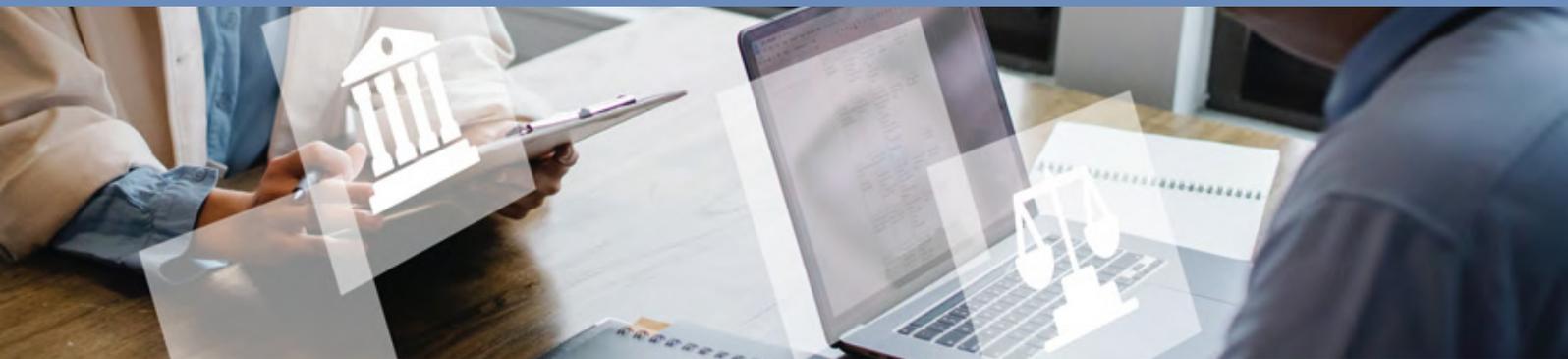


# XXXIII JORNADAS CATALANAS DE DERECHO SOCIAL

«(Protección) Igualdad y no discriminación  
en las relaciones de trabajo»

**José Fernando Lousada Arochena** (director)



# **XXXIII JORNADAS CATALANAS DE DERECHO SOCIAL**

**«(Protección) Igualdad y no discriminación  
en las relaciones de trabajo»**

**José Fernando Lousada Arochena (director)**

# Contenido

<b>Presentación</b> .....	<b>2</b>
<b>Marco general de la igualdad de trato: Revisión al hilo de la ley 15/2022</b> .....	<b>6</b>
1. Estereotipos y prejuicios, discriminaciones en potencia .....	7
2. Discriminación real y discriminación legal.....	12
3. Un apunte sobre las fuentes normativas.....	14
4. Causas de discriminación: Una cláusula abierta .....	18
5. La igualdad de trato .....	22
5.1. Discriminación directa .....	23
5.2. Discriminación indirecta .....	32
5.3. Discriminación por asociación, codiscriminación y discriminación por extensión...	34
5.4. Discriminación por error .....	36
5.5. Discriminación múltiple y discriminación interseccional .....	37
5.6. Denegación de ajustes razonables .....	40
5.7. Acoso discriminatorio y acoso sexual.....	41
5.8. Inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia .....	44
5.9. Represalias .....	45
5.10. Incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales .....	46
5.11. Inacción, dejación de funciones o incumplimiento de deberes .....	47
5.12. Segregación escolar.....	47
6. Criterios de interpretación normativa .....	48
7. Garantías del derecho a la igualdad de trato .....	50
7.1. Contenido de la tutela antidiscriminatoria .....	51
7.2. Legitimación para la defensa de los derechos de igualdad de trato .....	53
7.3. Reglas sobre la carga de la prueba .....	55
7.4. Garantías en el procedimiento administrativo .....	55
8. Disposiciones específicamente laborales de la ley 15/2022 .....	57
8.1. Derecho a la igualdad de trato en ámbitos laborales .....	57
8.2. Responsabilidad social de las empresas .....	61
9. Aplicación en ámbitos laborales de las disposiciones comunes de la ley 15/2022.....	62
10. Información y asesoramiento a las personas víctimas de discriminación.....	63

<b>Derechos de conciliación e igualdad de género</b> .....	<b>64</b>
1. La incuestionable conexión de la conciliación corresponsable con la igualdad entre mujeres y hombres.....	65
2. De la feminidad del cuidado a la corresponsabilidad.....	69
2.1. Algunos antecedentes no tan remotos.....	69
2.2. El lento pero progresivo proceso de individualización y convergencia igualitaria de los derechos de conciliación.....	71
2.3. La conciliación durante la pandemia y los últimos avances.....	74
3. Algunos ejemplos ilustrativos que ofrece una abundante casuística.....	83
3.1. Conciliación y brecha salarial.....	83
3.2. El problema del uso de los tiempos para conciliar.....	88
3.3. Algunos interrogantes finales.....	92
<b>El conocimiento de la discapacidad en las relaciones laborales</b> .....	<b>94</b>
1. Introducción.....	95
2. El marco normativo de referencia para el empleo de las personas con discapacidad.....	99
3. El conocimiento de la discapacidad en el marco de las relaciones laborales.....	110
<b>Discriminación de las personas LGTBI en el empleo</b> .....	<b>114</b>
1. Introducción.....	115
2. Discriminación de las personas LGTBI en la historia de España.....	116
3. Homofobia.....	122
4. Transfobia.....	123
5. Prejuicios hacia las personas LGTBI.....	125
6. Discriminación.....	130
7. Legislación.....	132
8. Jurisprudencia.....	138
9. La realidad de las personas LGTBI en el ámbito laboral.....	141
10. Recomendaciones contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el ámbito laboral.....	143
<b>Interseccionalidades, en especial el sexo con otros motivos de discriminación</b> .....	<b>144</b>
1. Introducción: El concepto (o 1 + 1 no son 2).....	145
2. La utilización (o más bien la falta de utilización) de la discriminación interseccional en la jurisprudencia.....	150
3. La discriminación de la mujer y su interacción con otros elementos de discriminación en el ámbito del derecho social.....	152

<b>Principio de igualdad en la carta social europea (revisada) y en la doctrina del comité europeo de derechos sociales</b> .....	<b>158</b>
1. Introducción.....	160
2. La carta social europea (revisada). Aspectos generales y control de convencionalidad ..	162
2.1. Naturaleza jurídica y valor de la CSE.....	162
2.2. Aplicabilidad directa de la CSE .....	164
2.3. Control de convencionalidad .....	171
2.4. El valor de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales.....	173
2.5. La CSE en el recurso de casación para la unificación de doctrina .....	180
2.6. La interpretación de la Carta Social Europea.....	184
2.6.1. La interpretación de los tratados y convenios internacionales. Cuestiones generales.....	184
2.6.2. La interpretación de los tratados y convenios en España .....	185
2.6.3. Las normas especiales de interpretación de la Carta Social Europea....	186
2.7. El papel de los tribunales nacionales en la interpretación de los derechos humanos. El principio de norma más favorable o «máximo-mínimo».....	191
3. La prohibición de la discriminación como principio básico de interpretación del artículo E de la CSE.....	194
3.1. Principio de no discriminación: el artículo E de la Carta .....	194
3.2. Antecedentes del artículo E.....	194
3.3. Definición de «discriminación» .....	194
3.4. Definición de «distinción discriminatoria» .....	195
3.5. Finalidad del artículo E.....	196
3.6. Motivos prohibidos de discriminación más allá de los expresamente enumerados en el artículo E .....	197
3.7. Alcance del artículo E.....	198
3.8. Comparabilidad, justificación, proporcionalidad .....	198
3.9. El COVID-19 y el artículo E.....	199
4. Igualdad y no discriminación en derechos concretos .....	201
4.1. Artículo 1 de la CSE. Derecho al trabajo.....	201
4.1.1. Prohibición de toda forma de discriminación en el empleo .....	202
4.1.2. Motivos de discriminación prohibidos.....	203
4.1.3. Discriminación de género.....	204
4.1.4. Discriminación por edad.....	204
4.1.5. Discriminación por motivos de nacionalidad .....	205
4.1.6. Discriminación con respecto al trabajo atípico (duración determinada y tiempo parcial).....	205
4.1.7. Ámbito material .....	207

4.1.8. Medidas necesarias para garantizar la eficacia de la prohibición de la discriminación.....	207
4.2. Artículo 8 de la CSE. Derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad.....	209
4.2.1. El derecho a la licencia de maternidad .....	210
4.2.2. El derecho a las prestaciones de maternidad .....	211
4.2.3. Protección frente al despido.....	213
4.2.4. Derecho al tiempo suficiente para la lactancia.....	215
4.2.5. Regulación del trabajo nocturno.....	216
4.2.6. Prohibición de trabajos en minería subterránea, y otros peligrosos, insalubres o arduos .....	217
4.3. Artículo 20 de la CSE. Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo .....	218
4.3.1. Igualdad en el trabajo y en materia de seguridad social .....	220
4.3.2. Igualdad de oportunidades y medidas positivas .....	222
4.3.3. Obligaciones de promover el derecho a la igualdad de remuneración ...	223
4.3.4. Transparencia salarial y comparaciones laborales .....	224
4.3.5. Tutela judicial.....	226
4.3.6. Carga de la prueba.....	227
4.3.7. Compensación adecuada.....	228
4.3.8. Protección contra represalias.....	229
4.3.9. Acceso a determinadas ocupaciones.....	230
4.3.10. Medidas específicas de protección .....	230
4.3.11. Seguridad social .....	231

**ANEXO JURISPRUDENCIAL..... 232**

Aplicabilidad directa de la CSE en la doctrina reciente del TS..... 232

**Juzgar con perspectiva de género en lo social..... 246**

1. Introducción..... 247

2. El concepto de perspectiva de género. Su errónea conceptualización como «perspectiva del sexo femenino» .....

3. El enjuiciamiento con perspectiva de género en lo social. La permeabilidad de los estereotipos de género .....

4. La perspectiva de género en el enjuiciamiento social..... 265

**Discriminación por edad..... 276**

1. Introducción. Edad y estereotipos..... 277

2. En torno a la edad y la amenaza de la pérdida de empleo .....	280
3. La extinción del contrato por motivo de edad. Otros incentivos al abandono.....	285
4. Sobre la prevención de riesgos y, en particular, los riesgos psicosociales.....	289
5. Sobre la formación profesional y las competencias digitales.....	291
6. El envejecimiento activo y sus distintas manifestaciones en el derecho interno .....	293
7. Conclusión .....	296

**Igualdad en el trabajo en la jurisprudencia constitucional .....** **298**

1. Introducción.....	299
2. Discriminación por razón de sexo .....	300
2.1. Embarazo .....	300
2.2. Maternidad .....	304
2.3. Excedencias .....	313
2.4. Guardias médicas de urgencia.....	316
3. Igualdad ante la ley .....	319
4. Discriminación por discapacidad.....	327

# Presentación

En nuestras modernas sociedades democráticas, el derecho a un trabajo decente es la llave para ganarse la vida y para el acceso pleno a la ciudadanía. Sin embargo, los prejuicios que están detrás de las desigualdades y discriminaciones pueden laminar ese derecho, de ahí la necesidad de una lucha más intensa y extensa que en otros ámbitos para alcanzar una efectiva igualdad de trato y oportunidades sin discriminación alguna.

Por ello, en el derecho del trabajo, con la finalidad de ofrecer respuestas justas frente a las situaciones de desigualdad y discriminación en las relaciones laborales, nos encontramos una cada vez más ingente normativa a todos los niveles, internacional, europeo e interno, y una fenomenal masa de jurisprudencia de los más variados órganos.

Una ingente normativa y masa jurisprudencial en constante renovación para adaptarse a los cambios en la realidad sociolaboral y el sistema de producción, pero, sobre todo, para profundizar más en la lucha contra prejuicios que siguen persistiendo.

Las Jornadas Catalanas de Derecho Social, en su XXXIII edición, se han ocupado del análisis de la normativa y la jurisprudencia sobre la igualdad y la no discriminación en las relaciones laborales, en particular de las importantes novedades en la materia que, en el derecho de la Unión Europea, vienen de la mano del desarrollo del pilar de derechos sociales, y dentro del Estado español, gracias a una oleada de leyes de igualdad durante la XIV Legislatura (la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, la Ley LGTBI, la Ley Orgánica de Libertad Sexual, o la non nata ley de familias, cuyas disposiciones esenciales se han colado en el RDL 5/2023).

Para el análisis de todas estas cuestiones, y después de una ponencia conceptual general que ha correspondido a quien suscribe, se ha contado con un elenco de personas reconocidas expertas en la materia que han abordado los temas más candentes.

La discriminación por razón de sexo o género ocupa, por obvias razones, una especial atención concretada en tres ponencias, una sobre los derechos de conciliación como derechos de igualdad de género, otra sobre interseccionalidades del sexo con otras causas y otra sobre juzgar con perspectiva de género en lo social, que han asumido Carolina Martínez Moreno, Eva María Blázquez Agudo y Macarena Martínez Miranda.

A lo largo de la jornada se ha desgranado la problemática laboral de otras causas de discriminación: la discapacidad en la extinción del contrato de trabajo a cargo de David Gutiérrez Colominas; la discriminación de las personas LGTBI a cargo de María Rosario Alises Castillo; o la discriminación por edad a cargo de Jaime Cabeza Pereiro. Y el principio de igualdad en la Carta Social Europea (revisada) y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales ha corrido a cargo de Carlos Hugo Preciado Domènech.

La problemática de la discriminación por enfermedad y el despido durante la incapacidad temporal ha sido objeto de una mesa redonda con personas profesionales del foro en la que han participado Jordi Puigbó, Paula Pejenaute y Javier Cuesta.

Como broche de oro contamos con la ponencia sobre igualdad en el trabajo en la jurisprudencia constitucional impartida por María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Aprovecho desde aquí para manifestar públicamente mi agradecimiento a todas las personas ponentes por la brillante intervención de todas y cada una de ellas, a todas las personas asistentes por haber posibilitado conocernos, compartir y debatir, y, por supuesto, al Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada y a la Associació Catalana de Juristes Demòcrates por haber organizado y hacer realidad todo lo anterior.

Solo me queda desear una buena lectura a quienes accedan a las ponencias contenidas en esta publicación, deseando que la disfruten y les resulte útil.

**JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Director de las jornadas

La Asociación Catalana de Iuslaboralistas (ACI) está formada por juristas, cuya dedicación se centra mayoritariamente en el campo del derecho del trabajo y de la seguridad social, y tiene por objeto el estudio, la investigación y el fomento del conocimiento de esta rama del derecho. Dentro de este ámbito, celebramos anualmente las Jornadas Catalanas de Derecho Social, que reúnen a verdaderos especialistas y quieren ser un referente en la materia, como ha quedado patente en las treinta y dos ediciones anteriores a esta, que hemos querido mantener con toda la intensidad que hemos podido.

Mientras otros años nos hemos movido en enfoques y análisis sobre las novedades legislativas y de la doctrina judicial, este año hemos querido incidir en un aspecto o, mejor dicho, aspectos, que tienen el denominador común de la desigualdad y la discriminación. Esta es una materia que da lugar a numerosos debates, y que no se agota en absoluto con unas jornadas de dos días, ni con el tiempo que podemos dedicar a cada ponencia o debate. Seguro que sería necesario, en casi todas las materias que se tratarán, si no unas jornadas específicas, un tiempo de estudio mucho más amplio. Pero lo que pretendemos es abarcar el espectro más amplio posible de todas las materias a fin de que en las explicaciones y las exposiciones de los especialistas se puedan dar elementos de reflexión, debate y, reconozcámoslo, de decisión. No sabemos si lo conseguiremos, pero no desistimos en el intento.

Hay que tener en cuenta que, hasta el año 2018, el Consejo General del Poder Judicial incluía las Jornadas Catalanas de Derecho Social en el programa de formación estatal para jueces y magistrados como una actividad de formación para la carrera judicial en colaboración con la ACI, en virtud de un convenio de colaboración firmado en el año 2005, que facilitaba así el permiso correspondiente, con todo lo que representaba, y que facilitaba la asistencia de entre veinticinco y treinta magistrados y magistradas de todo el Estado, lo que le daba una gran visibilidad y trascendencia. En 2019 se dejó de incluir esta actividad dentro del programa de formación estatal del CGPJ. Sin embargo, esto no ha supuesto un retroceso de la calidad de estas jornadas.

No podemos negar el impacto que tuvo la situación derivada de la pandemia en las relaciones personales y profesionales, y que se tradujo en la suspensión de las jornadas del año 2020. Se recuperaron al año siguiente, con la edición XXXI, aunque se celebraron telemáticamente, en un formato de dos días, y tuvo una gran aceptación. En la edición XXXII de las jornadas volvimos al formato presencial, puesto que nos ofrecía la posibilidad de compartir más intensamente las exposiciones y los debates, y también, como se ha dicho muchas veces, permite una comunicación más directa.

Las XXXIII Jornadas Catalanas de Derecho Social llevan el título *(Protección) Igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo*. La dirección científica ha corrido a cargo del magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia José Fernando Lousada Arochena, que diseñó unos temas de ponencias y de mesa redonda intensamente relacionados con el objeto de las jornadas. Además, designó a unas personas como ponentes que son expertas en las materias que desarrollan, tanto por su conocimiento científico, como por su experiencia profesional.

Finalmente, es necesario hacer una mención explícita, y sin duda agradecer la ayuda y la colaboración del CEJFE en la organización, así como a las personas colaboradoras que han hecho posible la celebración de estas jornadas.

**XAVIER GONZÁLEZ DE RIVERA SERRA**

Presidente de la Asociación Catalana de Iuslaboralistas

# **Marco general de la igualdad de trato: Revisión al hilo de la ley 15/2022**

**JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Magistrado especialista de lo social - TSJ/Galicia

Doctor en Derecho

Graduado Social

Profesor asociado de Derecho Procesal en la Universidad de A Coruña

## **Sumario**

1. Estereotipos y prejuicios, discriminaciones en potencia
2. Discriminación real y discriminación legal
3. Un apunte sobre las fuentes normativas
4. Causas de discriminación: una cláusula abierta
5. La igualdad de trato
  - 5.1. Discriminación directa
  - 5.2. Discriminación indirecta
  - 5.3. Discriminación por asociación, codiscriminación y discriminación por extensión
  - 5.4. Discriminación por error
  - 5.5. Discriminación múltiple y discriminación interseccional
  - 5.6. Denegación de ajustes razonables
  - 5.7. Acoso discriminatorio y acoso sexual
  - 5.8. Inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia
  - 5.9. Represalias
  - 5.10. Incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales
  - 5.11. Inacción, dejación de funciones o incumplimiento de deberes
  - 5.12. Segregación escolar
6. Criterios de interpretación normativa

7. Garantías del derecho a la igualdad de trato
  - 7.1. Contenido de la tutela antidiscriminatoria
  - 7.2. Legitimación para la defensa de los derechos de igualdad de trato
  - 7.3. Reglas sobre la carga de la prueba
  - 7.4. Garantías en el procedimiento administrativo
8. Disposiciones específicamente laborales de la Ley 15/2022
  - 8.1. Derecho a la igualdad de trato en ámbitos laborales
  - 8.2. Responsabilidad social de las empresas
9. Aplicación en ámbitos laborales de las disposiciones comunes de la Ley 15/2022
10. Información y asesoramiento a las personas víctimas de discriminación

# 1. Estereotipos y prejuicios, discriminaciones en potencia

La discriminación contra las mujeres no obedece a su sexo de la misma manera que la discriminación por causa del origen racial o étnico, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género, o cualquier otra circunstancia discriminatoria, no obedecen realmente a ninguna de esas causas. A ninguna persona se la discrimina por el sexo, el origen racial o étnico, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género, o por cualquier otra circunstancia discriminatoria.

La discriminación contra las mujeres está causada por los estereotipos y prejuicios asociados al sexo, lo que se denomina *género entendido* (en un sentido colectivo, no como atributo individual) como «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres» (según aparece definido en el artículo 3, letra c, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, Estambul, 2011).

Y lo mismo se podría decir de las demás discriminaciones, pues son causadas por los estereotipos y prejuicios raciales asociados al origen racial o étnico, por los estereotipos y prejuicios edadistas asociados a determinadas edades, por los estereotipos y prejuicios capacitistas asociados a la discapacidad, por los estereotipos y prejuicios homófobos

o lesbóforos asociados a la orientación sexual, por los prejuicios tránsforos asociados a la identidad de género... en general, a los estereotipos y prejuicios asociados a una determinada circunstancia personal o social.

Un estereotipo es una generalización basada en determinadas circunstancias externas de las personas que es comúnmente aceptada por una sociedad concreta acerca de atributos o características que esas personas poseen o deberían poseer, o de las funciones sociales que desempeñan o deberían desempeñar. El estereotipo tiene un componente cognitivo que lo avala, aunque, como generalización que es, siempre produce distorsiones que serán tanto más grandes cuanto menor sea la veracidad de ese elemento cognitivo. Además, el estereotipo tiene un componente normativo que conmina a las personas estereotipadas a actuar conforme al estereotipo, de manera que si no lo hacen se pueden ver sometidas a sanción social. Por cualquiera de sus dos componentes, el estereotipo es susceptible de provocar situaciones de discriminación.

Un prejuicio también es un sesgo fruto de generalizaciones sustentadas en lo puramente emocional, con lo cual falta el elemento cognitivo que sustenta al estereotipo y no precisa llevar asociado un componente normativo. Por lo general, se asocian con situaciones de violencia. En todo caso, las diferencias entre estereotipo y prejuicio no siempre son fáciles en la práctica, y en lo jurídico acaso poco relevantes, de ahí que, con toda la cautela, utilicemos ambos términos indistintamente.

Al ser los estereotipos y prejuicios susceptibles de provocar situaciones de discriminación e incluso violencia, se entiende la pertinencia de las referencias contenidas en el articulado de los tres convenios universales de derechos humanos referidos a la discriminación, a saber:

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Nueva York, 1965): «Los Estados Partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos» (artículo 7).
- Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 1979): «Los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean apropiadas para [...] [m]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la

idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres» (artículo 5, letra a).

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 2006): «Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para [...] [l]uchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida» (artículo 8, apartado 1, letra b).

Sin embargo, y a pesar de la constatación de que en los estereotipos y prejuicios está la causa de las discriminaciones, a pesar de que así se reconoce en el acervo universal de derechos humanos y a pesar de que en nuestra sociedad la mayoría se reconoce contraria a toda discriminación, no es fácil luchar contra los prejuicios. «¡Triste época la nuestra! Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio», según afirmaba Albert Einstein.

Y es que los estereotipos y prejuicios presentan unas características que los hacen muy resistentes a la aplicación del mandato de la igualdad.

1. Una primera característica de los estereotipos y prejuicios que los hace resistentes al mandato de la igualdad es una versatilidad que les permite adaptarse a cualquier situación en la que esté implicado un sujeto individual o colectivo relacionado con una circunstancia discriminatoria. Luego, cualquier situación en la que esté implicado un sujeto individual o colectivo relacionado con una circunstancia discriminatoria es campo abonado para la actuación de estereotipos y prejuicios. De ahí que, sin necesidad de mayores constataciones, el colectivo en que ese sujeto se integra sea calificable como una minoría en un sentido cuantitativo (si el colectivo de que se trata es minoritario dentro de la población), o como una mayoría minorizada en un sentido cualitativo (si el colectivo de que se trata es mayoritario dentro de la población, pero su cultura se minusvalora).

Cuando se trata del sexo o género, esta primera característica se reconvierte en una omnipresencia pues, en la medida en que las mujeres no son un colectivo sino que son la mitad de la población, los estereotipos y prejuicios de género están presentes en cualquier relación social, incluso en aquellas en que solo interactúen sujetos del mismo sexo. Por ello, se consideran los más extendidos en el tiempo (en todas las épocas), en el espacio (en todos los lugares) y en todas las formas (desde el paternalismo hasta la violencia), y los más fáciles de acumular a otras discriminaciones (dando lugar a manifestaciones más complejas de discriminación múltiple).

2. Una segunda característica de los estereotipos y prejuicios que los hace resistentes a la aplicación del mandato de la igualdad es su invisibilidad, pues tienden a naturalizarse, e incluso aparentar que son beneficiosos. Un ejemplo paradigmático: las mujeres son buenas cuidadoras, mientras que los hombres no saben cuidar de otras personas. Pero todos los estereotipos y prejuicios pueden causar discriminación, incluso los aparentemente beneficiosos. Siguiendo con el ejemplo anterior, al decir que las mujeres son buenas cuidadoras se las sitúa en un dilema vital que no tienen los hombres: o trabajan renunciando a la maternidad, o son madres y renuncian al trabajo, o son supermujeres intentando llegar a todo; en todas las opciones el statu quo se mantiene y el estereotipo se consolida (dilema de Wollstonecraft).

La tendencia de los estereotipos y prejuicios a su naturalización determina que las personas afectadas por el prejuicio pueden llegar a considerar su situación como normal dentro de su entorno social. En el caso del género, se denomina patriarcado de consentimiento, pero es un fenómeno que se puede dar en las demás causas discriminatorias. Un ejemplo paradigmático es la edad pues, como todas las personas, con el simple transcurso del tiempo, estaremos tanto en los grupos perjudicados, de menor edad o las personas mayores; como en el grupo beneficiado, la edad adulta, se suele considerar la edad como un factor de suma cero.

Una tercera característica de los estereotipos y prejuicios que los hace resistentes a la aplicación del mandato de la igualdad es su mutabilidad, pues cuando se introducen leyes, políticas y valores de igualdad para combatirlos son capaces de pervivir cambiando sus manifestaciones. Por ejemplo, el prejuicio de que las mujeres no saben de política («la ignorancia de las cosas del foro» de la que hablaban los jurisconsultos romanos) determinó que, en las nascentes democracias liberales, se les privase del derecho al voto. Una vez conseguido este, el prejuicio se manifiesta de otras maneras: las mujeres no son votadas y no acceden a cargos públicos, o acceden a cargos poco significativos (puestos florero); los partidos políticos no incluyen en sus programas políticas de igualdad de género, o las incluyen pero de manera solo formal; las mujeres dedicadas a la política son sometidas a escrutinios más exigentes que los políticos varones y afectadas por un discurso de odio (*gender hate speech*).

El mundo del trabajo nos ofrece otro buen ejemplo: hasta bien entrado el siglo xx, a las mujeres se les prohibía un amplio elenco de actividades por causa de los estereotipos y prejuicios (entre ellas, las vinculadas con el derecho); cuando se les permite ejercerlas, los estereotipos y prejuicios persisten con otras manifestaciones: techo de cristal, suelo pegajoso, paredes de cemento, brecha CTIM, feminización de trabajos atípicos y precarios, grifo que gotea, precipicio de cristal, escalera de cristal,

síndrome del impostor, brecha retributiva, doble jornada, acoso sexual y otras formas de violencia de género en el trabajo.

3. Una consecuencia derivada de las anteriores características, y que constituye una cuarta característica de los estereotipos y prejuicios que los hace resistentes a la aplicación del mandato de la igualdad, es que siempre llegan a cualquier nueva situación para crear en ella desigualdades antes de que a esa nueva situación llegue la tutela protectora de la igualdad, de manera que, cuando esta llega, ya lo hace en desventaja. Un ejemplo actual lo encontramos en relación con la digitalización de la economía y de las relaciones laborales: las nuevas tecnologías han generado una brecha digital, mientras que se echan en falta políticas dirigidas a superarla; el acoso sexual y la violencia se transmutan en ciberacoso o ciberviolencia, sin que se hayan adaptado todavía todos los protocolos antiacoso; las discriminaciones pueden producirse a través de algoritmos para decidir el acceso al empleo o la extinción de los contratos, sin que sepamos muy bien cómo evitarlas; por otro lado, el teletrabajo plantea retos desde la perspectiva de la igualdad de las personas trabajadoras que no están todavía debidamente resueltos, como la protección frente a manifestaciones de violencia de género, los derechos de conciliación o el derecho a la desconexión digital.

## **2. Discriminación real y discriminación legal**

Los estereotipos y prejuicios se actualizan a través de discriminaciones que incluirían tanto las desigualdades de trato (impuestas a la persona por terceras personas y detectables a través de un elemento comparativo según el cual hay discriminación si existe una diferencia injustificada de trato entre dos situaciones comparables en una de las cuales está implicada una circunstancia susceptible de causar discriminación mientras en la otra no) como las desigualdades de estado (a veces a causa de decisiones de la propia persona y detectables sobre la base de un elemento peyorativo según el cual hay discriminación si, solamente por mediar una circunstancia susceptible de causar discriminación, se produce una situación de subordinación de una persona o de un colectivo respecto a otra persona u otro colectivo que están colocados en situación de dominación).

El derecho, como ideal de justicia, siempre debería haber prohibido las discriminaciones y, a fin de erradicarlas, ajustar el concepto jurídico de discriminación a su concepto real. Pero el derecho no siempre ha prohibido las discriminaciones, y en épocas históricas no tan lejanas, los estereotipos y prejuicios invadían las leyes legalizando o tolerando el rechazo, la violencia e incluso la esclavitud.

Cuando la igualdad empezó a impregnar las leyes, el tratamiento jurídico de la discriminación se limitaba a las desigualdades de trato, y en momentos iniciales, ni siquiera en todas sus manifestaciones. De hecho, las primeras leyes de igualdad de los sexos, o de igualdad racial, se limitaban a prohibir discriminaciones directas aparentes (abolición de la esclavitud; sufragio restringido a varones blancos). Solo con el tiempo, la igualdad de trato se ha ido enriqueciendo con conceptos como la discriminación indirecta. Y no hace nada que han surgido la discriminación por asociación, la discriminación por error o la discriminación múltiple e interseccional.

Por su lado, la igualdad de oportunidades, que busca erradicar las diferencias de estado, es un concepto de más reciente aparición cuya concreción queda en manos del poder legislativo, a diferencia de la igualdad de trato, que se puede reclamar directamente ante el poder judicial. También en este ámbito se verifica un enriquecimiento de conceptos, pues en sus momentos iniciales la igualdad de oportunidades se identificaba con las medidas de acción positiva (que, con carácter excepcional y vigencia limitada, corrigen una desigualdad de trato existente) y ha sido poco a poco que se han ido añadiendo otras elaboraciones

que podríamos incluir bajo la denominación genérica de medidas propiamente de igualdad de oportunidades (que, con carácter ordinario y vigencia permanente, pretenden erradicar los estereotipos y prejuicios existentes bajo las desigualdades de trato), entre las cuales se podrían incluir, en el ámbito de la igualdad de mujeres y hombres, los derechos de conciliación y corresponsabilidad que buscan valorizar los cuidados y acabar con el estereotipo de que solo las mujeres son buenas cuidadoras, o las medidas de empoderamiento dirigidas a implementar una democracia paritaria (las mal llamadas cuotas electorales) o una composición equilibrada en órganos de poder político (nombramientos discrecionales en gobiernos y administraciones), económico (órganos de administración en las empresas cotizadas) o social (colegios profesionales).

Una herramienta adicional para el combate contra las desigualdades tanto de trato como de oportunidades es el principio de transversalidad, que supone la integración de la dimensión de la igualdad en la elaboración, interpretación y aplicación de las leyes y de las acciones públicas, y que, en el ámbito judicial, se concreta en el enjuiciamiento con perspectiva de género. En especial, esta técnica se predica de las discriminaciones por razón de sexo o género por la razón de que los estereotipos y prejuicios en que se sustenta son omnipresentes. Aunque el principio de transversalidad se está extendiendo también a las discriminaciones con espectros aplicativos amplios, como la discriminación por discapacidad o (en particular en entornos de multiracialidad y multiculturalidad) por origen racial o étnico.

Hemos de precisar, finalmente, que la evolución no ha acabado, ya que todavía hoy en día el concepto legal de discriminación no es coextenso con el concepto real de discriminación. Quienes nos dedicamos al mundo del derecho vivimos en la ficción de que la discriminación es solo lo que las leyes califican como tal, y no es así, pues todavía existen situaciones que, por ser el resultado de la actualización de estereotipos y prejuicios, son discriminaciones reales que no lo son en términos jurídicos. Además, no se trata solo de la eventual aparición de nuevos conceptos, también en esta evolución se debe destacar el tránsito de aspectos de igualdad de oportunidades al ámbito de la igualdad de trato (por ejemplo, el incumplimiento de medidas de acción positiva o la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad ya se han considerado una desigualdad de trato, y ese proceso se está desarrollando con respecto al incumplimiento de los derechos de conciliación y corresponsabilidad).

### 3. Un apunte sobre las fuentes normativas

Toda la evolución conceptual descrita ha determinado un incremento exponencial del sector del ordenamiento jurídico dirigido a luchar contra las discriminaciones y que, de manera genérica, podemos denominar las leyes de igualdad. De hecho, en periodos históricos no tan lejanos las leyes de igualdad ni siquiera existían. Las revoluciones liberales fueron las que, por primera vez en la historia de la humanidad, reconocieron jurídicamente el valor de la igualdad, en contraposición al Antiguo Régimen, donde cada sujeto pertenecía a una clase social o estamento con estatutos propios y fueros especiales, y que reservaba a la realeza, la nobleza y el clero aquellos más privilegiados. Sin embargo, el entendimiento del valor de la igualdad por los revolucionarios americanos o franceses no impedía mantener la esclavitud o la desigualdad de la mujer.

Cuando en el siglo XIX y los primeros decenios del siglo XX aparecieron las primeras leyes de igualdad, se trataba de leyes basadas en la idea de comparación, que se limitaban a declarar la igualdad, en un primer momento en ámbitos concretos (abolición de la esclavitud, reconocimiento del derecho al voto, a la educación o al trabajo) y con un espectro de causas muy limitadas (raza y sexo), con posterioridad con declaraciones generales de un espectro de causas más amplio, pero siempre (insistimos) basándose en la idea de comparación.

De estas leyes de igualdad que podríamos denominar *clásicas* se ha evolucionado hacia unas leyes de igualdad que podríamos denominar *modernas* que, al basarse en la idea de subordinación, no se limitan a prohibir las discriminaciones, también pretenden acabar con los estereotipos y prejuicios que las causan, y obligan a regulaciones más extensas con medidas de acción positiva, de empoderamiento o de igualdad de oportunidades a través del reconocimiento de derechos a las personas.

Claramente se observa tal evolución en los instrumentos universales de derechos humanos. A la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Nueva York, 1948) y a los dos pactos internacionales que la desarrollaron sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales (Nueva York, 1966), les bastó con enunciar en general la igualdad. Pero los tres convenios universales de derechos humanos referidos a la discriminación (que ya hemos citado: el de raza de 1965, el de mujeres de 1978 y el de discapacidad de 2006) no se limitan a enunciar en general la igualdad, sino que realizan un desarrollo específico de los derechos de las personas protegidas. Si se comparan los

contenidos de los tres convenios, se observará como ese desarrollo específico es cada vez más detallado (más completo en el de mujeres de 1978 que en el de raza de 1965 y más aún en el de discapacidad de 2006, que, a diferencia de los dos anteriores, en su propia denominación ya elude la palabra *discriminación* para denominarse *derechos de las personas con discapacidad*).

En el ámbito del Consejo de Europa, hemos visto también como se ha pasado de la cláusula general de igualdad del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), completada con el Protocolo número 12 (2000), a regulaciones específicas entre las cuales sobresale el Convenio de Estambul (relativo a la violencia de género, que ya ha sido citado).

