

Id. Cendoj: 28079140012014100204
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 14/05/2014

Nº Recurso: 2328/2013

Ponente: JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ

Procedimiento: SOCIAL

Idioma: Español

TRIBUNAL SUP RE MOSala de lo Social

SENTENCIA:

Presidente Excmo. Sr. D.: Jesús Gullón Rodríguez

Fecha Sentencia: 14/05/2014 **Recurso Num.:** UNIFICACIÓN DOCTRINA
2328/2013 **Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimatoria **Votación:** 08/05/2014
Procedencia: T.S.J. CANARIAS SALA SOCIAL **Ponente Excmo. Sr. D.** José
Luis Gilolmo López **Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. Guillermo Fernández-Vivanco
Romero **Reproducido por:** rgl **Nota:**

Procedimiento de oficio. Discriminación retributiva indirecta por razón de sexo que afecta a un "plus voluntario y absorbible". Existe el trato discriminatorio porque, a diferencia de lo que sucede en otros departamentos con mayoría de hombres (camareros de bares y cocina), la cuantía del plus es sensiblemente inferior en otro departamento (camareras de pisos) en el que sólo trabajan

mujeres y no se aprecia justificación objetiva y razonable de esa disparidad en el "plus", pese a encontrarse unos y otras en el mismo Nivel salarial IV del Convenio Colectivo de aplicación. Valor de los datos estadísticos. Se confirma en tal sentido la sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias/Las Palmas.

Recurso Num.: / 2328/2013 **Ponente Excmo. Sr. D.:** José Luis Gilolmo López **Votación:** 08/05/2014 **Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. Guillermo Fernández-Vivanco

Romero

SENTENCIA NUM.:

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

Excmos. Sres.:

D. Jesús Gullón Rodríguez D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. José Luis Gilolmo López D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

En la Villa de Madrid, a catorce de Mayo de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de CANSUR, S.L., contra sentencia de fecha 8 de mayo de 2013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias /Las Palmas, en el recurso nº 181/2013, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia de fecha 9 de julio de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Las

Palmas de Gran Canaria, en autos nº 107/2011, iniciados por procedimiento de Oficio promovido por la Dirección General de Trabajo, frente a CANSUR, S.L., y Sabina, Violeta, Eva María, Ariadna, Cecilia, Antonio, Flor, Leocadia, Milagros, Remedios, Teresa, María Esther, Antonia, Domingo, Clemencia, Fabio, Estrella, Inocencia, María, Paula, Socorro, María Angeles, Amparo, Carolina, Emilia, Genoveva, Lorenza, Noelia, Sandra, Marí Trini, Moises, Carla, Elvira, Gracia, Magdalena, Tamara, María Virtudes, Aurelia, Covadonga, Felisa, Carlos Antonio, Maite, Pilar, Teodora, Alejandra, Carlota, Emma, Inmaculada, Micaela, Rosana, María Antonieta y Angustia.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **José Luis Gilolmo López** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de julio de 2012 el Juzgado de lo Social nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DIRECCION GENERAL DE TRABAJO frente a CANSUR S.L , Sabina, Violeta, Eva María, Ariadna, Cecilia, Antonio, Flor, Leocadia, Milagros, Remedios, Teresa, María Esther, Antonia, Domingo, Clemencia, Fabio, Estrella, Inocencia, María, Paula, Socorro, María Angeles, Amparo, Carolina, Emilia, Genoveva, Lorenza, Noelia, Sandra, Marí Trini, Moises, Carla, Elvira, Gracia, Magdalena, Tamara, María Virtudes, Aurelia, Covadonga, Felisa, Carlos Antonio, Maite, Pilar, Teodora, Alejandra, Carlota, Emma, Inmaculada, Micaela, Rosana, María Antonieta y Angustia sobre PROCEDIMIENTO DE OFICIO., declarando que la actuación de la empresa demandada en relación a la categoría de camarera de pisos que prestan servicios en el centro de trabajo sito en la Avenida de Tour Operador Tui s/n, al percibir el concepto salarial denominado "plus voluntario" en importe muy inferior al que perciben los trabajadores del Mismo Nivel retributivo IV que prestan servicios en bares y cocina en el mismo centro de trabajo constituye una discriminación salarial por razón de sexo."

