre persoas con niveis formativos altos a 2 puntos, supera os 9 puntos nos niveis medios e alcanza os 18,1 puntos nos baixos. Estes datos explicarían por qué as mulleres desempeñan maioritariamente postos de traballo vinculados a “actividades científicas e profesionais” (2.376.700 ocupadas, o 24,3% do total do emprego feminino) e a “servizos de restauración, persoais, protección e vendedores” (2.705.500 ocupadas, 27,6%). Non obstante, esa maior cualificación profesional non se reflicte nos postos directivos, onde as mulleres supoñen o 34,7%, a pesar de que mellorasen en 3,3 puntos os datos do 2015. En empregos contables, administrativos e outros empregados de oficina, o 67,5% son mulleres, mentres que, na ocupación de artesáns e traballadores cualificados das industrias manufactureiras e a construción, chega a só o 8,2%.

En fin, a demografía xoga un papel determinante na fenda. O que se denominou falta de cohesión social ou, o que é igual, a fractura que sofre España entre o medio rural e o urbano e entre as diferentes comunidades autónomas é causa de diferenzas retributivas. As mulleres, en Extremadura, non chegan aos 20.000 euros brutos anuais o que se opón aos máis de 28.000 euros brutos anuais de Navarra, cifra esta na que se sitúa o salario medio dos homes a nivel nacional. As fendas salariais entre mulleres e homes presentan un intervalo que vai dende o 10,34 % en Canarias aos 23,21 % de Asturias. Só seis comunidades autónomas en 2021

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

rebaixaron a súa fenda salarial respecto a 2020 por baixo da fenda media a nivel nacional: Canarias (10,34%), Estremadura (12,99%), Baleares (13,72%), Castela A Mancha (15,03%), País Vasco (16,68%) e Madrid (17,49%).

9. EXEMPLOS DO IMPACTO DA FENDA RETRIBUTIVA NA SEGURIDADE SOCIAL

O pasado 17 de abril de 2024 alcanzouse a cifra de dez millóns noventa mulleres afiliadas á Seguridade Social. En marzo, rexistráronse 9.896.150 afiliadas, 297.948 máis que no mesmo mes de 2023, o que revela que máis da metade do emprego creado no último ano corresponde a mulleres: o 56,7%. As mulleres supoñen o 47,35% do conxunto de traballadores, que é o nivel máis alto da serie. No 2023, no réxime especial de traballadores autónomos a afiliación entre as mulleres aumentou un 6,2%, fronte ao 1,2% do crecemento do emprego masculino, e xa supoñen o 36,8% do total.

Con todo, a fenda é maior nas pensións que entre as persoas activas. De acordo cos datos fornecidos polo libro electrónico "Pensión mensual da Seguridade Social"²⁶, que se atopa no portal do sistema, no 2023 a media das pensións foi de 1.254,34 euros mensuais, correspondendo aos homes unha mediade 1.509,47 euros mensuais, e diminuíndo para as mulleres a 1.025,11 euros mensuais. Advértase que esa fenda se agudiza na pensión de xubilación, cuxa media foi de 1.441,50 euros mensuais, que ao desagregarse por sexo atribúe aos varóns unha media de 1.652,87 euros mensuais, e rebaixa a das mulleres a 1.137,66 euros mensuais; e padécena os varóns fronte ás mulleres, como é lóxico, na pensión de viuvez, cuxa media mensual foi de 896,21 euros, resultando máis elevada para as mulleres -por ser causada polos seus maridos ou compañeiros nas parellas de feito-, que alcanzou os 922,76 euros fronte á dos varóns -causada á súa vez polas súas mulleres ou compañeiras nas parellas

²⁶ https://www.seq-social.es/wps/wcm/connect/wss/43c4ab2e-fdf3-4345-bd08-b97862caf1de/202405_LIBRO+DE+PENSIONES+mayo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_81D21J401P5L400TIT61G41000-43c4ab2e-fdf3-4345-bd08-b97862caf1de-o.d1gnx

de feito- de só 619,55 homes. Sobre as causas desta fenda no ámbito da Seguridade Social volverase na cuestión décima. O que aquí interesa é simplemente mencionar algunhas medidas de corte legal ou xurisprudencial que tentan reducilas.