En el ámbito de la Unión Europea, esta solo tiene competencias en aquellos aspectos en que los estados se la han transferido a través de los tratados originarios, y ello solo ha ocurrido en relación con la discriminación por razón de sexo (Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 1957) y con las discriminaciones por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual (Tratado de Ámsterdam, 1998). En su desarrollo se han dictado un número importante de directivas que se han aprobado en tres grandes oleadas:

- Una primera oleada (de 1975 a 1986) la conformaron las cinco directivas clásicas sobre igualdad de los sexos construidas según la técnica legislativa de las «muñecas rusas» que, con unas normas semejantes que constituyen su contenido sustantivo, suponen la aplicación progresiva de esas normas a un ámbito aplicativo cada vez mayor: igualdad retributiva (Directiva 75/117), igualdad en las condiciones de empleo y trabajo (Directiva 76/207), seguridad social pública (Directiva 79/7; única directiva de esta primera oleada nunca reformada), seguridad social privada (Directiva 86/378) e igualdad en el trabajo autónomo (Directiva 86/613).
- Una segunda oleada (iniciada en los años noventa y rematada hacia 2010) donde se aprueban las directivas sobre origen racial o étnico (Directiva 2000/43) y sobre religión y convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual (Directiva 2000/78), así como un importante elenco de directivas sobre igualdad de los sexos: maternidad (Directiva 92/85), permiso parental (directivas 96/34 y 2010/18, que deroga la anterior), carga de la prueba (Directiva 97/80), y acceso a bienes y servicios y su suministro (Directiva 2004/113). Además, se modifican tres de las directivas de la primera oleada (la 86/378 por la 96/97; la 76/207 por la 2002/73, y la 86/613 por la 2010/41) y se refunden la totalidad de las directivas sobre empleo y trabajo por cuenta ajena (Directiva 2006/54, que refunde la 75/117, la 76/207 reformada, la 86/378 reformada y la 97/80).

- Una tercera oleada iniciada tras la potenciación del pilar social de la Unión Europea acaecida en los últimos años. De momento, se han aprobado una directiva sobre conciliación (Directiva 2019/1158, que ha derogado la bastante más incompleta Directiva 2010/18 sobre permiso parental), otra sobre equilibrio de género en la administración de sociedades cotizadas (Directiva 2022/2318), y otra sobre transparencia retributiva y mecanismos para su cumplimiento (Directiva 2023/970).

A todo este impresionante aparato normativo y sus desarrollos jurisprudenciales (por los comités especializados de Naciones Unidas, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), aún se debe añadir la Constitución española, que contempla la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1), como un derecho a la no discriminación (artículo 14) y como un mandato de promoción de los poderes públicos (artículo 9.2), y, por supuesto, la importante elaboración hecha por el Tribunal Constitucional.

Si todo lo anterior ya no es poca cosa, los desarrollos legislativos internos ya convierten al conjunto de las leyes de igualdad en inabarcables.

A nivel del Estado, y además de todas las referencias existentes a la igualdad en las leyes generales (en particular, en el Código Civil, en el Código Penal, en el Estatuto de los Trabajadores y en el Estatuto del Empleado Público, así como en las leyes procesales), están vigentes:

- Cuatro leyes específicas sobre causas concretas de igualdad: la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que, dentro del variopinto contenido de las afortunadamente desaparecidas leyes de acompañamiento a los presupuestos generales, acometió la trasposición de las directivas 2000/43 (origen racial o étnico) y 2000/78 (religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual); el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.
- Una ley general aplicable a todas las causas y centrada en la igualdad de trato: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. Según su exposición de motivos, esta ley se define como un «mínimo común

normativo». En este sentido, su artículo 3, apartado 2, deja a salvo «los regímenes específicos más favorables establecidos en la normativa estatal o autonómica por razón de las distintas causas de discriminación». En ello se insiste en el artículo 7 cuando dice que «la presente ley consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación». Finalmente, la Ley 15/2022 no contiene ninguna disposición derogatoria, ni la tan habitual cláusula derogatoria general, con lo cual ha dejado indemne en todo su alcance las previas leyes de igualdad.

A nivel de comunidades autónomas, todas ellas tienen leyes de igualdad, bien de igualdad de género, de violencia de género, de igualdad laboral de las mujeres o de mujeres rurales, bien de igualdad del colectivo LGTBI; algunas comunidades autónomas tienen el elenco casi completo.

Estas leyes se completan con los desarrollos reglamentarios de las leyes de igualdad: con los planes de igualdad estatales, autonómicos o de otras administraciones públicas, y con las regulaciones contenidas en convenios colectivos y planes de igualdad de las empresas. Como se ha dicho y ahora se reitera: un conjunto inabarcable.

## 4. Causas de discriminación: Una cláusula abierta

Qué sea causa de discriminación prohibida por el derecho (e incluso que la discriminación esté prohibida por el derecho) es una cuestión vinculada al valor que se le reconozca a la igualdad en cada momento histórico y en cada concreta sociedad. A lo largo del siglo XIX, y sobre todo en el XX, es (como hemos visto) cuando aparecen leyes de igualdad en paralelo a una evolución social según la cual la desigualdad a causa de determinadas circunstancias personales o sociales se considera contraria a la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y, en el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), enumeraron esas circunstancias en un listado *numerus apertus* que ha permitido el crecimiento de las causas *nominatim* de discriminación a medida que la sociedad se ha comprometido más con el valor de igualdad

- **Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2:** «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».
- **Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 14:** «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». Precisión: el Protocolo número 12 del CEDH reitera la redacción, pero aquí se predica de «el goce de los derechos reconocidos por la ley», lo que supone una muy considerable ampliación del ámbito de protección.
- **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000), artículo 21.1:** «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación

sexual». Precisión: es una declaración, pues la prohibición de discriminación en el ámbito comunitario tiene efectividad en cuanto esté avalada por normas vinculantes, y eso solo ocurre con la discriminación por sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual.

Inspirado claramente en la DUDH, y en particular en el CEDH, en el artículo 14 de la Constitución española se contempla otra cláusula genérica: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Lo relevante para que una circunstancia personal o social se convierta en causa de discriminación es la identificación de estereotipos y prejuicios contra las personas que las ostentan. A partir de ahí, su reconocimiento jurídico será inevitable, a veces como nueva causa nominada (como ocurrió en nuestro derecho interno con la discapacidad, la edad o la orientación sexual, causas innominadas en el artículo 14 de la CE pero reconocidas como discriminatorias en la jurisprudencia constitucional incluso antes de su reconocimiento en el derecho de la Unión Europea) y otras veces la nueva causa se anuda (más o menos forzosamente) a una causa ya nominada (como cuando en la jurisprudencia comunitaria se amparó la transexualidad como discriminación por razón de sexo o cuando se amparó la obesidad como discriminación por razón de discapacidad).

A día de hoy, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, aporta un listado de causas nominadas de discriminación actualizado al momento de su aprobación, e incluso con alguna novedad significativa, además de la tradicional cláusula final de apertura: «Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (artículo 2.1).

¿Qué novedades aporta este listado de la Ley 15/2022? A todos quienes nos dedicamos al derecho del trabajo, seguro que la primera alerta de novedad normativa nos ha surgido nada más leer, incluso si ha sido de manera superficial, en el artículo 2.1: «Nadie podrá ser discriminado por razón de [...] enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos». La exposición de motivos de la Ley 15/2022 justifica la consideración expresa como una causa de discriminación de la enfermedad y de las demás situaciones asimiladas a la enfermedad «por su especial

relevancia social». Pero esta causa de discriminación admite excepciones (diferentes a las previstas con carácter general en el artículo 2.2 de la Ley 15/2022) en cuanto que «la enfermedad [...] podrá amparar diferencias de trato [...] que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública» (artículo 2.3 de la Ley 15/2022).

Además del sexo y la orientación sexual, el artículo 2.1 de la Ley 15/2022 contempla, entre las causas de discriminación prohibidas, la identidad sexual y la expresión de género, lo que presenta ciertos tintes de novedad, aunque con anterioridad no debería haber ninguna duda sobre su consideración como causas de discriminación. En cuanto a la identidad sexual (más habitual es hablar de *identidad de género*), se trata del sentimiento profundo, interno e individual de cada persona sobre su género, que puede o no corresponder con el sexo que le fue asignado en su nacimiento, e incluye tanto a las personas transexuales que se someten a cirugía, como a las personas transgéneros, también de géneros no binarios. En cuanto a la expresión de género, se trata de la manifestación que las personas hacen de su identidad sexual a través de un comportamiento masculino o femenino, o vestimentas, corte de pelo, voz o características corporales. Ya hemos avanzado que, antes de la Ley 15/2022, no debería haber ninguna duda acerca de la consideración de la identidad sexual o de género y de la expresión sexual o de género como causas de discriminación prohibidas, y así lo ha venido a corroborar la STC 67/2022, de 2 de junio.

¿Qué otras circunstancias personales o sociales están siendo vinculadas en el estado actual de nuestra sociedad a la dignidad de la persona? Y, en consecuencia, ¿se está discutiendo en la doctrina jurídica si serían calificables como causas de discriminación? Sin ánimo exhaustivo, apuntaría: la pobreza (que se podría reconducir a la situación socioeconómica) pues es clara la existencia de estereotipos y prejuicios contra las personas pobres (aporofobia); el aspecto físico (aspectismo), que en el momento actual solo se considera discriminatorio si está vinculado a alguna otra causa de discriminación; en particular la obesidad (gordofobia), que se ha reconducido hacia la tutela de la discapacidad aunque ello, nada criticable en cuanto a su efecto protector, acaso deba ser revisado ya que puede suponer una cierta patologización.

Y, en particular, el ejercicio de derechos de conciliación y corresponsabilidad. En este sentido, el Real Decreto-ley 5/2023, de 18 de julio, «norma ómnibus» de fin de legislatura, ha modificado el artículo 4.2c del ET para incluir como una discriminación por razón de sexo «el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral». La exposición de motivos

justifica la adición en la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, lo que, afirma, es consecuente con la doctrina del TJUE y del TC según la cual la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación, por la mayor afectación de las mujeres, puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo.

Aplausos por la inclusión, pero permítaseme alguna crítica a este adanismo legislativo y a la referencia a la jurisprudencia del TJUE y el TC. Por un lado, la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación ya estaba en el artículo 44.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres («los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio»). Por otro lado, y a pesar de la cortedad de la doctrina jurisprudencial (cuya desafortunada cita en la exposición de motivos puede conducir a errores interpretativos), se trata de una discriminación directa, pues así se derivaba del artículo 44.1 de la LOIEMH y se deriva del artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/1158 y de la nueva redacción del artículo 4.2c del ET: en última instancia, es una discriminación directa porque su causa está en los estereotipos y prejuicios vinculados al cuidado y tan íntimamente ligados con el sexo y el género, con independencia de si quien ejercita el derecho es una mujer o es un hombre.

## 5. La igualdad de trato

El derecho a la igualdad de trato se corresponde con la prohibición de discriminación y encuentra su amparo en lo establecido en el artículo 14 de la CE, con lo cual el derecho a la igualdad de trato ostenta las características derivadas de la colocación sistemática de ese artículo dentro del título primero, capítulo segundo, con carácter previo a la división de este en secciones: la igualdad vincula a todos los poderes públicos y la ley respetará su contenido esencial (artículo 53.1), con lo cual es inderogable y obliga incluso al legislativo; las violaciones de la igualdad se encuentran protegidas a través del recurso de amparo constitucional y del recurso de amparo ordinario (artículo 53.2), con lo cual es directamente exigible ante el poder judicial; la defiende el Defensor del Pueblo (artículo 54); pero la igualdad de trato no exige desarrollo por una ley orgánica (artículo 81.1).

En desarrollo del artículo 14 de la CE, la LOIEMH definió la igualdad de trato de hombres y mujeres como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (artículo 3). La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se manifiesta en términos similares cuando define, en relación con las discriminaciones por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, el principio de igualdad de trato como «la ausencia de toda discriminación directa o indirecta» por dichas causas (artículo 28.1a).

Más ampliamente en relación con todas las causas de discriminación, la Ley 15/2022 establece que «se consideran vulneraciones de este derecho [a la igualdad de trato] la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes» (artículo 4, apartado 1).

El derecho a la igualdad de trato, en los anteriores términos definido, se reconoce en la legislación de desarrollo del artículo 14 de la CE como universal para toda persona, incluso extranjera. Así lo reconoció, en su momento, el artículo 2.1 de la LOIEMH. La Ley 15/2022 es especialmente insistente en la proclamación de este mandato de universalidad subjetiva, aunque acaso donde más claramente aparece es en su artículo 5.1, según el cual «todas

las personas víctimas de discriminación, con independencia de su origen, religión, edad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, independientemente de su situación administrativa en el Estado español, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta ley».

Veamos de seguido todas las conductas definidas en la Ley 15/2022 como vulneraciones de la igualdad de trato, y alguna más que se olvida.

## 5.1 Discriminación directa

Se considera discriminación directa la situación en la que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de una causa discriminatoria. Es la definición proporcionada en la Ley 15/2022, artículo 6.1a, pero se podría haber acudido a las definiciones presentes en el derecho de la Unión Europea, o en sus trasposiciones internas, en particular en la LOIEMH (artículo 6.1) o en la Ley 62/2003 (artículo 28.1b), pues todas ellas son sustancialmente iguales en cuanto a sus elementos constitutivos a la definición de la Ley 15/2022.

### Existencia de un trato

Alude la definición de discriminación directa a la existencia de un trato que se debe concretar en una acción, en una palabra o en una omisión. La acción, entendida como conducta humana voluntaria, no presenta especiales dificultades en la teorización de la discriminación, lo que no descarta que ciertas especificaciones de esta sean relevantes a los efectos de graduación de las sanciones o indemnizaciones (por ejemplo, si se trata de una acción de efectos instantáneos o una acción de efectos permanentes). Mayores dificultades surgen con las palabras dado el derecho a la libertad de expresión (que es un derecho tan fundamental como el derecho fundamental a la no discriminación). Pero aun con todo las palabras pueden constituir discriminación directa en los siguientes supuestos (que no son exhaustivos): (a) los actos del habla, o *speech acts* (aquellos enunciados que, en sí mismos, transforman las relaciones entre los interlocutores o con los referentes) con significado discriminatorio (por ejemplo: la declaración pública de una empresa de no contratar mujeres en edad fértil o de determinada raza); (b) las ofensas verbales constitutivas de un acoso sexual, sexista o, en general, con significado discriminatorio; (c)

la difusión de un discurso de odio contra las mujeres o contra las personas integrantes de un determinado colectivo; (d) la orden verbal de discriminar. También hay ciertas dificultades para identificar las omisiones constitutivas de discriminación. En teoría (aunque a veces la distinción es difícil en la práctica), son aquellas que admiten una única solución susceptible de ser reclamada judicialmente (por ejemplo, no contratar o no ascender a mujeres o a personas con discapacidad o a personas mayores precisamente por el hecho de ser mujeres, personas con discapacidad o mayores). Si la solución de la omisión admite varias posibilidades (por ejemplo, se solicita a una empresa un permiso dirigido a atender las necesidades especiales de una persona trabajadora derivadas de su pertenencia a un colectivo discriminación), estaríamos ante una discriminación (real) por indiferenciación pero que solo se puede solventar a través de una decisión competencia del poder legislativo (que determinaría con qué requisitos se concede el permiso y cuál sería su duración), de manera que, mientras no existiese esa decisión, la omisión no sería (legalmente) discriminatoria (la empresa podría omitir contestar a la solicitud, o denegarla, sin siquiera incurrir en discriminación prohibida).

Entre acción y omisión (pues es una omisión que produce los efectos de una acción), se encuentra la comisión por omisión u omisión impropia, cuando quien ostenta un deber de garante respecto a otro no impide que un tercero lo discrimine. Por ejemplo, el deber empresarial de prevención de los acosos sexual, sexista y discriminatorio. Aquí se fundamenta el deber de garante, en primer lugar, en que es una violencia normalmente vinculada a relaciones de poder estructurado, lo cual supone una íntima cercanía entre el foco del conflicto y las potestades de dirección que se erigen así como mecanismos idóneos para prevenirlo, y, en segundo lugar, en que se trata de riesgos laborales que la empresa está obligada a prevenir.

## **Elemento subjetivo**

La acción, palabra u omisión constitutiva del trato desigual calificable como una discriminación directa puede ser tanto dolosa como culposa.

A los efectos de apreciar si hay dolo debemos destacar que son irrelevantes los motivos del discriminador (realizar un avance sexual ofensivo como demostración de amor) o que el reproche social no exista o sea mínimo en el entorno del discriminador, como puede ocurrir con los tratos paternalistas (no contratar a una persona con discapacidad para supuestamente protegerla de la dureza del trabajo; despedir a una persona mayor para que

se jubile y se cuide), o correctivos (despedir a una madre para que cuide a sus hijos; violar a una lesbiana para que deje de serlo).

Los supuestos culposos suelen ser de culpa inconsciente (haciendo, diciendo u omitiendo aquello en que consiste el trato pero sin representación del resultado discriminatorio). En teoría, la culpa consciente (con representación del resultado discriminatorio, pero aun así haciendo, diciendo u omitiendo aquello en que consiste el trato) también es posible, aunque los casos no son fáciles de imaginar (un posible ejemplo: no se contrata a una persona con discapacidad porque se cree, erróneamente, que le afecta una prohibición de contratación por razones de salud laboral), y los que se puedan imaginar tampoco es muy factible que se den en la realidad (porque la progresiva concienciación de la sociedad en la igualdad debería suponer la correlativa desaparición del error de derecho como degradador del dolo); o sea, la representación del resultado discriminatorio conduce al dolo directo o eventual y con exclusión de la culpa consciente.

## **Conexión con la causa discriminatoria**

El trato desigual dado a una persona se debe realizar por razón de una causa discriminatoria, aunque esta puede ser aparente o oculta.

Si la causa es aparente, estaríamos ante una discriminación directa aparente (por ejemplo: una doble escala salarial: se pagan diferentes retribuciones a trabajadores y trabajadoras por un trabajo de igual valor).

Pero la causa discriminatoria puede estar oculta bajo una condición:

1. Que solo afecte a personas o grupos en los que siempre hay causa discriminatoria (un despido por embarazo, tanto si se trata de una mujer, en que la causa discriminatoria sería el sexo, como si se trata de otra persona gestante, en que la causa discriminatoria sería su transexualidad), o
2. que esté vinculada con los estereotipos y prejuicios relacionados con una causa discriminatoria (la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación dados los estereotipos y prejuicios de género asociados a los cuidados que determinan que tanto se discrimine a trabajadoras, por ser quienes usualmente los ejercitan, como a trabajadores que los ejercitan por saltarse el rol de género que tienen asignado: serían unas «ovejas negras»).

## Situación comparable

La constatación del trato desigual dado a una persona o a un colectivo por razón de una causa discriminatoria exige, para completar la situación de discriminación directa, identificar una situación comparable que permita detectar la menor favorabilidad (*tertium comparationis*).

Sin embargo, la identificación de una situación comparable se ha erigido en muchísimas ocasiones en un auténtico «puente de los burros» que ha hecho naufragar las ansias de igualdad. De ahí la necesidad de flexibilizar la comparación para evitar disfunciones en la aplicación del concepto de discriminación directa. Vamos a ejemplificar con lo ocurrido en el ámbito de la discriminación sexista porque permite apreciar las disfunciones y cómo las mismas se han ido superando progresivamente:

1. La primera, en términos cronológicos, disfunción derivada del elemento comparativo se observó con la discriminación retributiva. Y es que el principio de igual salario o retribución por igual trabajo permitió erradicar las históricamente tan frecuentes dobles escalas salariales dada la consideración de las mujeres como «medias fuerzas». Su aplicación era imposible cuando mujeres y hombres ocupaban distintas categorías profesionales. De ahí la sustitución de «igual trabajo» por «trabajo de igual valor» posibilitadora de la comparación entre trabajos de dos categorías profesionales e implementada a lo largo del siglo XX (Tratado de Versalles, artículo 427 y Convenio número 100 de la OIT; antiguo artículo 119 del TCE, después 141 del TUE y actual 157 del TFUE; artículo 28 del ET).
2. Otra disfunción derivada del elemento comparativo se produce cuando la comparación real es imposible, acudiéndose a una comparación hipotética (la cláusula *but for* del derecho anglosajón) que permite calificar como discriminatorios los tratos desfavorables vinculados al embarazo.
3. Una tercera disfunción derivada del elemento comparativo se produce con la violencia de género, cuya calificación como discriminación sexista no surge de una comparación en sentido estricto sino de la constatación de que (parafraseando el artículo 1.1 de la LOPIVG) es «manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». Para evitar precisamente dudas sobre si los acosos sexual y sexista entran en el concepto de discriminación sexista, tanto el artículo 2.2 de la Directiva 2006/54/CE como el artículo 7.3 de la LOIEMH han declarado expresamente que sí lo son.

Justamente la necesidad de flexibilización de la comparación ha determinado que, en las definiciones de discriminación directa del derecho de la Unión Europea, y por derivación de todas nuestras leyes de igualdad, la comparación se plantee en unos términos muy amplios que incluyen la comparación real síncrona («sea» tratado: se comparan las retribuciones del trabajador reclamante del colectivo discriminado con otro trabajador que al mismo tiempo ocupa igual trabajo o realiza trabajo de igual valor), la comparación real asíncrona («haya sido» tratado: la comparación se realiza con las retribuciones del trabajador que antes o después que el trabajador reclamante ha ocupado el mismo puesto de trabajo o ha realizado trabajo de igual valor), y la comparación hipotética («podiera ser» tratado: la comparación se realiza atendiendo a valores medios de retribución que técnicamente permitan acreditar la existencia de la desigualdad retributiva).

En particular, el TJUE ha usado la comparación hipotética para considerar discriminación sexista no contratar a una trabajadora embarazada que superó con el número uno un proceso de selección alegando la empresa el coste económico de la contratación, y contratar en su lugar a la trabajadora segunda en la lista (STJUE 08.11.1990, caso Dekker, C-179/88) (en la práctica la comparación hipotética opera como el test de sustitución llamado *but for*: en una situación dada se sustituye el sexo de la persona y se verifica si el resultado sería el mismo; se sustituye a la Sra. Dekker, que no ha sido contratada por estar embarazada, por un hombre a quien, como no estaría embarazado, se habría contratado). En este sentido, la LOIEMH ha calificado como discriminación directa todo trato desfavorable a la mujer relacionado con el embarazo o la maternidad (artículo 8) (la referencia a la maternidad lo es solo a la maternidad natural, no a la adoptiva, y no incluye lo relacionado con el cuidado del hijo o hija, cuestiones que se derivan hacia el ejercicio de derechos de conciliación).

## Imposibilidad de justificación

Tradicionalmente se ha considerado que la discriminación directa no admite justificación en contrario (y es que ontológicamente es espinoso admitir desigualdades de trato en relación con causas de discriminación que se vinculan con la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes), salvando los supuestos de cláusulas de buena fe (a que aludiremos en unas páginas y que no son propiamente discriminaciones).

En esta línea, la LOIEMH no contempla en la definición de discriminación directa sexista la

posibilidad de justificación (a diferencia de la definición de la indirecta). Por ello, el TC ha declarado la inconstitucionalidad de excluir a las mujeres de un derecho (STC 216/1991, de 14 de noviembre: es discriminación sexista la inadmisión de una mujer como piloto en la Academia General del Aire), incluso si se justifica en una norma paternalista falsamente protectora (STC 229/1992, de 14 de diciembre: es discriminación sexista la prohibición de trabajar en el interior de una mina).

Y en esta misma línea, se sitúa el concepto de discriminación directa contenido en la Ley 62/2003 en relación con el origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (artículo 28.1b). Aunque la cuestión es algo más matizada si acudimos a una de las directivas que esa norma traspone, pues la Directiva 2000/78/CE sobre religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, sí habilita a los Estados para dos excepciones (además de los supuestos de las cláusulas de buena fe) a saber: (1) la cláusula del bien común de su artículo 2.5, aplicable a todas las causas incluidas en su ámbito de aplicación y que habilita a las legislaciones nacionales para establecer las medidas que, en una sociedad democrática, sean necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, y (2) unas excepciones a la igualdad de trato contenidas en el artículo 6 y aplicables a la edad (por ello, es la causa de discriminación más debilitada de las contempladas en el derecho de la Unión Europea). Mientras que la Directiva 2000/43/CE (sobre origen racial o étnico) solo contempla (al igual que las directivas sobre igualdad de sexos) las cláusulas de buena fe.

Sin embargo, la Ley 15/2022 nos sorprende cuando establece con una desenfadada generalidad (artículo 2.2) que podrán establecerse diferencias de trato (es decir, auténticas excepciones) «de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 4», en los siguientes tres casos:

- «cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo»;
- cuando «así venga autorizado por norma con rango de ley», o
- «cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad» (expresión amplia en la que se incluyen las acciones positivas, pero no solo las acciones positivas).

Tales tres supuestos donde se admite la existencia de auténticas desigualdades de trato se deben sujetar a lo establecido en el antes expresado apartado 4 del artículo 4: «No se considera discriminación la diferencia de trato [...] derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla».

¿Cómo afecta esta cláusula general al régimen establecido en la LOIEMH y en la Ley 62/2003? La Ley 15/2022 es un «mínimo común normativo» (exposición de motivos) que deja a salvo «los regímenes específicos más favorables» (artículo 3.2), «debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación» (artículo 7). Con lo cual, y al menos en relación con las discriminaciones contempladas en la LOIEMH y en la Ley 62/2003, la discriminación directa sigue sin poder justificarse (salvando, se insiste, las cláusulas de buena fe a las que se aludirá, y las excepciones habilitadas en la Directiva 2000/78/CE, y solo estas). De esta manera, las excepciones contempladas en los artículos 2.2 y 4.2 de la Ley 15/2022 se aplicarán a las demás causas de discriminación, y también salvando siempre que alguna de ellas pueda tener régimen más protector.

## Salvedad de las cláusulas de buena fe

Las denominadas *cláusulas de buena fe* parten de la consideración de que, en determinadas situaciones, las diferencias de obedecen a un motivo ajeno a los estereotipos y prejuicios. No son propiamente excepciones al principio de igualdad (aunque a veces las leyes, las sentencias o las doctrinas las tratan como excepciones) sino que son situaciones donde, siendo el motivo de la diferencia de trato ajeno a los estereotipos y prejuicios, simplemente no hay discriminación. Utilizando el ejemplo más típico de cláusula de buena fe, no hay discriminación si en la obra *Romeo y Julieta* se exige un actor para el papel de Romeo y una actriz para el de Julieta.

Todas las directivas sobre igualdad de la Unión Europea contemplan cláusulas de buena fe (ocupacional cuando se trata del empleo, o comercial cuando se trata de contrataciones). Y, en desarrollo del derecho de la Unión Europea, han sido recogidas en las normas internas de transposición. Sin embargo, la Ley 15/2022 no se refiere a las cláusulas de buena fe, acaso porque considera que estarían imbuidas dentro de los términos más amplios en que, según su artículo 4.2, se admiten excepciones a la igualdad de trato.

## Salvedad de las cláusulas de buena fe

Las denominadas *cláusulas de buena fe* parten de la consideración de que, en determinadas situaciones, las diferencias de obedecen a un motivo ajeno a los estereotipos y prejuicios. No son propiamente excepciones al principio de igualdad (aunque a veces las leyes, las sentencias o las doctrinas las tratan como excepciones) sino que son situaciones donde, siendo el motivo de la diferencia de trato ajeno a los estereotipos y prejuicios, simplemente no hay discriminación. Utilizando el ejemplo más típico de cláusula de buena fe, no hay discriminación si en la obra *Romeo y Julieta* se exige un actor para el papel de Romeo y una actriz para el de Julieta.

Todas las directivas sobre igualdad de la Unión Europea contemplan cláusulas de buena fe (ocupacional cuando se trata del empleo, o negocial cuando se trata de contrataciones). Y, en desarrollo del derecho de la Unión Europea, han sido recogidas en las normas internas de transposición. Sin embargo, la Ley 15/2022 no se refiere a las cláusulas de buena fe, acaso porque considera que estarían imbuidas dentro de los términos más amplios en que, según su artículo 4.2, se admiten excepciones a la igualdad de trato.

1. En el ámbito de la igualdad de mujeres y hombres, la LOIEMH admite la aplicación de cláusulas de buena fe en dos campos: el empleo (buena fe ocupacional) y el acceso a bienes y servicios (buena fe negocial).

Buena fe ocupacional: «No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado» (artículo 5.II). En aplicación de la cláusula de buena fe ocupacional, el TJUE ha admitido la exclusión de las mujeres para el empleo de policía armado en situación de graves disturbios internos (STJUE 15.04.1986, caso Johnston, C-222/84), pero no para empleos en la policía en general (STJUE 30.06.1988, Comisión contra Francia, C-318/86); también la ha admitido para el empleo en unidades especiales de combate como los Royal Marines (STJUE 26.10.1999, caso Sirdar, C-273/97), pero no si la exclusión es, salvo sanidad y música militar, para todo empleo en el ejército (STJUE 11.01.2000, caso Kreil, C-285/98).

Buena fe negocial: «Serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes

y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios» (artículo 69.3). La Directiva 2004/113/CE, que la LOIEMH traspone, en su preámbulo ejemplifica: refugios de víctimas de violencia de género, ofertas de alojamiento en la propia vivienda, organizaciones de voluntarios para la igualdad de género, clubes privados y sucesos deportivos para un solo sexo.

En la aplicación de las cláusulas de buena fe se debe considerar su adaptación a la evolución de la sociedad (STJUE 30.06.1988, Comisión contra Francia, C-318/86), apreciándose una tendencia a restringir cada vez más la aplicación de dichas cláusulas (por ejemplo: la LOIEMH ha unificado los antiguos cuerpos masculinos y femeninos de funcionariado de prisiones cuando su diferenciación se consideraba un supuesto de buena fe ocupacional; actualmente se debate sobre la igualdad en los deportes al considerar que, en muchos deportes, puede no ser aplicable dicha cláusula).

2. En el ámbito de las demás igualdades protegidas, la Ley 62/2003, en su artículo 34, recoge una cláusula de buena fe ocupacional: «Las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas a que se refiere el párrafo anterior no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

El TJUE ha aplicado la cláusula de buena fe ocupacional en varios asuntos relativos a la discriminación por razón de edad: en la STJUE de 12 de enero de 2010, caso Wolf, C-229/08, admitiendo el establecimiento de una edad máxima de 30 años para el acceso al servicio técnico de bomberos porque respondía al objetivo de garantizar la capacidad física plena adecuada; en la STJUE de 15 de noviembre de 2016, caso Salaberría, C-258/15, admitiendo el establecimiento de una edad máxima de 35 años para el acceso a la policía vasca porque ejerce funciones operativas o ejecutivas.

No cuestionamos que estas diferencias pudieran quedar amparadas por las justificaciones de diferencias de trato por motivos de edad del artículo 6. Pero el TJUE las legitima en la cláusula de buena fe ocupacional del artículo 4. Además de que las exigencias del artículo 4 y del artículo 6 son diferentes, la cuestión trasciende en lo teórico y en lo práctico a lo que entendemos por discriminación: la cláusula de buena fe ocupacional delimita lo que no es discriminación porque no encubre un prejuicio; la justificación de diferencias de trato por

motivos de edad admite explícitamente que hay discriminación, pero permite justificarla en determinadas circunstancias. Y, se mire como se mire, impedir el acceso a un empleo a trabajadores por su edad partiendo de la idea de que a partir de esa edad no son capaces es un prejuicio edadista cuya consideración es discriminación por razón de edad. Otra cosa es que la ley justifique la diferencia de trato en un determinado contexto social y momento histórico.

## 5.2. Discriminación indirecta

El concepto de discriminación indirecta, aplicado a la racial, lo acuñó el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Griggs (1971): una empresa que negaba a las personas de raza negra el acceso a categorías superiores a la de obrero eliminó esa exigencia al prohibirla la *Civil Rights Act* de 1964, introduciendo, en su lugar, la exigencia de bachillerato y la superación de un test de inteligencia, lo que, además de perjudicar más a las personas de raza negra dados sus menores estudios (exigencia de impacto adverso), era desproporcionado para el puesto de trabajo de que se trataba (exigencia de ausencia de justificación); entenderlo de otro modo (según la metáfora literaria utilizada en la sentencia) sería convertir la *Civil Rights Act* de 1964 en una invitación propia de la fábula de la cigüeña y el zorro.

De ahí ha pasado al derecho de la Unión Europea (la encontramos en todas las directivas sobre igualdad), a la jurisprudencia de nuestro TC, luego a la Ley 62/2003 (artículo 28.1c) y a la LOIEMH (artículo 6.2), y finalmente a la Ley 15/2022, que (en línea con todo lo anterior) la ha definido como sigue (artículo 6.2): «La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras» por razón de alguna de las causas de discriminación.

¿Qué diferencia hay entre la discriminación directa y la indirecta? Tanto la discriminación directa como la indirecta suponen una situación de subordinación de personas o colectivos a causa de estereotipos y prejuicios que se actualizan en una desigualdad de trato. Pues bien, la diferencia está, a nuestro juicio, en la distinta conexión de causalidad existente entre los estereotipos y prejuicios y la desigualdad de trato: en la discriminación directa, la desigualdad de trato encuentra su causa inmediata en un rasgo esencial de los estereotipos y prejuicios implicados, mientras en la discriminación indirecta se interpone una circunstancia de apariencia neutra en relación con esos estereotipos y prejuicios y,

para comprobar si esa circunstancia es realmente neutra o se encuentra relacionada con esos estereotipos y prejuicios, surge la necesidad para la parte demandante de acreditar un impacto adverso o una desventaja particular y la posibilidad para la parte demandada de justificar motivos ajenos a la discriminación.

No se trata, sin embargo, de que, mientras la discriminación directa es inderogable (es decir, no admite excepciones), la discriminación indirecta admita excepciones (que es tanto como decir que es una discriminación derogable, afirmación espinosa en términos ontológicos). Lo que, hablando con propiedad, se puede justificar es el impacto adverso o la desventaja particular. Pero si ello es así, no se trata tanto de que la discriminación indirecta se justifique como de que, aunque haya un impacto adverso o una desventaja particular, no existe la discriminación.

Todo esto supone rechazar la existencia de una diferencia sustancial en términos de oposición frontal (como a veces se ha sostenido en la doctrina científica), entre discriminación directa y discriminación indirecta. Ambos conceptos no son más que mecanismos técnico-jurídicos diferentes para hacer aflorar la discriminación y que, además, no son coextensos con la discriminación real. Por ello, es erróneo considerar que toda la discriminación puede ser directa o indirecta y que no hay más, con lo cual la diferencia entre discriminación directa e indirecta no es una *summa divisio* o clasificación que permita abarcar todas las realidades a que ella se refiere. Para una mejor comprensión del concepto de discriminación indirecta, es aconsejable el recordatorio de algunos casos judiciales donde las siguientes situaciones se consideraron discriminación sexista indirecta:

- La diferencia retributiva establecida en convenio colectivo entre la categoría profesional de peón (mayoritariamente hombres) y la categoría profesional de limpiadores (mayoritariamente mujeres) cuando ambas categorías profesionales realizaban trabajos manuales que, sin ser iguales dadas las diferentes categorías profesionales, eran trabajos de igual valor (STC 145/1991, de 1 de julio, caso Hospital Gregorio Marañón; es la primera sentencia del TC donde se apreció una discriminación indirecta).
- La exigencia de titulación de formación profesional segundo grado en ramas técnicas (una titulación masculinizada) para un trabajo de especialista en la cadena de montaje de una empresa de automoción, lo que determina que no se contraten mujeres, la titulación exigida es desproporcionada dado que no se exige esa titulación para esa categoría en el convenio colectivo aplicable (STS 04.01.2000, caso Fasa Renault).