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1. -Por la Inspección de Trabajo se giró visita de Inspección con fecha 3/8/10 al centro de trabajo de la empresa demandada sito en la Avenida de Tour Operador Tui s/n, levantándose con fecha 5/8/10 acta de infracción, contra la misma, considerando que ésta había contravenido el artículo 14 de la CE , desarrollado por los artículos 4.2 c) y 28 del ET , e incurrido en infracción laboral, tipificada como muy grave, tipificada en el artículo 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social , proponiendo la imposición de una sanción a la empresa por importe de

25.000 € entendiéndose que la entidad citada había incurrido en discriminación en materia de remuneración por razón de sexo, considerando que la empresa abonaba un denominado "plus voluntario absorbible" cuyo importe era inferior en el departamento de pisos, integrado mayoritariamente por mujeres, que en los departamentos de bares y cocina, de composición mayoritariamente masculina.

2. -Con fecha 23/8/10 la empresa presentó escrito de alegaciones, por lo que solicitaba el sobreseimiento y archivo del citado expediente sancionador. Por dicho motivo, tras solicitar informe complementario al Inspector actuante y estimar parcialmente, mediante resolución de 23/12/10, el recurso de alzada interpuesto el 17/10/10 por la empresa frente a la resolución de la Dirección General de Trabajo de 18/10/10 por la que se imponía la sanción a la empresa de 25.000 €, se decidió entablar la acción de oficio que origina las presentes actuaciones.

3 .-En el Departamento de Cocina de dicho centro de trabajo prestan servicios 15 trabajadores (13 hombres y 2 mujeres), percibiendo un plus voluntario absorbible cuyo importe actual mensual asciende a 118,42 euros. Este importe es similar tanto para los hombres y mujeres que presten servicios en este Departamento.

4. -En el Departamento de Bares de dicho centro de trabajo prestan servicios 27 trabajadores, de los que 21 son hombres y seis mujeres, percibiendo un plus voluntario

absorbible cuyo importe actual mensual asciende a 168,19 euros. Este importe es similar tanto para hombres y mujeres que presten servicios en este Departamento.

5 .-En el Departamento de Pisos prestan servicios 43 trabajadoras, todas las cuales son mujeres, percibiendo un plus voluntario absorbible cuyo importe actual mensual asciende a 10,37 euros. (conforme)

6 .-Este complemento ha sido objeto de compensación y absorción por parte de la demandada. (conforme)

7 .-La finalidad de este complemento es compensar las tareas que realizan los trabajadores antes mencionados. (testifical del Sr. Victorino)

8 -Conforme al Convenio de aplicación, todos los trabajadores antes mencionados pertenecen en la actualidad al mismo nivel salarial IV (conforme)

9 .-Las camareras de pisos han de tratar, en ocasiones, con los clientes, normalmente extranjeros, en el idioma propio de éstos. (testifical del Sr. Luis Angel)

10 .-Los cocineros que trabajan en la cocina no se relacionan con los clientes (testifical Don. Luis Angel)

11 .-La empresa realiza los preceptivos controles sanitarios en el Departamento de Bares y Cocinas, exigiendo a los trabajadores de estos Departamentos formación en esta materia. (testifical de la Sra. Eufrosia)

12 .-Conforme al artículo 18 del ALEH las funciones que corresponden a las categorías de cocinero, camarero y camarero de pisos son las que siguen:

Cocinero/a:

-Realizar de manera cualificada, autónoma y responsable, la preparación, aderezo y presentación de platos utilizando las técnicas más idóneas.

-Colaborar en los pedidos y conservación de materias primas y productos de uso en la cocina.

-Preparar, cocinar y presentar los productos de uso culinario.

-Colaborar en el montaje, servicio y desmontaje de bufetes.

-Revisar y controlar el material de uso en la cocina, comunicando cualquier incidencia al respecto.

-Colaborar en la planificación de menús y cartas.

-Colaborar en la gestión de costes e inventarios, así como en las compras.

-Controlar y cuidar de la conservación y aprovechamiento de los productos puestos a su disposición.

Camarero/a:

-Ejecutar de manera cualificada, autónoma y responsable, el

servicio y venta de alimentos y bebidas.

-Preparar las áreas de trabajo para el servicio.

-Realizar la atención directa al cliente para el consumo de bebidas o comidas.

