



Roj: STSJ ICAN 936/2021 - ECLI:ES:Tsjican:2021:936

Id Cendoj: 35016340012021100308

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)

Sección: 1

Fecha: 27/07/2021

Nº de Recurso: 867/2021

Nº de Resolución:

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: GLORIA POYATOS MATAS

Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria, a 27 de julio de 2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS y D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000867/2021, interpuesto por Yolanda , Fernando , Fructuoso , Emiliano , Germán , Gines , Héctor , Hernan y Humberto , frente a **Sentencia** 000090/2021 del Juzgado de lo Social Nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000910/2020 -00 en reclamación de Conflictos colectivos siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Yolanda , Fernando , Fructuoso , Emiliano , Germán , Gines , Héctor , Hernan , Humberto frente aa UTE TELDE, VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, HERMANOS SANTANA CAZORLA, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES y CONTRATAS SA.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.-La actividad que la demandada realiza para el Ayuntamiento de Telde es la de barrido de las vías públicas y recogida de residuos sólidos, en virtud adjudicación en concursopúblico. El Servicio para a realizarse por la UTE TELDE el 01 de Febrero de 2020.

SEGUNDO.- El 20.07.2001 se firma el primer convenio de empresa con vigencia para el periodo 2001-2003. En su artículo 17 se define la categoría de "peón polivalente" como aquel "operario que se dedica a las funciones de recogida o barrido a criterio del encargado en horario nocturno y para cuya ejecución se requiere únicamente la aportación de esfuerzo físico y atención"; y a su vez se define la categoría de "peón" como aquel "operario que se dedica a las funciones concretas y determinadas y para cuya ejecución se requiere únicamente la aportación de esfuerzo físico y atención, en jornada diurna".

En el año 2004 se firma el segundo convenio de empresa con vigencia para el periodo de 2004-2006. En su artículo 17 se definen las dos categorías antes mencionadas, de la siguiente manera: "peon polivalente" como aquel "operario que se dedica a las funciones de recogida o barrido a criterio del encargado en horario nocturno o diurno y para cuya ejecución se requiere únicamente la aportación de esfuerzo físico y atención"; y a su vez se define la categoría de "peón" como aquel "operario que se dedica a las funciones concretas y determinadas y para cuya ejecución se requiere únicamente la aportación de esfuerzo físico y atención, en jornada diurna".

En el año 2007 se firma el tercer convenio de empresa con vigencia para el periodo de 2007-2010. En su artículo 16 se definen de igual manera las dos categorías.



TERCERO.- El "peón" realiza funciones de barrido en horario diurno. El "peón polivalente" realiza funciones de barrido y recogida de "trastos", se sirve de "camiones" y presta su servicio en horarios nocturno y diurno.

CUARTO.- Los "peones" hombres cobran los mismo que las "peones" mujeres.

QUINTO.- Cuando se producía una vacante en la plantilla de "peones polivalentes" la empresa la cubría contratando a personales externo. La empresa no promocionaba a personas trabajadoras con la categoría de "peón" a la categoría de "peón polivalente".

SEXTO.- La plantilla de "peones" está formada por 38 horas y 30 mujeres. La plantilla de "peones polivalentes" estaba compuesta exclusivamente por hombres, hasta la promoción a la categoría de las "peones", Dña. Laura y Dña. Lucía, bajo la dirección de la UTE.

SÉPTIMO.- La cobertura temporal de necesidades de "peón polivalente" era cubierta por la empresa empleando indistintamente "peones" hombres y mujeres."

TERCERO.- En el fallo de la sentencia de la instancia, literalmente se recoge:

"Que DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda interpuesta por Dña. Yolanda, Fernando, Fructuoso, Emiliano, Germán, Gines, Héctor, Hernan, Humberto contra UTE TELDE, VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, HERMANOS SANTANA CAZORLA, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES y CONTRATAS SA, y por ende absuelvo a la demandada de todos los pedimentos efectuados en su contra."

CUARTO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por Yolanda, Fernando, Fructuoso, Emiliano, Germán, Gines, Héctor, Hernan y Humberto, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El Comité de empresa de la Entidad UTE TELDE, (Valoriza servicios medioambientales SA, Hermanos Santana Cazorla SA y FCC SA), formaliza recurso de suplicación frente a la sentencia nº 90/2021, de fecha 17 de febrero de 2021 dictada por el juzgado de lo social nº 10 de Las Palmas en los autos nº 910/2020, dictada en materia de conflicto colectivo, en cuyo fallo se desestima la demanda en la que se denunciaba la existencia de discriminación salarial por razón de sexo (art. 14 CE, arts. 4.2 c y 17.1 ET) en las retribuciones convencionales establecidas para las categorías profesionales convencionales de "peón" y "peón especialista" solicitándose la declaración de Nulidad de tal distinción y la extensión de la superior retribución prevista para esta última categoría, así como una indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales a favor del colectivo afectado por este conflicto. En el punto séptimo de la demanda se recoge literalmente: "Es pretensión de esta parte en el presente procedimiento que el conjunto de trabajadoras y trabajadores con la categoría de peón, perciban la retribución de peón especialista", fijando el colectivo de personas trabajadoras afectadas por el conflicto colectivo.

La sentencia de la instancia desestimó la demanda planteada, tras aclarar que cuando la demanda refiere a "peones especialistas" se refiere a "peones polivalentes", según la literalidad del convenio y tras un análisis desagregado por sexos de las personas integrantes de ambas categorías profesionales se concluye que no existe discriminación por razón de sexo, sustancialmente, **porque la plantilla de "peones" no es exclusivamente femenina siendo mayoría los varones, y porque las funciones desarrolladas por el "peón" son distintas a las que realiza el "peón polivalente"**.