a) O complemento para a redución da fenda de xénero (art. 58 LXSS), que substitúe ao antigo complemento por maternidade (art. 60 LXSS introducido pola Lei 48/2015), e sobrevén nas pensións de incapacidade permanente, xubilación e viuvez a partir do primeiro fillo (natural ou adoptado). A pesar de que pola tutela do dereito de igualdade de trato poden acceder ao complemento homes e mulleres tras os argumentos esbozados polo TXUE no asunto Sr. Wa contra o Instituto Nacional da Seguridade Social²⁷, que se recoñeza por ter un único fillo e que a súa contía sexa fixa impide que resulten premiados os que contan cun maior poder adquisitivo e un maior número de fillos, algo que co derogado complemento por maternidade se potenciaba.

b) A pensión de xubilación anticipada e o servizo social feminino obrigatorio. Coa Lei 21/2021, do 28 de decembro, de garantía do poder adquisitivo das pensións e doutras medidas de reforzo da sostibilidade financeira e social do sistema público de pensións, cuxo art. 1, seis modificou á súa vez os arts. 207.1.c) e 208.1.b) LXSS co obxecto de que se compute, como período cotizado, o tempo correspondente ao "servizo social feminino obrigatorio" ata o límite máximo dun ano. Desta forma, o lexislador equipara o servizo social da muller ao servizo militar obrigatorio ou a prestación social substitutoria, erradicando unha diferenza de trato que carecía de xustificación. Esta discriminación por razón de sexo fora previamente advertida polo Tribunal Supremo, na súa

²⁷ Sentenza do 12 decembro 2019 (C-450/18). O incumprimento da doutrina desta sentenza polas entidades xestoras responsables da Seguridade Social propiciou a formulación dun segundo fallo contido na STUE do 14 setembro 2023 (C-113/22), onde se ordena á autoridade competente indemnizar ata "compensar integramente os prexuízos efectivamente sufridos como consecuencia da discriminación" do varón ao que tales entidades lle denegaron a percepción do complemento por maternidade tras ser declarado discriminatorio no 2019.

sentenza do 6 febreiro 2020²⁸, e, na práctica, viña corrixíndose polo INSS para o que elaborara o seu Criterio de Xestión 3/2020, do 18 de febreiro²⁹.

Desafortunadamente corríxese o menos transcendente e non o máis. Véxanse dous exemplos: 1º) o período de carencia xenérico da pensión de xubilación parcial anticipada forzosa sitúase en trinta e tres anos [art. 215.2.d) LXSS], independentemente do sexo do solicitante e a propósito de que as mulleres mostran carreiras profesionais de cotización máis curtas e de contía menor que as dos varóns. E 2º) as cláusulas de xubilación forzosa recollidas nos convenios colectivos segundo o establecido pola disposición adicional décima do ET poden rebaixar a idade esixida á muller traballadora por baixo dos 68 anos -entendemos que ata a idade ordinaria de xubilación (65 ou 67 anos, en función de cal sexa a concreta carreira de cotización)- cando a empresa se enclave nalgunha de "as actividades económicas correspondentes ao ámbito funcional do convenio" onde haxa unha clara infrarrepresentación feminina, isto é, inferior ao 20%. Unha medida que parece ruín tendo en conta que no dato da infrarrepresentación debe consignarse no correspondente diagnóstico do plan de igualdade [art. 7.1.g) Real decreto 901/2020, do 13 de outubro, polo que se regulan os plans de igualdade e o seu rexistro] e compasalo das medidas que tentarán corrixila, razón pola cal debería ser a empresa, e non un sector funcional, o ámbito para determinar esa infrarrepresentación.

Á marxe das medidas para a redución da fenda de xénero na Seguridade Social, non podo deixar esta ocasión sen lembrar unha regra directamente discriminatoria por razón de sexo: refírome aos requisitos de acceso á pensión en favor de familiares contidos no art. 22.1.2) da Orde do 13 de febreiro de 1967, pola que se establecen normas para a aplicación e desenvolvemento das prestacións de morte e supervivencia do réxime xeral da Seguridade Social, ao que implicitamente se remite o art. 226.3 LXSS. Nel esíxese á muller solicitante

²⁸ Núm. rcud. 3801/2017.

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

que sexa a nai ou a avoa do causante e o seu estado civil o de solteira, viúva ou casada, sempre que o seu marido se ache incapacitado para o traballo. En cambio, ao varón, ademais de que así mesmo ostente o parentesco de pai ou avó do causante e cumprise sesenta anos ou se atope incapacitado para o traballo, nada se lle demanda sobre o seu estado civil.

10. REFLEXIÓN FINAL

Se buscamos as causas xurídico-económicas da fenda retributiva por razón de sexo, cabería reconducilas a tres. A primeira estriba no maior prezo do traballo masculino, ou sexa, que os varóns reciben unha retribución máis elevada polo desempeño de igual traballo que a muller, o que enlaza con que os sectores funcionais con mellores retribucións están masculinizados.