-Elaborar para consumo viandas sencillas.

- Transportar útiles y enseres necesarios para el servicio.
- Controlar y revisar mercancías y objetos de uso de la sección.
- Colaborar en el montaje, servicio y desmontaje de bufetes.
- Realizar trabajos a la vista del cliente tales como flambeo, cortar, trinchar, desespinar, etc.
- Colaborar con el jefe de comedor en la preparación y desarrollo de acontecimientos especiales.
- Podrá coordinar y supervisar los cometidos propios de la actividad de su Área.
- Informar y aconsejar al cliente sobre la composición y confección de los distintos productos a su disposición.
- Podrá atender reclamaciones de clientes.

Camarero/a de pisos:

- Realizar de manera cualificada la limpieza y arreglo de las habitaciones y pasillos, así como del orden de los objetos de los clientes.
- Limpiar y ordenar las habitaciones, baños y pasillos entre las habitaciones de clientes.
- Controlar el material, productos de los clientes y comunicar a sus responsables las anomalías en las instalaciones y los objetos perdidos.

-Realizar la atención directa al cliente en las funciones propias de su área.

-Realizar las labores propias de lencería y lavandería.

13 .-El Hotel Maspalomas Princess está adscrito al Programa Cristal, un programa de prevención de riesgos higiénico sanitarios. Como parte de ese programa, un consultor de la empresa que ejecuta dicho programa realiza tareas de vigilancia y asesoramiento sobre las condiciones higiénico sanitarias del mencionado hotel, así como auditorías de verificación del programa. (doc. 1 empresa) Se da por reproducido el resultado de dichas auditorías (d. 3 de la empresa)

14 .-La demandada, en el año 2010, 2008, 2007, 2006, impartió a trabajadores de los Departamentos de Bares y Cocina un curso (uno cada año de los indicados) sobre manipulación de alimentos. La duración del primer curso y del último fue de ocho y seis horas, respectivamente. De los restantes no consta su duración. (d. 2 de la empresa)"

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de CANSUR, S.L., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas, la cual dictó sentencia en fecha 9 de julio de 2012 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Cansur S.L contra la Sentencia dictada el día 9 de julio de 2012 por el Juzgado de lo Social número 3 de Las Palmas de Gran Canaria , debemos confirmar como confirmamos dicha Sentencia. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal. Con imposición de costas a la empresa recurrente incluidos los honorarios de la Letrado impugnante del recurso que se fijan en 600, 00 €".

CUARTO.- Por el Letrado Don José Miguel Llamas Bravo de Laguna, en nombre y representación de CANSUR, S.L., se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas, de fecha 16 de octubre de 2012, recurso nº 1060/12.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 8 de enero de 2014 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de mayo de 2014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión que se debate en el presente recurso de casación unificadora se centra en determinar si un "plus voluntario y absorbible", asignado unilateral e incondicionadamente por la empresa en cuantía diferente a varios de sus departamentos, cuya finalidad, según la declaración de hechos probados, estriba en "compensar tareas" (h.p. 7º), constituye o no un trato desigual contrario al artículo 14 de la Constitución Española.

2. Frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas que estima la demanda de oficio promovida por la autoridad laboral y declara que la actuación de la empresa demandada, CANSUR, S.L., en relación a la categoría de "camareras de pisos" que prestan servicios en el establecimiento hostelero que constituye el centro de trabajo, al percibir el concepto salarial denominado "plus voluntario" en importe mensual muy inferior al que perciben los "camareros" del mismo Nivel retributivo IV que prestan servicios en bares y cocina, constituye una discriminación salarial por razón de sexo, se interpone por la propia empleadora el presente recurso de casación para la unificación de

doctrina, articulando un único motivo que denuncia la infracción de los arts. 4.2.c) y 28 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con

los arts. 14 y 18 de la Constitución (CE), 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007 y con la doctrina jurisprudencial que menciona, invocando como sentencia de contraste la dictada el 16 de octubre de 2012 (R. 1060/12) por la misma Sala de Las Palmas.

Consta en el relato fáctico de la sentencia de instancia, inalterado en suplicación, que en el referido centro de trabajo (Hotel Maspalomas Princesa), en el que prestan servicios los trabajadores afectados, todos, hombres y mujeres, cobran ese plus voluntario absorbible, cuya finalidad es compensar las tareas que realizan y que ha sido objeto de compensación y absorción por parte de la demandada.