El recurso ha sido impugnado por la representación de la UTE TELDE.

SEGUNDO. - En el primer y segundo motivos del recurso, **al amparo de lo previsto en el art.193 b) de la LRJS**, se solicita la revisión de hechos probados, al amparo de la prueba documental y pericial practicada.

A)- Se propone, en primer lugar, la modificación fáctica del **hecho probado sexto**, proponiéndose el siguiente tenor literal:

"La plantilla actual de la demandada en la categoría de peón (48 trabajadoras/es) está formada por:

A)-28 peones mujeres.

B)-20 peones hombres.

C)-Todos los peones hombres han sido contratados después de 2019, salvo 6 trabajadores.

D)-Todas las peonas mujeres han sido contratadas con anterioridad al año 2019, salvo 4 trabajadoras.

E)-De los 20 peones varones de la plantilla, 13 son en sustitución de peones mujeres por IT.



F)-De los 22 peones polivalentes, 20 son varones y 2 mujeres, éstas últimas de reciente elevación de categoría."

Se ampara la recurrente en prueba documental: folios 359 a 361 de autos- documento nº 12 del ramo de prueba de UTE TELDE y folios 314 a 318 -documento nº 7 del ramo de prueba de UTE TELDE.

B)- Adición de un nuevo hecho probado (octavo), con la siguiente redacción:

"A fecha 31.01.2020, la plantilla de peones de la empresa estaba integrada por 56 trabajadoras/es, con la siguiente distribución por género:

43 peones mujeres.

13 peones varones"

Se ampara la recurrente en prueba documental: folios 276 y 277, listado de peones con especificación de género a 31/1/20, de acuerdo con el listado contenido en la prueba documental de la codemandada FCC MEDIO AMBIENTE SAU.

La codemandada UTE TELDE impugnante se opuso a ambas revisiones fácticas. En cuanto a la modificación del hecho probado sexto, porque entiende que el error que denuncia la recurrente en cuanto al número de personas que conforman la categoría pudo haberse subsanado por la vía de la aclaración de sentencia (art. 214 LEC). La impugnante entiende irrelevante que la categoría de "peones" esté formada por 30 mujeres y 38 hombres o bien por 28 mujeres y 20 hombres, por cuanto lo esencial es si las personas que integran esta categoría realizan las mismas funciones y no sufren discriminación salarial. Se señala

igualmente que la suma total desagregada tampoco coincide con la aportada por la recurrente, pues según esta parte son 28 mujeres y 19 hombres (folios 314 a 318) o 32 mujeres y 30 hombres (folios 276 y 277).

También se opuso a la propuesta de adición de un nuevo hecho probado al ser intrascendente la distribución por sexos de la plantilla a fecha 31 de enero 2020. En cualquier caso, según la impugnante la suma resultante, a tenor de los folios 276 y 277 son diferentes a los que señala la recurrente : 31 peones mujeres y 21 peones hombres.

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la "prueba negativa", consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (STS 14 de enero, 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986) y STS, 17 de noviembre de 1990) "... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador...);

c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y,

f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

En base a la anterior doctrina debe estimarse parcialmente la propuesta de modificación fáctica respecto al **hecho probado sexto**, pues los datos reflejados en la nueva redacción se deducen de forma clara , directa y sin conjeturas de la propia documental aportada por la empresa demandada. En base a las alegaciones de la propia impugnante es cierto que del listado de personal aportado por la UTE (folios 314 a 318) **a fecha 1 de febrero de 2020** (según folio 294 de autos Doc. nº 7 prueba documental UTE) arroja, como indica la impugnante, un **total de 47 personas con la categoría de peones** (no 48 como se propugna por la recurrente), de los cuales **19 son hombres y 28 mujeres** (no 20 hombres). Lo anterior se corrobora con los Folios 359 a 361 de autos (Doc. nº 12 prueba documental UTE).



Respecto a los restantes datos desagregados que se propone incluir en el nuevo redactado del hecho probado sexto, se ha comprobado su corrección y también se extraen sin conjetura del listado de personal de la UTE (folios 314 a 318) respecto a estos datos, además, la impugnante no denuncia error en su contabilización solo intrascendencia.

De la documental referida aportada por la propia UTE TELDE, como prueba documental propuesta por la actora, y admitida por auto de 17 de noviembre de 2020, se extraen sin conjeturas los datos cuantitativos desagregados por sexos contenidos en la propuesta de revisión fáctica del hecho probado sexto salvo la corrección que hemos efectuado en la plantilla de peones que en vez de 48 son 47 (19 hombres y 28 mujeres). Ello evidencia un error en el sumatorio, contenido en el hecho sexto original, que no se corresponde con la propia documental aportada por la UTE TELDE, actual explotadora del servicio al que se adscriben las categorías cuestionadas.

Es cierto, como dice la impugnante, que del listado completo de peones desagregados por sexo a fecha 31/1/20 (folios 276, 277) no coincide con la propuesta que se incluye en esta nueva redacción, pero ello es así porque el hecho probado sexto hace referencia a la plantilla de la actual explotadora del servicio (UTE TELDE) y los datos desagregados por sexos a los que refiere el listado contenido en los folios 276 y 277 se corresponde a la plantilla de la codemandada FCC MEDIO AMBIENTE SAU, a 31 de enero de 2020, antes de la subrogación del personal a la UTE.