Unha segunda incumbe á calidade do emprego, de modo que o contrato a tempo parcial e, ata a reforma de 2021, os contratos temporais do derogado art. 15 ET, eran maioritarios entre as mulleres. Esta mala calidade do emprego cébase coas mulleres con niveis de estudos baixos que prestan servizos principalmente en sectores tales como a hostalaría e os coidados. Pola súa relevancia, insístease en que a diferenza na taxa de emprego se reduce a 2 puntos entre persoas con niveis formativos altos, supera os 9 puntos nos niveis medios e alcanza os 18,1 puntos nos baixos.

A terceira conéctase co tradicional rol de xénero atribuído ás mulleres. Foron elas as que sufriron máis interrupcións na súa carreira profesional pola toma de medidas de conciliación da vida persoal e laboral (permisos, reducións de xornada, excedencias etc.). Con iso debilitouse a súa carreira de cotización, pois contan con lagoas ou períodos sen cotizar ou con infracotizacións resultantes do traballo a tempo parcial. A enquisa do INE 2024 revélanos que en 2022 un 21,3% das mulleres tiñan unha xornada parcial para a atención das cargas familiares, mentres que a porcentaxe de homes era dun 4,9.

A corrección da fenda dende un punto de vista xurídico conta neste momento cun instrumento esencial: o rexistro retributivo previsto no art. 28 ET e o Real decreto 902/2020,

do 13 de outubro, de igualdade retributiva entre mulleres e homes. O seu carácter universal, ao esixirse a todas as empresas, constitúe a súa principal garantía, non en balde outros instrumentos xurídicos de deseño e implantación contemporáneos restrinxen a súa eficacia por demandar un determinado persoal, sendo o caso do plan de igualdade e da auditoría retributiva.

Nel rexistráranse tomando valores anuais: o salario total, o salario base, os complementos salariais, as percepcións extrasalariais, e as percepcións por horas extraordinarias e por horas complementarias, desagregados por cada grupo profesional, nivel e posto, e desagregado por sexos. Deberán figurar, ademais, a media das retribucións e a mediana.

A ferramenta do Ministerio, por unha banda, permite a aproximación á verdade real, xa que as diferenzas retributivas que se extraerán del para os efectos de verificar o cumprimento dos dereitos á igualdade de trato e á non discriminación serán as causadas por desigualdades ilícitas e discriminacións. Pola outra, dará resultados sobre unha fenda retributiva axustada, pois debe reflectir as medias aritméticas e medianas das agrupacións dos traballos de igual valor na empresa, aínda que pertencen a diferentes clasificacións profesionais, desagregados por sexo.

O pago xusto e igualitario do traballo garante a estabilidade da carreira de cotización para a percepción futura das pensións e asegura que a contía delas se atope ao par que as dos varóns.

Outras medidas de corte socioeconómico coadxuvan á mencionada corrección da fenda retributiva. Insístese, no ámbito da educación, en fomentar o incremento de mulleres nas carreiras STEM para que elaboren sen nesgos os programas informáticos que analizan a fenda. E no da economía, a relevante subida do salario mínimo interprofesional. O Informe da fenda salarial 2024 de UXT³⁰ explícanos que a fenda salarial diminúe lentamente compasada coa indicada subida daquel. Así, situouse no 2019 en 19,5 puntos, no 2020 en 18,72 puntos e no 2021 en 18,36

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

puntos, datos esperanzadores se se comparan, por exemplo, cos 22,44 puntos de diferenza do ano 2010.

Á espera da transposición completa da citada a Directiva (UE) 2023/970, asómansenos algunhas das súas medidas das que poden saír os mellores auspicios. Tal é o caso do control retributivo do persoal directivo; o cambio de limiares da fenda retributiva que deixa o 25% e pasa ao 5%; que non se poidan taxar as indemnizacións por incumprimento do dereito á igualdade retributiva, de xeito que se pon en dúbida a práctica procesual estendida de utilizar como baremo deses danos as sancións previstas na Lei de infraccións e sancións da orden social; ou a ampliación do prazo de prescrición para o recoñecemento do dereito e da correspondente reclamación de cantidade, polo menos, a tres anos.

En fin, insisto en que a realidade debería aproximarse ás palabras xa distantes no tempo de John F. Kennedy: "Eu non digo que todos sexan iguais na súa habilidade, carácter ou motivacións, pero si afirmo que deberían ser iguais na súa oportunidade para desenvolver o propio carácter, a súa motivación e as súas habilidades".