En el Departamento de cocina prestan servicios 15 trabajadores (13 hombres y 2 mujeres) y todos ellos perciben dicho plus en cuantía de 118,42 €/mes. En el Departamento de bares prestan servicio 27 trabajadores, 21 hombres y 6 mujeres y todos perciben el citado plus en cuantía de 168,19 €/mes. En el Departamento de pisos prestan servicio 43 trabajadoras, percibiendo todas ellas el plus en importe de 10,37 €/mes.

Todos los trabajadores y trabajadoras mencionados pertenecen en la actualidad al mismo nivel salarial IV de la norma convencional aplicable, y en el ordinal décimo segundo de la declaración de hechos probados, transcrito en su integridad en los antecedentes de la presente resolución, constan las diferentes funciones que corresponden a las categorías de "cocinero", "camarero" y "camarero de piso", conforme al art. 18 del Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería (ALEH en adelante).

Las camareras de pisos, en ocasiones, han de tratar con los clientes, normalmente extranjeros, en su idioma. Los cocineros no se relacionan con los clientes. La empresa realiza los preceptivos controles sanitarios en los Departamentos de bares y cocina, exigiendo a los trabajadores formación en la materia, habiendo impartido a los destinados en ellos diferentes cursos sobre manipulación de alimentos, y el Hotel está adscrito al denominado "Programa Cristal", un programa de prevención de riesgos higiénico-sanitarios.

La sentencia impugnada declara que existen indicios de discriminación sin que la empresa haya dado una justificación objetiva y razonable de aquél desigual trato en la cuantía del plus, dado que se ha demostrado que en el Departamento de pisos solo trabajan mujeres y a ellas se les viene abonando un plus voluntario absorbible en cuantía muy inferior a sus compañeros de los Departamentos de bares y cocina, mayoritariamente hombres y de igual nivel salarial. La Sala de suplicación, confirmando los razonamientos de la Magistrada de instancia, entiende que la empresa no ha ofrecido la justificación de que su conducta haya respondido a criterios objetivo, sin que haya acreditado la existencia de una diferencia esencial de cometidos, que, en su caso podría provocar el encuadramiento en diferentes grupos retributivos, añadiendo que las funciones ejecutadas por las camareras de Pisos, en lo referente al cuidado y bienestar de los clientes, vienen a resultar de una trascendencia equiparable a las de los otros grupos, no justificativas en ningún caso de aquella diferencia retributiva, sin que la formación en materia sanitaria inherente a los Departamentos de bares y cocina pueda considerarse relevante a efectos de marcar tan acentuada diferencia en la retribución.

4. La arriba mencionada sentencia referencial, dictada, como vimos, por la misma Sala de Las Palmas el 16 de octubre de 2012 (R. 1060/12), variando en ambas sólo el Magistrado Ponente, también confirmatoria de la resolución -en ese caso- desestimatoria de instancia, resuelve igualmente una demanda de oficio promovida por la autoridad laboral en solicitud de que se determinase judicialmente si la conducta de otra empresa perteneciente al mismo sector de la hostelería, conducta consistente en abonar un plus voluntario y absorbible al personal, mayoritariamente de sexo masculino, con categoría de cocinero y camarero, que no se percibía por el que ostentaba la categoría de camarera de pisos, conformada exclusivamente por mujeres, no obstante estar encuadradas las tres categorías en el mismo nivel salarial del convenio, constituía una discriminación salarial indirecta por razón de sexo.

Partiendo de la certeza de tales hechos, la sentencia de contraste analiza el art. 18 del ALEH y concluye que el mismo, al definir las funciones propias de cada una de ellas, introduce un claro elemento diferenciador entre las de cocinero y camarero y las

de camarero/a de pisos, cual es el de la autonomía y responsabilidad en el desempeño de las labores que les son propias, y que expresamente se establece para las dos primeras, pero no para la tercera. Además, en esta ocasión, la Sala de suplicación valora las circunstancias inherentes a la prestación de servicios "como camarero (realización de turnos partidos, manejo de dinero, atención al cliente, generación de ventas, conocimiento de idiomas) y cocinero (realización de turnos partidos, vacaciones limitadas, especial formación) que no se dan en la actividad realizada por las camareras de pisos, cuya ejecución no requiere formación ni cualificación específica, ni está sujeta a las condiciones en materia de turnos y vacaciones que rigen para las otras dos categorías".