La modificación propuesta, se considera por esta Sala sustancial a los efectos de fijar la feminización o no de la categoría profesional de "peón" en relación a la de "peón polivalente", a efectos de determinar el impacto adverso de género desproporcionado para valorar si concurre o no, la discriminación salarial indirecta por razón de sexo, denunciada. También resulta de interés para resolver el debate jurídico, incluir el dato desagregado por sexos de las personas integrantes de la categoría profesional (superior retributivamente) de "peón polivalente", masculinizada (20 hombres y 2 mujeres) por las mismas razones expuestas en relación a la categoría profesional de "peones".

También se estima la propuesta de **adición de un nuevo hecho probado** (octavo), porque se concretiza de forma desagregada el número total de personas "peones" que componían la plantilla de FCC al momento de la subrogación en la UTE TELDE (31/1/2020), siendo determinante, a los efectos de determinar si estamos o no ante una categoría profesional feminizada, establecer el número exacto de mujeres y hombres adscritos a la misma. En el presente caso, la cuantificación total es de 56 personas "peones": 43 hombres y 13 mujeres, se deduce de forma clara, directa y sin conjeturas de los folios 276 y 277 (listado de la plantilla de peones de la empresa FCC SA un día antes de la subrogación del servicio a favor de la UTE TELDE).

En base a lo expuesto procede la estimación parcial del primer motivo del recurso, en los términos expuestos y la estimación completa del segundo motivo del recurso.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, al amparo del art.193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia. Específicamente, el art. 14 de la CE, y art. 4.2 c) ; art. 17.1 y art. 22.2 del ET

A)- Posiciones de las partes.

Se denuncia por la recurrente en este motivo que las funciones descritas en las categorías profesionales cuestionadas, según la literalidad del convenio colectivo aplicable son sustancialmente idénticas, no siendo la nocturnidad un elemento definidor de la categoría profesional sino, en su caso de una retribución añadida por la nocturnidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 36.1 del ET. La ejecución de ambas categorías requiere de forma idéntica "esfuerzo físico y atención", por lo que, a criterio de esta parte, no se justifica la diferencia retributiva, siendo, por tanto, un indicio claro, junto a la composición de género de la plantilla de *ambas categorías, de la discriminación alegada. Se solicita, por ello, la estimación de lademanda planteada.*

La empresa impugnante UTE TELDE se opuso a este motivo remitiéndose a la fundamentación jurídica y relato fáctico de la sentencia recurrida que refleja las diferencias esenciales existentes entre las categorías de "peón" y "peón polivalente" que descansan sustancialmente en que la primera realiza funciones de barrido en horario diurno y la segunda, realiza funciones de barrido y recogida de trastos y se sirve de camiones en horario que puede ser diurno o nocturno. También se opuso a que en sede de suplicación la recurrente refiera a los "peones hombres", cuando no se les incluye en la demanda, que no tienen una representación minoritaria sino que son el 41% de los peones y, además, perciben idéntico salario a las mujeres con idéntica categoría. Se señala igualmente que las personas integrantes del Comité de empresa, predominantemente masculino, que plantea la demanda, pertenecen a distintos sindicatos que firmaron los distintos convenios colectivos en los que siempre se recogían sendas categorías profesionales con retribuciones diferentes. *Se destaca, por último, que esta impugnante ha promocionado a la categoría de peón polivalente a dos trabajadoras que*



en sus declaraciones testificales explicaron las diferencias sustanciales entre las dos categorías profesionales debatidas.

Como se ha dicho al inicio, el juzgador de la instancia, tras valorar la prueba testifical y documental aportada llega a la convicción de la inexistencia de discriminación salarial alguna por razón de sexo. Lo sintetiza muy claramente, a modo de conclusiones, al final del Fundamento Jurídico 5º de la sentencia, sustancialmente se ampara en tres razones:

1º- la primera es que la plantilla de peones no es exclusivamente de mujeres y ambos sexos no fueron tenidos en cuenta para la promoción a "peón polivalente".

2º-La segunda, es que las funciones desarrolladas por una persona "peón" son distintas a las que desarrolla un "peón polivalente".

3º-El colectivo de mujeres "peones" no han desarrollado con carácter continuado y habitual funciones iguales a las de los "peones polivalentes" y distintas de las de sus compañeros "peones" varones".

B)- Impacto de género del Conflicto colectivo. Integración de la perspectiva de género.

A efectos de determinar la normativa de aplicación debemos destacar que nos hallamos ante una acción en la que se denuncia discriminación salarial por razón de sexo, derivada de la retribución establecida convencionalmente en dos concretas categorías profesionales: "peón" y "peón polivalente" (usamos la terminología literal del convenio aplicable - 2007-2010- a pesar de la ausencia de inclusión, en su denominación, del sector femenino de la población. Ello es así porque, de acuerdo con el diccionario normativo de la RAE la forma femenina de peón es peona).

La brecha salarial de género representa una de las modalidades más conocidas en el sector laboral, de discriminación por razón de sexo, tal y como se advierte desde las estadísticas aportadas por organismos internos (INE, Ministerio de Igualdad), regionales (UE) o internacionales (OIT). En España la brecha salarial se sitúa en el 13'4% (Eurostat 2018-UE).

Según los datos salariales aportados por el INE en su publicación "Mujeres y hombres en España": en el trabajo a tiempo completo, el salario por hora de las mujeres (11,9 euros) en el año 2018, alcanzaba el 93,3% del salario por hora de los hombres (12,8 euros). Al considerar la jornada a tiempo parcial, el porcentaje anterior alcanza un valor del 87,4%. El salario anual más frecuente en las mujeres (15.484,4 euros) representó el 83,8% del salario más frecuente en los hombres (18.470,8 euros). De este modo y a pesar de ser hombres y mujeres iguales (formalmente) ante la ley, es lo cierto que las retribuciones salariales percibidas por unos y otras evidencian brechas irrazonables que constatan esta modalidad discriminatoria que puede producirse, entre otras vías, mediante una retribución diferente por un trabajo igual, o por un trabajo de igual valor. Pero esta discriminación opera de forma soterrada y no directa, lo que dificulta enormemente su detección.