- Las diferencias en la promoción de hombres y mujeres dentro de la empresa comprobadas a través de las estadísticas sobre composición de la plantilla y valorando el secretismo en el procedimiento de promoción profesional. También se descarta como justificación válida una supuesta mayor disponibilidad de jornada de los hombres porque no resulta acreditada (STS, Sala Cuarta, de 18 de julio de 2011, caso El Corte Inglés).
- Las diferencias legales en el cómputo de las cotizaciones exigidas para acceder a pensiones contributivas de seguridad social que, con respecto a las reglas aplicables al trabajo a tiempo completo, se aplicaban a los trabajadores a tiempo parcial, un colectivo mayoritariamente femenino (STC 253/2004, de 22 diciembre, STC 61/2013, de 14 marzo, y STC 91/2019, de 3 julio; STJUE 22.11.2012, Elbal Moreno, C-385/11).
- La ausencia de cobertura de la contingencia de desempleo para el trabajo en el hogar (STJUE 24.02.2022, INSS-Desempleo, C-389/20).

### **5.3. Discriminación por asociación, codiscriminación y discriminación por extensión**

La discriminación por asociación, también denominada discriminación por vinculación, discriminación por interposición, discriminación refleja o discriminación transferida, adquiere carta de naturaleza con la STJUE de 17 de julio de 2008, caso Coleman, C-303/06, que enjuiciaba el caso de una trabajadora a la que la empresa aplicaba un trato desigual y despectivo por solicitar permisos y reducción de jornada con el fin de atender a su hijo discapacitado. Por lo tanto, la circunstancia personal o social que motiva el trato peyorativo no concurre en la persona trabajadora, sino en alguno de sus allegados o persona asociada. Así, para apreciar esta discriminación se atiende no a un solo sujeto sino en este caso a dos sujetos: el perteneciente al colectivo vulnerable y el represaliado.

La discriminación por asociación puede aplicarse sin problema a causas distintas a la discapacidad. Por ejemplo, la negativa a contratar a un trabajador porque su cónyuge pertenece a la etnia gitana o no renovarle un contrato temporal porque su pareja se encuentra afiliada a un sindicato.

En particular, se ha cuestionado si la discriminación por asociación se puede aplicar al

sexo arguyendo en contra que todas las personas, hombres o mujeres, tienen relación con alguna mujer. Por ello, no cabe su aplicación con carácter general, pero sí cabría cuando la mujer se encontrase individualizada por algún motivo peyorativo (por ejemplo, sería una discriminación por asociación la sufrida por el hecho de ser hijo de madre soltera; otro ejemplo de discriminación por asociación es un insulto muy extendido en la cultura española, el de llamar a alguien *hijo/a de puta*). En la jurisprudencia, se ha apreciado que hay discriminación sexista por asociación cuando se deniega un permiso de trabajo para atender a una familiar hospitalizada por parto (STC 71/2020, de 29 de junio). También cuando no se contemplan prestaciones a favor de familiares en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (STS 29.01.2020, rec. 3097/2017), cuando se trata de un régimen deprimido ocupado mayormente por mujeres, dándose además el caso de que las personas cuidadoras suelen ser mujeres.

La Ley 15/2022, en su artículo 6.2a, define la discriminación por asociación «cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio». Dado los antecedentes existentes, aquí la novedad se encuentra en la recepción legislativa del concepto que facilitará su aplicación y que despeja toda duda en orden a su ámbito de aplicación: cualquier causa de discriminación. Inclusive la enfermedad, lo que atribuye un plus de protección de los derechos de las personas trabajadoras vinculados a la enfermedad de un familiar cercano (artículo 37.3b del ET).

Hay dos figuras cercanas a la discriminación por asociación (que se podrían entender como dos subtipos, y así lo ha entendido alguna doctrina):

- La codiscriminación (STJUE 16.07.2015, caso *Chez Razpredelenie Bulgaria AD*, C-83/2014) en que se discrimina a una persona por el sexo de la mayoría o de alguien del colectivo en el cual esa persona se integra (en la sentencia europea se trataba de una mujer paya que se veía perjudicada por una decisión de la empresa distribuidora de electricidad que suponía una discriminación indirecta del colectivo gitano). A diferencia de la discriminación por asociación, en la codiscriminación no existe necesariamente una relación con las personas que sí portan la causa discriminatoria, sino solo una coincidencia en la situación; en todo caso, son categorías conceptuales muy próximas y que llevan a la misma consecuencia jurídica (de ahí que, sin mucho esfuerzo, se pueda considerar a la codiscriminación como un subtipo de discriminación por asociación).
- La discriminación por extensión (otra categoría cercana a la discriminación por

asociación, a veces se la considera otro subtipo), según la cual gozan de igual protección que las víctimas de la discriminación aquellas personas destacadas en la defensa del derecho a la igualdad. Es una categoría nacida en el derecho estadounidense y pensada para la protección de las personas activistas de los derechos civiles. En el derecho comunitario y en el español, la protección frente a represalias puede cumplir esa misma funcionalidad si la institución se interpreta (como se debiera) sin limitarla a las represalias contra las personas discriminadas o que se relacionen con estas, extendiéndola también a aquellas personas que, se relacionen o no con víctimas individuales, luchan por la igualdad.

## **5.4. Discriminación por error**

Menos transitado por la jurisprudencia y la doctrina científica que la discriminación por asociación, la discriminación por error (o por una apariencia causante de un error en el sujeto discriminador) se define en el artículo 6.2b de la Ley 15/2022 como «aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas». El ejemplo más evidente se plantea en relación con la discriminación por orientación sexual, que en un muy elevado número de casos es una discriminación por apariencia, pues la consideración de que una persona es homosexual, y salvados los casos en que esta lo manifiesta, no suele nacer de una constatación veraz, sino de su forma de expresarse, modo de vestir o manera de moverse, cuando muchas de esas formas, modos y maneras pueden ser asumidas por una persona heterosexual.

Aunque los ejemplos más evidentes surgen de la orientación sexual, la creencia del sujeto discriminador puede relacionarse con otras causas de discriminación y con respecto a multitud de hechos aparentes. Por ejemplo, un empresario puede creer que una trabajadora está embarazada porque lleva la ropa holgada o porque ha engordado. O que un trabajador es de una determinada etnia o profesa una determinada religión por el nombre o los apellidos, por el lugar en el que reside, o por el acento usado en el habla.

En la doctrina judicial laboral apenas encontramos ejemplos. De hecho, la primera aplicación conocida ha sido en relación con la discriminación por discapacidad cuando el empresario ha adquirido, en el momento del despido, la convicción de que la enfermedad o accidente sufrido por la persona trabajadora devendrá en una discapacidad y, sobre la base de esa convicción, la despide. El despido se califica de discriminatorio por apariencia de discapacidad aunque luego resulte que las dolencias no hayan devenido en una

incapacidad, pues han curado de manera rápida y favorable (STSJ Galicia 13.04.2021, rec. sup. 160/2020).

## 5.5. Discriminación múltiple y discriminación interseccional

Se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley (Ley 15/2022, artículo 6.3a. Estaríamos entonces ante una acumulación de causas de discriminación cada una de las cuales por sí misma ya conduciría a la apreciación de discriminación. No supone esto inutilidad del concepto: si la acumulación de causas de discriminación es simultánea puede ser útil para agravar la sanción (según el artículo 47.4a, la discriminación múltiple es siempre sanción muy grave) o para elevar una cuantía indemnizatoria (según el artículo 27.1 la concurrencia de varias discriminaciones es un elemento a considerar en la cuantificación de la indemnización); tanto si es simultánea como si es consecutiva (historial de discriminaciones), este concepto permite identificar colectivos vulnerables para justificar acciones positivas (la LOIEMH, en su artículo 14.6, hace referencia expresa a las situaciones de especial vulnerabilidad que pueden sufrir las mujeres para justificar medidas de acción positiva).

Se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación (Ley 15/2022, artículo 6.3b). O sea, la discriminación interseccional es una categoría utilizada para identificar situaciones de discriminación no detectables utilizando por separado las distintas causas de discriminación en candelero en cada caso concreto. El ejemplo típico es la mujer negra a quien se rechaza su ingreso como personal de fábrica en una empresa que tiene en plantilla mujeres blancas como personal administrativo, y hombres negros como personal de fábrica. Si examinamos por separado sexo y raza, se podría llegar a concluir que la empresa no ha discriminado por ninguna de esas causas porque contrata mujeres y porque contrata hombres negros. Pero la mujer negra está en una situación diferente a los hombres negros y a las mujeres blancas, que es lo que a la postre la expulsa del empleo: los prejuicios de género (asociados a una supuesta inhabilidad de las mujeres para manejar máquinas) le obstaculizan el acceso como personal de fábrica y el bajo nivel educativo (habitual en las personas de raza negra debido a las precarias condiciones socioeconómicas) le obstaculizan entrar como personal administrativo.

Con la discriminación interseccional se quiere superar las formas puntuales de

discriminación para encontrar nexos de intersección en las estructuras o categorías de los sistemas de opresión. Porque no cualquier combinación de factores permitirá identificar a través de la interseccionalidad un grupo discriminado: se deberá exigir que la discriminación de sus miembros se base en estereotipos sociales negativos, lesivos para su dignidad, que tengan un perfil propio. De ahí la oportunidad de mantener la distinción entre discriminación múltiple (cada desigualdad de trato actualiza prejuicios de perfil diferente) y la discriminación interseccional (en que se identifican prejuicios con un perfil propio).

Siendo esto así, es un tanto desconcertante la redacción del artículo 6.3c de la Ley 15/2022: «En supuestos de discriminación múltiple e interseccional la motivación de la diferencia de trato, en los términos del apartado segundo del artículo 4, debe darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación». Y es que la utilización separada de cada uno de los motivos de discriminación puede no dar como resultado la existencia de discriminación, con lo cual la motivación de la diferencia no solo debe operar en relación con cada uno de los motivos de discriminación (lo que permitiría excluir la existencia de discriminación múltiple en los términos del artículo 6.3a), sino también en relación con la específica forma de discriminación que se produce cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley (que es lo único que permitiría excluir la existencia de discriminación interseccional conforme el artículo 6.3b). En todo caso, el artículo 6.3c debe ser interpretado en este sentido con la finalidad de ofrecer una coherencia lógica con los artículos 6.3a y 6.3b.

Más cuidada es la redacción del artículo 6.3d: «Igualmente, en supuestos de discriminación múltiple e interseccional las medidas de acción positiva contempladas en el apartado 7 de este artículo deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación». Con esta redacción más meticulosa, se legitima la posibilidad de medidas de acción positiva, por ejemplo, consistentes en ayudas para la contratación laboral de mujeres con discapacidad que sean más intensas que las existentes para contratación de mujeres y para contratación en caso de discapacidad. Por lo demás, la circunstancia que la discriminación por razón de sexo o género es aquella en la que más fácilmente se acumulan o interseccionan otras causas de discriminación explica lo establecido en el artículo 4, apartado 4, de la Ley 15/2022: «En las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros». Se trata de una aplicación del principio de transversalidad de la igualdad de género establecido en el artículo 15 de la LOIEMH según el cual los poderes públicos deben integrar la dimensión de la igualdad entre mujeres y hombres en todas sus políticas: también deben hacerlo en las políticas contra la discriminación.

Remataremos con algunas referencias jurisprudenciales, en este caso del TEDH, pues el CEDH se muestra abierto al concepto de discriminación múltiple (aunque sin entrar en la cuestión de si es simplemente múltiple o si es discriminación interseccional) dada la amplitud de la cláusula de igualdad de su artículo 14 al prohibir distinciones por cualquier condición o situación, lo que explica que el TEDH lo haya aplicado en alguna ocasión.

- STEDH 25.07.2012, B. S. contra España. Se trata de una mujer de origen nigeriano, con residencia regular en España, que ejercía la prostitución, y que sostuvo que unos agentes de policía la llamaron puta nigeriana y la agredieron con ocasión de una serie de acciones de identificación en una céntrica calle de Palma de Mallorca. Para el TEDH, los tribunales nacionales no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución, faltando consiguientemente a la obligación que a aquellos les incumbía de adoptar todas las medidas posibles para determinar si una actitud discriminatoria había desempeñado algún papel en los sucesos.
  
- STEDH 25.07.2017, caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal. Se trata de una ciudadana portuguesa, nacida en 1945, sometida en 1995 a una operación quirúrgica a resultas de la cual, por un error médico, sufre incontinencia urinaria, dolor al andar y sentarse e imposibilidad de tener relaciones sexuales. El Tribunal Supremo de Portugal redujo dos partidas indemnizatorias: de 16.000 € a 6.000 € la relativa a la necesidad de contratar una empleada de hogar para las tareas domésticas porque, entre otras razones, la demandante, dada la edad de sus dos hijos, «solo debe cuidar de su esposo», no siendo necesario en consecuencia contratar a una empleada de hogar a tiempo completo; de 80.000 € a 50.000 € porque, entre otras razones, la demandante, que tiene ya 50 años y dos hijos, «tiene una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años de juventud; su significación disminuye con la edad». Considera el TEDH la existencia de una discriminación por sexo y edad porque, cuando el tribunal nacional afirma que la sexualidad no es importante para una mujer quincuagenaria con dos hijos como lo es para una joven, está asumiendo la tradicional idea de que la sexualidad femenina está ligada al propósito de tener hijos, ignorando la relevancia física y psicológica de la sexualidad en la realización de la mujer como persona, y omitiendo tomar en consideración las dimensiones que la sexualidad tenía para la demandante en el caso concreto. La existencia de prejuicios en el razonamiento judicial se corrobora también con la frase «solo debe cuidar de su esposo». Además, el TEDH trae a colación dos asuntos decididos por el Tribunal Supremo de Portugal en los cuales, en supuestos de indemnización por errores médicos en que los demandantes eran

varones quincuagenarios, se dieron indemnizaciones superiores por las dificultades en el acto sexual, a la vez que ello se consideraba una «tremenda conmoción».

## **5.6. Denegación de ajustes razonables**

La Ley 15/2022 nos sorprende agradablemente, en su artículo 6.1a, con una afirmación que, si bien avanzada en la jurisprudencia anterior, no por ello deja de ser loable, a saber, la de que «se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad». A tal efecto, continúa diciendo la norma, «se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos».

Y es que la STJUE de 15 de julio de 2021, caso Tartu Vangla, C-795/19, ya había considerado una discriminación directa por causa de discapacidad no permitir un ajuste razonable como un dispositivo de corrección auditiva para un funcionario de prisiones. Según la STJUE de 10 de febrero de 2022, caso HR Rail SA, C-485/20, la obligación de ajustes razonables exige que una persona trabajadora que, debido a su discapacidad, ha sido declarada no apta para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa, sea destinada a otro puesto para el que disponga de competencias, capacidades y disponibilidad, siempre que ello no sea carga excesiva para la empresa.

Nuestro Tribunal Constitucional ha sido, si cabe, más claro en su STC 51/2021, de 15 marzo: al recurrente en amparo, letrado de la Administración de Justicia y diagnosticado con síndrome de Asperger, se le impuso una sanción disciplinaria por negligencia en el ejercicio de sus funciones y retraso injustificado en el cumplimiento de sus obligaciones; el TC considera vulnerada (además de varias garantías procesales) la igualdad de trato y no discriminación por discapacidad porque se ha impuesto una sanción disciplinaria a consecuencia de las irregularidades en el desempeño de sus funciones que se podrían haber solventado con ajustes razonables.

Ahora todo esto ya lo dice la ley, pero queda por determinar cuáles son las consecuencias en el ámbito de la extinción de la relación laboral y, a lo menos, se atisban dos causas de extinción no compatibles con la consideración de la denegación de ajustes razonables como discriminación.

1. La primera de esas causas es la extinción automática de la relación laboral derivada de la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez (artículo 49.1e del ET). Y es que la extinción contractual automática obvia la obligación empresarial de realizar ajustes razonables si la persona trabajadora declarada incapaz permanente total, absoluta o gran inválida solicita la recolocación en un trabajo ajustado a sus capacidades si lo hubiere y salvo si supone carga excesiva.
2. La segunda de esas causas donde se plantean problemas de compatibilidad con la consideración de la denegación de ajustes razonables como discriminación por razón de discapacidad es el despido objetivo por «ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa», ex artículo 52a del ET. Y es que este solo se debería admitir si no es factible la posibilidad de ajustes razonables, pues de ser factible la calificación legal sería nulidad por discriminatorio.

¿La denegación de ajustes razonables solo es discriminación directa cuando se niegue a personas con discapacidad? Si nos atenemos a la letra del artículo 6.1a de la Ley 15/2022 la denegación de ajustes razonables es discriminación directa cuando se haga «a las personas con discapacidad». Pero la referencia a la «denegación de ajustes razonables» sin ceñirla a una causa de discriminación se enumera entre las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación que hace el artículo 4.1.II de la ley, y esto acaso permita alcanzar la conclusión de que la denegación de ajustes razonables a personas que invocan un precepto religioso (el descanso en sábado) o por razones de edad madura también son discriminación directa.

## 5.7. Acoso discriminatorio y acoso sexual

1. Acoso discriminatorio. Todas las directivas sobre igualdad reconocen el acoso discriminatorio como desigualdad de trato, y en este sentido lo recogen las normas internas que las trasponen: en relación con el acoso sexista, artículo 7.2 de la LOIEMH («constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo»); en relación con el acoso discriminatorio por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, artículo 28.1d de la Ley 62/2003 («toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno

intimidatorio, humillante u ofensivo»).

En esta misma línea, «constituye acoso [...] cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo» (artículo 6.4 de la Ley 15/2022).

No hay, en consecuencia, mucha novedad con las normas antecedentes, si acaso destacar que la Ley 15/2022, siguiendo la correcta estela de la LOIEMH, prescinde de la exigencia de «no deseada» que aparecía en la Ley 62/2003, y que, por ello, se debe considerar superada.

Obsérvese que en todas las definiciones se exige acumulativamente el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, lo que exige una reiteración de conductas o una conducta única con efectos permanentes; esto es algo lógico, pues de bastar solo con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona para constituir acoso discriminatorio, toda discriminación, en la medida en que toda ella tiene el propósito o produce el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, sería acoso discriminatorio, suponiendo una mezcla de conceptos que la legislación vigente quiere obviamente evitar; por lo tanto, si se dan las dos exigencias habría acoso discriminatorio, y si se da solo la del propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, habría discriminación.

2. Acoso sexual. La Ley 15/2022 no se refiere al acoso sexual. Para su definición debemos acudir a la LOIEMH: «Constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo» (artículo 7.1 de la LOIEMH, que traspone los artículos 2d de la Directiva 2004/113/CE sobre acceso a bienes y servicios y su suministro, y 2.1d de la Directiva 2006/54/CE sobre asuntos de empleo y ocupación).

El acoso sexual es una discriminación por razón de sexo (artículo 7.3 de la LOIEMH, que traspone los artículos 4.3 de la Directiva 2004/113/CE, y 2.2a de la Directiva 2006/54/CE); y es también manifestación de violencia de género (de acuerdo con el artículo 40 del Convenio de Estambul).

Precisiones conceptuales:

- A.** No es necesaria la reiteración de conductas o una conducta única con efectos permanentes en el tiempo pues, además de que la norma expresamente dice «cualquier comportamiento», si la creación de un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo es la consecuencia inexorablemente ligada a una reiteración de conductas o a una permanencia de efectos en el tiempo, la norma deja meridianamente claro que el acoso sexual existe «en particular» si se crea ese entorno, pero puede existir también sin su creación.
- B.** No es necesaria la intencionalidad de atentar contra la dignidad, sino que basta con que se produzca ese efecto. Hay acoso sexual tanto si se acredita el propósito de atentar contra la dignidad o si esa intención se deduce de las circunstancias (por ejemplo, si hay tocamientos en zonas erógenas), como cuando se produzca el resultado de atentar contra esta aunque el propósito sea real o aparentemente otro diferente (como intención jocosa, o supuestamente romántica, paternalista o halagadora).
- C.** No es necesaria una negativa tajante e inmediata de la víctima para entender causado el acoso sexual (STC 224/1999, de 13 de diciembre: no se puede imponer al eventual afectado por un acto de acoso sexual la carga de reaccionar con carácter inmediato y con una contundencia incompatible con la interpretación de la normativa aplicable). Por ello, la LOIEMH ha eliminado de la definición el carácter «no deseado» que aparece en las directivas comunitarias y en el Convenio de Estambul.

¿Qué comportamientos de naturaleza sexual tiene el propósito o produce el efecto de atentar contra la dignidad de una persona? Aquellos que el acosador, aunque nada le manifestara la víctima acerca de su rechazo al comportamiento, debiera saber que son ofensivos en atención a su gravedad (realizando al respecto un juicio sobre valores constitucionales, y en ningún caso un juicio de moralidad), y a las circunstancias concurrentes (de tiempo y lugar, así como de condición de los diferentes intervinientes); y aquellos otros comportamientos que el acosador, aunque no se consideren ofensivos en atención a gravedad y circunstancias concurrentes, sabe que son ofensivos para la víctima porque esta se lo manifestó expresamente.

## **5.8. Inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia**

Todas las directivas sobre igualdad reconocen el carácter discriminatorio de las órdenes de discriminar, y en este sentido lo recogen las normas internas que las trasponen: en relación con el acoso discriminatorio por sexo, artículo 6.3 de la LOIEMH («se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo»); en relación con el acoso discriminatorio por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, artículo 28.2 de la Ley 62/2003 («cualquier orden de discriminar a las personas por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se considerará [...] discriminación»). En esta misma línea se sitúa la Ley 15/2022, aunque con algunas peculiaridades. Según su artículo 4.1, «la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia» es vulneración del derecho a la igualdad de trato, lo que se reitera (innecesariamente) en el artículo 6.5 y (por si esto fuera poco) se vuelve a reiterar en el artículo 8.

Si comparamos las anteriores normas con las nuevas, aparecen dos conceptos. Uno de ellos es la inducción (también la instrucción, pero no parece que la referencia a la instrucción aporte nada nuevo a la orden), pero no de una inducción cualquiera pues, según se aclara en el artículo 6.5, «la inducción ha de ser concreta, directa y eficaz para hacer surgir en otra persona una actuación discriminatoria». Podemos definir la inducción como la actuación consistente en determinar intencionalmente a otra persona para que realice un acto, pero sin que el inductor participe en su ejecución. En el ámbito penal, el inductor es autor del delito (artículo 28 del Código Penal). La Ley 15/2022 ha trasladado esta figura al ámbito del derecho antidiscriminatorio, y considera al inductor como sujeto discriminador.

La intolerancia es el otro concepto novedoso (probablemente conectado con el anterior para completar un mensaje que se pretende enviar a la ciudadanía: es discriminatorio inducir a la intolerancia). Pero el artículo 6 no define este concepto. Según el Consejo de Europa es «una falta de respeto a las prácticas o creencias distintas de la propia», lo que incluye «el rechazo de las personas a quienes consideramos diferentes, por ejemplo, los miembros de un grupo social o étnico distinto al nuestro, o las personas que son diferentes en su orientación política o sexual». Y la aplicación del concepto de intolerancia a las relaciones laborales es, hoy por hoy, potencial, está por ver el recorrido que pueda llegar a tener.

## 5.9. Represalias

La garantía de indemnidad por el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, entendida como exención de cualesquiera perjuicios derivados de ese ejercicio, es un elemento central de su contenido esencial. Es lo que doctrinalmente se ha denominado la eficacia justificante de los derechos fundamentales, o la exención de perjuicio a causa de su ejercicio. Una eficacia justificante extensible sin demasiado esfuerzo argumental al ejercicio de los derechos de igualdad y no discriminación si consideramos que, en nuestro texto constitucional, los mecanismos de protección de los derechos fundamentales y del principio de igualdad y no discriminación están equiparados (artículo 53.3 de la CE). Más concretamente, la garantía de indemnidad por el ejercicio de los derechos a la igualdad de trato de mujeres y hombres se encuentra recogida en el artículo 9 de la LOIEMH, según el cual «se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres».

Y en el ámbito específico del contrato de trabajo, el artículo 17.1.II del ET establece en relación con esta problemática que «serán igualmente nulas [...] las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

El artículo 4.1 de la Ley 15/2022 ratifica la consideración de las represalias como vulneraciones del derecho a la igualdad de trato, y el artículo 6.6 define las represalias como «cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto». Con un añadido difícil de entender según el cual «quedan excluidos de lo dispuesto en el párrafo anterior los supuestos que pudieran ser constitutivos de ilícito penal», y decimos «difícil de entender» porque no se acaba de comprender que, si es ilícito a efectos penales, deje de ser represalia a otros efectos, entre ellos los laborales, cuando aquellos y estos son compatibles.

Hay dos matices destacables en todas las normas. Objetivamente, la protección abarca

reclamaciones judiciales así como extrajudiciales. Subjetivamente, la protección abarca tanto a quien reclama como a quienes intervienen en esta y, por esa causa, sufren una retorsión (por ejemplo, un testigo o mediador, o quien defiende o asesora al reclamante).

¿Cómo se aplica la indemnidad frente a las represalias? Como si se tratase de una discriminación, como se deduce con bastante claridad de la literalidad de todas las normas citadas. Si esto es así, quien alegue la existencia de una represalia o retorsión por el ejercicio de los derechos de igualdad gozará de las facilidades probatorias consiguientes y, si la represalia o retorsión resultase acreditada, la sentencia estimatoria, aparte de declarar la nulidad de la decisión empresarial desfavorable, podrá conceder en particular una indemnización según el artículo 183 de la LRJS.

## **5.10. Incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales**

En su enumeración de vulneraciones del derecho a la igualdad de trato, la Ley 15/2022 (artículo 4.1) contempla el «incumplimiento de medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales». Con la finalidad de aclarar el alcance de esta conducta, se define (en el artículo 6.7) el concepto de acciones positivas (que es un concepto propio de la igualdad de oportunidades que se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la Ley 15/2022) como «las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social», agregando que «tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan». Se trata, en consecuencia, de un tránsito entre el ámbito de la igualdad de oportunidades (en el que se ubican las acciones positivas) y el ámbito de la más protectora igualdad de trato (en la que se ubica el concreto aspecto de incumplimiento de las acciones positivas).

## 5.11. Inacción, dejación de funciones o incumplimiento de deberes

En su enumeración de vulneraciones del derecho a la igualdad de trato, la Ley 15/2022 (artículo 4.1) contempla la «inacción, dejación de funciones o incumplimiento de deberes», pero no se define (en el artículo 6) lo que sean estas violaciones del derecho a la igualdad de trato. Podríamos pensar, en cuanto a la inacción, que se está refiriendo a la omisión como constitutiva del trato desigual, pero esto (que ya se ha analizado) no necesitaba de una previsión expresa (aparte de que esta referencia a la inacción sin mayores distinguos no siempre se podría considerar como constitutiva de violación del derecho a la igualdad de trato: nos remitimos a lo analizado en su momento oportuno). Tampoco el incumplimiento de deberes de cualquier naturaleza (comisión por omisión u omisión impropia, que también ya se ha analizado) necesitaba de una previsión expresa. Creemos que la clave está en la «dejación de funciones», que nos sitúa ante personas con responsabilidades en el servicio público, de modo que la inacción, dejación o incumplimiento de que habla la norma se refiere a acciones, funciones o deberes propios de los servidores públicos.

## 5.12. Segregación escolar

La Ley 15/2022 no enumera, entre las violaciones del derecho a la igualdad de trato (artículo 4.1), la segregación escolar, pero en las definiciones que ofrece (en su artículo 6) se refiere (en el apartado 8) a la «segregación escolar» que sería «toda práctica, acción u omisión que tiene el efecto de separar al alumnado por motivos socioeconómicos o sobre la base de cualquiera de los motivos enumerados en el artículo 2.1 de la presente ley sin una justificación objetiva y razonable». Resulta evidente que, tal y como se define, se trataría de una violación del derecho a la igualdad de trato, aunque la redacción podía haber sido más cuidada: los motivos socioeconómicos son motivos enumerados en el artículo 2.1, con lo cual a continuación de su referencia se debería haber dicho «sobre la base de cualquier otro de los motivos enumerados en el artículo 2.1»; además, la referencia a «una justificación objetiva y razonable» es demasiado sintética, hubiera sido mejor una remisión sin más a las exigencias contempladas en detalle en los artículos 2.2 y 4.2 para justificar desigualdades de trato.

## **6. Criterios de interpretación normativa**

La Ley 15/2022 contiene varios criterios de interpretación normativa de sí misma y del resto del ordenamiento jurídico. Veamos tales criterios.

1. Criterios de interpretación normativa de sí misma. Según el artículo 7 de la Ley 15/2022: «La interpretación del contenido de esta ley, así como la actuación de los poderes públicos, se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, y tendrá en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales.

»Para los efectos del apartado anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes».

Se trata de una norma concordante con lo establecido en el artículo 10, apartado 2, de la CE, según el cual «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Por ello, la Ley 15/2022 no aporta mucha novedad, pero en todo caso no está de más lo que establece su artículo 7.

2. Criterios de interpretación normativa del resto del ordenamiento jurídico. Según el artículo 4, apartado 3, de la Ley 15/2022: «El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Se trata de una norma con una textura similar a la del artículo

4 de la LOIEMH, el cual da sustento normativo al enjuiciamiento con perspectiva de género. Ciertamente, el artículo 4.3 de la Ley 15/2022 aparenta más limitado porque en él no se alude a la igualdad de oportunidades (como sí se hace en el artículo 4 de la LOIEMH). Una carencia que, en el caso de la discapacidad, se subsana si acudimos a la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, y en particular a su artículo 2.o (principio de transversalidad). Más difícil es, sin embargo, en relación con las causas distintas a sexo y discapacidad, pues sus normas específicas no contienen referencias a la aplicación transversal de la igualdad de oportunidades.

Aun con esta limitación en orden a su alcance (que se justifica en la autorrestricción que se impone la Ley 15/2022 a la igualdad de trato y no discriminación) esta norma es, como la poesía, un arma cargada de futuro. Y es que a través de ella se pueden impugnar aquellos actos administrativos, normas o sentencias judiciales en los cuales se aprecien los prejuicios que están en la base de alguna de las discriminaciones prohibidas (prejuicios de género, raciales, capacitistas, edadistas, homófobos, lesbófobos, tránsfobos, o de otro tipo asociado con alguna causa expresada en el artículo 2.1 de la Ley 15/2022 o amparada en el artículo 14 de la CE).

## **7. Garantías del derecho a la igualdad de trato**

Bajo este enunciado, la Ley 15/2022 contiene ocho artículos (del 25 al 32) titulados «Medidas de protección y reparación frente a la discriminación» (artículo 25), «Nulidad de pleno derecho» (artículo 26), «Atribución de responsabilidad patrimonial y reparación del daño» (artículo 27), «Tutela judicial del derecho a la igualdad de trato y no discriminación» (artículo 28), «Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación» (artículo 29), «Reglas relativas a la carga de la prueba» (artículo 30), «Actuación administrativa contra la discriminación» (artículo 31), y uno último llamado «Del Ministerio Fiscal» (artículo 32).

La lectura de estos artículos delata su escasa novedad porque en su mayoría o bien son afirmaciones generales que no suponen avances, o bien su concreción ya la encontrábamos en la legalidad anterior en relación con las causas de discriminación reguladas en las cuatro leyes específicas de igualdad (Ley 62/2003, LOIEMH, LGDPD y ley trans), así como en la jurisprudencia recaída acerca de las distintas causas de discriminación.

Una escasa novedad apreciable en particular en el ámbito de las relaciones laborales, y así lo admite la propia Ley 15/2022 cuando, en sus disposiciones finales, elude (erróneamente, pues alguna modificación sí que era oportuna) toda modificación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, mientras que sí que contiene alguna respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Aun con todo, se debe realizar un juicio positivo porque, además de que se encuentran algunas disposiciones de interés en la regulación, la exposición sistematizada en una norma con rango de ley que se aplica a todas las causas de discriminación (y no solo a las contempladas en las leyes específicas de igualdad), garantiza la seguridad jurídica, facilita la aplicación y, en suma, coadyuva en el combate contra la discriminación.

Hechas estas apreciaciones de alcance general sobre la regulación, nos detendremos en las anunciadas disposiciones de interés y su incidencia en el ámbito de las relaciones laborales, agrupándolas en los siguientes cuatro apartados: (1) Contenido de la tutela

antidiscriminatoria; (2) Legitimación para la defensa de los derechos de igualdad de trato; (3) Reglas sobre la carga de la prueba; (4) Garantías en el procedimiento administrativo.

## 7.1. Contenido de la tutela antidiscriminatoria

Según el artículo 28 de la Ley 15/2022, «la tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales, la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate». Una afirmación general que, por su amplitud, posibilita la adopción de cualquier medida siempre que sea necesaria en orden a poner fin a la discriminación, lo que acaecerá cuando la medida, en atención al caso particular, sea pertinente (esto es, adecuada) y sea útil (esto es, eficaz). Aunque esta afirmación general no se puede considerar novedosa, pues ya del artículo 14 de la CE se puede deducir que es exigible adoptar cualquier medida para evitar que la discriminación pueda prevalecer («sin que pueda prevalecer» dice la norma constitucional), también es verdad que la plasmación expresa de esta consideración en una ley ordinaria facilitará la adopción por los órganos judiciales de las medidas que, en atención al caso particular, sean pertinentes y útiles en orden a poner fin a la discriminación. La más radical consecuencia jurídica de un incumplimiento normativo es la nulidad de pleno derecho que el artículo 26 anuda a «las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación». Tal consecuencia se concreta en el ámbito de un proceso judicial en una tutela anulatoria de alcance declarativo, que curiosamente no enumera el artículo 28, acaso para no reiterarse con el 26.

Sí enumera el artículo 28 otras posibles medidas: el «cese inmediato de la discriminación» (tutela interdictal), «pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores» (tutela cautelar), «la indemnización de los daños y perjuicios causados» (tutela indemnizatoria) y «el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho» (tutela restitutoria). La enumeración de las tutelas de condena se ajusta, en cuanto al proceso laboral, a lo establecido en el artículo 182 de la LRJS. También es oportuna la referencia a la tutela cautelar, pero es llamativo que su inclusión se contemple en una oración subordinada en relación con la tutela interdictal de cese inmediato de la discriminación cuando es que la tutela cautelar, tal como se contempla en las leyes de enjuiciamiento (tanto en la LEC, artículos 726.2 y 727, como en la LRJS, artículos 79 y 180), tanto ampara el cese inmediato de la discriminación (tutela cautelar

negativa) como otras medidas más amplias, e incluso la anticipación del resultado del litigio (tutela cautelar positiva), de ahí que hubiera sido más oportuno desgajarla en otro apartado que la relacionase también con la tutela restitutoria.

En particular, el artículo 27 se detiene en las tutelas indemnizatoria y restitutoria: «[L]a persona física o jurídica que cause discriminación [...] reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible». Acreditada la discriminación, la norma añade dos precisiones de interés (aunque su novedad sea muy relativa porque la doctrina judicial aplicando la legislación anterior ya discurría por estos mismos derroteros):

**A)** Una en relación con el alcance de la indemnización: «[S]e presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

¿Posibilita esta norma la imposición de oficio de una indemnización por daño moral una vez se haya acreditado la discriminación? A nuestro juicio, la literalidad de la norma no avala esa conclusión, pues no dice que «acreditada la discriminación» se impondrá una indemnización por daño moral, sino que «se presumirá la existencia de daño moral». Lo que sí posibilita la norma es que, con solo pedir la indemnización, esta se haya de conceder por daño moral a cuantificar según los criterios en la norma contemplados (circunstancias del caso, una o varias discriminaciones, gravedad de la lesión y difusión o audiencia del medio que la canalizó). En consecuencia, en los procesos sujetos al principio dispositivo (como es el proceso social) es necesario pedir la indemnización pero basta con pedirla para que, acreditada la discriminación, haya de concederse por daño moral. Si esto lo combinamos con que la jurisprudencia laboral se remite como criterio orientativo para el daño moral a la cuantía de las sanciones previstas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el mínimo previsto para estas se aplicará con solo pedirlo, y si la parte reclamante pretende una indemnización mayor deberá acreditar la especial significación de uno o varios de los criterios de cuantificación previstos en la norma para la reparación del daño moral, o deberá acreditar la existencia de daños físicos o materiales, no amparados en la presunción de existencia.