La contradicción parece clara, tal como admite el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, a diferencia de lo que sostiene la impugnación de los Servicios Jurídicos del Gobierno Autónomo de Canarias, porque se trata de sendas demandas formuladas de oficio por la administración laboral con idéntica pretensión y fundadas en la misma normativa convencional (ALAEH). En los dos casos, el colectivo supuestamente afectado por la discriminación es el mismo (camareras de piso), igual que lo es el colectivo con el que se le compara (camarero de bar y cocinero), estando todos ellos encuadrados en el nivel retributivo IV

de la disposición colectiva. En ambos casos se acredita el distinto tratamiento retributivo en lo referente al mismo plus voluntario y absorbible, puesto que, en la recurrida, es muy superior el importe para los trabajadores de los departamentos de bares y cocina, concretamente camareros y cocineros, hombres mayoritariamente, que la cuantía que percibe el personal con categoría de camarero de pisos, integrado todo por mujeres. En la sentencia referencial esa diferencia llega al extremo de que las camareras de piso no perciben cantidad alguna por tal concepto. Por otra parte, ambas resoluciones reproducen el precepto convencional que establece las funciones de grupo, interpretándolo de forma diferente, pues la de contraste, en divergencia con la recurrida, concluye que las aptitudes y exigencias para cada uno de los grupos son diferentes.

Es cierto que en la sentencia referencial se describen (h.p. 6º) algunas de las funciones que, al entender de aquella Sala, retribuyen el plus variable (a los camareros, la realización de turnos partidos, manejo de dinero, atención al cliente..; a los cocineros, la formación especial, las características en las que se desenvuelve su trabajo, las vacaciones y los turnos partidos según el modelo de servicio denominado "todo incluido"), sin que exista formación específica para las camareras de piso. Por el contrario, en la sentencia ahora recurrida solo se dice (h.p. 7º) que la finalidad del plus consiste en compensar las tareas que realizan los trabajadores que lo perciben, habiéndose denegado en suplicación la modificación del relato fáctico para incluir, como pretendía entonces la recurrente, las funciones que, a su entender, justificaban el plus. Sin embargo, esa diferencia carece de relevancia a los efectos de la contradicción que requiere el art. 219 de la LRJS porque, conforme se desprende de los ordinales 9º, 10º y 11º de la inmodificada declaración de hechos probados de la sentencia impugnada, existen referencias expresas a la forma en la se desarrollaban los trabajos y a la formación de los afectados, y esas funciones son también expresamente valoradas por la propia sentencia recurrida de manera completamente distinta a la de contraste. Procede, pues, un pronunciamiento que resuelva la contradicción.

SEGUNDO.- 1. Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la de esta Sala, han establecido una clara diferenciación entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones, como puede verse en la STC 62/2008, y las que en ella se citan, y en las sentencias de esta Sala, entre otras, de 17-5-2000 (R. 4500/00), 23-9-2003 (R. 786/02), 9-3-2005 (R. 31/04), 7-7-2005 (R. 101/04), 8-5-2006 (R. 179/04), 21-12-2007 (R. 1/07), 14-1-2008 (R. 143/08), 11-11-2008 (R. 120/07), 12-4- 2011 (R. 136/10), 19-4-2011 (R. 16/09) y 18-7-2011 (R. 133/10).

Estas sentencias, como ha compendiado la de 12-4-2011, " *distinguen en el artículo 14 de la Constitución Española dos prescripciones: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del*

criterio de diferenciación aplicado. Esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la STC 34/1984, la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación, lo que no ocurre cuando la desigualdad se establece por una norma del ordenamiento o por la actuación de una Administración Pública (STC 161/1991 y 2/1998). Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que, como la raza, el sexo, el nacimiento y las convicciones ideológicas o religiosas, han estado ligadas históricamente a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas u otras condiciones que también se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista".