En la guía introductoria de la OIT "Igualdad salarial" editada en 2013 que pretende asegurar que el trabajo llevado a cabo por hombres y mujeres sea valorado adecuadamente, se advierte que a nivel internacional, se observan convenios colectivos, e instrumentos de salario mínimo que establecen tasas salariales diferentes para mujeres y hombres. Más recientemente en su "Informe mundial sobre salarios 2020-2021" alerta de como la crisis sanitaria derivada del COVID-19 ha ampliado la brecha salarial de género al afectar salarialmente más a las mujeres, en relación a sus compañeros varones. Igualmente, la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 establece los objetivos estratégicos y las acciones clave de la Comisión Europea para este período 2020-2025, la eliminación de la brecha retributiva de género.

Tales dificultades han llevado al poder legislativo español a promulgar leyes para lograr la igualdad (real) retributiva entre mujeres y hombres, tales como el por el **Real Decreto-ley6/2019, de 1 de marzo**, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación que modificó el ET integrando la obligación empresarial del registro retributivo desarrollando, entre otros aspectos, los criterios concretos para desagregar por sexo la información retributiva de la empresa; los sistemas de clasificación profesional contenidos en los convenios colectivos y su necesaria vinculación con el registro y la transparencia retributiva a través de una correcta valoración de los puestos de trabajo, así como el derecho de las personas trabajadoras a acceder al contenido del registro. Y más recientemente el **RD 902/2020 de 13 de octubre de igualdad retributiva** entre mujeres y hombres con vigencia desde el 21/4/21 en cuyo preámbulo se recuerda:

"La obligación que tienen los poderes públicos de garantizar la efectividad del principio de igual retribución **por trabajos, no solo iguales, sino de igual valor**, resulta actualmente indiscutible. Desde que el Convenio número 100 de la OIT de 1951 lo configuró de forma expresa o desde que también lo hiciera la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros



que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, la igualdad retributiva por trabajos de igual valor constituye uno de los elementos esenciales del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres".

En el caso que nos ocupa se cuestiona justamente lo anterior, esto es, la existencia de una brecha salarial de género, derivada de las distintas retribuciones abonadas por trabajos de igual valor en referencia a dos concretas categorías profesionales reguladas en el convenio aplicable ("peón" y "peón polivalente"). Debemos, a continuación, observar si existen indicios objetivos que evidencien un impacto desproporcionado de género en los datos desagregados por razón de sexo, existentes en las dos categorías profesionales cuestionadas, ello partiendo de la superior retribución económica fijada para la categoría profesional de "peón polivalente", en relación con la de "peón", a tenor de lo establecido en el convenio de aplicación. Pues bien, dicho dato ha resultado probado a través de las revisiones fácticas propuestas por la recurrente, que a su vez descansan en documental aportada por las empresas codemandadas. A tenor de lo contenido en el hecho probado sexto, la plantilla actual de personas trabajadoras "peones" asciende a 47 personas, de las que **el 59'57% son mujeres y el 40'42 hombres (28 mujeres y 19 hombres)**, debiendo destacarse que todos los hombres contratados lo han sido después del año 2019 (salvo 6), y **el 68'42% de los hombres contratados (13 de 19) sustituyen a mujeres que están de baja por IT.**

Los datos totales desagregados por sexos de las personas trabajadoras "peones", a fecha 31 de enero 2020 (56 personas en total) eran: 76'78 % mujeres y 23'21 % hombres.

De otro lado, de las 22 personas trabajadoras que integran la plantilla de "peones polivalentes", solo 2 son mujeres frente a 20 hombres (9'09% mujeres y el 90'90 % hombres)

Por ello, una vez detectado el impacto de género que tiene el conflicto, y los indicios dediscriminación salarial indirecta por razón de sexo, en base a la composición desagregada por sexos de ambas categorías profesionales, es obligación de todo órgano jurisdiccional integrarla perspectiva de género en la impartición de justicia, que debe implementarse como metodología de resolución en toda controversia judicial en la que se involucren relaciones asimétricas o patrones estereotípicos de género, aún cuando las partes no lo soliciten expresamente, a tenor de lo previsto en el art. 1, 10.2º, 9.2º, 14 y 96 de la Constitución española, en relación con los arts. 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMIH); los arts. 2.c), d) e), 11.1º de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW); en relación con el apartado II.