**B)** Y otra en relación con los sujetos obligados: «[S]erán igualmente responsables del daño causado las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección

y no hayan cumplido las obligaciones [sobre la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias]».

## **7.2. Legitimación para la defensa de los derechos de igualdad de trato**

Según el artículo 29 de la Ley 15/2022 (en términos similares a las modificaciones que en la LEC y en la LRJC introdujo la LOIEMH y en términos similares al artículo 65 de la ley trans), se reconoce legitimación para la defensa de los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas o usuarias de sus servicios en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, y siempre que cuenten con su autorización expresa, a las siguientes personas jurídicas de conformidad con lo establecido en las respectivas leyes de procedimiento: (1) los partidos políticos, (2) los sindicatos, (3) las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, (4) las organizaciones de personas consumidoras y usuarias, y (5) las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos siempre que (a) se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes de la iniciación del proceso judicial y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos, salvo que ejerciten las acciones administrativas o judiciales en defensa de los miembros que la integran, y (b) según sus estatutos desarrollen su actividad en el ámbito estatal o, en su caso, en un ámbito territorial que resulte afectado por la posible situación de discriminación.

Aunque, según su marchamo («legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación»), se trata de una norma referida a la legitimación, lo que regula no es un supuesto de legitimación, sino de representación procesal, pues los sujetos enumerados no pueden demandar por sí mismos sino solo cuando cuenten con la autorización expresa de las personas afiliadas o asociadas o usuarias y en defensa de sus derechos.

Sin embargo, la Ley 15/2022 (como ya hizo la LOIEMH y también ha hecho la Ley Trans) va más allá cuando, en sus disposiciones finales, acomete reformas en la LEC y la LJCA pues en ambas, además de reiterar el mandato del artículo 29 de la Ley 15/2022, se añade otro mandato según el cual «cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada

o de difícil determinación» los sujetos mencionados en dicho artículo y la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación ostentan legitimación para instar acciones judiciales en defensa de esos derechos o intereses difusos, sin perjuicio en todo caso de la legitimación individual de aquellas personas afectadas que estuviesen determinadas (confróntese el artículo 11 bis de la LEC y el artículo 19.1 de la LJCA).

Aquí sí nos encontramos, en la LEC y en la LJCA, ante unas normas referidas a la legitimación que van más allá de lo establecido en el artículo 29 de la Ley 15/2022. El problema es que la Ley 15/2022 no ha introducido una reforma semejante en la LRJS y no es claro que el mandato general de su artículo 29 (que no regula una cuestión de legitimación, sino de representación procesal) sea base legal suficiente para que en los órganos judiciales se admita actuar a los sujetos a que se refiere cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación.

La Ley Trans ha puesto aún más en evidencia este vacío legal porque, además de modificar la LEC y la LJCA, no se ha olvidado de la LRJS, añadiendo al efecto un nuevo apartado 5 al artículo 17, en cuyo segundo párrafo se establece lo siguiente: «Cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias».

¿Cómo solventar la disfunción de que, para las causas de discriminación amparadas en la Ley Trans, se posibilita en la LRJS la legitimación de determinadas personas jurídicas cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, mientras que nada se dice en relación con las demás causas de discriminación? La única solución posible para resolver este conundrum es invocar directamente el artículo 24.1 de la Constitución española en relación con lo establecido en el artículo 7.3 de la LOPJ según el cual, para la defensa de los intereses legítimos colectivos «se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción». No es este el único problema de descoordinación normativa que la Ley 15/2022 ha propiciado en el ámbito del proceso laboral. Y es que la modificación que hace de la LEC incluye la introducción de un artículo 15 ter, «publicidad e intervención en procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no

discriminación», según el cual «en los procesos promovidos por la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, los partidos políticos, sindicatos, asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, organizaciones de personas consumidoras y usuarias y asociaciones y organizaciones legalmente constituidas, que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos», se realizarán dos actuaciones de oficio: (1) «Se llamará al proceso a quienes tengan la condición de personas afectadas por haber sufrido la situación de discriminación que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual», y (2) «[Se] comunicará [la] iniciación [del proceso] al Ministerio Fiscal para que, de conformidad con las funciones que le son propias, valore la posibilidad de su personación».

En este caso, la disfunción de que no existen unas disposiciones semejantes en la LRJS se solventaría aplicando la LEC como supletoria de la LRJS, pero hemos de insistir en que para que se dé el supuesto previsto en el artículo 15 ter de la LEC, se debe reconocer previamente la legitimación en el proceso social de los sujetos a que el mismo se refiere, y ello solo aparenta posible acudiendo directamente al artículo 24 de la CE.

### **7.3. Reglas sobre la carga de la prueba**

En cuanto a las reglas sobre la carga de la prueba, el artículo 30 de la Ley 15/2022 sigue el modelo del artículo 12 de la LOIEMH (que también ha seguido el artículo 77 de la LGDPD y el artículo 66 de la Ley Trans), sin que se aprecien novedades merecedoras de mayor comentario, si acaso destacar (algo que no venía en el artículo 12 de la LOIEMH, pero que la jurisprudencia ya advertía) que las reglas sobre la carga de la prueba se aplican tanto en los procesos como en los procedimientos administrativos.

### **7.4. Garantías en el procedimiento administrativo**

A ellas se dedica el artículo 31, «Actuación administrativa contra la discriminación». Y lo más reseñable dentro de su regulación es que cualquier autoridad pública que, «con ocasión del ejercicio de sus competencias, tenga conocimiento de un supuesto de discriminación», está obligada, si es competente, a «incoar el correspondiente procedimiento administrativo, en el que se podrán acordar las medidas necesarias para investigar las circunstancias del

caso y adoptar las medidas oportunas y proporcionadas para su eliminación», o en caso de no ser competente, a «comunicar estos hechos de forma inmediata a la Administración competente, de acuerdo con lo establecido en las leyes administrativas».

El artículo 31 también atribuye la condición de interesados en procedimientos administrativos a los mismos sujetos a los que, en el artículo 29, se les atribuyó legitimación procesal siempre que cuenten con la autorización de la persona o personas afectadas, matizando que no será necesaria la autorización de la persona afectada cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, sin perjuicio de que quienes se consideren afectados puedan también participar en el procedimiento. A los mismos sujetos menos a los partidos políticos, lo que tiene lógica, dado que el color de las Administraciones públicas se corresponde con el partido político ganador de las elecciones, y atribuir la condición de interesados a otro partido político podría suponer la utilización desviada del procedimiento administrativo con fines políticos.

## **8. Disposiciones específicamente laborales de la ley 15/2022**

Si bien los cambios más trascendentales de la Ley 15/2022 sobre las relaciones laborales se encuentran en sus disposiciones generales (sobre todo en los conceptos generales, en menor medida en las cláusulas de garantías, cuestiones ambas abordadas en las páginas precedentes), la Ley 15/2022 también contiene algunas disposiciones específicamente laborales a lo largo de su articulado. A ellas nos referimos en las siguientes páginas.

### **8.1. Derecho a la igualdad de trato en ámbitos laborales**

Dentro del capítulo «El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política, económica, cultural y social», en que se recogen algunas concreciones de aquel derecho en determinados ámbitos (artículos 9 a 14), se dedican tres artículos a ámbitos laborales: el artículo 9 (el trabajo por cuenta ajena), el artículo 10 (la negociación colectiva) y el artículo 11 (el trabajo por cuenta propia).

Los tres artículos (9, 10 y 11) responden a un esquema común: un reconocimiento general del principio de igualdad y no discriminación en sus respectivos ámbitos y el establecimiento de obligaciones genéricas de los sujetos intervinientes en cada uno de sus respectivos ámbitos. Con ser disposiciones de escasa densidad jurídica, entre ellas hay alguna que merece ser destacada porque introduce alguna precisión de más recorrido.

#### **Trabajo por cuenta ajena**

Comienza el artículo 9 con el reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación (artículo 9.1: «No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción

profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo»), con un especial hincapié en la prohibición de discriminación indirecta (artículo 9.2: «Se entenderán discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo, público o privado, o en las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley»).

A partir de estas normas generales, se establecen las obligaciones: (1) de los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas a «velar específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta [...], favoreciendo la aplicación de medidas para la consecución de tal fin como el currículo de vida anónimo» (artículo 9.3); (2) de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de «velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo», a cuyo efecto «[se] incluirá en su plan anual integrado de actuación con carácter de objetivo de alcance general, el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo», y (3) agregando que la labor atribuida a la ITSS se llevará a cabo en los centros de trabajo y establecimientos militares por los organismos competentes del Ministerio de Defensa y (4) en el ámbito del empleo público por la inspección general de servicios o por los órganos equivalentes de las CC. AA. (artículo 9.4).

Saliéndose algo de esta escasa densidad jurídica, entre estas disposiciones, se contiene alguna precisión a destacar por más mordiente.

La primera, ya reproducida, cuando a los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas se les indica favorecer el currículo de vida anónimo.

La segunda cuando se dice que «el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto» (artículo 9.5), lo que es una novedad a valorar positivamente porque, aunque a esa misma conclusión se llegaría aplicando la legislación general sobre protección de datos, sí es una novedad en su plasmación concreta en relación con el acceso al empleo por cuenta ajena y concretado en el estado de salud.

Y la tercera cuando habilita a la vía reglamentaria para «exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de 250 trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones

o circunstancias del artículo 2.1» (artículo 9.6). Se trata de una habilitación reglamentaria para la aprobación de una norma semejante al Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, aunque obviamente con mayores dificultades de plasmación práctica, pues el tratamiento estadístico de una sola variable (el sexo) y la valoración de los resultados obtenidos siempre resulta más sencillo que operando con múltiples variables (todas las condiciones o circunstancias del artículo 2.1). En todo caso, la referencia a las condiciones o circunstancias del artículo 2.1 no parece, por mucho que esa norma contenga una cláusula final de apertura como el artículo 14 de la CE, que pueda ser ampliada por vía reglamentaria; o sea, el registro solo será de las legalmente previstas.

## **Negociación colectiva**

Comienza el artículo 10 (lo mismo que el artículo 9) con el reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación (artículo 10.1: «Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, la negociación colectiva no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo, por las causas previstas en esta ley»).

A partir de estas normas generales, se establecen las obligaciones: (1) de los poderes públicos de «[fomentar] el diálogo con los interlocutores sociales, a fin de promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas» (artículo 10.1); y (2) de la representación legal del personal y de la empresa de «[velar] por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación [...] y, en particular, en materia de medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos» (artículo 10.2).

También se hace un llamamiento a la adopción de acciones positivas (esta es la disposición más destacable en el ámbito de la negociación colectiva, aunque no se establece incentivo alguno en orden a su adopción): «De acuerdo con lo dispuesto en esta ley y en la legislación laboral, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley. Como parte de las medidas que, en su caso, pudieran acordarse en el marco de la negociación colectiva, podrán establecerse conjuntamente por las empresas y la representación legal de los trabajadores, objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica» (artículo 10.3).

## **Trabajo por cuenta propia**

Comienza el artículo 11 (lo mismo que los artículos 9 y 10) con el reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación (artículo 11.1: «No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por las causas previstas en esta ley en el acceso al ejercicio y en el desarrollo de una actividad por cuenta propia»), con especial hincapié en los pactos con la clientela y en los acuerdos de interés profesional de los TRADE (artículo 11.2: «Lo dispuesto en el apartado anterior será igualmente de aplicación a los pactos establecidos individualmente entre el trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolle su actividad profesional, así como a los acuerdos de interés profesional concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad»).

Otro nuevo llamamiento encontramos a la adopción de acciones positivas, de nuevo sin incentivo alguno: «Los acuerdos de interés profesional [...] podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación por las causas previstas en esta ley en el ámbito del trabajo por cuenta propia» (artículo 11.3).

## **Disposición común**

Norma de cierre es la disposición adicional quinta de la Ley 15/2022 que, bajo el título «Cumplimiento de las disposiciones previstas en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación en materia de negociación colectiva y laboral», establece que «las organizaciones empresariales y sindicales más representativas elaborarán un informe con carácter anual sobre el cumplimiento de las disposiciones previstas en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación». Con esta norma se pretende dar algo más de mordiente a las disposiciones específicamente aplicables al ámbito laboral, pues la obligación de elaborar un informe anual creará una ocasión para que los agentes sociales se reúnan a hablar sobre estas cuestiones e indirectamente operará como un incentivo para que adopten medidas sobre la igualdad.

## 8.2. Responsabilidad social de las empresas

Además de los artículos 9, 10 y 11, en el articulado de la Ley 15/2022 solo hay otra disposición reguladora de un aspecto específicamente laboral, cuál es la responsabilidad social de las empresas: «Las empresas podrán asumir la realización de acciones de responsabilidad social consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las empresas o en su entorno social. En todo caso, se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones adoptadas.

»La realización de estas acciones podrá ser concertada con la representación de los trabajadores, así como con las organizaciones cuyo fin primordial sea la defensa y promoción de la igualdad de trato y no discriminación y los organismos de igualdad de trato.

»Las empresas podrán hacer uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad» (artículo 33.2).

## **9. Aplicación en ámbitos laborales de las disposiciones comunes de la ley 15/2022**

Aunque con las reseñadas en la sección anterior se acaban las disposiciones específicamente laborales contenidas en el articulado de la Ley 15/2022, obviamente todas sus disposiciones, en cuanto son de alcance general, pueden afectar a ámbitos laborales. Por ejemplo, la estrategia estatal para la igualdad de trato y la no discriminación (regulada en el artículo 34) deberá contener medidas aplicables en ámbitos laborales pues si no incumpliría con uno de sus contenidos prioritarios (acaso el más prioritario): «Medidas dirigidas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación» (artículo 34.4b). O la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación (artículos 40 a 45) podrá desplegar sus competencias en ámbitos laborales. Incluso las infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación (artículo 46 a 52) podrán afectar a ámbitos laborales siempre que no se trate de competencias de la ITSS y la autoridad laboral, pues entonces estas prevalecerían por el principio de especialidad (aunque las sanciones pecuniarias fijadas para las infracciones de la LISOS resultan paradójicamente ser de cuantía menor).

## 10. Información y asesoramiento a las personas víctimas de discriminación

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 15/2022, todas las personas víctimas de discriminación tienen derecho (1) «a recibir información completa y comprensible, así como asesoramiento relativo a su situación personal adaptado a su contexto, necesidades y capacidades, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las administraciones públicas», y (2) «a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia».

En particular, si se trata de personas con discapacidad, la información será «integral [...] sobre sus derechos y sobre los recursos existentes», y «deberá ofrecerse en formato accesible y comprensible a las personas con discapacidad, tales como lectura fácil, Braille, lengua de signos, tanto la española como la catalana, y otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos».

También en particular, cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, la información será «toda la [...] necesaria», debiéndose transmitir «en un lenguaje claro y comprensible, en un idioma que puedan entender y mediante formatos accesibles en términos sensoriales y cognitivos y adaptados a las circunstancias personales de sus destinatarios, garantizándose su acceso universal», y «cuando se trate de territorios con lenguas cooficiales el niño, niña o adolescente podrá recibir dicha información en la lengua cooficial que elija». Adicionalmente, «se debe garantizar la prevención y prohibición de cualquier revictimización».

La otra cara del derecho de las personas víctimas de discriminación a la información y el asesoramiento son las obligaciones correlativas de los poderes públicos que se concretan (artículos 53 y 54): (1) en garantizar la información «a través de servicios telemáticos y presenciales, para realizar una atención integral y multidisciplinar»; (2) en prestar «una atención integral real y efectiva [...] [que] comprenderá el asesoramiento, la asistencia, en especial, la sanitaria, y las medidas sociales tendentes a facilitar su recuperación integral», debiéndose dar un «tratamiento específico» si «las agresiones o acciones que inciten al odio, la discriminación e intolerancia se hayan realizado utilizando las nuevas tecnologías o a través de las redes sociales»; (3) en realizar «campañas de sensibilización y divulgación para la igualdad de trato y contra la discriminación y la intolerancia promoviendo la denuncia de las mismas y [garantizar] la asistencia a las víctimas, aunque no se interponga denuncia».

# **Derechos de conciliación e igualdad de género**

**CAROLINA MARTÍNEZ MORENO**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Oviedo

## **Sumario**

1. La incuestionable conexión de la conciliación corresponsable con la igualdad entre mujeres y hombres
2. De la feminidad del cuidado a la corresponsabilidad
  - 2.1. Algunos antecedentes no tan remotos
  - 2.2. El lento pero progresivo proceso de individualización y convergencia igualitaria de los derechos de conciliación
  - 2.3. La conciliación durante la pandemia y los últimos avances
3. Algunos ejemplos ilustrativos que ofrece una abundante casuística
  - 3.1 Conciliación y brecha salarial
  - 3.2. El problema del uso de los tiempos para conciliar
  - 3.3. Algunos interrogantes finales

# 1. La incuestionable conexión de la conciliación corresponsable con la igualdad entre mujeres y hombres

Me suele gustar comenzar reflexiones como las que ocupan estas próximas páginas con una reproducción textual de un pasaje de la STC 92/2008, de 21 de julio, que más tarde recogería con total fidelidad la STS de 11 de mayo de 2016 (rec. 3245/2014), caso Merkal Calzados, y que dice: «El riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante, junto con la desigualdad retributiva, con que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales».

Algunas cosas han cambiado desde entonces, y lo han hecho para bien, pero aún constituyen dos verdaderos desafíos para las sociedades y los ordenamientos de la mayor parte de los países de la tierra, por no decir de todos. Y, además, se trata de dos problemas, el del empleo femenino (acceso y conservación), y el del disfrute igualitario de las condiciones de trabajo, en especial las salariales, que están perversamente conectados entre sí.

Hay muchísimos informes e indicadores de igualdad, pero me interesa en este momento tomar en cuenta el análisis de los datos del Índice del Instituto Europeo de Igualdad de Género de 2020<sup>1</sup>, que situaría a España en la octava posición, con 72,0 puntos sobre 100, 4,1 puntos por encima de la media de la UE, lo que indica que somos uno de los países, junto con Croacia, que más ha avanzado en el logro de la igualdad. Igual tiene mucho que ver con ello la intensa labor política y social que se ha desarrollado en los últimos años en pos de este objetivo. Unido tal vez a que, en términos comparados, partíamos de una peor situación. Estas puntuaciones se basan o se obtienen midiendo las diferencias que persisten entre mujeres y hombres en seis ámbitos principales: trabajo, dinero, conocimiento, tiempo, poder y salud. Pues bien, España avanza más y más deprisa a la media europea en los ámbitos del empleo, el conocimiento (pese a que seguimos superando a los hombres en

---

<sup>1</sup> [Documento en formato PDF del Índice de igualdad de género 2020 del Instituto Europeo de la Igualdad de Género](#) (última consulta 16/10/2023).

los estudios relacionados con la educación, la salud, el bienestar, las ciencias humanas y las artes, donde la brecha no deja de crecer), el poder y la salud, especialmente en este último. Pero, aunque también hemos mejorado algo, los avances son mucho más modestos y lentos y quedan por debajo de la media en los indicadores monetarios (ganamos menos que los hombres) y en el uso y disposición del tiempo. Esferas que conciernen directamente a la conciliación y sus repercusiones sobre empleo, condiciones laborales y brechas, que es justamente de lo que trata esta reflexión.

He analizado en numerosas ocasiones con motivo del estudio sobre la brecha salarial de género<sup>2</sup> el efecto como relevante factor desencadenante que sobre la misma tiene la división sexual del trabajo y la diferencia de tiempos dedicados dentro y fuera del hogar por mujeres y hombres<sup>3</sup>. Y la conclusión también es universalmente extrapolable: las mujeres dedican más horas al día que los hombres a trabajar en las tareas domésticas, incluso en Islandia, que pasa por ser el país más igualitario del planeta, con independencia de cualquier otra variable (edad, situación familiar, nivel de estudios o de renta, entre otras muchas); la contratación y ocupación de mujeres es inferior a la de los hombres en todas las franjas y tramos de edad, pero desciende aún más entre los 30 y los 44 años (justo la edad en que se suelen tomar o pueden tomarse decisiones sobre la maternidad y la procreación); las mujeres solteras ganan más de media que las casadas, lo contrario de lo que ocurre con los hombres, que ganan más cuando se casan o crean una familia; la maternidad influye desde muy temprana edad en las propias decisiones de las féminas sobre sus opciones educativas, formativas y de empleo y carrera profesional (no es casual que se concentren en cierto tipo de estudios y opten con frecuencia en mayor medida por empleos en el sector público). Los hombres, por fin, despliegan una progresión en el empleo mucho más lineal y continua que las mujeres, que experimentan más discontinuidad y más interrupciones en

---

<sup>2</sup> MARTÍNEZ MORENO, C. (2019). *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Bomarzo, Albacete;

MARTÍNEZ MORENO, C. (2020). «Brecha salarial y discriminación laboral por razón de sexo», en Acale Sánchez, M. (dir.) y Sánchez Benítez, C. (coord.), *Brecha de género y universidad: dos realidades que se retroalimentan*, Bomarzo, Albacete, p. 23 y ss.;

MARTÍNEZ MORENO, C. (2023). «Capítulo III. Brecha salarial y digital por razones de sexo», en Romero Burillo, A. M. (dir.), *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, Aranzadi, Cizur Menor, pp.103 a 137; y en *Agenda Pública*, «A vueltas con la brecha salarial de género», 1 de mayo de 2016.

<sup>3</sup> Con cita obligada de la obra de la recientemente galardonada con el premio Nobel GOLDIN, C. (1992). *Understanding the Gender Gap: An Economic History of American Women*, Oxford University Press.

sus carreras.

Pero sigamos con algunos datos más, el Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo que, bajo el título *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, se dio a conocer en 2018 en la 107.<sup>a</sup> Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo<sup>4</sup>, menciona el resultado de una encuesta (la encuesta Gallup<sup>5</sup>) según la cual, en casi todo el mundo, hombres y mujeres mencionaron el «equilibrio entre el trabajo y la familia» como uno de los principales retos con que se enfrentan las mujeres trabajadoras en sus respectivos países.

La vertiente de género que presenta el problema sigue, pues, estando en un primer plano, pese a los constantes y persistentes esfuerzos que se llevan haciendo por subrayar que ha de enfocarse el problema del reparto de los tiempos dedicados al trabajo y al hogar o a la familia desde la corresponsabilidad y la garantía de la no discriminación por razón de sexo<sup>6</sup>.

Comprobada la necesidad de abordar el tratamiento de estos asuntos con un enfoque de género, la siguiente pregunta que habría que responder es la relativa a en qué consiste ese enfoque, y no únicamente aplicado a la labor de enjuiciar o juzgar, cuestión sobre la que hay otra intervención y otra ponencia más específica, sino, más en general, a la forma de legislar y diseñar las normas, administrar y exigir su cumplimiento y, en suma, al estilo de hacer política.

No hace mucho tiempo que la profesora Casas Baamonde lo expresó con la mayor autoridad y de modo muy claro, por lo que me atrevo a reproducir aquí literalmente la cita:<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Se puede consultar en [este informe disponible en página web de la Organización Internacional del Trabajo](#), (última consulta 03.10.2023).

<sup>5</sup> OIT y GALLUP (2017). *Towards a better future for women and work: Voices of women and men*, OIT, Ginebra, pp. 39 a 43 (p. 258 del informe, nota 3).

<sup>6</sup> Lo explica con brillantez en un estudio muy reciente Rodríguez Escanciano, S. (2022). «La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores: Su trasposición al ordenamiento jurídico español», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XIV, pp. 252 y 253.

<sup>7</sup> CASAS BAAMONDE, M. E. (2019). «Igualdad de género y Derecho del trabajo y de la Seguridad Social: una integración inaplazable», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 4, núm. 12 (ejemplar dedicado a: [La igualdad en el ámbito derecho del trabajo y de la Seguridad Social](#), editado en colaboración con la Asociación Española de Derecho y Seguridad Social), pp. 5-8 (última consulta 17.01.2020).

«La igualdad de género [...] ha de ser elemento definitorio de la construcción científica y política del derecho del trabajo y de la seguridad social, para la adecuación de las categorías jurídicas y los dispositivos técnicos propios de nuestra disciplina».

Se trata, en suma, de una transformación del modo de concebir, construir y analizar nuestros conceptos e instituciones y los instrumentos aplicativos y de garantía y refuerzo del cumplimiento del ordenamiento laboral en su conjunto para desproveerlos o despojarlos de prejuicios y resabios sexistas, de modo que sean en verdad capaces de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad y la no discriminación entre mujeres y hombres. Nada más y nada menos. Ya decía Albert Einstein que es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio. En ocasiones, lo más difícil es detectar la existencia misma del prejuicio, del estereotipo o sesgo sexista.

## 2. De la feminidad del cuidado a la corresponsabilidad

Esta vez me he permitido parafrasear a una autora, colega y buena amiga, que en un estudio muy reciente sobre esta materia se refiere al tránsito de la responsabilidad femenina a la corresponsabilidad familiar y social<sup>8</sup>. Y por muy sabido que sea, solo hay que volver un poco la vista atrás para comprender cuáles han sido las razones y los dispositivos en virtud de los cuales en nuestra historia reciente se ha consolidado y extendido la idea de que los cuidados son cosa de mujeres y el trabajo fuera del hogar y la presencia en la vida pública cosa de hombres. Pero ¿es así por la propia naturaleza de las cosas, es cuestión de tradición y usos sociales, o hay detrás y de partida una construcción ideológica?

### 2.1. Algunos antecedentes no tan remotos

Si buscamos respuestas en nuestros antecedentes más inmediatos, la variable ideológica es determinante. Sin poder negar por completo la influencia de otros posibles factores, en la normativa franquista (como ocurriera en la Italia fascista, en la Alemania nazi, pero también en otros países menos connotados como Francia o el resto de Europa),<sup>9</sup> ya desde el mismo Fuero del Trabajo el Estado afronta el desafío de «redimir» o «libertar» a la mujer casada del mundo del trabajo, del ámbito productivo, del taller y de la fábrica. Es sumamente esclarecedor, en este sentido, lo que algunos lustros después, decía, en una norma «avanzada» de reconocimiento de derechos para las mujeres, el preámbulo de la Ley

---

<sup>8</sup> ARGÜELLES BLANCO, A. R. (2023). «Conciliación y corresponsabilidad en los cuidados: líneas evolutivas y retos para los derechos laborales», *El derecho del trabajo que viene. Reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, Colex, Barcelona, p.107 y ss.

<sup>9</sup> En Europa tuvieron una gran incidencia en el empleo femenino y la mayor o menor presencia de las mujeres en el sistema productivo y en la industria las dos guerras mundiales. Con los hombres en el frente se hacía imprescindible que ellas trabajasen incluso en la industria armamentística. Al final de la guerra, se las volvió a relegar a las labores de cuidado, por dos razones diferentes, garantizar el empleo de los soldados retornados del frente, e interiorizar los costes del trabajo doméstico y de los cuidados.

56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer:<sup>10</sup> «[L]a Ley contempla, claro es que referido únicamente a la mujer casada, las limitaciones de Derecho, una vez más confirmado en la reforma del Código Civil en mil novecientos cincuenta y ocho, que el matrimonio exige una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido».

Los dispositivos y medidas para confinar a las mujeres en el hogar y confiarles las tareas y responsabilidades de cuidado fueron muchos, muy variados y terminantemente eficientes<sup>11</sup>. Y comprendían desde los dirigidos a permitir y propiciar la procreación y atención de los hijos nacidos, la educación y la crianza, y la intendencia y cuidado de la casa, hasta, desde luego, la dedicación al esposo y el miramiento de sus parientes consanguíneos. Se legitiman y articulan, ya desde principios del siglo XX<sup>12</sup>, medidas para garantizar la protección de la trabajadora durante el embarazo, el parto y el puerperio; la atención y cuidado de los recién nacidos, fomentando la lactancia materna y la permanencia durante un tiempo en el hogar; seguidamente, se instauran los seguros obligatorios, siendo el de maternidad el segundo creado después del de vejez<sup>13</sup>; más tarde se regula la excedencia forzosa por matrimonio y se ingenian instituciones como la dote y los premios de natalidad. Y, en fin, se aprueba en 1957 una norma con un largo listado de profesiones, oficios, ocupaciones y trabajos prohibidos a las mujeres y a los niños<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> BOE del 24 de julio.

<sup>11</sup> Me he ocupado a lo largo de los años del estudio de esas instituciones: MARTÍNEZ MORENO, C. Y CASTRO ARGÜELLES, M. A. (2008). «La protección social de las situaciones de maternidad y paternidad», en Monereo Pérez, J. L. (dir.), *Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Comares, Granada; y más recientemente, en MARTÍNEZ MORENO, C. (2019). «La protección de la maternidad en el Derecho del Trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable», en Núñez Paz, M. I. y Jiménez Blanco, P. (eds.), y Suárez Llanos, L. (coord.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 361-390.

<sup>12</sup> Avaladas más tarde por la normativa europea.

<sup>13</sup> Me ocupé de estudiarlo en MARTÍNEZ MORENO, C. (2009). «El seguro de maternidad», en García Murcia, J. y Castro Argüelles, M. A. (dirs.), *Legislación histórica de previsión social*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 91 y ss.

<sup>14</sup> Sobre la equiparación de mujeres y niños como «medias fuerzas», a los efectos, por ejemplo, de prohibirles el trabajo nocturno, véase RUIZ RESA, J. D. (2015). *Los derechos de los trabajadores en el franquismo*, Dykinson Ebook, Madrid, p. 346.

Sea cual sea la explicación de la perpetuación de los efectos de estas políticas tras las profundas transformaciones operadas en nuestro país a raíz de la transición democrática, la promulgación de la Constitución de 1978 y el consiguiente cambio de modelo, y la ulterior integración de España en la entonces CEE, solo puede encontrarse en cierta inercia educativa, cultural y normativa, en la dificultad y morosidad con que se eliminan los estereotipos y sesgos.

## 2.2. El lento pero progresivo proceso de individualización y convergencia igualitaria de los derechos de conciliación

Con todo, esos hitos transformadores marcaron el inicio de lo que he denominado un lento pero progresivo proceso de individualización y convergencia igualitaria de los derechos de conciliación, giro o cambio de tendencia que comienza a hacerse patente con la aprobación de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras<sup>15</sup>. Esta norma eleva a categoría legal las instituciones y derechos de conciliación<sup>16</sup> y los vincula de manera directa con la igualdad y la no discriminación por razón de sexo. Recibiendo el espaldarazo definitivo en la conocida STC 3/2007, caso García Mateos, que consolidará como doctrina constitucional constante, reiterada y de referencia obligada en cuantos pronunciamientos se han emitido después en la materia, la de la relevancia constitucional de estos derechos.

Muestra de la lentitud de los logros es que para dar el siguiente paso significativo hay que esperar a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOPI)<sup>17</sup>, que tiene, entre otras muchas cualidades, la virtualidad de introducir el empleo del término *corresponsabilidad*, que ahora nos parece un gran hallazgo. En esta

---

<sup>15</sup> BOE del 6 de noviembre.

<sup>16</sup> Un primer y completo balance de su aplicación por la negociación colectiva en ARGÜELLES BLANCO, A. R.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y MARTÍNEZ MORENO, C. (2004). *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*, CES, Madrid. De particular interés es el estudio preliminar a cargo de ARGÜELLES BLANCO, A. R., «La igualdad oportunidades mediante la conciliación de la vida laboral y familiar», p. 21 y ss.

<sup>17</sup> BOE del 23 de marzo (DA 11.ª).

dirección no hay que desconocer la contribución prodigiosa que supuso la integración de España en Europa y el impacto que, desde ese punto de vista, y en particular para las cuestiones que nos ocupan, tuvo y tiene la doctrina del TJUE, en ocasiones paradójica y desconcertante, pero que en la igualación de derecho entre mujeres y hombres en el ejercicio de los derechos vinculados con los cuidados marca su impronta en la STJUE 30.09.2010, caso Roca Álvarez, C- 104/09, sobre la disparidad de condiciones de disfrute de derechos que exige a los hombres que la mujer también trabaje.

Por extraño que parezca, una reforma regresiva en términos de avance en derechos como la de 2012 tuvo en esta órbita un indudable valor. Primero el RDL 3/2012, luego la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,<sup>18</sup> logró por fin, por un lado, proceder a la individualización del permiso o reducción por lactancia del artículo 37.4 del ET, y promover un uso más proactivamente flexible del tiempo sugiriendo fórmulas como la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo más compatibles con la conciliación y la mejora de la productividad de las empresas. Téngase en cuenta que esas clásicas figuras (reducciones de jornada y adaptación de duración y distribución de los tiempos) presentaban inconvenientes añadidos al de la feminización. La primera, por la merma salarial y consiguiente brecha que ocasiona; y la segunda, por la práctica falta de efectividad de un mero derecho expectante y cargado de obstáculos para su ejercicio, y no solo los opuestos por las empresas, como luego se tendrá ocasión de recordar.

Frisando un fin de legislatura de dispar signo, y con afán de «rescatar» algunas relevantes medidas contenidas en algunas iniciativas legislativas sobre igualdad en general y sobre igualdad entre mujeres y hombres en especial que se encontraban tramitándose en el Parlamento y que iban a decaer, se aprueba el RDL 6/2019 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<sup>19</sup>. Como se recordará, esta disposición introdujo modificaciones de calado en el marco de ordenación de instituciones centrales para la conciliación, la igualdad retributiva y los planes de igualdad. Culminando con las primeras la lenta convergencia de los permisos de maternidad y paternidad, prácticamente congelada en las sucesivas leyes presupuestarias, que tras el período transitorio darán paso a un derecho igualitario de los dos progenitores al descanso por nacimiento y cuidado de hijos.

El RDL 6/2019 arbitró, además, un mecanismo o sistema para que el permiso de lactancia

---

<sup>18</sup> BOE del 7 de julio. Precedida por el RDL 3/2012, de 10 de febrero (BOE del 11 de febrero).

<sup>19</sup> BOE del 7 de marzo.

fuera realmente corresponsable, fomentando que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan el derecho a un tiempo, con la misma duración y régimen, por medio del alargamiento de su duración hasta que el lactante cumpla doce meses (art. 37.4 4.º ET).<sup>20</sup>

En esa misma dirección, se retocó el régimen de la excedencia por cuidado de hijos o familiares dependientes, de modo que cuando la persona ejercitase este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, el derecho a la reserva del mismo puesto de trabajo se extendería más allá del primer año de duración, hasta un máximo de dieciocho meses (art. 46.3 5.º, inciso final del ET). Se añadió al precepto un sexto párrafo final para llevar a cabo una retórica e imprecisa declaración sobre la necesidad de que en el ejercicio de este derecho se tenga en cuenta «el fomento de la corresponsabilidad», y se evite «la perpetuación de roles y estereotipos de género» (art. 46.3 6.º ET). Lo de retórico lo he dicho porque no se sabe o se entiende bien a quién va dirigido este mandato, si a los propios padres y madres, con lo que no se ve la forma en que la empresa habría o podría intervenir en la toma de las correspondientes decisiones que pertenecen a la estricta esfera de la intimidad personal y familiar, o si va dirigido a la empresa misma, lo que plantea el mismo tipo de incógnita. Tal vez pudiera arbitrarse algún mecanismo de incentivo o estímulo a través de las medidas o los planes de igualdad. Pero esto es una pura especulación.