"De ahí el distinto alcance de estos principios, porque mientras que el principio de igualdad -en la Ley y en la aplicación de la ley-vincula a los poderes públicos, y al convenio colectivo en la medida en que, en nuestro Derecho, tiene una eficacia normativa que trasciende el marco normal de una regulación privada, no sucede lo mismo con la tutela antidiscriminatoria, que por la especial intensidad de su protección se proyecta en el ámbito de las relaciones privadas. Esto es así, porque en estas relaciones la exigencia de igualdad debe armonizarse con otros principios o valores constitucionales y fundamentalmente el de la libertad (arts. 1 y 10 CE), que se proyecta no sólo en el reconocimiento de la libertad de empresa (art. 38 CE), sino en general en la autonomía privada, que ha de verse como la proyección de la libertad en el ámbito de la ordenación de los intereses privados. Como señala la STC 34/1984, la exclusión de un principio absoluto de igualdad en el marco de las relaciones laborales entre sujetos privados "no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad, que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no

desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales". Por ello, concluye esta decisiva sentencia que "en la medida en que la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad". Así lo ha venido declarando esta Sala no sólo en las sentencias citadas, sino en otras a las que enseguida aludiremos. La propia ordenación del sistema de fuentes laboral parte del reconocimiento de este papel de la autonomía de la voluntad, pues lo que impone el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores es una articulación de las distintas regulaciones -normativas y contractuales-a partir del principio de norma mínima, de forma que el contrato de trabajo podrá siempre, salvo supuestos excepcionales de reglas de derecho necesario absoluto, mejorar las condiciones mínimas establecidas por la Ley y el convenio colectivo, sin someterse a una exigencia absoluta de trato igual, que establecería una extraordinaria rigidez en la contratación y un control exorbitante de la discrecionalidad de la gestión empresarial privada; control que sería además muy difícil de instrumentar en la práctica ".

2. Por otra parte, también el Tribunal Constitucional ha estimado que la estadística es un medio revelador de la existencia de discriminación indirecta (SSTC, 128/1.987, de 14 de Julio, y 253/2004, de 22 de Diciembre) y, como recordábamos en la nuestra de 18-7-2011, R. 133/10, la estadística puede constituir una decisiva fuente de indicios de discriminación indirecta, según estableció ya la precitada STC 253/2004, donde se dice:

"Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no

necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial - STJCE de 27 de junio de 1990-, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo - STJCE de 9 de febrero de 1999-, trabajadores con menos fuerza física - STC 149/1991 --etc.). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto The Queen v. Secretary of State for Health; de 20 de marzo de 2003, asunto Jorgensen, y de 11 de septiembre de 2003, asunto Steinicke).

En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho.

Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que «cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación -en este caso las mujeres-, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE» (STC 145/1991, de 1 de julio , F. 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio , F. 6). En este

mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada).".

Conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE , tal como igualmente sostiene esa misma resolución del TC, compendiada por la nuestra del 18-7-2011: *«el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Por «discriminación directa» se entiende «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo», en tanto que es «discriminación indirecta» , «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» (art. 2.2). La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2.c) y*

17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social".

"Este concepto de discriminación indirecta por razón de sexo ya aparecía recogido en el art. 2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Define la discriminación indirecta en los siguientes términos: «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo».

"Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional y así, como se recuerda en la STC 22/1994, de 27 de enero (F. 4), «una abundante jurisprudencia de este Tribunal ha descartado que sean adecuadas las diferencias que se implantan atendiendo solo y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose sólo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asuntos Bilka Kaufhaus, de 13 de mayo de 1986 , o Kowalska, de 27 de junio de 1990, entre otros), exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del solo tiempo de trabajo inferior".

"En el mismo sentido, la STC 240/1999, de 20 de diciembre (F. 6), recuerda y resume esta doctrina, señalando que «este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996 , F. 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995)». Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, las ya citadas SSTJCE de 27 de junio de 1990 , asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992 , asunto Bötzel; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez ".

3. Y esto es precisamente lo que sucede en el presente caso porque aunque el empresario, en ejercicio de su libertad y su autonomía de la voluntad, no se encuentra normalmente sometido al principio de igualdad en los términos arriba expuestos, y, por tanto, podría establecer diferencias en unas retribuciones que excedían de la norma convencional, por el contrario, no podía hacerlo si con ello instituía distinciones que, a falta de prueba y explicaciones en contrario, sólo se basaban en el sexo de sus destinatarios.