A- punto 15 g) de la Recomendación General nº 33 sobre el acceso de las mujeres a la Justicia del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer que es vinculante para el Reino de España al haber ratificado nuestro país el Protocolo Facultativo de la CEDAW 6 de octubre de 1999, que exigen de los poderes públicos del Estado la "debida diligencia" en la aplicación de los estándares y obligaciones internacionales en materia de género, tal y como se contiene en la Recomendación General nº 16 sobre igualdad que hizo el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación nº 16 sobre igualdad. En esa línea se ha pronunciado el TC en su **STC 140/2018** y más recientemente, la **STC 113/2021** en la que expresamente se recoge (FJ2º):

*" (...) la interdicción de aquellas decisiones impositivas de un pronunciamiento sobre el fondo que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad (así, STC 63/2021, de 15 de marzo, FJ 3). Aparece reforzada en el caso en que la pretensión objeto de respuesta esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o intereses de relevancia constitucional, lo que implica la **obligación de que se exteriorice el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. No cabe una motivación estereotipada ni la mera constatación apodíctica** de que "no se cumplen las circunstancias" que la ley exige ni la justificación en el carácter discrecional de la potestad que se ejerce, pues las potestades discretionales deben también ejercerse motivadamente (STC 81/2018, de 16 de julio, FJ 3)."*

Y también la **STC 26/2011** de 14 de marzo de 2011, insiste en la interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad a los derechos fundamentales de las mujeres y no de forma mecánica o formalista en correspondencia al mandato constitucional de remoción de los obstáculos impositivos de la Igualdad real o sustancial. Y así se recoge en la fundamentación jurídica:

"(...) la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y supromoción dentro del mismo (...) De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos



que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres(...), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (...)."

La metodología de impartición de justicia con perspectiva de género es una labor que debe desplegarse en tres fases judiciales concretas:

-En la tramitación del procedimiento.

-En la valoración de la prueba.

-En la aplicación de las normas sustantivas.

En el caso que nos ocupa, procede cumplir el mandato legal de integrar la perspectiva de género en la valoración e interpretación de las características, requerimientos, condiciones, cualificaciones, capacidades y responsabilidades de las dos categorías profesionales cuestionadas a los efectos de identificar si estamos ante trabajos de igual valor retribuidos de forma diferente con impacto adverso desproporcionado en un colectivo de personas trabajadoras mayoritariamente femenino.

C)- Normativa aplicable

Derecho Internacional

C.1- Art.11 d) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptado de 1979 (CEDAW), que obliga a los Estados a adoptar todas las medidas para eliminar discriminaciones contra la mujer en la esfera laboral y en particular, se destaca:

"d)-El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo"

C.2-Convenio nº 100 de la OIT (1951) sobre igualdad de remuneración (arts. 1 y ss.), ratificado por España.

Derecho Regional

C.3- Art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos :

"Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

C.4-Art 4.3 de la Carta Social Europea (1996), que establece:

"4-Derecho a una remuneración equitativa. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes se comprometen: (...) 3-a reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor". Derecho de la UE

C.5-El viejo art. 119 del Tratado CEE, posteriormente artículo 141 CE y actualmente artículo **157 TFUE** , con efecto directo, establece lo siguiente:

"Cada Estado miembro garantizará la aplicación del **principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor**. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: (...) b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo."

C-6-La Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (que refunde entre otras , la Directiva 75/117/CE) establece en su art. 4 la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo:

"Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema



se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo".

Y en su art. 2 b) define discriminación indirecta como:

"la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios"

C.6- La Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2000), en su art. 21 prohíbe toda forma de discriminación por razón de sexo **Jurisprudencia TJUE**. Existe una voluminosa y consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, basada en la prohibición de la sobrevaloración e infravaloración por género de los puestos de trabajo (por todos STJCEE de 1 de julio de 1986, asunto Dato, C-237/85) y la exigencia de transparencia retributiva a la empresa para justificar una eventual diferencia retributiva estadística entre mujeres y hombres (por todos, STJCEE de 17 de octubre de 1989, asunto Danfoss, C-109/88).

Derecho interno.

C.7- El art 14 de la Constitución Española (CE) proclama el principio de igualdad ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación por razón de sexo, entre otras condiciones. En coherencia con lo anterior el **art. 9.2 de la CE** recuerda que corresponde a los poderes públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad efectiva de los "grupos".

C.8-El art.5 de la LO 3/2007 para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH) proclama el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo, haciendo expresa referencia a las condiciones retributivas. Y ya en el **art. 6** se define discriminación indirecta como:

"la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados".

De otro lado el **art.4** regula la obligación de integrar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Y en el **art. 15** se establece la transversalidad del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en la actuación de los poderes públicos.

C.9- El actual art. 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET), tras las reformas introducidas por el RD-Ley 6/2019 y el RD 902/2020 de 13 de octubre preceptúa ordena la igualdad retributiva por razón de sexo:

"1. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

2. El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa.

3. Cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras."

También el **art. 4.2 c) del ET** prohíbe la discriminación de las personas trabajadoras por razón de sexo y el **art. 17** del mismo texto preceptúa la no discriminación en las relaciones laborales y establece: "Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada



y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo (...) "

C.10- Convenio aplicable : Convenio colectivo entre la empresa "Canarias de Servicios Urbanos SA , concesionaria de la recogida de los residuos sólidos y limpieza del Ayuntamiento de Telde (2007-2010) -BOP Las Palmas 30/11/2007- Folios 141 a 152 de autos Tal y como se refiere literalmente en el relato fáctico de la sentencia recurrida, el art. 16 del tercer convenio colectivo de empresa con vigencia de 2007-2010 define las categorías profesionales, y las que nos ocupan se definen literalmente así:

"peon polivalente" es aquel "operario que se dedica a las funciones de recogida o barrido a criterio del encargado, en horario nocturno o diurno y para cuya ejecución se requiere únicamente **la aportación de esfuerzo físico y atención**"; y a su vez se define la categoría de "peón" como aquel "operario que se dedica a las funciones concretas y determinadas y para cuya ejecución se requiere **únicamente la aportación de esfuerzo físico y atención**, en jornada diurna".

Las Tablas salariales vigentes en 2007, preveían una diferencia salarial mensual entre las categorías debatidas ascendente a 100'37 euros mensuales (folio 152 de autos).