De todos modos, no hay que desconocer que algunos de estos derechos (significativamente, la concreción horaria en las reducciones de jornada, y la adaptación de los tiempos y forma de la prestación del art. 34.8 del ET) se venían encontrando, y siguieron haciéndolo, con serios obstáculos: una jurisprudencia de signo restrictivo, impeditiva del cambio de horarios o turnos en el primer caso;<sup>21</sup> y no pocas dudas interpretativas e inconvenientes organizativos en el segundo, que ha procurado ir solventando una

---

<sup>20</sup> Que se combina con un reparto de los costes que no se hace recaer sobre las empresas, creando un subsidio para el período que va de los nueve a los doce meses del lactante, en el que no se percibe salario (arts. 183 a 185 TRLGS, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

<sup>21</sup> SSTs de 13 de junio de 2008 (rec. núm. 897/2007) y de 18 de junio de 2008 (rec. 1825/2007), en ambas con el voto particular, y STS de 20 de octubre de 2010 (rec. 3501/2009).

abundante y dispar doctrina judicial.<sup>22</sup> Todo lo cual ha supuesto un verdadero palo en las ruedas para la efectividad de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

### **2.3. La conciliación durante la pandemia y los últimos avances**

Y en esto llegó la pandemia. Y de nuevo los datos arrojan el siguiente resultado:<sup>23</sup> pese al prodigioso dispositivo desplegado para conformar un «escudo social» desde la misma declaración del estado de alarma, lo cierto es que el COVID-19 ha acrecentado las desigualdades. Sin embargo, sí conviene retener un elemento interesante del Plan MECUIDA,<sup>24</sup> consistente en constreñir los sujetos causantes de los derechos a los parientes consanguíneos, con el fin de evitar, precisamente, la sobrecarga que han de asumir las mujeres para el cuidado de los familiares del cónyuge.

Por otra parte, si algo nos ha dejado la traumática vivencia pandémica en este plano ha sido la ambivalencia del teletrabajo, concebido en buena medida como una fórmula para facilitar la conciliación (el 34.8 del ET es buena prueba de ello); pero, al mismo tiempo, origen y causa de serias dificultades para establecer límites nítidos entre los tiempos y, por consiguiente, para compaginar el trabajo con otras ocupaciones. De ahí que la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia,<sup>25</sup> muy consciente de ello, se ha preocupado, por un lado, de articular una garantía de igualdad y no discriminación, particularmente por razón de

---

<sup>22</sup> He trabajado sobre el tema en MARTÍNEZ MORENO, C. (2020). «La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿Hasta dónde llega el avance?», *Revista Derecho Social y Empresa, Reformas en Materia de Igualdad entre Hombres y Mujeres*, núm. 12, febrero de 2020, p. 61 y ss., y últimamente, en MARTÍNEZ MORENO, C. (en prensa). «La adaptación de la jornada con fines de conciliación en el RDL 5/2023: ¿El progreso de un derecho aún incompleto?», *Revista Derecho Social y Empresa, Reformas en Materia de Igualdad entre Hombres y Mujeres*, número monográfico.

<sup>23</sup> Informe presentado en el CES, «Mujeres, trabajos y cuidados: Propuestas y perspectivas de futuro», pleno ordinario de 27 de abril de 2022 (última consulta 12.09.2023).

<sup>24</sup> Artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE del 18 de marzo).

<sup>25</sup> BOE del 10 de julio.

sexo (aunque también de edad, antigüedad, nivel profesional o discapacidad), para quienes trabajan a distancia o teletrabajan, prestándoles apoyo, realizando los ajustes razonables que sean procedentes, y tomándoles en consideración en los planes de igualdad (arts. 4.3 y 4; y art. 8.3). Y, por otro lado, tratando de preservar que las personas que realizan este tipo de trabajo tengan los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales, específicamente en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluido el derecho de adaptación de la jornada del artículo 34.8 del ET, para que el trabajo no interfiera con la vida personal y familiar (art. 4.5). Cosa distinta es cómo se puede asegurar que este tipo de disposiciones y previsiones se cumplan de verdad.

En el capítulo de últimas novedades resulta obligado hacer mención en primer lugar a la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.<sup>26</sup> Esta disposición, que deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, sobre permiso parental,<sup>27</sup> se reafirma en el propósito de garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el mercado laboral y en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional (art. 1).<sup>28</sup>

Para dar cumplimiento, ya fuera de plazo, a la obligación de trasposición de esta norma, pero una vez más con la urgencia de hacerlo rozando la disolución de las Cámaras que acarrea la inevitable caducidad de la disposición destinada a ese fin (el Proyecto de Ley

---

<sup>26</sup> DOUE L 188/79, de 12.07.2019.

<sup>27</sup> La referencia completa es Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (DOUE núm. 68, de 18.03.2010).

<sup>28</sup> Por todas, ver ARGÜELLES BLANCO (2023), p. 107 y ss.; y RODRÍGUEZ ESCANCIANO (2022), p. 249 y ss.

de Familias),<sup>29</sup> se aprueba en junio pasado el RDL 5/2023,<sup>30</sup> verdadero ejemplo de lo que se conoce como ley ómnibus,<sup>31</sup> esto es, una compilación compleja, heterogénea e inconexa de regulaciones, como su propia denominación (que hemos relegado a una nota a pie de página) indica.

Una primera modificación de enorme trascendencia que lleva a cabo el RDL 5/2023<sup>32</sup> es la que afecta al artículo 4.2c del ET,<sup>33</sup> que pasa a incluir en la noción de discriminación por razón de sexo el trato desfavorable dispensado a mujeres y hombres a resultados del

---

<sup>29</sup> BO de las Cortes Generales de 14 de abril de 2023. Un comentario de interés en BLASCO JOVER, C. (2023). «Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de Familias», Lex Social, Revista de Derechos Sociales, 13(2),1-49 (última consulta 11.10.2023).

<sup>30</sup> El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del derecho de la Unión Europea (BOE del 29 de junio)

<sup>31</sup> En la doctrina del TC se explica bien el fenómeno, que se generalizó con las leyes de acompañamiento de los presupuestos. Al respecto, son ilustrativas la STC, Pleno, 136/2011, de 13 de septiembre, que desestima un recurso de inconstitucionalidad del grupo parlamentario socialista contra la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con cita de la anterior STC 126/1987, de 16 de julio, que se refería a estas «leyes complejas»; o la más reciente STC, también de Pleno, 16/2023, de 7 de marzo, que conjuga ambos problemas, el de la heterogeneidad, complejidad y falta de sistematicidad, con el del abuso de la norma de urgencia. En esa doctrina, dicho sea de paso, se distingue el problema de la anómala o deficiente técnica legislativa con el de la estricta constitucionalidad.

<sup>32</sup> Lo digo también en MARTÍNEZ MORENO, C. (en prensa).

<sup>33</sup> Art. 127 uno del RDL 5/2023.

ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral.<sup>34</sup> Se impone así la tesis de que ese trato peyorativo, o las dificultades e inconvenientes que se opongan para que los hombres puedan corresponsabilizarse, tienen como resultado el perpetuar el rol cuidador de las mujeres, ahondando las brechas y manteniendo una situación de discriminación directa o indirecta por razón de sexo. Esta tesis estaba ya presente en el voto particular formulado a la opinión mayoritaria en la STC 26/2011, de 14 de marzo. En esta sentencia, como seguro se recuerda, se decidió otorgar el amparo a un trabajador que había solicitado el horario nocturno<sup>35</sup> para poder cuidar por el día a sus dos hijos de corta edad. El TC esgrime como fundamento de su decisión una nueva causa de discriminación, la discriminación por razón de las circunstancias familiares. El magistrado discrepante argumentaba que no se daba en ese caso el presupuesto del trato discriminatorio que es la existencia de una histórica situación de desventaja y segregación, que en el caso de los hombres obviamente no concurre. Y que lo que provoca en realidad es obstaculizar que los hombres puedan ocuparse de cuidar y contribuye a perpetuar el reparto tradicional de roles. Doce años más tarde, y algunas opiniones doctrinales en ese mismo sentido mediante, esa es la concepción que finalmente se ha incorporado a la regulación legal.

Sin entrar en muchos detalles, pues no ese el propósito que alienta estas páginas,

---

<sup>34</sup> No obstante, se sigue aplicando, al menos de momento, el sistema de indicios. Como demuestra la STS de 25 de mayo de 2023 (rec. 1602/2020) [ECLI:ES:TS:2023:2433] que, a propósito de un procedimiento sobre concreción horaria, y tras recordar la necesidad de tomar en consideración la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, no duda en afirmar que no toda decisión en la materia implica necesariamente un trato discriminatorio por razón de sexo. Además, en el caso se estimó que no concurrían indicios al entender que la empresa hizo prueba de las razones organizativas para denegar la petición de la persona solicitante. Es cierto que otras muchas resoluciones judiciales están aplicando ese mismo esquema o patrón de enjuiciamiento a otros supuestos pese a lo dispuesto en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (BOE del 13 de julio).

<sup>35</sup> La parte chocante del caso es que el demandante, ayudante técnico educativo en un centro de educación especial de Palencia, había iniciado el curso escolar según el calendario del centro en régimen de turnos rotativos, y la negativa del centro se basó en la inexistencia para ese curso de actividad en horario de noches.

el RDL 5/2023 procede a algunos ajustes<sup>36</sup> que eran necesarios para el acomodo de nuestro ordenamiento con la nueva normativa europea en materia de conciliación. Entre ellos destacan los siguientes. En primer lugar, alguna mejora en el régimen jurídico del controvertido o problemático derecho a la adaptación de los tiempos y la forma de la prestación del artículo 34.8 del ET, lo primero, para ampliar el abanico de sujetos causantes. Y aunque es cierto que ya antes podían considerarse comprendidos otros familiares distintos de los hijos menores de 12 años, ahora se aclara que pueden ser también los mayores de esa edad que necesiten cuidados, como otras personas que se encuentren en idéntica situación: consanguíneos<sup>37</sup> hasta el segundo grado, cónyuge o pareja de hecho (verdadera novedad, que alcanza además a otros derechos), y cualesquiera otras personas que convivan en el mismo domicilio, con lo que se extiende el derecho a la unidad de convivencia no generada por los vínculos de parentesco. Aunque no se pueda decir que esta sea una medida inspirada en la igualdad de género, sin duda ha de ser bien recibida. Hay también mejoras en torno al alcance del proceso negociador de la solicitud, que sobre todo afectan a la celeridad (se rebaja a quince días el tiempo máximo); y en caso de denegación se obliga al empresario a ofrecer alternativas eficientes, estableciéndose a su vez una especie de silencio positivo si en el indicado plazo de quince días no se produce una respuesta expresa y motivada en sentido desestimatorio de la petición. En tal caso, la medida solicitada se considerará concedida.

No se desconocen los nuevos problemas interpretativos y aplicativos que todas estas novedosas medidas seguramente ocasionarán. Que podrían resolverse, como ya vinieran haciendo los tribunales en relación con la exigencia de que la negociación se lleve a cabo conforme al principio de buena fe y de manera real y efectiva; o de imponer una labor más intensa de motivación de las causas de oposición empresarial;<sup>38</sup> simplemente aplicando para ello principios generales como el de la relevancia constitucional y prevalencia de estos derechos, el de perspectiva de género y de protección a la infancia o, en fin, el de

---

<sup>36</sup> De «ajustes puntuales» habla SALA FRANCO, T. (2023). «Novedades en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2023, de 18 de junio», *Briefs AEDTSS*, núm. 50, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (última consulta 11.10.2023).

<sup>37</sup> Siguiendo el modelo restrictivo del Plan MECUIDA, que, como ya se ha dicho, excluye a los afines.

<sup>38</sup> Entre otras muchas, son de interés las SSTSJ Extremadura (Cáceres) 13.02.2020 (rec.17/2020); TSJ Aragón, 19.01.2021 (rec. 637/2020); TSJ Galicia 25.05.2021 (rec. 335/2021) y TSJ Castilla y León (Valladolid), 07.11.2022 (rec. 2263/2021). Y en la doctrina, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. (2023). «El derecho a solicitar la adaptación de jornada. Una aproximación legal y judicial», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 56, pp. 95-120.

máxima efectividad del derecho. Cualquier mejora en este sentido tendrá, lógicamente, una incuestionable incidencia para el avance de la igualdad entre mujeres y hombres y la lucha contra la discriminación.

Para completar este panorama, se cumple otro de los objetivos de la Directiva con la ampliación de los supuestos de nulidad de las extinciones por causas objetivas y de los despidos disciplinarios (arts. 53.4 y 55.5 ET)<sup>39</sup> a los casos en que la decisión extintiva injustificada o sin causa afecte a personas que hubieran solicitado o estuvieran disfrutando del derecho a la adaptación del tiempo y condiciones de trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 34.8 del ET.<sup>40</sup>

El RDL 5/2023 procede, asimismo, a ensanchar los contornos de algunos de los permisos del artículo 37.3 del ET,<sup>41</sup> fundamentalmente para extender algunos de ellos a las parejas de hecho y sus parientes consanguíneos<sup>42</sup> (registro de la pareja de hecho, accidente o enfermedad graves,<sup>43</sup> y fallecimiento). Lo mismo que ocurre en caso de reducción de

---

<sup>39</sup> Art. 127 ocho y nueve del RDL 5/2023.

<sup>40</sup> Se han modificado los preceptos concordantes de la LRJS (arts. 108.2 y 122.2) para acomodarlos a las nuevas previsiones sustantivas sobre nulidad de los despidos y las extinciones por razones objetivas, en este último caso, añadiendo a los supuestos señalados en el art. 53.4 del ET el despido en fraude de ley cuando se hayan eludido las normas establecidas para los despidos colectivos en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 del ET (art. 129 uno y dos del RDL 5/2023).

<sup>41</sup> El Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE del 23 de febrero) había adoptado ya la medida de posible prórroga de la reducción de jornada para el cuidado durante la hospitalización y tratamiento continuado de un menor a cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave por parte de quienes hubieran disfrutado de ese derecho y se hubiese extinguido por cumplir el menor 18 años antes del 1 de enero de 2022, si las condiciones se mantienen, y hasta que el afectado cumpla 23 años. En caso de que esta persona hubiere contraído matrimonio o constituido una pareja de hecho, el derecho se transferirá al cónyuge o pareja (disposición adicional sexta).

<sup>42</sup> Cosa que ya hacían algunos convenios colectivos.

<sup>43</sup> En este caso, con cierta falta de congruencia, manteniendo el derecho para el caso de enfermedades, accidentes, hospitalizaciones o intervenciones quirúrgicas sin hospitalización de parientes por afinidad, extensivo a los consanguíneos de la pareja de hecho (art. 37.3b del ET).

jornada para el cuidado de familiares (art. 37.6 2.º ET). Y cumple también con la previsión de la Directiva sobre la creación de un muy demandado nuevo permiso por fuerza mayor, capaz de proporcionar cobertura a eventualidades sobrevenidas en el entorno familiar de carácter urgente no tipificadas en la ley o el convenio (art. 37.9 ET).

Con el mismo sentido que las condiciones y limitaciones que se imponen ahora para oponerse a la solicitud de adaptación del artículo 34.8 del ET ya comentadas, en los casos de disfrute del permiso por lactancia o la reducción de jornada por motivos familiares, excedencia para el cuidado y el nuevo permiso parental para cuidar de menores de ocho años, para que la empresa pueda emplear su facultad de limitar el ejercicio simultáneo del derecho por dos personas de la plantilla por un mismo sujeto causante se impone exponer por escrito las razones fundadas y objetivas de funcionamiento que lo motivan, así como el ofrecimiento de un plan alternativo que asegure el disfrute para ambas personas y posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación (art. 37.4 3.º y 37.6 2.º ET; art. 46.3 3.º ET; y art. 48 bis 2, 3.º ET).<sup>44</sup>

Se amplifica igualmente la excedencia para el cuidado, que incluye también al cónyuge, pareja de hecho y familiar consanguíneo de esta última (art. 46.3 2.º ET). Y en caso de ampliación en dos semanas de la duración del permiso por nacimiento, adopción o acogimiento en los supuestos de hijos con discapacidad o de varios hijos (nacimientos, adopciones o acogimiento múltiples) se atribuye el derecho al disfrute pleno o acumulado de haber una única persona progenitora (familias monoparentales). En cualquier otro caso, como buena solución para la corresponsabilidad, las dos semanas adicionales se repartirían entre las dos personas progenitoras, una por persona (art. 46.6 ET).

Por fin, el artículo 45.1o del ET enuncia una nueva causa de suspensión sin derecho a retribución, que desarrolla el nuevo artículo 48 bis del ET, consistente en un permiso parental individual e intransferible para el cuidado de hijo o hija, o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años. El permiso tendrá una duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, susceptible de disfrutarse a tiempo completo o a tiempo parcial conforme se disponga en el oportuno desarrollo reglamentario. El hecho de que no se haya acompañado del correspondiente

---

<sup>44</sup> En este caso la formulación difiere un poco, al establecerse que la oposición por ocasionarse alteraciones serias del correcto funcionamiento de la empresa se pueda producir también por otros motivos previstos o definidos por convenio colectivo; y que la empresa en ese caso podrá aplazar la concesión del permiso por un período razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute igual de flexible.

subsidio sustitutivo de la renta salarial, a buen seguro, no solo va a dificultar el ejercicio del derecho, sino que, una vez más, puede suponer que se haga recaer en la persona de la pareja cuyo salario sea inferior, con frecuencia la mujer.

Dicho sea de paso, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI<sup>45</sup> ha añadido un nuevo párrafo final al artículo 48.4 del ET<sup>46</sup> para aclarar que el término «madre biológica» incluye también a las personas trans gestantes.

Pese a todo, es difícil ocultar o desconocer algunos de los más serios inconvenientes que perviven para que la igualdad en la conciliación y la corresponsabilidad sean una realidad tangible. Y que alguna voz autorizada vuelve a poner de relieve en un premiado y reciente estudio.<sup>47</sup> En particular, el desincentivo que para la corresponsabilidad supone la recién aludida posible merma salarial sin cobertura y su repercusión en la brecha prestacional (en parte recientemente corregida),<sup>48</sup> y el factor de segregación que sigue suponiendo prescindir del salario menor de la unidad familiar o de convivencia, con frecuencia, y como también se ha dicho hace un momento, el que percibe la mujer. Aunque por fortuna este no sea siempre ya un hecho inexorable.

Otro desafío eternamente pendiente es que la negociación colectiva logre abordar con solvencia estas cuestiones, que parece que siempre se quedan colgando de una grapa o de un archivo sin abrir en las mesas de negociación. Y que los planes de igualdad, allí donde se negocien e implanten, asuman también su relevante papel en este ámbito.

De todos modos, no cabe duda de que este nuevo marco apunta a un trascendental giro en el enfoque y tratamiento de los derechos de conciliación, que abarcan ahora no solo las necesidades de crianza de los hijos y de cuidados en el entorno familiar convencional y más

---

<sup>45</sup> BOE del 1 de marzo.

<sup>46</sup> Disposición final decimocuarta, ocho.

<sup>47</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2023). *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, p. 29.

<sup>48</sup> Al menos, en esa dirección pretende encaminarse algunas de las medidas introducidas por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE del 17 de marzo).

próximo.<sup>49</sup> Queda por saber si con amparo en la polémica Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales<sup>50</sup> la atención que demanden las mascotas y animales de compañía podrían dar lugar a derechos similares o equiparables. Tal vez una interpretación muy flexible y expansiva del nuevo permiso por fuerza mayor pudiera dar encaje a este tipo de situaciones.

---

<sup>49</sup> Propugna esa comprensión amplia de la conciliación, entre otras, ARGÜELLES BLANCO (2023), p. 107 y ss.

<sup>50</sup> BOE del 29 de marzo.

### 3. Algunos ejemplos ilustrativos que ofrece una abundante casuística

Aunque ya se han mencionado aquí algunas resoluciones judiciales de interés, y pese a que hay otra ponencia específicamente dedicada a eso que hemos dado en llamar *juzgar con perspectiva de género*,<sup>51</sup> me parece particularmente ilustrativo el manejo de casos en los que se puede detectar, por una parte, la existencia de prejuicios y sesgos en las normas (sí, aún están ahí, incluso en los convenios colectivos), pero también en las respectivas posiciones de las partes, en las opciones y preferencias personales, en las posturas, decisiones y prácticas de empresa, e incluso en la actuación de los poderes públicos,<sup>52</sup> y en los planteamientos y criterios de los órganos jurisdiccionales. Pero que, por otro lado, nos pueden asimismo servir de un buen ejemplo de cómo encarar el análisis, la valoración de los hechos, la interpretación y aplicación de las normas, y, en definitiva, el enjuiciamiento de los conflictos intentando superar esos estereotipos y sesgos prejuiciosos.

Como es bien lógico, la casuística que aquí se manejará versará siempre en torno a problemas y conflictos derivados de la conciliación y la corresponsabilidad, y sus repercusiones en la esfera de derechos de las personas trabajadoras, sobre todo mujeres. Y, desde luego, no se pretende una recopilación exhaustiva ni completa, sino meramente ejemplificativa y didáctica.

#### 3.1. Conciliación y brecha salarial

---

<sup>51</sup> Véase, por todos, LOUSADA AROCHENA, J. F. (2016). «La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social», *Revista de Derecho Social*, núm. 76, p. 39 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Wolters Kluwer, Madrid, y POYATOS MATAS, G. (2022). *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*, Aranzadi, Cizur Menor.

<sup>52</sup> De ahí la importancia de la formación, por ejemplo, de las personas que integran cuerpos como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

He comenzado este trabajo citando textualmente un pasaje contenido en sendos pronunciamientos, uno de amparo y otro de casación unificadora, en los que se subraya uno de los principales escollos con que tozudamente tropieza el logro de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, el de la desigualdad retributiva. Y he dicho también que uno de los múltiples factores que originan la brecha salarial es el dispar uso de los tiempos, y más concretamente, el hecho de que las mujeres dediquen una buena parte del suyo a ocuparse de atender responsabilidades familiares y asumir las labores de cuidado, en detrimento de sus carreras laborales y profesionales.<sup>53</sup>

Pues bien, esto que ya es un tópico y que se repite como un mantra se advierte bien y se comprueba con mucha claridad en algunos de los casos que han debido ser objeto de análisis y resolución por los tribunales del orden social. Vamos a empezar por los sistemas de retribuciones variables y sus criterios de devengo. La STS de 27 de mayo de 2015 (rec. 103/2014) valora desde el plano del respeto a la igualdad y no discriminación por razón de sexo un plan de bonificaciones de empresa en el que, para poder generar y percibir los incentivos marcados, se exige la presencia efectiva de la persona trabajadora durante todo el período de devengo. De tal manera que las ausencias durante el descanso obligatorio por maternidad acontecidas durante ese lapso temporal impiden consumir o madurar el derecho a la retribución por ese concepto. La Sala razona al respecto que frente a la «pléyade normativa, constitucional y jurisprudencial» existente, y que se cita, la empresa solo ha opuesto para despejar cualquier tacha o atisbo de trato discriminatorio su poder de organización y dirección, y de decidir discrecionalmente los criterios de atribución del complemento. Dicho sea de paso, la atribución discrecional de complementos y conceptos salariales, en muchas ocasiones con dudosa causalidad, o simplemente sin ella, es otra de las fuentes más habituales del trato desigual injusto. La Sala concluye declarando contraria a derecho por discriminatoria la práctica empresarial de considerar las seis semanas de descanso obligatorio por maternidad como ausencias.

Podría oponerse a esta forma de razonar que resulta lógico, razonable y proporcionado que no se perciba un complemento que prima la productividad si no se está todo el tiempo computable en activo. Sin embargo, esto no deja de enmascarar un prejuicio, muy propio de los españoles, que es el llamado *presentismo*, característico del trabajo de los hombres, y que casi siempre penaliza a las trabajadoras que han de ausentarse por múltiples razones relacionadas con su dedicación a la maternidad, la crianza o el cuidado de la familia. Por el

---

<sup>53</sup> Lo explico en profundidad aquí: MARTÍNEZ MORENO, C. (2019). Pero es un tópico en toda la literatura científica en la materia y en todos los informes de organismos especializados e instituciones internacionales.

contrario, si lo que se premia es el rendimiento, este puede medirse o valorarse tomando en consideración lo que la persona ha aportado, su desempeño y el valor de su trabajo en el tiempo en que este fue efectivamente realizado. Aplicando una especie de «doctrina del paréntesis» que neutralice los efectos de los períodos de ausencia, o utilizando el comparador hipotético y considerando si se hubieran podido alcanzar los objetivos marcados de haberse realizado la tarea con continuidad, sin esa interrupción.

Que esta praxis es sumamente frecuente lo ponen de manifiesto algunos pronunciamientos sobre casos similares en los que, de nuevo, no se devengan las retribuciones variables vinculadas al rendimiento o la productividad si no ha habido actividad efectiva en todo el período, computándose como ausencias las bajas por maternidad y por riesgo durante el embarazo; y, en ocasiones, poniéndose el contador a cero tras el reingreso. En todos esos casos, el TS no ha dudado en declarar estos sistemas y prácticas como discriminatorios por razón de sexo.<sup>54</sup>

En esta misma línea, cabe mencionar la SAN núm. 80/2023, de 19 de junio, relativa a un conflicto colectivo referido a la aplicación del convenio colectivo de *call center*, sector particularmente feminizado y conflictivo. El convenio aplica una reducción al plus de incentivos en los casos de incapacidad temporal, sanción de suspensión de empleo y sueldo y permisos por acompañamiento a consultas médicas a menores y mayores de 65 años. Y la Audiencia Nacional no duda en calificar de discriminatoria esa previsión, en relación con la incapacidad temporal por aplicación de las nuevas causas enunciadas en la Ley 15/2022; y respecto de los permisos, por aplicación de la LOPI al ser mayoría de mujeres las que los ejercen.

En cambio, un ejemplo de buena práctica se puede ver en el convenio colectivo de Mercadona,<sup>55</sup> en cuyo artículo 20c, que regula la prima general por objetivos y permanencia, se dispone que en caso de haber trabajado en la empresa entre tres y nueve meses se cobre la parte proporcional; mientras que si se ha prestado servicios más de nueve meses se perciba la prima completa. Y, lo más importante, se consideran tiempo de trabajo las bajas por maternidad y/o paternidad (hoy nacimiento y cuidado de hijos de ambos progenitores), y riesgo durante el embarazo y la lactancia.

---

<sup>54</sup> SSTS 10.01.2017 (rec. 283/15); 16.07.2019 (rec. 69/18), caso Enaire, o STS 03.12.2019 (rec.141/18), caso El Árbol.

<sup>55</sup> Resolución de 4 de febrero de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal (BOE del 18 de febrero).

Un supuesto similar de enorme interés es el del caso de la MIR en la STS de 24 de enero de 2017 (rec. 1902/2015). Se trataba de una médica residente embarazada que dejó de hacer las guardias como medida preventiva y de protección de su salud y la del feto (ex art. 26 LPRL).<sup>56</sup> Consiguientemente, la entidad gestora suspendió el abono del complemento de atención continuada, que suponía nada menos que dejar de percibir 1.339,03 € al mes. Al término de la duración del contrato, no obstante, la empleadora decidió prorrogarlo hasta el momento en que hubiera podido «recuperar» las guardias que dejó de hacer. La Sala resuelve que esta solución no remedia ni repone a la trabajadora en sus derechos, ni restaura o compensa adecuadamente el daño derivado de la lesión. Hace una interpretación lógica que le lleva a razonar que la solución tampoco se compagina con el hecho de que la suspensión del contrato hubiese causado menos daño, pues la prestación habría alcanzado el cien por cien de la base reguladora. Y, por último, la Sala considera que no es aplicable al caso la doctrina Parviainen contenida en la STJUE 01.07.2010, asunto C-471/08, donde, a propósito de la demanda de una azafata de vuelo embarazada a la que se destinó a un puesto en tierra y que también sufrió una merma de su retribución, el TJ concluyó que no había vulneración del derecho de la Unión, ya que la Directiva de referencia<sup>57</sup> únicamente reconoce el derecho a percibir «una» remuneración, que no tiene por qué ser la misma o del mismo importe que la que se percibe en el puesto de origen. Este argumento de refuerzo siempre me ha parecido un poco chocante. Tal vez es que se considera que nuestro ordenamiento está por encima de los estándares europeos. En resumidas cuentas, la Sala concluye apreciando la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, declara la nulidad de la medida, y condena a la entidad empleadora al abono del importe de las guardias por el período en que se dejaron de realizar, más una indemnización por daños morales en cuantía de 6.251 €.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (BOE del 10 de noviembre).

<sup>57</sup> Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) [DOUE-L-1992-81903].

<sup>58</sup> El criterio más usual es fijar la cuantía que correspondería a la multa por infracciones muy graves en su grado mínimo, que señala el art. 40.1c de la LISOS, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE del 8 de agosto), que en ese momento eran esos 6.251 €, hoy 7.501 €.

En esta misma dirección apunta la solución adoptada en la Sentencia núm. 309/2019 del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona de 3 de octubre de 2019 (proc. 56/2019), que califica como discriminatorio por razón de sexo privar de una bonificación a la trabajadora demandante, que se ausentó como consecuencia de una baja por maternidad. Y condena a la empresa al abono de las diferencias salariales más una indemnización por el daño derivado de la lesión del derecho fundamental, en este caso sin acudir a los importes de las multas de la LISOS, que cuantifica en la nada desdeñable cifra de 25.000 €.

Y, en fin, el círculo se cerraría con este crucial fallo, contenido en la STS de 23 de septiembre de 2020 (rec. 70/2019), caso Banco Sabadell. Otra ocasión en la que la Sala tiene la oportunidad de valorar la repercusión del disfrute de los permisos de maternidad o paternidad sobre el salario. Lo interesante del caso es que se trataba de un trabajador que había hecho uso del permiso por paternidad, por lo que había sido excluido del sistema de retribución variable implantado en la empresa; que, por cierto, excluye a todo el colectivo en general. La Sala se anticipa al ya referido cambio del artículo 4.2c del ET por mor del RDL 5/2023, y acoge ya la tesis de considerar estas prácticas discriminaciones por razón de sexo, al desincentivar el reparto equilibrado de las cargas familiares.

Otra resolución de enorme interés, que enlazaría con los casos recogidos en el apartado siguiente, es el resuelto por STS de 8 de abril de 2022 (rec. 20/2021). Aquí la Sala concluye de nuevo que merece la consideración de discriminación indirecta la aplicación que la empresa hace de la ayuda alimentaria que solo perciben los trabajadores con jornada partida, siempre que salgan por la tarde después de las 16.00 horas. La Sala (en uso de la técnica sobre el valor de la prueba estadística) tiene en cuenta que 298 de los 310 empleados con reducción de jornada son mujeres; que se ven privadas de esa ayuda por cuanto que su jornada reducida les permite salir antes de la hora indicada. Frente a este hecho, la empresa no justifica que ese criterio responda a razones ajenas a un móvil discriminatorio, y estima la pretensión en el sentido apuntado.

Por ir concluyendo ya este apartado, y aunque no se trate propiamente de un asunto referido a la brecha salarial o a las repercusiones que sobre las retribuciones tiene el ejercicio de los derechos de conciliación, sino de cómo ello puede dificultar el acceso al empleo o la promoción, merece la pena mencionar la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 de enero de 2020 (rec. 4816/2017).<sup>59</sup> En ella, y con estimación del

---

<sup>59</sup> La comenta con gran aprovechamiento, como es habitual, el profesor Rojo Torrecilla en su artículo [«Empleo público. Baremo de méritos. La maternidad puntúa, aunque sea cinco años después. Notas a la sentencia del TS \(C-A\) de 14 de enero de 2020.»](#) alojado en su sitio web (última consulta 18.10.2023).

recurso de casación interpuesto por la interesada, se reconoce su derecho a que se baremen y computen como servicios prestados los que habría desempeñado en el período de tiempo en que disfrutó del permiso de maternidad a los efectos del concurso para el acceso a una plaza de facultativo especialista de farmacia hospitalaria en el Servicio Galego de Saúde (Sergas).

### **3.2. El problema del uso de los tiempos para conciliar**

Desde el principio hemos puesto el acento en la relevancia que el desequilibrio en el uso de los tiempos que existe entre los hombres y las mujeres tiene sobre la posición de desventaja de estas últimas en el mercado de trabajo. Lo he dicho más de una vez, la soberanía sobre el propio tiempo<sup>60</sup> es condición necesaria para poder hablar de una verdadera autonomía personal. El tiempo de trabajo, como tiempo de la vida que es, requiere de un buen equilibrio, de una adecuada distribución y reparto del que se dedica a cada cosa; y que este sea igualitario y no haga recaer los efectos negativos de los desajustes solo o predominantemente sobre las personas de un determinado sexo o condición.

Dicho esto, también son numerosas las muestras de la existencia a este respecto de situaciones injustas o de discriminación que ofrecen las resoluciones de los tribunales del orden social, casi siempre o en su mayoría a propósito de las reducciones de jornada o las adaptaciones de los tiempos de trabajo y formas de la prestación con fines de conciliación, tal y como ya se ha apuntado con anterioridad.

Podemos empezar con un ejemplo, el caso que se enjuicia en la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 12 de marzo de 2019 (rec. 1596/2018). Una dependienta que trabaja a tiempo parcial de lunes a sábados en horarios de mañana y tarde solicita una reducción de jornada y que se concrete su franja horaria en el turno de mañana, con el fin de poder ajustarse

---

<sup>60</sup> Véase CASAS BAAMONDE, M. E. (2019). «Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, p. 238; MOLINA NAVARRETE, C. (2019). «“Autodeterminación” (“soberanía”) sobre el tiempo y adaptación de la jornada “a la carta” por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 441, p. 5 y ss. (última consulta 02.10.2023), y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., (2022). «La “soberanía sobre el tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 40, núm. 1, p. 37 y ss.

a los horarios de guardería de un bebé de cinco meses. Esgrime, además, aunque no se considere necesario,<sup>61</sup> que su marido viaja por motivos laborales. La empresa deniega sin esforzarse demasiado en fundamentar su negativa. Se da la circunstancia (nada alentadora, pese a que pudiera pensarse lo contrario) de que la empresa cuenta con un plan de igualdad donde se reconoce el derecho a la concreción horaria incluso sin reducción. Plan que, obviamente, ni aplica ni cumple. Para emitir su decisión la Sala hace un esfuerzo de recogida de argumentos normativos que pasan por el derecho internacional y de la UE en la materia, el artículo 4 de la LOPI, incluso la exposición de motivos de la Ley 39/1999. Invoca a su vez la dimensión constitucional de los derechos de conciliación consagrada en la STC 3/2007, y razona textualmente que «una interpretación restrictiva del ejercicio de este derecho, sin valorarse adecuadamente en clave constitucional, supone una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras». Y que «el derecho a la conciliación se ve truncado por interpretaciones y aplicaciones jurídicas formalistas o automáticas que contravienen la impartición de justicia con perspectiva de género [...] especialmente en materias como la maternidad, embarazo o la conciliación familiar y laboral, en las que se sostienen gran parte de las discriminaciones [prejuiciosas, añadiría yo] laborales por razón de sexo».

Viene al caso de este asunto llamar la atención sobre el hecho de que parcialidad y fragmentación, irregularidad y variabilidad de horarios, habituales en el sector servicios, son trabas casi insalvables para muchísimas mujeres.