Así pues, tratándose de un plus voluntario, no vinculado expresamente a circunstancia laboral o prestacional alguna, precisamente por ello, en principio, es claro que el beneficio nada tiene que ver con una hipotética mayor cualificación o dedicación que pudiera derivar de los conocimientos adquiridos (h. p. 13º y 14º) por sus receptores. Al revés, la ausencia de cualquiera de tales circunstancias evidencia que, de forma aparentemente neutra y objetiva, la empresa asigna el plus al margen de cualquier capacitación profesional de quienes lo perciben o con independencia de la calidad o cantidad de la prestación laboral: se trata simplemente de un plus voluntario, cuya finalidad, según quedó acreditado (h. p. 7º) no era más que "compensar las tareas de los trabajadores".

Y aunque precisamente, por esa liberalidad, el empresario privado no está obligado a otorgar un trato igual o uniforme a todos sus trabajadores, pudiendo establecer aquellas diferencias que le parezcan más convenientes en orden a sus propios intereses empresariales, lo que no puede hacer, sin demostrar que exista para ello una causa objetiva y razonable que lo justifique, es asignar unas cantidades significativamente inferiores en los departamentos integrados exclusivamente por mujeres (10,37 € mensuales por persona en el de "pisos") respecto a las que otorga en los departamentos muy mayoritariamente ocupados por hombres (118,42 y 168,19 €/mes en "cocina" y "bares", respectivamente).

La "autonomía" o la "responsabilidad", los dos elementos que, en la misma línea argumental empleado por la sentencia de contraste, destaca el MF para descartar la

discriminación proscrita por el ordenamiento, carecen aquí de significación al respecto porque el segundo (la responsabilidad), sin mayores precisiones, es decir, en lo que puede entenderse como la necesidad de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia como uno de los deberes básicos de los trabajadores (art. 5 ET), es obviamente predicable y exigible en cualquier prestación laboral; y el primero (la autonomía), tratándose en todos los casos de servicios por cuenta ajena, y a salvo de cualquier otra circunstancia o explicación más razonable, no parece que puedan servir para justificar la importante diferencia retributiva detectada por la Autoridad Laboral, siendo así, además, que los arts. 4.2 y 17 del ET establecen el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sexo.

Pues bien, en el presente caso, la diferencia de trato, insistimos, en ausencia de cualquier explicación o justificación razonable que la diera sentido, tiene carácter discriminatorio porque, de forma objetiva, esa diferenciación establecida por el empleador privado, instrumentada mediante una concesión aparentemente neutra, entraña un trato retributivo que discrimina peyorativamente a quienes prestan servicios en un departamento ocupado exclusivamente por mujeres, hasta el punto de que ellas, en clara y exagerada disparidad con sus compañeros varones mayoritariamente destinados en los otros departamentos, perciben unas sumas significativamente inferiores (en ningún caso alcanzan siquiera el 10% de las que se cobra en los departamentos mayoritariamente ocupados por hombres) a las de aquéllos. Habiéndolo entendido así, en fin, la sentencia impugnada, procede, visto el parecer contrario del Ministerio Fiscal, desestimar el recurso y confirmar aquella en todos sus pronunciamientos. Con imposición de costas a la recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de CANSUR, S.L., frente a la sentencia dictada el 8 de mayo de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas, en recurso de suplicación nº 181/2013, iniciados en el Juzgado de lo Social nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos nº 107/2011, iniciados por procedimiento de Oficio promovido por la Dirección General de Trabajo, frente a CANSUR, S.L., y Sabina, Violeta, Eva María, Ariadna, Cecilia, Antonio, Flor, Leocadia, Milagros, Remedios, Teresa, María Esther, Antonia, Domingo, Clemencia, Fabio, Estrella, Inocencia, María, Paula, Socorro, María Angeles, Amparo, Carolina, Emilia, Genoveva, Lorenza, Noelia, Sandra, Marí Trini, Moises, Carla, Elvira, Gracia, Magdalena, Tamara, María Virtudes, Aurelia, Covadonga, Felisa, Carlos Antonio, Maite, Pilar, Teodora, Alejandra, Carlota, Emma, Inmaculada, Micaela, Rosana, María Antonieta y Angustia. Se condena a la recurrente al pago de las costas y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Gilolmo López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.