En las tablas salariales aportadas por la UTE TELDE en su ramo de prueba documental para el año 2020, esa diferencia retributiva entre ambas categorías asciende a **1.490'28 euros anuales** (16.736'28-15.246 - Folio 312 de autos)

D- Resolución del Recurso

En el presente caso debemos partir del inalterado relato fáctico de la sentencia del que pueden destacarse los siguientes hechos de relevancia para la solución del recurso:

- **La actividad que realiza la UTE TELDE para el Ayuntamiento de Telde, desde el 1 de febrero de 2020, es la del barrido de las vías públicas y recogida de residuos sólidos, en virtud de adjudicación en concurso público.**
- **La definición actual** contenida en el convenio de empresa aplicable de las categorías profesionales cuestionadas es la indicada anteriormente, a la que nos remitimos (punto C-10 de esta resolución).
- **La plantilla actual de la UTE TELDE tiene un total 47 personas trabajadoras con la categoría profesional de "peones" (28 mujeres y 19 hombres). De los 19 peones hombres en plantilla, 13 son en sustitución de peones mujeres por IT. Todos los peones hombres (menos 6), han sido contratados después de 2019. Todas las "peones" mujeres (salvo 4) han sido contratadas antes de 2019**
- **La plantilla actual de la UTE TELDE tiene un total de 22 personas trabajadoras con la categoría de "peones polivalentes" (20 varones y 2 mujeres de reciente elevación de categoría).**
- **A fecha 31 de enero de 2020, la plantilla de peones en la empresa era de 56 personas (43 mujeres y 13 varones)**
- **Cuando se producía una vacante en la plantilla de "peones polivalentes" la empresa la cubría contratando a personal externo. La empresa no promocionaba a personas trabajadoras con la categoría de "peón" a la categoría de "peón polivalente".**
- **El "peón" realiza funciones de barrido en horario diurno. El "peón polivalente" realiza funciones de barrido y recogida de "trastos", se sirve de "camiones" y presta su servicio en horarios nocturno y diurno .**
- **La cobertura temporal de necesidades de "peón polivalente" se cubre por la empresa empleando "peones" (hombres y mujeres).**

Junto a los datos que hemos destacado del relato fáctico se añade algo que, por obvio, no se refiere de forma expresa en la sentencia, pero se extrae claramente de las tablas salariales del convenio colectivo aplicable, cual es **la diferencia retributiva establecida para una y otra categoría profesional, siendo más elevada la correspondiente al "peón polivalente"** (en la demanda se le denomina "peón especialista" pero tal y como se contiene en el FJ3º de la sentencia recurrida, se refiere a "peón polivalente").

Trabajos de igual valor. Proyección al caso.

Debe abordarse a continuación si estamos, o no ante trabajos iguales o de igual valor a los efectos de determinar, seguidamente, si ello nos conduce a la discriminación salarial que se denuncia. La sentencia de la instancia entiende razonable y justificada la diferencia retributiva entre una y otra categoría, al entender que no estamos ante trabajos iguales o de igual valor siendo sustancialmente diferentes los requerimientos exigidos en una y otra categoría. Las diferencias constatadas por el juzgador (HP3º) son sustancialmente dos:

1ª)-El "peón polivalente" realiza sus tareas en horario nocturno o diurno, en cambio el "peón" lo hace en horario diurno.



2ª)- El "peón polivalente" realiza funciones de barrido y recogida de trastos y se sirve de camiones; en cambio el "peón" hace funciones de barrido.

A pesar de lo anterior, no se tienen en cuenta las grandes similitudes cualitativas existentes entre sendas categorías profesionales. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada del TJUE, para apreciar si estamos ante un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que ambos trabajos (categorías) se encuentran en una situación comparable (STJUE de 26 de junio de 2001, entre otras). Así en la reciente STJUE n.º C-624/19, de 3 de junio de 2021 se indica por el Tribunal Europeo que :

"El art. 157 del TFUE impone, de manera clara y precisa, una **obligación de resultado** y tiene **carácter imperativo** tanto en lo que respecta a un "mismo trabajo" como a un "trabajo de igual valor". Y se recuerda que el objetivo que se persigue por el citado precepto, no es otro, que "l eliminación, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, de toda **discriminación por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución**"

El concepto de valor igual se aplica cuando los trabajos que desempeñan mujeres y hombres:

- Se llevan a cabo en condiciones diferentes.
- Requieren cualificaciones y capacidades diferentes.
- Requieren niveles de esfuerzo diferentes.
- Implican responsabilidades diferentes.
- Se llevan a cabo en lugares o empresas diferentes, o para personal empleador distinto.

En otros casos, estaríamos ante trabajos iguales cuya detección es más fácil al ser menos soterrada y sutil que los trabajos de igual valor retribuidos de forma diferente, siendo esta última la modalidad discriminatoria más habitual en un contexto de igualdad jurídica.

Pues bien en el caso que nos ocupa nos hallamos ante dos categorías profesionales que, de acuerdo con la propia literalidad de sus definiciones, contenidas en el convenio colectivo aplicable evidencian un trabajo sustancialmente de igual valor, por las razones que expondremos a continuación.

15

a)- En primer lugar, la propia **denominación de ambas categorías es casi idéntica**, siendo su única diferencia la del término "polivalente" que, según el diccionario normativo de la RAE significa "que vale para muchas cosas" (1ª acepción), lo que no se corresponde con las dos actividades (barrido y recogida de "trastos") asignadas a esta categoría profesional, una más que la desempeñada por la categoría de "peón" (barrido).

b)- En ambas categorías se requiere literalmente **"únicamente la aportación de esfuerzo físico y atención"**. Por tanto, idéntica formación y capacidades.

c)- Lo anterior está en correlación con las funciones que se asignan a una y otra categoría, que **en ambos casos incluye tareas de barrido** (HP3º). No obstante, en el caso del "peón polivalente", además, también tienen asignadas funciones de **"recogida de trastos"**.