Casos sobre situaciones de conflicto similares son, por poner solo algún ejemplo más, el dirimido en la STSJ de Canarias de 14 de febrero de 2020 (rec. 1429/2019) (la Sala de Canarias es un verdadero filón), en el que una monitora de instalaciones deportivas solicita una reducción de jornada y un cambio de turnos para pasar al turno fijo matinal para cuidar a su madre, gravemente enferma. De nuevo la solicitud fue rechazada y la demanda desestimada en la instancia. Y también una vez más es la Sala de suplicación la que acaba asumiendo la pretensión y el recurso de la parte actora, sobre la base de la falta de suficiente prueba por parte de la empresa de las causas organizativas y productivas opuestas. También aquí se esgrime la necesidad de ponderar los intereses en juego desde

---

<sup>61</sup> Aunque existen numerosos pronunciamientos en el sentido de considerar inaceptable inquirir en la situación y organización familiar de la persona solicitante, por tratarse de un derecho estrictamente individual de la persona trabajadora, bastará la cita de la muy argumentada STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2021 (rec. 335/2021), donde recogiendo doctrina anterior de la propia Sala, se dice que «cualquier valoración sobre cómo deba llevarse a efecto la organización o “intendencia” familiar “excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional”» (STSJ Galicia 28.05.2019, rec. 1492/19).

una perspectiva interpretativa que tenga en cuenta el género (art. 4 LOPI), la dimensión constitucional de los derechos de conciliación (STC 3/2007), y de la manera más favorable a la efectividad del derecho. Y se condena a una indemnización reparadora del daño moral producido en la (exigua) cantidad de 3.125 €.

Añade a todo lo anterior el argumento de la protección de la infancia y el interés superior del menor, la STSJ de Canarias de 1 de septiembre de 2020 (rec. 197/2020), en la que la actora, segunda gobernanta de un hotel, había solicitado librar los fines de semana para atender a su hijo. Denegada la petición, en la instancia se estimó la oposición de la empresa, que había esgrimido la habitual causa organizativa derivada de los conflictos interpersonales que suelen generar estas solicitudes, pues la única gobernanta con que contaba el hotel ya libraba los fines de semana. La Sala vuelve también a manejar, sumado al del interés del menor, el parámetro de enjuiciamiento valorando el impacto de género que concurre en el derecho a la adaptación horaria.

Por lo que a la jurisprudencia o doctrina del TS se refiere, hay también algunas sentencias recientes de interés, que evidencian que va calando en el Alto Tribunal la idea de aplicar la perspectiva de género y la orientación de la relevancia constitucional de los derechos de conciliación. Y así, en la STS de 22 de junio de 2022 (rec. 73/2020) se aplica el indicado parámetro para evitar discriminaciones por razón de sexo a una decisión relativa a la acumulación de la lactancia por jornadas completas y al disfrute de los permisos sin que se solapen con los días festivos.

Una doctrina con clara inspiración en el fomento de la corresponsabilidad y la igualdad entre mujeres y hombres es la relativa al posible disfrute del permiso por lactancia por los trabajadores, aunque la madre del menor no desempeñe un trabajo por cuenta ajena (STS de 12 de julio de 2022, rec. 1367/2019, que reitera doctrina anterior).

También merece elogio la STS de 4 de octubre de 2022 (rec. 574/201), en la que se considera que no procede la disminución proporcional del plus de asistencia y puntualidad cuando se está disfrutando de una reducción de la jornada por guarda legal. Tomando en consideración (más allá de la necesaria prueba estadística) que es una evidencia empírica que son las mujeres quienes mayoritariamente ejercen estos derechos, y que el asunto conecta directamente con la garantía del derecho a la no discriminación.

En un plano diferente, la STS, Pleno, de 17 de mayo de 2023 (rec. 2222/2022) aborda el tan traído y llevado problema del reconocimiento del complemento de maternidad al progenitor varón, que el INSS había denegado. El TS considera que esta solución es incompatible con la doctrina del TJUE, ya contenida en la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto 450/18), y reconoce el derecho a la indemnización por daños morales por la vulneración del

derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo.

Y, por concluir este breve y seguramente incompleto recorrido, la STS de 25 de mayo de 2023 (rec. 1602/2020), a propósito de un procedimiento sobre concreción horaria, y tras recordar la necesidad de tomar en consideración la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, no duda en afirmar que no toda decisión en la materia implica necesariamente un trato discriminatorio por razón de sexo; y que sigue siendo preciso aplicar el sistema de indicios, que en el caso no concurren, pues se entiende que la empresa hizo prueba de las razones organizativas para denegar la petición de la persona solicitante. Es cierto que otras muchas resoluciones judiciales están aplicando ese mismo esquema o patrón de enjuiciamiento a otros supuestos pese a lo dispuesto en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio).

Por su parte, y sin perjuicio de otros ejemplos (algunos lamentables) que existen en la jurisprudencia y doctrina judicial anterior,<sup>62</sup> el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad últimamente en insistir en esa dimensión y relevancia que, en su condición de derechos fundamentales, tienen la reducción de la jornada y la adaptación de los tiempos derivados de necesidades de cuidado en dos pronunciamientos de signo dispar. Pero no a propósito de negativas a la solicitud, sino de alteraciones experimentadas por otras causas (normalmente, causas empresariales) por personas que ya se encontraban disfrutando previamente de esos ajustes razonables.<sup>63</sup>

El primero, la STC 118/2020, de 31 de mayo,<sup>64</sup> y de la que algún otro autor ofrece un

---

<sup>62</sup> Es muy llamativo el ejemplo de la STS de 25 de mayo de 2015 (rec. 307/2013) [ECLI:ES:TS:2015:3658], donde en un asunto sobre una modificación sustancial de condiciones de trabajo en una gran y conocida empresa de distribución comercial, que implicaba desconocer los derechos de las personas con reducción horaria por motivos familiares y afectaba y alteraba horarios y turnos, e implicaba trabajo en festivos, la Sala desestima la pretensión, incluida la de considerar la dimensión constitucional y la masiva afectación a trabajadoras del sexo femenino, por entender no suficientemente probado el impacto de género.

<sup>63</sup> Téngase en cuenta que, de conformidad con los arts. 4.1 2.º y 6.1a 2.º de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la denegación de ajustes razonables constituye una discriminación indirecta.

<sup>64</sup> Puede verse la entrada ROJO TORRECILLA, E. (2021). «La dimensión constitucional de la reducción y la adaptación de la jornada de trabajo: STC núm. 119/2021 de 31 de mayo» (última consulta 10.10.2023).

análisis más afinado que el que aquí cabe hacer ahora.<sup>65</sup> El TC estima la demanda de amparo interpuesta por una trabajadora que sufrió una modificación de sus condiciones de trabajo mientras se encontraba disfrutando de una reducción de jornada con exclusión de los fines de semana que le obligó a volver a trabajar los sábados. El órgano jurisdiccional de instancia desestimó su pretensión con fundamento en la justificación de la medida. En el procedimiento de amparo, en cambio, se sigue la senda iniciada por la STC 3/2007, considerándose que no se había valorado adecuadamente la vertiente constitucional del derecho, incurriéndose en una discriminación indirecta por razón de sexo.

En el otro procedimiento de amparo el TC varía, como se adelantaba hace un instante, el sentido de su decisión. Se trata de la STC 153/2021, de 13 de septiembre.<sup>66</sup> En ese caso, la solicitante de la reducción de la jornada era una enfermera de la UCI pediátrica, a la que, en el momento de la concesión, los responsables del servicio deciden destinar a otro servicio. Las razones que alegan es que en una dependencia tan crítica como la de procedencia de la actora era preciso un perfecto funcionamiento de los turnos y la continuidad asistencial. Y su jornada reducida no lo garantizaba. Tanto en la instancia como en suplicación se valoró que la trabajadora no había sufrido lesión en sus intereses profesionales, puesto que siguió realizando funciones propias de su grupo profesional, y pudo retornar a su puesto de origen a jornada completa, accediendo para ello a los pertinentes cursos de formación especializada con el fin de no perder habilidades. El TC comparte ese criterio y califica como justificada, razonable, proporcionada y desprovista de sesgos o prejuicios sexistas la medida adoptada; y desestima el amparo solicitado.

### **3.3. Algunos interrogantes finales**

Muy concisamente, el primero es si el uso de los tiempos, tal y como está concebido y articulado en las normas, resuelve los problemas. Es verdad, y ya se ha dicho, que se ha avanzado en mejorar el régimen jurídico de los derechos laborales para facilitar la conciliación corresponsable, y el RDL 5/2023, pese a sus limitaciones, así ha sido valorado por la generalidad de la doctrina.

---

<sup>65</sup> Cfr. CABEZA PEREIRO, J. (2021). «Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 4, pp. 167-185 (última consulta 10.10.2023).

<sup>66</sup> De nuevo comentada con detalle por CABEZA PEREIRO, J. (2021).

Pero ya me he ocupado en señalar<sup>67</sup> que buena parte de los problemas prácticos y aplicativos anteriores se van a seguir dando. Y que, aunque hay buenos criterios en la doctrina judicial precedente, nada garantiza que no puedan seguir pronunciándose soluciones discrepantes y, siento decirlo, restrictivas y limitativas de derechos.

Por otro lado, también me ha preocupado siempre (y no es nada original) que la atención de las necesidades de cuidado que surjan en el entorno de las personas trabajadoras se hayan de saldar o resolver siempre por medio del alejamiento del lugar de trabajo o el cese, aunque sea temporal, en la actividad laboral y profesional. Está demostrado que eso acaba repercutiendo e impactando negativamente en la órbita de los derechos de las personas, en las posibilidades de promoción, en las retribuciones sin la menor duda, en la permanencia en el empleo, y, finalmente, en la esfera prestacional. Y no albergo tampoco incertidumbre alguna respecto de que seguirán siendo las mujeres las más afectadas. La tendencia del *keep in touch* y el tristemente célebre efecto bumerán siempre sobrevuelan. Es menester hacer esfuerzos por imaginar y diseñar modelos más flexibles de conciliación. Sé bien que no es fácil, pero no imposible.

Por fin, otra preocupación que no deberíamos abandonar es la conversión que en la reforma del 2013 experimenta el trabajo a tiempo parcial en trabajo «a llamada». Una forma de empleo eminentemente feminizada, con frecuencia involuntaria, y con la misma frecuencia fraudulenta (se hacen muchas más horas de las que se establecen en el contrato). Que exacerba la disponibilidad de la persona a las demandas de la empresa a través de las horas complementarias pactadas y ofrecidas; los horarios irregulares, inconcretos, cambiantes y variables. Difícilmente garantiza los estándares contenidos en el artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que bajo la rúbrica «Condiciones de trabajo justas y equitativas», reconoce en su apartado 2 el derecho de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso.

Hay que albergar alguna esperanza con vistas a la trasposición de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea,<sup>68</sup> que se ocupa precisamente, a propósito de los empleos que no disponen de un patrón previsible de trabajo, de garantizar el mayor de protección posible de los derechos de las personas a organizar su tiempo.<sup>69</sup> Un modelo de ordenación, en todo caso, difícilmente compatible con la vida.

Queda aún mucho por hacer, muchas gracias.

---

<sup>67</sup> En el varias veces mencionado estudio MARTÍNEZ MORENO (en prensa).

<sup>68</sup> DOUE-L-2019-81159.

<sup>69</sup> Véase MIRANDA BOTO, J. M. (2023). *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles. Desafíos para el Derecho español de la Directiva (UE) 2019/1152*, Tirant lo Blanch, Valencia.

# **El conocimiento de la discapacidad en las relaciones laborales**

**DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS**

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Barcelona

## **Sumario**

1. Introducción
2. El marco normativo de referencia para el empleo de las personas con discapacidad
3. El conocimiento de la discapacidad en el marco de las relaciones laborales

# 1. Introducción

El tratamiento igualitario de las diferencias y circunstancias propias derivadas de la diversidad humana ha sido una cuestión de amplio alcance a nivel jurídico. La necesidad de que el ordenamiento jurídico garantice la formulación y aplicación de las normas a todas las personas por igual ha sido, y sigue siendo, una preocupación para la doctrina científica. Desde una perspectiva constitucional, la igualdad entre personas aparece como valor superior en el artículo 1 de la Constitución española (en adelante, CE), y se refleja explícitamente en distintos preceptos, tal y como ha señalado la doctrina.<sup>1</sup> Sin embargo, el artículo 14 de la CE se encarga de constitucionalizar este valor como derecho, y no como principio,<sup>2</sup> y constata además una serie de motivos o razones concretas de discriminación prohibidas, entre las que se incluye la discapacidad. La construcción normativa del citado artículo contempla dos partes claramente diferenciadas, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional,<sup>3</sup> a saber, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley y la prohibición de una serie de motivos o razones concretas de discriminación. Con carácter general, el artículo 14 de la CE exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, deba existir una justificación suficiente de tal diferencia.<sup>4</sup> Ello implica una obligación especialmente intensa hacia los poderes públicos, que limita la arbitrariedad en sus actuaciones, pero que ha de valorarse en cada caso, teniendo en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en que se proyecte.<sup>5</sup> Así, se prohíben aquellas desigualdades que carezcan de razones objetivas o motivos razonables, citando expresamente algunas circunstancias históricamente muy arraigadas,<sup>6</sup> siendo necesario

---

<sup>1</sup> Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (2018). «La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley», en *Comentarios a la Constitución española*, tomo I, Wolters Kluwer, Madrid, p. 334, que cita como exponentes a los artículos 23.2, 31, 32, 39.2, 68.1, 69.2, 130.1, 149.1.1 de la Constitución española.

<sup>2</sup> Véase el fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 200/2001, de 4 de octubre, que define el contenido del artículo 14 CE como un «derecho subjetivo de los ciudadanos».

<sup>3</sup> Véase los apartados a y b del fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 200/2001.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Véase la STC núm. 209/1988, de 10 de noviembre.

<sup>6</sup> En este sentido, véase el fundamento jurídico quinto de la STC núm. 128/1987, de 16 de julio; el fundamento jurídico segundo de la STC 166/1988, de 26 de septiembre, y el fundamento jurídico segundo de la STC 145/1991, de 1 de julio.

que, además de justificar la objetividad de la diferencia de trato, se realice un juicio de proporcionalidad que implica el examen de la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.<sup>7</sup>

La interpretación del artículo 14 de la CE ha pasado por diversos estadios, y se aprecia una clara evolución,<sup>8</sup> que ha transitado desde una visión formalista de la igualdad ante la ley,<sup>9</sup> hasta una configuración mucho más profunda, referida al contenido de esta, materializada a través del uso de la expresión «en la ley».<sup>10</sup>

En este contexto, la protección frente a la discriminación por motivos de discapacidad ha ganado interés como consecuencia de la progresiva atención que le ha prestado el Tribunal

---

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión, véase la STC núm. 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; STC núm. 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; STC núm. 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; STC núm. 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; STC núm. 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; STC núm. 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; STC núm. 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; STC núm. 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; STC núm. 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; STC núm. 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, todas ellas citadas en la STC núm. 200/2001, de 4 de octubre.

<sup>8</sup> Vid. OLLERO TASSARA, A. (2006). «La igualdad en la aplicación de la Ley en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 87, pp. 229-260, que ha denominado a este fenómeno «la superación del paleopositivismo legalista».

<sup>9</sup> Vid. PÉREZ DEL RIO, T. (2005). «Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario», *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 13, p. 38.

<sup>10</sup> Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ (2018), p. 337. Un exponente interesante de esta manifestación puede hallarse en la STC 201/1991, de 28 de octubre, en la que se declara contraria al artículo 14 CE una actuación judicial del Tribunal Central de Trabajo consistente en modificar injustificadamente, a través de una de sus sentencias, el criterio interpretativo establecido en sentencias anteriores del mismo tribunal, dictadas sobre supuestos idénticos. En dicha sentencia se discutía si el complemento por jubilación anticipada, percibido en cumplimiento de los Acuerdos sobre Saneamiento y Reconversión del Sector Siderúrgico Integral, merece o no la consideración de «pensión pública», a los efectos de aplicación del límite máximo de las pensiones de jubilación reglamentaria establecido por la norma legal.

de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en los últimos años,<sup>11</sup> asumiendo España un notable protagonismo.<sup>12</sup> En particular, el órgano judicial europeo ha expandido el concepto de persona con discapacidad, y por lo tanto los supuestos en los que pueden producirse situaciones de discriminación o deben practicarse actuaciones, integrando el denominado modelo social de tratamiento en su doctrina. El punto de inflexión se originó con la STJUE 11.04.2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/1, ECLI:EU:C:2013:222, que abrió la posibilidad de asimilar una enfermedad curable o incurable a la discapacidad, a efectos de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante Dir. 2000/78/CE), si bien, los siguientes pronunciamientos judiciales han expandido la protección a nuevas situaciones como por ejemplo la obesidad (STJUE 22.05.2014, Glatzel, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350 y STJUE 18.01.2018, Ruíz Conejero, C-270/16, ECLI:EU:C:2018:17). De forma más actual, también se han abordado temáticas estrechamente vinculadas al concepto de persona con discapacidad, tales como el requisito de larga duración exigido para la existencia de una discapacidad (STJUE 01.12.2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917), la delimitación de conceptos nacionales cercanos a la discapacidad (STJUE 11.09.2019, Nobel Plàstiques, C-397/18, ECLI:EU:C:2019:703), o la aplicación de la protección por discapacidad a grupos homogéneos que comparten la existencia de una o varias circunstancias protegidas por la Dir. 2000/78/CE (STJUE 26.01.2021, VL, C-16/19, ECLI: EU:C:2021:64).

Ante este escenario, en el que confluyen los avances en la implementación efectiva del principio de igualdad y la expansión de la protección frente a la discriminación por razón de discapacidad, estas páginas pretenden examinar el conocimiento de la discapacidad en el marco de las relaciones laborales como reto dentro del tratamiento de esta causa de discriminación. Y para ello, será objeto de atención el marco jurídico internacional, europeo

---

<sup>11</sup> Concretamente, las sentencias que se han dictado hasta la fecha han sido: STJUE 11.07.2006, Chacón Navas, C-13/05; STJUE 06.12.2012, Odar, C-152/11; STJUE 11.04.2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11; STJUE 04.07.2013, Comisión/Italia, C-312/11, ECLI:EU:C:2013:446; STJUE 18.03.2014, Z, C-363/12; STJUE 22.05.2014, Glatzel, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350; STJUE 18.12.2014, FOA, C-354/13; STJUE 26.03.2015, Fenoll, C-316/13; STJUE 01.12.2016, Daouidi, C-395/15; STJUE 18.01.2018, Ruíz Conejero, C-270/16; STJUE 09.03.2017, Milkova, C-406/15; STJUE 11.09.2019, Nobel Plàstiques, C-397/18; STJUE 26.01.2021, VL, C-16/19, EU:C:2021:64, y STJUE 15.07.2021, Tartu Vangla, C-795/19.

<sup>12</sup> Los órganos judiciales españoles han planteado un total de 4 cuestiones prejudiciales, que derivaron en las siguientes sentencias: STJUE 11.07.2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456; STJUE 01.12.2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917; STJUE 18.01.2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17, y STJUE 11.09.2019, Nobel Plastiques, C-397/18, EU:C:2019:703.

y nacional de protección frente a esta causa de discriminación y los distintos aspectos que mayores interrogantes plantean en la actualidad en la gestión del conocimiento de la discapacidad en el marco de las relaciones laborales.

## 2. El marco normativo de referencia para el empleo de las personas con discapacidad

La inserción de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo ordinario es un objetivo que ha sido perseguido firmemente durante los últimos años, como consecuencia del surgimiento del modelo social de tratamiento de discapacidad.<sup>13</sup> En líneas generales, este paradigma sostiene una conceptualización que rechaza de plano la asunción individual de la responsabilidad derivada de la discapacidad, y enfatiza la discapacidad como una dificultad que ostenta la sociedad para ofrecer espacios accesibles a todas las personas. El propósito principal de su implementación persigue lograr la integración laboral e igualdad de oportunidades plena de este colectivo mediante la normalización y la adaptación de los ámbitos de la sociedad a los individuos.

La traslación a un plano normativo de esta forma de enfocar la discapacidad se materializó en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CIDPD), adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Organización de Naciones Unidas, si bien también destaca la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78/CE) como consecuencia de las sucesivas y reiteradas sentencias que ha dictado el TJUE,<sup>14</sup> y a nivel español, el Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGDPCD) y la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, Ley 15/2022).

---

<sup>13</sup> Para un análisis en profundidad sobre el modelo social, véase PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid; STEIN, M. A. (2007). «Disability Human Rights», *California Law Review*, vol. 95, pp. 87 a 91; BICKENBACH, J. et al. (1999). «Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps», *Social Science & Medicine*, núm. 48, pp. 1173-1187.

<sup>14</sup> Véase la cita número 11.

La primera de ellas, la CIDPD, fue el primer instrumento internacional de carácter vinculante que abordó la discapacidad como una cuestión de derechos, redirigiendo la estructura normativa de principios y metas<sup>15</sup> e implementando la óptica americana de tratamiento de la discapacidad.<sup>16</sup>

La premisa de la que parte esta norma es el fomento de la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida económica, social, cultural y política, y los cincuenta artículos que la componen son tributarios de esta pretensión. Para ello, se apuesta por un enfoque multidisciplinar, de tal suerte que podemos observar que trata ámbitos tan diversos como el acceso a la justicia (art. 13), la educación (art. 24), la salud (art. 25), el trabajo y el empleo (art. 27) o la protección social (art. 28), por mencionar alguno de ellos.<sup>17</sup> La piedra angular que convierte a la CIDPD en una norma de importancia capital no fue solamente la plasmación de un catálogo de nuevos derechos, sino «asegurar el uso

---

<sup>15</sup> Esta tesis ha sido defendida por COURTIS, C. (2007). «Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas», en De Lorenzo, R. y Pérez Bueno, L. C. (dirs.). *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 306; CUENCA GÓMEZ, P. (2012). *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, p. 26, y DE LORENZO, R. (2009) «Los contornos del Derecho de la Discapacidad», en Pérez Bueno, L. C. (dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 71.

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión, véase QUINN, G. y FLYNN, E. (2012). «Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 60, p. 34-39. Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión, véase WADDINGTON, L. (1994). «Legislating to Employ People with Disabilities: the European and American Way», *Maastricht Journal*, núm. 367, vol. 1, p. 368; WADDINGTON, L. y DILLER, M. (2002). «Tensions and Coherence in Disability Policy: The Uneasy Relationship between Social Welfare and Civil Rights Models of Disability in American, European and International Employment Law», en Breslin, M. L. y Yee, S. (eds.), *Disability Rights and Policy. International and National Perspectives*, Transnational Publishers, Ardsley; DE BURCA, G. (2012). «The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law», *American Journal of Comparative Law*, núm. 60, vol. 1, 2012, pp. 1-22.

<sup>17</sup> Para un estudio en profundidad del contenido de la Convención, véase SCHULZE, M. (2010). *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities*, Handicap International, Nueva York.

del principio de no discriminación»<sup>18</sup> de tal forma que se integra el citado principio en cada uno de ellos. Para ello, se introduce un modelo de tratamiento de la discapacidad basado fundamentalmente en la accesibilidad. La norma aboga por fomentar la integración desde la perspectiva de la transformación de las infraestructuras sociales. En puridad, la CIDPD afirma que la integración de las personas con discapacidad exige centrar el debate en los defectos que presenta la sociedad, y se apuesta principalmente por la transformación de entornos, instalaciones, bienes y servicios excluyentes e inaccesibles.

Y es aquí donde aparece otra de las novedades más destacadas de la Convención: la obligación de adaptar los entornos de diversos ámbitos para lograr una participación plena de este colectivo como manifestación de la accesibilidad. Bajo la denominación de ajustes razonables, ex artículo 5, párrafo tercero de la Convención, este instrumento internacional diseña una obligación que es definida en el artículo 2 de la citada norma como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades». A partir de ahí, las referencias a la institución en los distintos ámbitos son patentes a lo largo de todo el texto.<sup>19</sup> Hasta la fecha, la presencia de esta medida era más bien tímida,<sup>20</sup> pero la irrupción del modelo social como paradigma de tratamiento de la discapacidad ha cambiado esta tendencia a nivel normativo. Así, los Estados Partes consagraron los ajustes razonables como un instrumento universal sobre el que pivota el ejercicio de todos los derechos.

---

<sup>18</sup> Vid. PALACIOS, A. (2009). «La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española», en Pérez Bueno, L. C. (dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 173.

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, el artículo 14 de la CIDPD incluye la realización de ajustes razonables en el ámbito penitenciario y el artículo 24 de la CIDPD incluye asimismo dicha obligación en el ámbito educativo.

<sup>20</sup> La presencia de los ajustes razonables se aprecia por primera vez en las Normas Uniformes pero la eficacia de esta norma no permite afirmar que nos encontremos ante una obligación *stricto sensu*. Ciertamente, existieron referencias cercanas conceptualmente en resoluciones anteriores, tales como la obligación de acomodo del proceso formativo de la resolución 1386, el derecho a la readaptación profesional de la resolución 3447 o la aplicación de los principios ergonómicos para llevar a cabo la adaptación ex resolución 37/52, e incluso en los convenios OIT núm. 159 y las recomendaciones núm. 99 y 150. Sin embargo, su presencia ha sido sumamente limitada y carente de una conceptualización sólida como la asumida por la Convención.

El alcance de esta obligación es especialmente significativo en la instrumentación del derecho al trabajo. El artículo 27 de la CIDPD introduce como mecanismo de igualdad de oportunidades en el empleo una novedad significativa: la realización de ajustes razonables en el lugar de trabajo.<sup>21</sup> Se trata de una clara manifestación del principio de accesibilidad universal en un campo en el que las medidas habituales destinadas a la integración se centraban exclusivamente en la previsión de incentivos. Lamentablemente, su configuración es especialmente pobre, ya que la CIDPD opta por ofrecer una definición general de la institución no contextualizada en el ámbito laboral.<sup>22</sup> De hecho, no se concretan los criterios orientadores de su aplicación en el empleo, y este es el principal defecto que puede achacarse a la previsión de esta institución en la Convención. Especialmente acuciante es la omisión del significado de la expresión «carga desproporcionada o indebida», concepto este sobre el que el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78/CE), sí que se pronuncia, y sobre el que, probablemente, no existió un consenso generalizado de su significado. Ahora bien, la CIDPD evidencia una especial preocupación por el mantenimiento y a la salvaguarda del derecho al trabajo incluso en aquellos supuestos en los que la discapacidad se origina o detecta durante la relación laboral. La *voluntas legislatoris* apuesta por la normalización,<sup>23</sup> e instrumenta como protección para el mantenimiento del empleo diversas medidas, entre las que se incluye «velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo»<sup>24</sup> De hecho, la tutela que ofrece la Convención incluye de forma expresa a aquellos trabajadores que durante la relación de trabajo adquieren una discapacidad. Esta precisión, si bien parece menor, ostenta una importancia indiscutible, pues reconoce la posibilidad de aplicarle a un trabajador las medidas de protección del derecho al trabajo en el momento en el que adquiera la consideración de persona con discapacidad. A efectos prácticos, esta inclusión establece un mandato indirecto de protección contra el despido del trabajador por ineptitud

---

<sup>21</sup> Vid. artículo 27.1i de la Convención.

<sup>22</sup> El artículo 2 de la CIDPD define como ajuste razonable «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

<sup>23</sup> El indicador más claro que sostiene esta tesis se halla en las referencias a la prestación de servicios en entornos abiertos, inclusivos y accesibles, ex artículo 27.1 primer párrafo de la Convención.

<sup>24</sup> Vid. artículo 27.1i de la Convención.

sobrevenida, dado que extiende, como ya se ha señalado anteriormente, la protección conferida a las personas con discapacidad.

En un plano europeo, la Directiva 2000/78 es la norma de referencia, no tanto por su contenido, sino por la interpretación que de la misma ha realizado el TJUE a lo largo de los últimos años. Si bien la citada norma europea integra casi todas las causas de discriminación ya previstas en el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada Ámsterdam),<sup>25</sup> entre las que se incluye la discapacidad, la misma brilla especialmente por incluir disposiciones que abarcan todo tipo de acciones antidiscriminatorias: desde la calificación del acoso como comportamiento discriminatorio o la previsión de medidas de acción positiva hasta la inversión de la carga de la prueba ante los tribunales.<sup>26</sup> En este sentido, la norma asume un enfoque que presta atención a la prevención y la eliminación de obstáculos e introduce la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo.

El artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE conceptualiza esta medida antidiscriminatoria, que

---

<sup>25</sup> La única de las causas que no comparte la Directiva 2000/78 y el ya citado artículo 13 del Tratado constitutivo es el sexo. El texto inicial, integrado en la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (COM/99/0565 final), justifica su exclusión en la omnipresencia de la lucha contra las desigualdades vinculadas al sexo que se deriva de los artículos 2 y 3 del Tratado, y reconoce la distinta afectación en hombres y mujeres de las causas de discriminación contempladas.

<sup>26</sup> Estas medidas han sido calificadas por la doctrina como disposiciones comunes que aplican el principio de igualdad a todas las causas de discriminación, si bien la Directiva también diseña un segundo nivel de protección para ámbitos específicos. En este sentido, véase WADDINGTON, L. (2003). «Implementing the Disability provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion», en Lawson, A. y Gooding, C., *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Publishing, p. 109.

no medida de acción positiva,<sup>27</sup> como una obligación dirigida a los empresarios según la cual deberán realizarse ajustes razonables a fin de cumplir con el principio de igualdad de trato de este colectivo. Los ajustes razonables son definidos como la adopción de las medidas adecuadas para que las personas con discapacidad puedan acceder al empleo, tomar parte en el mismo, realizar formación o progresar profesionalmente.<sup>28</sup> No obstante, el empresario quedará eximido de su cumplimiento en aquellos supuestos en los que la adopción de las medidas suponga una carga excesiva, circunstancia esta que no se producirá cuando la actuación empresarial sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en el Estado miembro.<sup>29</sup>

Como puede observarse, nos encontramos ante una solución individual que pretende eliminar las barreras que impiden una participación plena y efectiva de las personas

---

<sup>27</sup> La confusión de los ajustes razonables como medida de acción positiva se ha producido, tal y como señalan WADDINGTON, L. y BELL, M. (2011). «Exploring the Boundaries of Positive Action under EU: A Search for Conceptual Clarity», *Common Market Law Review*, núm. 48, pp. 1516 y 1517, tanto a nivel judicial como legislativo europeo (Bélgica y Portugal). Los mencionados autores defienden que la caracterización ideal de esta obligación debe incardinarse como un tipo particular de disposición antidiscriminatoria basada en un modelo distinto de lucha contra la discriminación, pues se trata de una disposición obligatoria (a diferencia de algunas de las medidas de acción positiva) y ostenta un carácter individual que la hace única. Una explicación detallada sobre esta discusión puede hallarse en WADDINGTON, L. y HENDRIKS, A. (2002). «The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, núm. 18, pp. 403-428.

<sup>28</sup> A mayor abundamiento, el considerando 20 de la Directiva 2000/78 ofrece algunos ejemplos del tipo de adaptaciones que pueden incardinarse en esta obligación, tales como adaptación de instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.

<sup>29</sup> La mención a las medidas existentes en el Estado miembro es otro aspecto que deja patente la voluntad de integrar el modelo europeo de protección de la salud y seguridad en una obligación extranjera importada del mundo anglosajón. En este sentido, el legislador europeo, consciente de que los Estados miembros han ratificado instrumentos internacionales que obligan a garantizar derechos humanos con contenido económico y social, decidió incluir esta disposición para dificultar la alusión a la existencia de carga desproporcionada.

con discapacidad, y refleja el paradigma de la igualdad formal.<sup>30</sup> Se trata, pues, de una obligación empresarial autónoma, con entidad propia, incardinada dentro de la tutela antidiscriminatoria. Todo ello, pese a que presenta algunas limitaciones derivadas de la inexistencia de definición del concepto discapacidad y la expresión *por motivos de discapacidad* y la omisión a la ausencia de realizar ajustes razonables como comportamiento discriminatorio, que no serán examinadas en este texto por razones de espacio.

Por último, un vistazo al enfoque nacional sobre la protección de la discriminación por razón de discapacidad permite afirmar que España ha contemplado una protección ciertamente constante y progresiva de las personas con discapacidad en el empleo, inaugurada por la inclusión del artículo 49 de la CE. Tal precepto abrió una nueva etapa histórica en el ordenamiento jurídico español, en la que se expandió la igualdad sustancial a las personas con discapacidad y se convirtió en «una imposición específica del principio constitucional de igualdad que se ha venido articulando a través de un catálogo muy amplio y variado de medidas de fomento y estímulo»,<sup>31</sup> todo ello pese a los problemas de eficacia que presenta como consecuencia de su exclusión del capítulo II, y por ende, de las garantías del artículo 53 de la CE.

Actualmente, la norma de referencia es la LGDPCD, que se ha encargado de aportar unidad en la dispersión normativa que había existido hasta el momento, manteniendo la orientación normalizadora introducida de conformidad con la voluntad de la CIDPD. La vocación transversal y el esquema normativo basado en derechos son dos de sus principales características, y se encarga de regular de manera coherente y unitaria ámbitos de actuación tan diversos como la autonomía de las personas con discapacidad, el derecho a la protección a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la vida independiente o el derecho de participación en asuntos públicos, entre otros. Desde la óptica del empleo, encontramos que el capítulo VI del título I contempla, bajo la denominación «Derecho al trabajo», distintos mecanismos jurídicos de acceso y mantenimiento del citado derecho. En particular, se incluyen tres tipos de modalidades de empleo: a) empleo ordinario (art. 40 a 42); b) empleo protegido (art. 43 a 46); y c) empleo autónomo (art. 47). Dentro de la primera categoría, encontramos tres medidas concretas para garantizar el empleo de las personas

---

<sup>30</sup> Vid. HOSKING, D. (2006). «Great Expectations: Protection from Discrimination because of Disability in Community Law», *European Law Review*, núm. 31, vol. 5, p. 12 (versión electrónica).

<sup>31</sup> Vid. RUIZ CASTILLO, M. M. (2010). *Igualdad y no discriminación: la proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, Albacete, p. 85.

con discapacidad, a saber, la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, el empleo con apoyo y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, que serán examinadas detalladamente en los siguientes apartados de este artículo.

En este punto, mención expresa merece la Ley 15/2022. El ámbito subjetivo de aplicación incluye referencias a la discapacidad como circunstancia de no discriminación (art. 2), entre otras,<sup>32</sup> e incluye la instrumentación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, como consecuencia lógica de ser el desarrollo legal del artículo 14 CE. En el ámbito del derecho del trabajo, destacan los artículos 9 a 11, que se encargan de modelar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena (art. 9), la negociación colectiva (art. 10) y el trabajo por cuenta propia (art. 11). De todos ellos, el más relevante a los efectos del presente estudio es la construcción del artículo 9, que impide que puedan establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley en prácticamente los distintos estadios y circunstancias de las relaciones laborales,<sup>33</sup> y señala de manera específica la imposibilidad de la persona empleadora de preguntar sobre las condiciones de salud de la persona candidata al puesto. Si bien la doctrina se ha encargado de señalar los novedosos conceptos que se incluyen en esta norma,<sup>34</sup> una de las novedades que ha supuesto un mayor impacto ha sido la reformulación del concepto de discriminación

---

<sup>32</sup> El artículo 2.1 contempla como causas de no discriminación las siguientes situaciones: nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

<sup>33</sup> En particular, el citado precepto señala como situaciones el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, la promoción profesional, la retribución, la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.