Pero por la empresa, a quien le incumbía la carga probatoria tras concurrir indicios de discriminación, no se ha aportado una valoración de los trabajos asignados por categorías, ni se ha probado, al menos, en qué consiste la "recogida de trastos", ni que objetos se incluyen exactamente en el término indeterminado "trastos". Tampoco se ha probado el porcentaje de la jornada dedicada a la recogida y al barrido, aunque la cobertura temporal de trabajos asignados a un "peón polivalente" son cubiertas habitualmente por personas con la categoría de "peón". Ello evidencia que las cualificaciones, experiencia práctica y capacidades exigidas para ambas categorías son idénticas (ELIMINAR)

d)- Existen, por tanto, similitudes evidentes entre ambas categorías, cual es el **lugar de trabajo** (idéntico), **la formación profesional, experiencia**, o el **nivel de responsabilidad** en una y otra categoría, al no haberse probado lo contrario por las demandadas, siendo buena prueba de ello el hecho de que las coberturas temporales de la categoría superior se cubran, sin necesidad de formación adicional, por la categoría inferior.

e)- Por último y **en relación a la nocturnidad** añadida a la categoría superior, como si se tratase de un elemento consustancial del trabajo (art. 36.2 ET), debe destacarse que la **literalidad del convenio prevé que las funciones pueden desempeñarse también en horario diurno**. Por tanto, no puede mantenerse que el salario superior de



un "peónpolivalente" se haya establecido por que el trabajo sea nocturno, pues no se establecedisminución salarial alguna si el trabajo es diurno.

Recordando la Doctrina constitucional sentada en la materia, la paradigmática **STC 145/1991** sobre trabajos de igual valor y discriminación retributiva por razón de sexo (limpiadoras y peones), dejaba sentado que :

"Se destaca que la diferente **clasificación profesional con la asignación de dos categorías distintas a quienes realizan las mismas funciones no responde a criterios neutros**, sino que la diferente denominación y pertenencia a una u otra categoría se determina por criterios sexistas. **La discriminación seguiría existiendo aún si hubiera, lo que no ocurre, alguna mujer Peón o algún hombre con la categoría de Limpiador**, ya que la diferencia retributiva existente entre las categorías es debida de manera fundamental al hecho de que una categoría es propia de personal femenino y otra de personal masculino, siendo el valor del trabajo en ambos casos el mismo, **si se tiene en cuenta el conjunto de factores, y no sólo la fuerza física, que en este caso es además irrelevante. La cualificación requerida en la misma, a lo sumo, se requiere más, conocimientos específicos para las tareas de limpieza. El factor determinante de la distinta e inferior retribución de la categoría de Limpiadora es la feminización, lo que constituye una forma de discriminación indirecta, en contra de la tendencia actual tendente a suprimir los vestigios sexistas en la mayor parte de las normas sectoriales de antaño.**"

En la misma línea, la **STC 147/1995**, en la que se pone énfasis sobre la carga de la prueba:

" como hemos tenido ocasión de declarar en resoluciones precedentes, el art. 14 C.E . prohíbe específicamente la discriminación por razón de sexo, sea en su expresión más tosca donde el sexo es objeto de consideración directa, sea en su vertiente más sutil y común, **la que tiene lugar bajo la apariencia de tratamientos formalmente no discriminatorios, pero que encubren consecuencias perjudiciales para un grupo social determinado, generalmente femenino** (STC 145/1991). Este principio de no discriminación comporta en materia salarial que a un mismo trabajo, o, más precisamente, a un trabajo al que se le atribuye un mismo valor, debe corresponder igual retribución, lo que excluye que pueda tomarse en consideración, sea directa o indirectamente, el sexo como factor determinante de los criterios retributivos, a menos que sea un elemento de idoneidad o aptitud profesional para el desempeño de una tarea que posee un valor propio y específico. **En los supuestos en que la diferencia salarial aparece cubierta por una asignación diversa de categorías, es claro que no basta con constatar la desigualdad de las tareas realizadas. Las exigencias de igualdad del art. 14 C.E . imponen valorar si los criterios empleados para la asignación de categorías son o no discriminatorios. Al empresario incumbe en estos supuestos la carga de probar que su práctica salarial no perjudica sistemáticamente a la categoría salarialmente infravalorada**, poniendo de manifiesto los criterios que determinan una mayor retribución al sector privilegiado; lo que exige, a la postre, hacer que su sistema retributivo sea transparente (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto Danfoss, de 17 de octubre de 1989)."

O la **STC 58/1994** en la que se recoge:

"Han constatado que unos y otros trabajadores están adscritos a las mismas Secciones (de "envasado" y "expedición"), pero con diferencias funcionales entre los puestos de trabajo de cada una de las categorías, **las mujeres ocupan los puestos de las cadenas de producción, mientras que los hombres se ocupan de alimentar las mismas líneas o cadenas de producción**. En los puestos de "expedición" los trabajadores **varones embalan y cargan los pedidos con destino a exportación y pedidos especiales, mientras las categorías asignadas con preferencia a mujeres distribuyen los pedidos, separan los pedidos y preparan los palets** por agencias. Hecha esta descripción, sin embargo, no puede considerarse agotado el esfuerzo de análisis del valor del trabajo realizado por unos y otros trabajadores, tal como se desprende de la síntesis antes hecha de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de este Tribunal. **El sólo enunciado de tareas diversas es un argumento descriptivo, que, aunque imprescindible como paso previo, no prejuzga en absoluto la razón por la que unas tareas -las desempeñadas predominantemente por hombres- han sido más valoradas que otras -las desempeñadas predominantemente por mujeres- a efectos salariales. Al contrario, es ahora cuando los criterios de valoración utilizados deben hacerse transparentes, incumbiendo al empleador la carga de mostrar cuáles sean esos, y su neutralidad desde la perspectiva del art. 14 C.E ."**

En el caso que nos ocupa, no habiéndose justificado por parte de las demandadas, a quienes les incumbía la carga probatoria, la razonabilidad de la diferente retribución entre las categorías profesionales comparadas, **y habiéndose probado la feminización de la categoría inferior (a 31/1/20: 76'78% mujeres y actualmente) y la masculinización de la superior (90'90% hombres)**, solo podemos concluir estimando el recurso planteado y apreciando la discriminación salarial por razón de sexo derivada del establecimiento de categorías diferentes para el desempeño de trabajos de igual valor, lo que se traduce en un impacto salarial adverso que redundará mayoritariamente en las mujeres, al ser este sector mayoritario en la categoría inferior y muy minoritario en la categoría superior.



Se estima el recurso planteado que remite a la demanda respecto a la declaración de NULIDAD de las retribuciones percibidas por (sic) "quienes están encuadrados en la categoría profesional de peón", al constituir una discriminación indirecta salarial, por razón de sexo, condenándose a las demandadas a abonar a tales personas trabajadoras ("peones") idénticas retribuciones salariales previstas convencionalmente para la categoría profesional de "peón polivalente".

Debemos aclarar que, aunque a lo largo de la demanda se alude a trabajadoras, usando el femenino de forma genérica, al ser mayoritariamente ellas las afectadas por este conflicto, es claro de la literalidad del petitum de la demanda, que la petición de nulidad y los efectos que se solicitan se hacen extensivos a todo el personal adscrito a la categoría profesional inferior (mujeres y hombres), tal y como se insiste, en el propio recurso de suplicación y se recoge expresamente en el punto séptimo de la demanda.

La condena debe recaer solidariamente respecto a UTE TELDE, actual explotadora del servicio y las mercantiles que la conforman HERMANOS SANTANA CAZORLA SL y VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES SA, todo ello por el mismo razonamiento jurídico contenido en la sentencia de instancia (FJ3º), respecto al cual se han aquietado las codemandadas al no recurrir la sentencia sobre este extremo.

También debe recaer los efectos declarativos de esta resolución respecto a las codemandadas, FCC MEDIO AMBIENTE SAU y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA responsables de la gestión del servicio hasta el 31 de enero de 2020 y por tanto también lo son del abono de las diferencias retributivas generadas con anterioridad a tal fecha, ello sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el art. 44.3 del ET.

Por lo que respecta a la **indemnización de daños y perjuicios paralela** solicitada, también, en la demanda, de **2.000 euros por vulneración de derechos fundamentales (dañomoral)**, para cada una de las personas adscritas a la categoría de "peón", **no se consideraprosesalmente viable por carencia de legitimación de la parte actora en la reclamación de un "daño moral" generalizado** para todas las personas (mayoritariamente mujeres) afectadas por este conflicto, pues pudiera ser tal daño diferente dependiendo de cada persona, y un enjuiciamiento generalizado sobre el fondo impediría, por el instituto de la cosa juzgada, la viabilidad de reclamaciones individuales. De otro lado, tampoco se ha aportado por la parte actora prueba alguna que acredite el conocimiento de este extremo por quienes están afectados/as por el conflicto y, en su caso, una autorización expresa para alzarse en la representación colectiva que ostenta el comité, en esta petición indemnizatoria. Como situación asimilable a la presente, aunque no idéntica, podemos observar como el art. 20 de la LRJS, exige a los sindicatos que actúen judicialmente en interés de las personas trabajadoras afiliadas, haber comunicado a la persona afiliada previamente su voluntad de iniciar el proceso.

En el caso que nos ocupa ni se ha probado la comunicación previa ni la autorización por las personas afectadas por el conflicto.

En base a lo expuesto se estima parcialmente el recurso planteado.

CUARTO.-Conforme a lo dispuesto en el art. 235 LRJS, no procede imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por Yolanda Y OTROS frente a la sentencia nº 90/2021 de fecha 17 de febrero de 2021, del Juzgado de lo Social nº 10 (autos 910/2020) y revocando parcialmente la sentencia recurrida estimamos parcialmente la demanda planteada por el Comité de empresa demandante y declaramos que las empresas demandadas han incurrido en Vulneración del Derecho Fundamental a la no discriminación salarial por razón de sexo (art. 14 CE) en relación al personal adscrito a la categoría profesional de "peón", igualmente declaramos la NULIDAD de tal categoría profesional debiendo extenderse al colectivo afectado las retribuciones fijadas para la categoría profesional de "peón polivalente" condenándose solidariamente a las codemandadas UTE TELDE, VALORIZA SERVICIOS AMBIENTALES, HERMANOS SANTANA CAZORLA; FCC MEDIO AMBIENTE SAU y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA, confirmándose la sentencia de instancia en los restantes pronunciamientos.

Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES



Contra esta sentencia cabe **Recurso de Casación para Unificación de doctrina**, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el **importe de la condena**, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/ Las Palmas nº 3537/0000/66/0867/21 *pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por elaseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidariadel avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere enconstituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá dehacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.*

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.