<sup>34</sup> *Vid.* CAMAS RODA, F., «Cuestiones de interés para las empresas en la ley integral de igualdad de trato y no discriminación (con atención especial de orientación o identidad sexual y expresión de género)», en Delgado García, A. M. (dir.), *El mantenimiento y continuidad de la empresa y de su actividad desde la perspectiva legal y fiscal*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 731-757, y BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.; PÉREZ DEL PRADO, D. (2022). «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Un gran paso de final incierto», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 3, 7, pp. 4 y 5.

por enfermedad,<sup>35</sup> que hasta el momento había sido protegida por el TJUE a través de la asimilación a la discapacidad,<sup>36</sup> y que en la actualidad plantea un debate interesante sobre la calificación de nulidad en el marco de los despidos y extinciones de personas enfermas.<sup>37</sup>

Por último, y desde una óptica judicial, la implementación legal progresiva, e incluso prematura, respecto a la CIDPD, no ha sido correspondida por los tribunales españoles, a pesar de que España ha sido el país de la Unión Europea que más cuestiones prejudiciales ha formulado sobre la discriminación por razón de discapacidad.<sup>38</sup> Si bien es cierto que

---

<sup>35</sup> Vid. AGUSTÍ MARAGALL, J. (2022). «La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: El fin de la anomalía», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 235, pp. 5-20.

<sup>36</sup> Vid. STJUE 11.04.2013, C-335/11, HK Danmark. ECLI:EU:C:2013:222.

<sup>37</sup> Véase, en particular, AGUSTÍ MARAGALL (2022), pp. 18-22; ASQUERINO LAMPARERO, M. J. (2022). «La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 165, pp. 171-178, que efectúa un análisis de los argumentos a favor y en contra de la declaración de nulidad, concluyendo que «si lo que se pretende es amparar la situación del trabajador enfermo, entendemos que debería rescatarse la previsión normativa anterior sobre la nulidad automática del despido, pero no tutelarla a través de la vía de la afectación al derecho a no ser discriminado», y TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2022). «Enfermedad y discapacidad: Dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, Cinca, Madrid, p. 273, que coinciden con lo apuntado previamente por ESTEBAN LEGARRETA, R. (2017). «El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: La asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 6.

<sup>38</sup> Los órganos judiciales españoles han planteado un total de 5 cuestiones prejudiciales, que derivaron en las siguientes 4 sentencias: STJUE 11.07.2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456; STJUE 01.12.2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917; STJUE 18.01.2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17; STJUE 11.09.2019, Nobel Plàstiques, C-397/18, EU:C:2019:703. Una de ellas, relacionada con la compatibilidad de la extinción por incapacidad permanente ex artículo 49.1.e del TRLET, cuyo número de asunto es C-631/22, y que aún no se halla resuelta.

han existido pronunciamientos judiciales muy destacables,<sup>39</sup> como por ejemplo, la reciente STC núm. 51/2021 de 15 de marzo,<sup>40</sup> o la STS de 22 de febrero de 2018 (rec. 160/2016),<sup>41</sup> que clarifican la interpretación de la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables, lo cierto es que aún existen dificultades para abordar el concepto de persona con discapacidad previsto en el artículo 4 de la LGDPCD, especialmente con relación al apartado primero,<sup>42</sup> que no exige reconocimiento administrativo expreso para que opere la protección antidiscriminatoria, ya que el segundo fue declarado ultra vires por la STS de 29

---

<sup>39</sup> Véase la STSJ Galicia (Sala de lo Social) 13.04.2021 (rec. 160/2020), las STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) 09.12.2017 y 29.09.2017 (rec. 2345/17 y 1734/17, respectivamente), entre otras.

<sup>40</sup> Para un estudio en profundidad sobre esta sentencia, véase ESTEBAN LEGARRETA, R. (2021). «Discapacidad psíquica “menor”, medidas disciplinarias en el marco de una relación de empleo, discriminación y ajustes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2021 (STC 51/2021)», *Iuslabor*, núm. 2

<sup>41</sup> Para un estudio en profundidad sobre este pronunciamiento judicial, véase GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. (2018). «La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018 (rec. 160/2016)», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, pp. 525-530; ITURRI GÁRATE, J. C. (2018). «Despido por ineptitud sobrevenida. Discapacidad. Medidas de ajuste razonable: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (recurso 160/2016)», *Jurisdicción Social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 188, 2018., pp. 41-54.

<sup>42</sup> La cuestión que presenta mayor disparidad de opiniones es la interpretación del concepto «larga duración», abordada en la STJUE 01.12.2016, Daouidi, C-395/15, y cuyas líneas interpretativas plantean dudas a propósito de cuánto tiempo debe transcurrir para considerar una situación de incapacidad temporal como discapacidad.

de noviembre de 2018 (rec. 3382/2016).<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Para un estudio exhaustivo sobre este pronunciamiento judicial, véase CABRA DE LUNA, M. A. (2019). «Asimilación de las situaciones legales de Seguridad Social de incapacidad permanente al reconocimiento de la discapacidad: Sentencias 993/2018 y 992/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y su efecto», *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 4, pp. 227-239; GARCÍA SABATER, A. (2019). «El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 221, pp. 171-188; GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. (2019). «¿Es automática la asimilación entre la pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y la existencia de una discapacidad igual o superior al 33%?: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 992/2018, de 29 de noviembre», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, Casos Prácticos*, núm. 436, pp. 119-126; ITURRI GÁRATE, J. C. (2019). «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 (recurso 3382/2016): “Nadie es normal, la normalidad es un valor estadístico”», *Jurisdicción Social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 196, pp. 15-25.

### **3. El conocimiento de la discapacidad en el marco de las relaciones laborales**

El ejercicio de los derechos reconocidos en el marco legal de la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad presenta un desafío de gran calado para la gestión diaria de las relaciones laborales. En efecto, la discapacidad es una circunstancia que afecta a la esfera de la salud del trabajador y, por lo tanto, se inscribe en el ámbito de su privacidad. Ahora bien, en algunas ocasiones puede no ser detectada a primera vista, y ello presenta una dificultad para garantizar la protección frente a situaciones discriminatorias por razón de discapacidad que confieren tanto la Directiva 2000/78/CE como la LGDPCD, y que pivota de manera central sobre el cumplimiento de las adaptaciones necesarias para el desempeño y mantenimiento del trabajo de la persona trabajadora.

En este sentido, la obligación de realizar ajustes razonables solo es aplicable a aquellos trabajadores o futuros trabajadores que sean reconocibles como personas con discapacidad al amparo del artículo 4.1 de la LGDPCD. Tal hecho exige considerar si la empresa debe conocer la discapacidad para que se halle obligada al cumplimiento de realizar ajustes razonables. O, en otras palabras, si el empresario puede solicitar información del estado de salud del trabajador, a fin y efecto de detectar si está obligado al cumplimiento del deber empresarial de realizar ajustes razonables, y evitar así la posible nulidad de las decisiones empresariales que afecten a este trabajador.

Un primer examen de la norma, tanto a nivel europeo como español, permite observar que existe un silencio normativo absoluto sobre esta cuestión, circunstancia muy típica desde una perspectiva comparada.<sup>44</sup> En efecto, la Directiva 2000/78/CE y el artículo 40.2 de la LGDPCD se encargan de identificar que deberán adoptarse los ajustes razonables necesarios para permitir que las personas con discapacidad puedan integrarse laboralmente, pero no detallan en qué momento debe acreditarse dicha condición.

---

<sup>44</sup> Así, países como Estados Unidos o Canadá, que son considerados como referentes en la protección de los trabajadores con discapacidad, no han legislado sobre esta cuestión. En cambio, sí lo han hecho Reino Unido, Holanda, Letonia e Irlanda. Para un examen más detallado sobre esta problemática en Holanda, Letonia e Irlanda, véase SCHIEK, D. *et al.* (2007). *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, pp. 711-714 y 716-718.

Si tenemos en cuenta la naturaleza sensible de la información médica del trabajador, elemento clave para determinar si la patología puede ser considerada una discapacidad, la solicitud de información respecto de la discapacidad a iniciativa del empresario debería descartarse. Así lo ratifica, de hecho, el artículo 9.5 de la Ley 15/2022, que señala, en un contexto más general pero igualmente aplicable, que el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto. Esta circunstancia otorga al deber empresarial una característica clave, a saber, su naturaleza reactiva, que exige que sea el propio trabajador el que comunique la necesidad de proceder a la adaptación del puesto de trabajo, tesis esta que debe sumarse al deber de buena fe que se deriva del artículo 5a del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET).<sup>45</sup> Y será en ese momento en el que deberá acreditar que cumple los requisitos exigidos para ser considerado persona con discapacidad, o como mínimo indicios suficientes en esta dirección, al amparo del artículo 4 de la LGDPCD.<sup>46</sup> La no acreditación del trabajador de su condición de persona con discapacidad justificaría el no cumplimiento empresarial de la obligación de realizar ajustes razonables, que podría extenderse hasta que, en un plazo prudencial, se demostrase que la situación del trabajador es asimilable al concepto de persona con discapacidad.

Tal exigencia es clave a efectos de la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables ex artículo 40.2 de la LGDPCD, pues si el empresario desconoce por completo la discapacidad, no puede exigírsele el cumplimiento de la obligación.<sup>47</sup> No obstante, la discapacidad en algunas situaciones puede ser una cuestión visible o de fácil detección

---

<sup>45</sup> Tal y como señala TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2009). «Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 3, p. 10, la comunicación de circunstancias personales al empresario que afectan al desarrollo de la prestación no existe como deber propiamente dicho, pero puede reconducirse al genérico deber de buena fe contractual. Para un estudio en general sobre esta cuestión, véase BARREIRO GONZÁLEZ, G. (1981). *Diligencia y negligencia en el cumplimiento: estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

<sup>46</sup> Recuérdese que a efectos de interpretar el requisito «previsiblemente permanentes», ex artículo 4.1 de la LGDPCD, será necesario acudir a la STJUE 01.12.2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

<sup>47</sup> Las conclusiones de la abogada general de 19 de octubre de 2017, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2017:788, apartado 36, han tenido ocasión de pronunciarse a propósito de esta cuestión.

con relación al puesto de trabajo,<sup>48</sup> y en tales circunstancias, el empresario estará obligado a adoptar las medidas que permitan a la persona trabajadora continuar la prestación de servicios, sin que se requiera una comunicación expresa por parte del trabajador.

Este razonamiento nos lleva a afirmar que la obligación de realizar ajustes razonables está condicionada a que el empresario tenga conocimiento de la discapacidad del trabajador, ya sea por la expresa comunicación de este o por la detección visual o funcional derivada del rendimiento en el marco de la relación laboral. Nótese que no se afirma que nos encontremos ante un deber legal de comunicar la situación de salud al empresario en todo caso, sino solo en aquellos supuestos en los que el trabajador solicite el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. Dicha exigencia debe entenderse como una manifestación del deber de buena fe contractual ex artículo 5a del TRLET, pues la instrumentación de las medidas adecuadas puede suponer la introducción de cambios de cierta entidad en la organización y desarrollo de la actividad empresarial. Y a su vez, como una condición indispensable para el respeto empresarial al principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad, atendiendo a la naturaleza inherente de los datos necesarios para determinar si el trabajador puede ser calificado como persona con discapacidad.<sup>49</sup>

Como puede observarse, el silencio normativo genera una enorme inseguridad jurídica. En este punto, conviene llamar la atención de la necesidad de introducir a nivel procesal un procedimiento que ofrezca seguridad jurídica a los operadores en el marco del

---

<sup>48</sup> Ejemplos claros serían aquellos supuestos de amputaciones de miembros o secuelas de carácter estético con afectaciones funcionales para el trabajo.

<sup>49</sup> Especialmente, respecto al carácter de «larga duración» de la patología, que requerirá un diagnóstico médico que valore la entidad de las limitaciones y la duración, pues una de las características esenciales inherentes a la exigencia de adaptar el puesto de trabajo es el carácter duradero de las patologías. Así lo indicó la STJUE 11.07.2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, apartado 45, que sostiene: «El decimosexto considerando de la Directiva 2000/78/CE establece que “la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad”. La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de “discapacidad”, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración».

cumplimiento de esta obligación. Respecto a esta cuestión, y dada la naturaleza de los datos médicos del trabajador, sería recomendable establecer un mecanismo administrativo o judicial que permitiera determinar si nos encontramos ante una persona trabajadora con discapacidad al amparo del artículo 4.1 de la LGDPCD, a los únicos efectos del cumplimiento de la obligación objeto de estudio. Teniendo en cuenta las manifestaciones de la STJUE 01.12.2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, sería preferible que este examen lo efectuase el órgano judicial territorialmente competente, pues ello facilitaría la resolución de una hipotética impugnación de una decisión empresarial extintiva, y a su vez, otorgaría las garantías necesarias en materia de privacidad respecto al tratamiento de la información médica del trabajador. Para ello, el examen judicial debería valorar las funciones del puesto de trabajo desempeñadas por el trabajador hasta el momento, la existencia de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, su interacción en el ámbito profesional entendida como el desarrollo de las funciones esenciales del trabajo a fin de detectar las limitaciones que producen en el desempeño de la prestación de servicios, y el carácter previsiblemente permanente o de larga duración de las mismas, que deberá basarse en todos los elementos objetivos de que se dispongan, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Véase el apartado 57 de la STJUE 01.12.2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

# **Discriminación de las personas LGTBI en el empleo**

**CHARO ALISES**

## **Sumario**

1. Introducción
2. Discriminación de las personas LGTBI en la historia de España
3. Homofobia
4. Transfobia
5. Prejuicios hacia las personas LGTBI
6. Discriminación
7. Legislación
8. Jurisprudencia
9. La realidad de las personas LGTBI en el ámbito laboral
10. Recomendaciones contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el ámbito laboral

# 1. Introducción

Pecado, delito, enfermedad. Estas son palabras que se han asociado históricamente a las personas LGTBI (lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales). La sociedad dominada por la heterosexualidad obligatoria ha expulsado a los márgenes a las disidencias sexogenéricas colocándolas en «la otredad» por entenderlas una amenaza y un peligro para el orden sexual considerado normativo.

La sexualidad no solo es pensada para los cuerpos considerados normativos, también se configura como un medio legitimado por la ideología dominante respecto a la sexualidad. En este sentido, la ideología hegemónica proscribía la homosexualidad frente a la heterosexualidad como comportamiento al que se le otorga la asignación de «natural» en orden a la perpetuación de la especie, estableciendo funciones para hombres y mujeres. El orden sexual hegemónico se escinde del placer, ya que su función debe ser exclusivamente reproductiva (Lizardo González, 2023).

La homogeneidad favorece el control social, por tanto, la disidencia sexual debe ser reprimida. Esto explica los altos índices de LGTBI-fobia institucional que históricamente han caracterizado las legislaciones. Entendemos por LGTBI-fobia el temor y rechazo a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales, que se utiliza para hacer más visibles a todas las identidades que la sufren.

## **2. Discriminación de las personas LGTBI en la historia de España**

En España, fue el rey Chindasvinto (642-653) el que impuso para la homosexualidad la pena de castración. Esta pena era desconocida en las leyes visigodas, excepto para los judíos, que practicaban la circuncisión. Además de sufrir este castigo, el reo era entregado al obispo local para que lo desterrara. Si era casado, el matrimonio quedaba anulado, la dote se devolvía a la mujer y los bienes se repartían entre los herederos. En 693 Égica ordenó a los obispos reconsiderar la cuestión de la homosexualidad. Reunido el XVI Concilio de Toledo ese mismo año, los prelados, ardiendo en el celo del Señor, afirmaron que era bien conocido que muchos hombres estaban infectados por el mal de la sodomía.

La civilización de Al-Ándalus fue muy tolerante en cuanto a la sexualidad, al contrario que sus vecinos cristianos del norte, a excepción del intervalo creado por los almorávides y sobre todo los almohades. Paradójicamente, el Corán prohíbe la homosexualidad, por la cual incluso impone la pena de muerte, pero las sociedades musulmanas, tanto de la península ibérica como del resto del mundo islámico, no seguían esta regla. El lesbianismo también era común, sobre todo en los harenes, aunque naturalmente las relaciones se mantenían discretamente, ya que ese tipo de relación podía emplearse en las intrigas políticas.

La Reconquista reintrodujo la moral cristiana en la sociedad española; sin embargo, hasta la llegada de los Reyes Católicos la homosexualidad gozó de una tolerancia relativa, sobre todo entre las clases más pudientes.

El tono, que había sido relativamente liberal hasta el siglo XI, comenzó a cambiar durante el siglo XII. San Raimundo de Peñafort define el término «contra natura» y dice que todas las prácticas sexuales que no estén realizadas por un hombre y una mujer usando los órganos apropiados «deben ser rechazadas y, si no castigadas, deben ser condenadas severamente, como un pecado».

En el siglo XIII, las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio aplicaban la pena de muerte a los pecados contra natura. Las Partidas incorporaban elementos del Código de Justiniano, que ya condenaba la homosexualidad.

Los Reyes Católicos cambiaron el castigo que correspondía a los reos del que se consideraba como el peor de los delitos contra la moralidad (de ahí que fuera conocido como el pecado «abominable» o «nefando», el ‘pecado que no se puede nombrar’), que hasta entonces habían sido la castración y la lapidación. Una pragmática del 22 de agosto de 1497 ordenó que se aplicara a los homosexuales el castigo más usual en el resto de estados europeos, ser quemado vivo, junto con la confiscación de sus bienes.

Felipe II empeoró la situación con su pragmática de 1592, en la que, si bien no agravó las condenas, sí facilitó los requerimientos de evidencia necesarios para la instrucción relajando considerablemente los requisitos para que las pruebas esgrimidas contra las personas acusadas fuesen suficientes para justificar las condenas.

Durante este siglo XVI, en el caso de las mujeres lesbianas, se debe resaltar que algunos moralistas (por ejemplo, Antonio Gómez) señalaban que la *sodomía* entre mujeres mediante la utilización de un objeto era merecedora de hoguera, mientras que si no había objeto podía considerarse un atenuante que hiciera innecesaria la pena de muerte. Sin embargo, pocos eran los casos conocidos de sodomía entre mujeres sin el uso de un objeto.

El conde-duque de Olivares ordenó que se eliminasen las cerraduras duras en los dormitorios del Palacio Real para que los inspectores pudieran asegurarse de que nadie entre los cientos de sirvientes y funcionarios estuviese cometiendo actos homosexuales.

La Inquisición española, siguiendo los pasos de la Inquisición pontificia medieval, se ocupó al principio de los delitos de sodomía, pero en 1509 el Consejo de la Suprema ordenó a los tribunales que no actuaran contra los homosexuales, excepto si estaban implicados en casos de herejía, que era la competencia exclusiva del Santo Oficio. Previamente había habido protestas de algunas instituciones, como la que presentó la ciudad de Cartagena en 1504 o la de Murcia al año siguiente, porque consideraban que la sodomía no debía ser juzgada por la Inquisición sino por los tribunales ordinarios. Según Joseph Pérez, fue la presión de los poderes civiles (incluidas las Cortes de Castilla) la que obligó a la Suprema a excluir la sodomía de la jurisdicción inquisitorial. Sin embargo, la Inquisición de la corona de Aragón consiguió que en 1524 el papa Clemente VII la autorizara a perseguir a los «sodomitas», independientemente de si eran herejes o no. Así, la competencia sobre este delito difirió entre la corona de Castilla (donde los tribunales inquisitoriales cumplieron la orden de la Suprema y no se ocuparon del «pecado nefando», cuya jurisdicción correspondía a los tribunales seculares y eclesiásticos ordinarios), y la de Aragón, donde la Inquisición fue el tribunal encargado de su persecución, competencia a la que «jamás renunciarían [los inquisidores] a pesar de las reiteradas quejas formuladas en las Cortes de

Monzón de 1533». Además, este fue el único tribunal inquisitorial de toda Europa que tenía jurisdicción sobre la sodomía, porque ni la Inquisición romana ni la Inquisición portuguesa actuaron sobre ella.

A principios del siglo XIX se extendieron ideas liberales desde Francia y más tarde apareció el krausismo, originado en Alemania. Así, en 1822, durante el Trienio Liberal, se publicó el primer código penal que no mencionaba la sodomía como delito, pero fue derogado poco después. Hasta ese momento, la sodomía siempre se había referido al concepto antiguo, que incluía todos los actos sexuales no dirigidos a la estricta reproducción. No fue hasta 1848, con el nuevo código penal, que la sodomía desapareció definitivamente, hecho que se mantuvo en las nuevas versiones de 1850, 1860 y 1870. Sin embargo, se podían emplear otras leyes, como las de escándalo público o aquellas sobre las faltas contra la moral, el pudor y las buenas costumbres.

La homosexualidad como delito fue reintroducida en el código penal de 1928, durante el reinado de Alfonso XIII.

Este código penal fue derogado el 13 de abril de 1931 por la Segunda República, que reintrodujo el anterior, de 1870. En 1932 se publicó un nuevo código penal que seguía sin mencionar la homosexualidad, lo que legalizaba las relaciones sexuales entre hombres, con la excepción del ejército.

En 1901 tuvo lugar el primer intento de matrimonio de una pareja del mismo sexo en España del que se tiene constancia registral. El 8 de junio de ese año, Marcela Gracia Ibeas y Elisa Sánchez Loriga, dos mujeres, contrajeron matrimonio en La Coruña al hacerse pasar una de ellas por hombre. Al final fueron descubiertas y tuvieron que huir de España, debido a la imposibilidad de encontrar empleo, un sistema judicial que buscaba juzgarlas y las burlas y homofobia de sus contemporáneos. Sin embargo, el matrimonio nunca fue anulado.

En España, al contrario que en Alemania, no hubo un movimiento homosexual a principios del siglo XX que se opusiese a las persecuciones o que buscase dignificarse. La Liga Española por la Reforma Sexual, creada tardíamente en 1932, fue, entre las europeas, la más conservadora socialmente y de las pocas que no incluyó en su programa la homosexualidad, que se mantuvo como un tabú hasta la Guerra Civil. Sin embargo, hubo voces aisladas, como la de José María Llanas Aguilaniedo, que en 1904 se declaraba a favor del matrimonio homosexual: las leyes de escándalo público habían provocado que los homosexuales se recogieran en clubes privados y casas particulares. Las noticias sobre esta subcultura han llegado a través de criminalistas y médicos, por lo que están imbuidas

del pensamiento de los intelectuales de la época, hostiles a la homosexualidad. Uno de los focos de la vida homosexual en la España de los años 1920 y 1930 fue la Residencia de Estudiantes, que hunde sus raíces en la Institución Libre de Enseñanza de Francisco Giner de los Ríos y el krausismo. Algunos de los residentes eran homosexuales conocidos, como fue el caso de Federico García Lorca. Lorca pertenecía al núcleo de homosexuales de la Generación del 27, a la que también pertenecían Luis Cernuda, Juan Gil-Albert, Emilio Prados, Vicente Aleixandre y Rafael de León. A este grupo de poetas habría que añadir al pintor Gregorio Prieto, mientras algunos historiadores incluyen también a Dalí.

También existía un círculo sáfico en Madrid, como lugar de encuentro y de tertulia. Allí se podían reunir mujeres como Carmen Conde, Victorina Durán, la periodista Irene Polo o Lucía Sánchez Saornil. La única que se atrevió a publicar versos homoeróticos fue Sánchez Saornil. En Barcelona hay que mencionar a Ana María Martínez Sagi y Carmen Tórtola Valencia.

Durante la dictadura de Franco se persiguió y castigó duramente a las personas LGTBI. En un primer momento se utilizó la figura del escándalo público, recogida en el artículo 431 del código penal, para condenar las prácticas homosexuales. En el año 1954 se modificó la ley de vagos y maleantes de 1933 para incluir, entre otros supuestos, a los homosexuales al entenderse que ofendían la moral pública e iban contra la moral y las buenas costumbres. Este internamiento no podía ser superior a tres años. Asimismo, se les prohibía residir en un determinado lugar o territorio, que solía coincidir con el de su residencia habitual, y a estar sometidos a la vigilancia de los Delegados. En 1970, la ley sobre peligrosidad y rehabilitación social pretendía curar la homosexualidad y la incluyó como conducta a sancionar. En virtud de esta ley muchos hombres homosexuales fueron detenidos y enviados a penitenciarías específicas: el penal de Huelva, donde eran reclusos los llamados homosexuales activos y el penal de Badajoz, donde se internaba a los homosexuales pasivos. En Fuerteventura se estableció la colonia agrícola penitenciaria de Tefía, un centro de internamiento para homosexuales, donde se les sometía a los trabajos más duros en penosas condiciones. En esas penitenciarías, se sometía a los internos a terapias de aversión con impulsos eléctricos. Las terapias consistían en mostrarles diversas fotos de hombres y de mujeres. Cuando las imágenes eran de mujeres, no ocurría nada, pero cuando eran de hombres se les aplicaba una descarga eléctrica. Además, durante el tiempo que estaban encerrados sufrían toda clase de vejaciones, incluyendo palizas y violaciones.

Las mujeres lesbianas no fueron incluidas dentro de la ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, ya que durante el régimen de Franco la sexualidad entre mujeres era

algo impensable, y por tanto no representaba un peligro para la sociedad como en el caso de los hombres gais. Así, las lesbianas eran consideradas inadaptadas sociales y quedaban bajo la tutela de sus familias para intentar enderezarlas. A veces eran enclaustradas en conventos y, en el peor de los casos, internadas en psiquiátricos, donde eran sometidas a terapias de electrochoque y padecían todo tipo de humillaciones y vejaciones.

En respuesta a la ley sobre peligrosidad y rehabilitación social aprobada por las Cortes franquistas, comenzó a gestarse el Movimiento Español de Liberación Homosexual (MELH) en Cataluña, fundado por Armand de Fluvià (Roger de Gaimon) y Francesc Francino (Mir Bellgai). El MELH estaba enfocado a sensibilizar a los mismos homosexuales sobre la discriminación social que padecían.

Tras la muerte de Franco, los activistas del MELH formaron el Front d'Alliberament Gai de Catalunya (FAGC), organización de carácter reivindicativo. Días después de las primeras elecciones democráticas, en junio de 1977, en las Ramblas de Barcelona y bajo el lema «Nosaltres no tenim por, nosaltres som» ('Nosotros no tenemos miedo, nosotros somos'), el FAGC movilizó la primera manifestación por los derechos del colectivo LGBTI, durante la cual se reclamó la libertad sexual y la abolición de la ley de peligrosidad social. Estamos ante un momento histórico para la sociedad española. La policía disolvió la manifestación de manera contundente.

En Madrid, en 1977, aparecieron tres plataformas a favor de los derechos de los homosexuales: el MDH (Movimiento Democrático de Homosexuales), el FHAR (Frente Homosexual de Acción Revolucionaria) y la Agrupación Mercurio. Las tres plataformas acabarían fusionándose en 1978 en el FLHOC (Frente de Liberación Homosexual de Castilla), organización en sintonía con el FAGC. El 26 de diciembre de 1978 se retiró la homosexualidad de la ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, que pasó a llamarse ley de escándalo público. Sobre la base de esta ley siguieron produciéndose redadas y detenciones de personas LGTBI.

El Código Penal de 1995 fue un hito importante en la defensa de los derechos de las personas LGTBI, al incluir la protección de la orientación sexual (se amplían las menciones: sexo, orientación sexual, enfermedad y minusvalía), regulada en los artículos 510, 511, 512 y 515. En la reforma de 2015, se añade la identidad sexual y se sustituye el término *minusvalía* por *discapacidad*.

La Ley 13/2005 de modificación del Código Civil permitió a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio, avanzando en el camino de la igualdad.

La aprobación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, supone un hito en la lucha por la igualdad real de las personas LGTBI y pretende ser un instrumento eficaz para alcanzarla.

### 3. Homofobia

El término *homofobia* fue acuñado por el psicólogo George Weinberg en la década de los sesenta, en su libro *La sociedad y el homosexual saludable*, publicado en 1972. Weigmer afirmaba: «Yo nunca consideraría a un paciente saludable a menos que hubiera superado su prejuicio en contra de la homosexualidad. Incluso si es heterosexual, su repugnancia hacia la homosexualidad es, ciertamente, dañina para él mismo». En su obra, Weinberg utilizó por primera vez este término para referirse a las personas heterosexuales cuya conducta denota una profunda aversión hacia la homosexualidad, rechazo que, según Weinberg, sitúa su origen en un intenso temor de estar en estrecho contacto con hombres y mujeres homosexuales, así como miedo irracional, odio e intolerancia hacia quienes tienen una orientación sexual distinta a la heterosexual.

#### Causas de la homofobia

- Muchas sociedades consideran que lo normal es la heterosexualidad.
- Se niega la homosexualidad.
- Se reduce la homosexualidad a la genitalidad.
- Se dejan de lado los aspectos de la homosexualidad que tienen que ver con los sentimientos, afectividad, forma de comportarse.
- Es una forma de control para que las estructuras que conforman el orden sexual sigan siendo firmes.
- Justificación filogenética: los homosexuales no son procreadores.
- Es percibida por algunas personas como peligrosa para el mantenimiento de los valores y las normas sociales, ya que las prácticas entre gays y lesbianas se perciben como sucias e inmorales.
- Se entiende como algo adquirido y, por tanto, contagioso o modificable.
- El comportamiento de las personas LGTBI desafía los roles sociales tradicionales. Se suele considerar que existe una orientación sexual y un género que son los correctos por naturaleza frente a otros que son formas desviadas.
- Con la aparición del SIDA, se unió a todo lo anterior una percepción equivocada de la homosexualidad masculina como factor de riesgo.

## 4. Transfobia

La transfobia es el rechazo que sufren las personas transexuales al transgredir el sistema de sexo-género socialmente establecido. Estas personas son especialmente vulnerables y sufren un alto grado de marginación y violencia.

Julia Serano, teórica y autora transfeminista, en su libro *Whipping Girl*, argumenta que las raíces de la transfobia están en el sexismo. La autora lo denomina *sexismo oposicional*, esto es, la creencia de que masculino y femenino son categorías rígidas que se excluyen mutuamente y que cada una posee atributos, aptitudes, habilidades y deseos únicos que nunca se solapan. Serano contrasta el sexismo oposicional con el sexismo tradicional, la creencia de que los hombres y la masculinidad son superiores a las mujeres y la feminidad. Argumenta que la transfobia se nutre de las inseguridades que tiene la gente sobre el género y las normas de género.

Jody Norton, autora y crítica transgénero, sostiene que la transfobia es una extensión de la homofobia y la misoginia. Norton argumenta que las personas transgéneros, como los gays y las lesbianas, son odiadas y temidas por desafiar y socavar los roles y el binarismo de género, y que la persona transgénero de hombre a mujer incita a la transfobia.

### Causas de la transfobia

- Se entiende que los roles de género deben ser respetados por ser lo natural.
- Hay resistencia a romper con la tradición, colectivos cuyos privilegios dependen de que los roles de género no sean trascendidos.
- El miedo a lo desconocido se transforma en discriminación y violencia. En algunos casos, la transfobia puede conllevar agresiones verbales y físicas hacia las personas trans.
- Al igual que ocurre con la homosexualidad, la transexualidad puede ser percibida como peligrosa por transgredir las normas socialmente aceptadas sobre el sexo y el género.

## **Tipos de homofobia y de transfobia**

### *Cognitiva*

Tiene que ver con las ideas y conceptos que se manejan sobre las minorías sexuales. La visión que existe de la homosexualidad, la bisexualidad o la transexualidad es, con cierta frecuencia, una visión negativa, y en muchas ocasiones errónea, confusa, manejada sobre la base de estereotipos y asociada a lo antinatural o amoral.

### *Afectiva*

Está relacionada con los sentimientos de rechazo que afloran en determinadas personas al tener que (o imaginarse que tienen que) relacionarse con personas de diferente orientación sexual o identidad de género. El rechazo puede ser al contacto físico, sentirse incómodo ante personas homosexuales o a las muestras de afecto en público entre personas del mismo sexo. Estas actitudes afectan especialmente a la visibilidad de las personas LGTBI.

### *Conductual*

Tiene relación con los comportamientos hacia personas homosexuales. A nivel individual, estos comportamientos se pueden manifestar en un amplio abanico de posibilidades, desde el grado más leve del chiste fácil sobre marikitas hasta el más grave de animadversión, expresado en la agresión física.

## 5. Prejuicios hacia las personas LGTBI

### *La homosexualidad no es natural*

Se ha comprobado científicamente que más de 1.500 especies realizan actividades homosexuales con diferentes fines de supervivencia, como delfines, leones, gusanos, patos, peces, osos, pingüinos, monos, etc. La homosexualidad ha existido siempre en el reino animal. Además, se van descubriendo nuevos comportamientos entre las especies y existen estudios sobre estos desde hace muchos años.

### *La homosexualidad es una enfermedad y se puede curar*

El 17 de mayo de 1990 la Organización Mundial de la Salud (OMS) excluyó la homosexualidad de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud. Este avance fue el fruto de una larga lucha de los colectivos por los derechos de las personas homosexuales, que ya en 1973 habían logrado que la Asociación Norteamericana de Psiquiatría retirase la homosexualidad como trastorno de la sección «Desviaciones sexuales» de la segunda edición del *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (DSM-II).

### *Las personas homosexuales no pueden tener relaciones estables*

Los que no creen en la homosexualidad piensan que estas parejas no durarían juntas el mismo tiempo que una pareja formada por un hombre y una mujer. John Gottman, un psicólogo de la Universidad de Washington, realizó un estudio para desmentir este mito. Se realizó una entrevista a 42 parejas, a las cuales se estudió previamente durante 12 años (21 parejas de gays y 21 parejas de lesbianas). Solo el 20 % rompieron durante ese lapso. Así se pudo comprobar que esta famosa frase es solo un estereotipo más sobre los homosexuales.

*En las parejas del mismo sexo una de las personas hace de hombre y otra de mujer*

En una relación de pareja entre dos hombres o dos mujeres hay dos hombres y dos mujeres. Las relaciones entre personas del mismo sexo no son imitaciones de las parejas heterosexuales.

*Todos los homosexuales son afeminados y las lesbianas, masculinas*

La expresión de género de una persona, esto es, sus actitudes y comportamientos, pueden coincidir con su orientación sexual o no. Esto significa que un hombre con comportamientos que, socialmente, se asocian a la masculinidad, puede ser heterosexual o gay, y que un hombre con comportamientos que socialmente se asocian a la feminidad puede ser heterosexual o gay. Igualmente, el hecho de que una mujer tenga comportamientos que se asocien a lo femenino no significa que sea heterosexual. De la misma forma, una mujer que tenga comportamientos vinculados a la masculinidad puede ser heterosexual o lesbiana.

*Las lesbianas no tienen una sexualidad completa*

El principal falso mito en la sexualidad femenina es que la relación sexual entre dos mujeres es incompleta, ya que no se produce el coito (sin tener en cuenta los accesorios con los que sí puede darse la penetración). Un informe publicado en *Archives of Sexual Behaviour* realizado por las universidades de Indiana, Chapman y Claremont Graduate, en Estados Unidos, reveló que si bien los diferentes comportamientos de las parejas pueden tener una influencia fundamental en la frecuencia de los orgasmos, la heterosexualidad no es factor determinante para garantizar este hecho.

*Las lesbianas se sienten atraídas por todas las mujeres y los gais se sienten atraídos por todos los hombres*

Al igual que las personas heterosexuales, las mujeres lesbianas y los hombres gais tienen sus preferencias y sienten atracción por las personas que sean de su agrado, no por todas las personas de su mismo sexo.

### *Las personas bisexuales son unas viciosas*

La bisexualidad es una orientación sexual tan válida como las demás. Las personas bisexuales pueden sentirse atraídas por personas de ambos sexos sin que esto sea sinónimo de vicio, promiscuidad o necesidad de tener relaciones, como también se dice, inexactamente.

### *La homosexualidad, la bisexualidad y la transexualidad son modas actuales*

Existe documentación que acredita la existencia de personas con comportamientos asimilables a la homosexualidad, la bisexualidad y la transexualidad en diferentes momentos históricos.

### *La relación con personas LGTBI o el acceso a información sobre diversidad sexual y de género pone en peligro el bienestar de los niños y niñas*

Conocer y pasar tiempo con personas LGTBI y acceder a información sobre diversidad sexual y de género no influye en la orientación ni la identidad sexual de niños y niñas ni perjudica su bienestar.

### *Cambio de sexo*

Habitual e incorrectamente, se dice que las personas transexuales realizan un cambio de sexo cuando en realidad no es así. Son del sexo que sienten, no del que se le atribuye cuando nacen. Por lo tanto, lo único que hacen es adaptar su cuerpo mediante hormonas y cirugías para que se asemeje a su sexo sentido. El término correcto sería *reasignación de sexo*. Hay que puntualizar que no todas las personas trans necesitan someterse a procesos de hormonación ni a cirugías de reasignación porque se sienten bien con su cuerpo a pesar de que este no se corresponda con el sexo que sienten. Así, hay mujeres trans con pene y hombres trans con vagina.

### *La transexualidad es lo mismo que travestirse*

Son dos conceptos que normalmente se confunden. Las personas que se travisten pueden

hacerlo por diversos motivos, como por diversión, porque su profesión lo requiere. Estas personas no requieren ni necesitan ningún cambio físico, social o jurídico, sin embargo, las personas transexuales sí.

### *La transexualidad es una elección/opción/capricho*

Las personas trans sienten que su sexo sentido no se corresponde con su cuerpo. Esto hace que, en ocasiones, tengan que realizar cambios físicos y jurídicos para que se las trate conforme al sexo con el que se identifican. Los procesos de transición no son fáciles ni social ni jurídicamente y, a veces, resultan muy dolorosos por la incomprensión del entorno que rodea a las personas trans. Por tanto, considerar la transexualidad como una elección, capricho u opción es un pensamiento que dista mucho de ser cierto.

### *Todas las personas trans son heterosexuales*

Este error procede de la confusión entre orientación sexual (por quién se siente atraída afectiva y sexualmente una persona) e identidad (quién es una persona). En cuanto a las orientaciones, una persona puede ser heterosexual (hombres y mujeres que se sienten atraídos por personas del otro sexo), homosexual (hombres gais y mujeres lesbianas que se sienten atraídos por personas de su mismo sexo), bisexual (hombres y mujeres que se sienten atraídos por personas de su mismo sexo y del sexo contrario). Con respecto a la identidad sexual (quién es la persona), una persona puede ser cissexual (si su identidad coincide con el sexo asignado al nacer) o trans (si su identidad no coincide con el sexo asignado al nacer). Por tanto, una persona trans puede ser heterosexual, homosexual o bisexual.

### *Las personas trans trabajan en el mundo del espectáculo*

La transexualidad no influye en la profesión. Es cierto que durante una determinada época las personas transexuales tuvieron que refugiarse en el mundo del espectáculo para poder sobrevivir, pero eso no ocurre en la actualidad. Hay personas trans con diferentes oficios, tantos como personas trans hay.

*Se asocia la transexualidad con la prostitución*

Esto es debido a que las personas transexuales, en concreto las mujeres, han tenido un difícil acceso al mercado laboral. Ante esta barrera, algunas de ellas han tenido que recurrir al trabajo sexual. También han tenido que recurrir a ello para poder costear las operaciones cuando aún no las cubría la Seguridad Social.

## 6. Discriminación

Es el trato diferenciado, excluyente o restrictivo basado en la orientación sexual, la identidad o expresión de género de las personas, ya sea real o percibida, que tenga como objetivo o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y libertades fundamentales de las personas en la esfera política, económica, social y cultural.

### Clases

*Discriminación directa:* Hay discriminación directa cuando una persona haya sido, sea o pueda ser tratada de modo menos favorable que otra en situación análoga o comparable, entre otros, por motivos de diversidad sexogenérica o pertenencia a grupo familiar LGTBI. Por ejemplo: negar la entrada a un local a una persona por ser transexual.

*Discriminación indirecta:* Hay discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a una persona, entre otros, por motivos de diversidad sexogenérica o pertenencia a grupo familiar LGTBI. Por ejemplo: cuando para acceder al disfrute de una prestación se exige el requisito del matrimonio en un país donde las personas del mismo sexo no se pueden casar.

*Discriminación múltiple:* Hay discriminación múltiple cuando, además de discriminación por motivo de orientación y/o identidad sexual o pertenencia a grupo familiar LGTBI, una persona sufre conjuntamente discriminación por otro motivo recogido en la legislación europea, nacional o autonómica. A la discriminación por ser una persona LGTBI se puede sumar la pertenencia a colectivos específicos vinculados a la diversidad étnica, religiosa o funcional; la población gitana, o diferentes situaciones de documentación administrativa de personas migrantes y discriminación de género. Por ejemplo: una mujer lesbiana de origen marroquí puede sufrir discriminación en el trabajo por su orientación sexual y por su nacionalidad.

*Discriminación por asociación:* hay discriminación por asociación cuando una persona es objeto de discriminación como consecuencia de su relación con otra persona, un grupo o familia LGTBI. La sentencia del TEDH de 28 de marzo de 2017 en el caso Škorjanec contra Croacia estableció que ciertas víctimas de delitos de odio son elegidas no por presentar unas características concretas, sino en razón de su vinculación con un tercero que sí la

posee efectiva o presumiblemente. Por ejemplo: cuando un periodista es discriminado por dedicarse a cubrir noticias relacionadas con las personas LGTBI.

*Discriminación por error:* Situación en la que una persona o un grupo de personas son objeto de discriminación por orientación o identidad sexual como consecuencia de una apreciación errónea. Por ejemplo: cuando un hombre heterosexual es discriminado por ser confundido con un hombre homosexual.

*Acoso discriminatorio:* Cualquier comportamiento o conducta que, por razones de orientación, identidad sexual o pertenencia a grupo familiar LGTBI, se realice con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, ofensivo o segregado. Por ejemplo: en un centro de trabajo una persona o grupo de personas insulta a otra de forma habitual a causa de su orientación sexual o de su identidad de género.

*Represalia discriminatoria:* Trato adverso o efecto negativo que se produce contra una persona LGTBI como consecuencia de la presentación de una queja, una reclamación, una denuncia, una demanda o un recurso de cualquier tipo, destinado a evitar, disminuir o denunciar la discriminación o el acoso al que está siendo o ha sido sometida. Por ejemplo: una persona denuncia una agresión transfoba y días después personas del entorno del autor de la agresión le destrozan el establecimiento como venganza.

## 7. Legislación

A continuación, haremos un repaso de las legislaciones que protegen a las personas LGTBI de la discriminación en el ámbito laboral:

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, en el **artículo 23**, señala el derecho al trabajo y a la seguridad social en pie de igualdad y sin que quepa ningún tipo de discriminación.

El **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, reconoce a **toda persona**, en sus **artículos 7, 8 y 9**, el derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, un salario equitativo y de igual valor, sin distinciones de ninguna especie, el derecho a sindicarse libremente y el derecho a la seguridad social.

### Principios de Yogyakarta

Son relativos a la orientación sexual e identidad de género, con la finalidad de orientar la interpretación y aplicación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, estableciendo unos estándares básicos, para evitar los abusos y dar protección a las personas LGTBI. En el ámbito laboral, establecen:

Toda persona tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

[...]

Todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

### La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El **artículo 1** reconoce que «la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida».

El **artículo 3** reconoce el «derecho a la integridad de la persona».

En el **artículo 21** se prohíbe la discriminación:

Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad.

La **Directiva 2000/78/EC**, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación hace una referencia expresa a la no discriminación por razón de la orientación sexual.

## **Constitución española**

La Constitución española establece en su artículo 1 la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico. El artículo 9 insta a los poderes públicos a remover los obstáculos que impiden la igualdad. Por su parte, el artículo 10 establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social, y el artículo 14 proscribela discriminación por cualquier circunstancia personal o social, lo que incluye la orientación sexual y la identidad de género.

## **Código Penal**

El Código Penal establece en su artículo 22.4 la orientación sexual y la identidad de género como circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal. El artículo 314 de este texto legal penaliza la discriminación en el empleo, el artículo 510 proscribela incitación al odio, la hostilidad y la violencia contra las personas LGTBI. El artículo 511 castiga la discriminación en servicios públicos y el 512, la discriminación en actividades empresariales y profesionales por orientación sexual o identidad de género.

Asimismo, el artículo 13 bis establece que las empresas son responsables penalmente cuando los delitos que sus representantes legales y administradores, de hecho o de

derecho, se cometan en su nombre o por su cuenta, y que resulten en beneficio directo o indirecto para la entidad. Por otro lado, también lo son de los delitos cometidos por los trabajadores en el desempeño de sus actividades para la entidad y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la empresa, sin que se hayan establecido por parte de la entidad los medios de control debidos sobre ellos.

## **Estatuto de los Trabajadores**

En su artículo 4.1c prevé como derechos laborales básicos de los trabajadores el derecho «a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua dentro del Estado español».

Por su parte, el artículo 4e otorga una protección «de la intimidad y consideración debida a la dignidad del trabajador» frente al acoso, entre los que enumera «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» y también «el acoso sexual y el acoso por razón de sexo»

El artículo 12.2c establece que, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho «A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español».

En el artículo 12.2e se establece que también tienen derecho «Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo».

El artículo 17 dispone que 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 orientación e identidad sexual, expresión de género y características sexuales.

## **Ley de Procedimiento Laboral**

En su artículo 96 instituye la inversión de la carga de la prueba: «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

## **Ley del Estatuto Básico del Empleado Público**

Reconoce en el artículo 95 como falta muy grave expresamente el acoso moral por orientación sexual.

## **Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social**

Esta ley, en su artículo 8.12, considera una infracción muy grave las decisiones unilaterales de la empresa que conlleven discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. Asimismo se considera infracción muy grave la solicitud de datos personales en procesos de selección o el establecimiento de condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio: discriminaciones de acceso al empleo por motivos de orientación sexual (art. 16.1c) y el acoso por razón de orientación sexual (dentro del ámbito de las facultades empresariales, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo y que sabiéndolo no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo) (art. 8.13 bis).

## **Ley para la igualdad de trato y no discriminación**

Establece en el artículo 9 el derecho a la no discriminación en el empleo por cuenta ajena.

En el artículo 10 hace referencia a la negociación colectiva y prescribe que mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley. Como parte de las medidas que, en su caso, pudieran acordarse en el marco de la negociación colectiva, podrán establecerse

conjuntamente por las empresas y la representación legal de los trabajadores, objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica. Asimismo, en los artículos 46 y siguientes menciona las infracciones y sanciones ante la discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. Asimismo, también dispone que: «Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, la negociación colectiva no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo, por las causas previstas en esta ley».

### **Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI**

La ley en su artículo 14 establece los siguientes objetivos en materia laboral respecto a las personas LGTBI:

- A)** Promover y garantizar la igualdad de trato y de oportunidades y prevenir, corregir y eliminar toda forma de discriminación por razón de las causas previstas en esta ley en materia de acceso al empleo, afiliación y participación en organizaciones sindicales y empresariales, condiciones de trabajo, promoción profesional, acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, y de incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta.
- B)** Promover en el ámbito de la formación profesional para personas trabajadoras el respeto a los derechos de igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación de las personas LGTBI.
- C)** Apoyar la realización de campañas divulgativas sobre la igualdad de trato y de oportunidades y la no discriminación de las personas LGTBI por parte de los agentes sociales.
- D)** Fomentar la implantación progresiva de indicadores de igualdad que tengan en cuenta la realidad de las personas LGTBI en el sector público y el sector privado, así como la creación de un distintivo que permita reconocer a las empresas que

destaquen por la aplicación de políticas de igualdad y no discriminación de las personas LGTBI.

- E)** Impulsar, a través de los agentes sociales, así como mediante la negociación colectiva, la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de promoción de la diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales y de la diversidad familiar y de prevención, eliminación y corrección de toda forma de discriminación de las personas LGTBI, así como de procedimientos para dar cauce a las denuncias.
- F)** Velar por el cumplimiento efectivo de los derechos a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales de las personas trabajadoras LGTBI, en el ámbito laboral, a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otros órganos competentes. Para ello, se fomentará la formación especializada para el personal de inspección.
- G)** Promocionar medidas para la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en las convocatorias de subvenciones de fomento del empleo.
- H)** Impulsar la elaboración de códigos éticos y protocolos en las administraciones públicas y en las empresas que contemplen medidas de protección frente a toda discriminación por razón de las causas previstas en esta ley.

El artículo 15 refiere que las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de garantizar la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI.

Por su parte, el artículo 15 bis obliga a las empresas con más de 50 personas trabajadoras a contar, en el plazo de 12 meses a partir de la entrada en vigor de la ley, con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia. Para ello, las medidas serán pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras. El contenido y alcance de esas medidas se desarrollará reglamentariamente, y a través del Consejo de Participación de las Personas LGTBI se recopilarán y difundirán las buenas prácticas realizadas por las empresas en materia de inclusión de colectivos LGBTI y de promoción y garantía de igualdad y no discriminación por razón de las causas contenidas en esta ley.

## 8. Jurisprudencia

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia Norris c. Irlanda, de 26 de octubre de 1988

El actor alega haber sufrido tratos discriminatorios por su condición de homosexual a lo largo de su vida, reforzados desde su aparición en televisión en julio de 1975, habiendo sufrido insultos y amenazas. El Tribunal consideró que no se podían penalizar las relaciones homosexuales consentidas entre adultos por el rechazo social.

### Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia TJUE de 23 de abril de 2020

Asunto C-507/18

Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI c. Rete Lenford

El concepto de condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional en el sentido del artículo 3.1a de la Directiva 2000/78 (Directiva antidiscriminación) comprende las declaraciones emitidas en televisión según las cuales una persona afirmaba que nunca contrataría en su empresa ni recurriría a los servicios de homosexuales, incluso cuando no estuviera en marcha ni se hubiera programado ningún proceso de selección de personal, siempre que no sea hipotético el vínculo entre dichas declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional dentro de esa empresa.

El TJUE ha sugerido la existencia de una política de contratación homófoba, aunque proceda de alguien que no tenga la capacidad jurídica para contratar personal, cuando existe un vínculo no hipotético entre esas declaraciones y la política de contratación de personal del empresario. Tal vínculo debe ser analizado por el juez *a quo* en el contexto en el que se lanzan las declaraciones, teniendo en cuenta su carácter público o privado, la posición del autor y en calidad de qué se expresa, acreditando que tiene o que puede ser percibido como que tiene una influencia determinante en la política de contratación del empresario.

El TJUE ha continuado señalando que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que sus limitaciones deben estar recogidas por la ley y respetar el principio de proporcionalidad, lo que implica verificar la necesidad de las declaraciones y si responden a objetivos de interés general o a la necesidad de los derechos y libertades de los demás. Ha indicado el TJUE que en este asunto concreto concurren tales condiciones, ya que las limitaciones están positivizadas en la Directiva antidiscriminación y tienen como fin garantizar los derechos en materia de empleo y ocupación.

Por tanto, no se pueden excluir las declaraciones realizadas del concepto de «condiciones de acceso al empleo [...] y al servicio profesional» por haberse vertido en un medio audiovisual o por constituir la expresión de una opinión personal de su autor, pues de ser así la esencia de la protección en materia de empleo y de ocupación concedida por esa Directiva podría resultar ilusoria...

En relación con la legitimación activa de la asociación el TJUE indica que la Directiva no se opone (aunque tampoco obliga) a la posibilidad de que la ostente una asociación cuyo objeto social es la defensa de personas que tienen una orientación sexual alternativa, independientemente de su ánimo de lucro, cuando se producen hechos que pueden ser constitutivos de discriminación, en el sentido de la Directiva, contra ese colectivo de personas y no haya una persona perjudicada identificable. Es el Estado miembro el que tiene que decidir en qué circunstancias puede una asociación iniciar un procedimiento judicial y a qué pretensiones tiene derecho, siempre que sean proporcionadas y disuasorias a efectos de la Directiva antidiscriminación, incluso cuando no haya una persona perjudicada identificable.

## **Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional viene señalando de forma reiterada que entre las prohibiciones de discriminación proscritas por el artículo 14 de la CE «ha de entenderse comprendida la discriminación por causa de la orientación sexual, pues si bien es cierto que esta causa no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación (por todas, STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3)». SSTC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 6.

El Tribunal Constitucional, en su STC 176/2008, de 22 de diciembre (FJ 4), afirma que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 de la CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 de la CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por el otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 de la CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14. En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas transexuales.

La sentencia STC 3/03/2016 confirma la nulidad del despido de un trabajador de Aerolíneas Argentinas por ser gay.

El TC recuerda que «los tratos desfavorables por razón de orientación sexual, incluidos los que se produzcan en el trabajo, constituyen una discriminación prohibida por la CE y el derecho internacional y comunitario europeo».

## **Tribunal Superior de Justicia**

Sentencia TSJ Galicia 2008

Confirma la nulidad del despido de la periodista de la cadena COPE Isabel Quintairos por casarse con una mujer. Se declaró nulo por violar los derechos fundamentales.

## 9. La realidad de las personas LGTBI en el ámbito laboral

Este año se ha publicado la segunda edición del informe Hacia centros de trabajo inclusivos. Discriminación de las personas trans y LGTBI en el ámbito laboral en España en 2023. Retos y soluciones, elaborado por UGT.

Según las conclusiones de este estudio, realizado con 2.480 respuestas válidas, las violencias contra las personas trans y LGTBI en los centros de trabajo están muy extendidas y son normalizadas tanto por las personas trans y LGTBI (que las sufren) como por las personas cisheterosexuales, que son testigos y, en bastantes casos, agresores.

Las personas trans reciben en un 55 % el rechazo directo e indirecto en los procesos de selección (entrevistas de trabajo) por su identidad de género. Ante esta situación, desgraciadamente frecuente y difícilmente demostrable, la persona prefiere cambiar de objetivos laborales y buscar otro empleo o barajar otras opciones en la economía no formal (un 13 % hombres trans y un 26 % mujeres trans). La totalidad de las personas trans encuestadas (100 %) reconocen que no acudirían a la prostitución de tener una alternativa laboral.

Las personas LGTBI ocultan su orientación en el empleo para evitar situaciones de violencia o verse perjudicadas en su desempeño profesional, carrera o promoción. En ese sentido, está extendida la percepción de que ser LGTBI es un inconveniente y penaliza en la carrera profesional.

El 50 % considera que ser LGTBI es un inconveniente a la hora de promocionar, debido a la imagen estereotipada y los prejuicios que existen sobre las personas LGTBI. Un 40 % de las personas de este colectivo vuelven al armario en el trabajo a pesar de que hayan salido en su ámbito familiar y social. Esto lleva a pensar que las personas LGTBI ven el lugar de trabajo como un lugar hostil, en el que no hay que hacerse visible para no sufrir represalias o violencias y odio.

La ocultación de las personas LGTBI en sus lugares de trabajo da lugar a renunciar al disfrute de derechos, por ejemplo, los permisos relacionados con el ámbito familiar tales como el matrimonio, acompañamiento a cónyuge a consultas médicas, y una disociación de

la vida personal y de la vida laboral que genera estrés y una carga de ansiedad que puede afectar a su salud. Un 20 % reconoce que la disociación entre la vida privada y la laboral le produce ansiedad y un 11 % reconoce que esto le produce, a su vez, dolores musculares por la tensión acumulada. Esta situación de incomodidad con el ambiente laboral produce autoexclusión social en el ámbito del trabajo, pérdida de talento, rendimiento laboral y malestar en el empleo.

En el ámbito extralaboral, la mitad de las personas LGTBI (50 %) han recibido algún tipo de violencia verbal en los últimos años, siendo los chistes ofensivos (78 %) el tipo más extendido, pero también existen otras formas de violencia, como los insultos y las descalificaciones.

En el ámbito laboral, 3 de cada 10 personas LGTBI manifiestan haber sufrido agresiones verbales, un 78 % referidas a chistes y rumores sobre la orientación sexual, y un 52 % insultos. El 84 % reconoce haber presenciado alguna vez chistes y rumores sobre la orientación sexual y la identidad de género de personas LGTBI en su trabajo. Todas ellas formas de una violencia muy extendida que está normalizada en el empleo.

Respecto a las personas trans, el 20 % confiesa haber sufrido agresiones de carácter sexual, las más frecuentes insinuaciones y tocamientos, así como invasión del espacio vital. Son también frecuentes las preguntas invasivas sobre la identidad de género, la genialidad de la persona o sus procesos de hormonación o quirúrgicos si los hubiera.

Respecto a cómo el debate sobre la ley trans y LGTBI ha afectado la percepción de la sociedad respecto a las personas trans, el 75 % de las personas encuestadas reconocen que ha tenido un impacto negativo, lo que es un claro retroceso en la imagen del colectivo y de las personas que forman parte de él.

## **10. Recomendaciones contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el ámbito laboral**

Principios de Yogyakarta, artículos 12 y 13:

Los Estados:

- A)** Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de eliminar y prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el empleo público y privado, incluso en lo concerniente a capacitación profesional, contratación, promoción, despido, condiciones de trabajo y remuneración;
  
- B)** Eliminarán toda discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género a fin de garantizar iguales oportunidades de empleo y superación en todas las áreas del servicio público, incluidos todos los niveles del servicio gubernamental y el empleo en funciones públicas, incluyendo el servicio en la policía y las fuerzas armadas, y proveerán programas apropiados de capacitación y sensibilización a fin de contrarrestar las actitudes discriminatorias.

# **Interseccionalidades, en especial el sexo con otros motivos de discriminación**

**EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO**

Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III

## **Sumario**

1. Introducción: El concepto (o 1 + 1 no son 2)
2. La utilización (o más bien la falta de utilización) de la discriminación interseccional en la jurisprudencia
3. La discriminación de la mujer y su interacción con otros elementos de discriminación en el ámbito del derecho social

# 1. Introducción: El concepto (o 1 + 1 no son 2)

El análisis de la interseccionalidad debe iniciarse por su conceptualización, cuya delimitación con otros términos, como discriminación múltiple o acumulativa, ha dividido a la doctrina.

El origen del uso de este término se encuentra en la relación entre discriminación por sexo y discriminación por raza. Se parte de la idea de que en la discriminación por sexo siempre se analiza al grupo de mujeres identificadas como blancas, y cuando se pone el acento en la discriminación por razón de raza, en la que sufren las personas afroamericanas. Desde esta premisa, se concluye que, si se combinan ambos elementos, mujeres y persona afroamericana, existe la posibilidad de que, además de ser discriminadas en comparación con los hombres en general, obviamente respecto a los de raza blanca, también lo sean en comparación con los hombres afroamericanos, pero asimismo respecto a las mujeres blancas.<sup>1</sup>

Desde ese primer acercamiento, en diversas ocasiones distintos instrumentos internacionales se han referido a este concepto de alguna manera. Por ejemplo, en 1995, en la 4.ª Conferencia Mundial sobre Mujeres en Beijing, se declaró que las barreras múltiples han impedido a las mujeres avanzar en la igualdad. Unos años más tarde, en 2001, y en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas, que da lugar a la Declaración de Durban contra el racismo, se interrelacionan dos factores como multiplicadores de la discriminación como son el sexo y la etnia. En 2017, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló la existencia de deficiencias en el tratamiento político de las «formas interseccionales de discriminación y violencia que afectan a mujeres y niñas» y, en particular, en lo referente a la intersección del sexismo, la xenofobia y el racismo.<sup>2</sup>

Ya en el ámbito europeo, hay otros instrumentos que analizan la discriminación desde esta

---

<sup>1</sup> CRENSHAW, K. (1989). *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*.

<sup>2</sup> ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe 2017, p. 15.

perspectiva. En este contexto, se quiere mencionar al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que también ha enfatizado que «la interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados Partes» (Recomendación general núm. 28); añadiendo que la discriminación contra la mujer «está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género».

En España, y en el particular ámbito del mercado laboral, la utilización del término se inicia en el estudio del caso de las mujeres extranjeras, quienes tienen más posibilidades de sufrir discriminación que los hombres en general cuando tratan de acceder a un puesto de trabajo, pero también incluso en comparación con los propios hombres extranjeros.<sup>3</sup>

Obviamente si, en general, las mujeres tienen más posibilidades de sufrir discriminación tanto en el acceso a un puesto de trabajo como en el desarrollo de las relaciones laborales, cuando esta condición se combina con otras circunstancias personales como la edad, raza, orientación sexual, religión o discapacidad, su posición de vulnerabilidad se amplía. En definitiva, si una mujer es susceptible de ser incluida en un colectivo vulnerable, más allá de su situación por razón de sexo, su posición desventajosa de partida se extiende aún más.

En este ámbito hay que destacar a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, la cual incluye una definición de la discriminación múltiple, pero también otra de discriminación intersectorial como una figura diferente.

Existe algún antecedente de este tratamiento en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En su exposición de motivos se menciona la necesidad de considerar de forma especial a los supuestos de doble discriminación, y en su articulado reclama medidas de acción positiva de acuerdo con la peculiar situación de las mujeres incluidas en colectivos de especial vulnerabilidad, como las que pertenecen a minorías, las migrantes, las niñas, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, añadiendo que se tienen que adecuar las estadísticas y los estudios con el fin de detectar la discriminación múltiple. No obstante, no se contempla la interseccionalidad entre las causas de discriminación, más allá de la múltiple.

En esta línea, la exposición de motivos de la Ley 15/2022 recoge que el Parlamento Europeo ha señalado la necesidad de intensificar la lucha contra todo tipo de discriminación, odio e intolerancia y en su resolución sobre la situación de los derechos humanos

---

<sup>3</sup> MESTRE, R. (1999). *Por qué las inmigrantes no trabajan. Breve crítica feminista al derecho de extranjería*.

en la Unión Europea exhorta a la Unión y a sus Estados miembros a que incluyan la discriminación múltiple en sus políticas en materia de igualdad. Este texto continúa poniendo en evidencia que esta misma agencia, en su informe sobre los derechos fundamentales de 2019, ha señalado diversos aspectos clave sobre los cuales los Estados miembros deben continuar intensificando sus esfuerzos con vistas a combatir cualquier forma de discriminación como, por ejemplo, la aprobación de legislaciones que afronten de manera efectiva la discriminación interseccional.

Y después de esta declaración más teórica, añade que «es preciso destacar en este Título la definición y regulación de la discriminación múltiple e interseccional y de las medidas

de acción positiva adecuadas a este tipo específico de discriminación por su trascendencia para el desarrollo de las políticas de igualdad dirigidas a las mujeres, especialmente vulnerables a este tipo de discriminación cuando al motivo de discriminación por razón de sexo se le añade cualquier otro motivo previsto en la ley».

Pero es el artículo 6.3 de la norma mencionada el que aproxima una definición de discriminación múltiple e interseccional, diferenciando ambos conceptos, que en muchas ocasiones se han utilizado como sinónimos por la doctrina.<sup>4</sup> Así, recoge que se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley, y que se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación.<sup>5</sup>

Desde estas definiciones parece que sendos términos no son equivalentes, aunque luego se establecen reglas comunes de tratamiento. Así, continua el precepto descrito, en ambos tipos de discriminación la motivación de su existencia debe darse en relación con cada uno de los motivos, y las medidas de acción positiva que provoquen deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas. No obstante, si en la discriminación interseccional se quiere conseguir un efecto distinto a la suma de factores discriminatorios, lo adecuado sería,

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, en REY MARTÍNEZ, F. (2008). «La discriminación múltiple, una realidad antigua un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, p. 264, y CARRASQUERO CEPEDA, M. (2020). «La discriminación múltiple en Europa», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 75, p. 49.

<sup>5</sup> MAKKONEN, T. (2002). *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Universidad Åbo Akademi, p. 10 y ss.

para este caso, el análisis de los motivos de discriminación de forma conjunta con el fin de calcular la extensión de la nueva figura, provocada por la convergencia de las diversas causas.

Asimismo, en el artículo 4 de la misma ley se utilizan de forma sinónima ambos términos: «En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho [...] la discriminación múltiple o interseccional»; pero, también en el artículo 34 sobre la Estrategia estatal para la igualdad de trato y no discriminación cuando se incorporará de forma prioritaria «a las discriminaciones interseccionales o múltiples que por su propia naturaleza suponen un ataque más grave al derecho a la igualdad de trato y no discriminación». En ambos casos, se utiliza la conjunción o. Mientras que en el artículo 16 se contrapone cuando se señala que «los planes y programas sobre servicios sociales [...] incluirán programas de formación profesional que promuevan un enfoque de diversidad e igualdad de trato, que ayude a identificar situaciones de discriminación múltiple e interseccional».

En este último supuesto, parece que de nuevo se opta por la separación de los términos, cuando se emplea la conjunción e.

Con independencia de estas utilizaciones un poco confusas de los términos discriminación múltiple y discriminación interseccional, desde el artículo 6.3 parece superarse la idea de que la discriminación múltiple es una denominación genérica, que incluye la discriminación interseccional y la acumulativa. Entendiendo por esta última la existencia de dos o más causas de discriminación de forma simultánea sobre una persona, sin que interactúen entre sí. Esto es, discriminación múltiple y acumulativa sí que serían sinónimos. Más bien la segunda una categoría de la primera junto a la sucesiva (la discriminación por varias causas no simultáneas, sino que se suceden en el tiempo). Así, esta última noción sería aplicable a la discriminación múltiple en general, como una categoría independiente de la discriminación interseccional.

Así, cuando la discriminación se basa en la convergencia de dos o más factores se está ante la denominada *múltiple*, en la que hay que tener en cuenta que la acumulación de dichos elementos provoca un resultado concreto debido a su relación.<sup>6</sup> Pero, el análisis de la discriminación interseccional va más allá de la múltiple, como ya se ha mencionado, donde

---

<sup>6</sup> Justamente lo importante en este contexto es la interacción entre las causas de discriminación y los perjuicios que causan. *Vid.* LOUSADA AROCHENA, J. F. (2017). «Discriminación múltiple: El estado de la cuestión y algunas reflexiones», *Aequalitas*, núm. 41, p. 32.

no se hace el análisis por separado de cada uno de los factores de discriminación como elementos sumatorios, sino que se examinan sus consecuencias de forma conjunta.

En definitiva, se trata de una discriminación específica, en la que concurren diferentes tipos, pero no se trata de una simple suma de situaciones, sino de valorar cómo la concurrencia de elementos discriminatorios crea una situación particular que sitúa a la persona en un contexto distinto con una serie de riesgos mayores de sufrir dichas discriminaciones. Es una situación de desventaja social derivada de la concurrencia en una misma persona o grupo social de más de un factor y que al interactuar los unos con los otros dan lugar a una nueva figura de discriminación.

## 2. La utilización (o más bien la falta de utilización) de la discriminación interseccional en la jurisprudencia

En otro orden de cosas, en el ámbito jurisprudencial no se ha utilizado en exceso el concepto de discriminación interseccional, es más, no se ha planteado directamente la interacción de otras causas de discriminación a la mujer que lleven a ampliar su situación de vulnerabilidad. Se pueden encontrar algunos ejemplos, que llevan a la apreciación de un tipo de discriminación más grave por la interacción de varias causas de discriminación y que, por tanto, llevan a reconocer a la víctima una mayor indemnización, pero sin valorar en conjunto las consecuencias.

Un ejemplo se encuentra en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de julio de 2012 (asunto B. S. c. España), que de forma soslayada hace mención a la discriminación interseccional, sin entrar en su análisis.<sup>7</sup> En este caso una mujer de origen nigeriano que ejercía la prostitución fue agredida física y verbalmente en un control de identidad llevado a cabo por la policía española, que le propinó insultos racistas. Como otras mujeres que ejercían la misma actividad no sufrieron el mismo tratamiento, se alega que su condición de mujer, negra y prostituta la convirtió en especialmente vulnerable a los ataques discriminatorios. Se declara que los tribunales españoles «no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante», inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución.

La otra sentencia del TEDH que maneja el concepto aquí analizado es de 26 de julio de 2017 (asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal), donde una mujer de nacionalidad portuguesa, nacida en 1945, es sometida en 1995 a una operación quirúrgica que, por un error médico, le provoca desde entonces dolor intenso, pérdida de sensación en la vagina, incontinencia, dificultad para caminar y sentarse y para tener relaciones sexuales. Los tribunales de su país de origen habían reducido su derecho a la indemnización debido a que entiende que no es preciso contratar a una empleada de hogar para las tareas domésticas porque debido a la edad de sus dos hijos, «solo debe cuidar de su esposo», y, por otra, como tiene ya 50 años y dos hijos, «tiene una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años de juventud; su significación disminuye con la edad». Se

---

<sup>7</sup> ABRIL STOFFELZ, R. (2013). «El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 44.

entiende que ha existido una discriminación por razón de edad y por género (en cuanto a que se asume la idea tradicional de que la sexualidad femenina está esencialmente vinculada al propósito de tener hijos).<sup>8</sup> Sin embargo, en sendos asuntos el mismo tribunal de Portugal reconoció a dos hombres también víctimas de mala praxis médica una compensación mayor, puesto que se tomó muy en cuenta la afectación a sus vidas sexuales en sus autoestimas. Aunque la sentencia analiza la confluencia de las dos discriminaciones, sin embargo, no lleva a analizar el caso desde la idea de la discriminación interseccional.

En el ámbito nacional, basada en las dos anteriores sentencias, sobre las que ya indica que se basan en la discriminación múltiple, pero sin mencionar este concepto, hay que destacar la STC 3/2018, de 22 de enero de 2018, donde se analiza una situación en la que se había denegado al recurrente el régimen asistencial para personas discapacitadas que solicitaba al aplicársele una exclusión por razón de edad.

El tribunal, una vez analizadas las posibles discriminaciones por razón de edad y por discapacidad, hace mención a que en ocasiones «las situaciones de discriminación pueden afectar de manera simultánea a más de un derecho humano» refiriéndose a la «discriminación múltiple», y no a la interseccional. Continúa recordando que, aunque los supuestos más frecuentes se refieren al sexo y al origen étnico, o a la condición de inmigrante de los afectados, «no cabe descartar otras combinaciones posibles». Es esta situación la que lleva a la estimación de su recurso.

Hay que hacer un llamamiento a la utilización en los tribunales del concepto de discriminación interseccional, más allá del mero análisis de las distintas causas de discriminación acumuladas. Es decir, es preciso utilizar esta perspectiva a los efectos de examinar cómo son los efectos reales y conjuntos del trato desigual de una persona sometida a diversos tipos de discriminación, que llevan, en ocasiones, a que la sitúen en unas circunstancias discriminatorias diferentes. Quizás en este punto lo complicado es la utilización de término de comparación para probar dicha discriminación, que no podrá valorarse de forma individualizada, sino de forma conjunta

---

<sup>8</sup> En todo caso, incluso la discriminación por razón de género se puede entender como una discriminación interseccional en la que la discriminación por razón de sexo se une a la posición que ocupa la mujer habitualmente en la sociedad. Así, se unen dos factores: haber nacido mujer y la posición social que se reconoce a la mujer por el simple hecho de su género.

### **3. La discriminación de la mujer y su interacción con otros elementos de discriminación en el ámbito del derecho social**

Uno de los elementos fundamentales de la discriminación interseccional será la relación de una de sus causas principales, el sexo, con otro factor, lo cual acrecentará las posibilidades de discriminación en todos los sectores, incluido el social. Si las mujeres, en general, sufren la brecha salarial que, consecuentemente, provoca la desprotección social, el desempleo, la temporalidad, la parcialidad, los efectos de la conciliación de la vida laboral y los cuidados, que llevan al desarrollo de una doble jornada, se acentuará en el caso de las trabajadoras afectadas por otro factor de discriminación, situándolas en una situación de especial vulnerabilidad.

Cabe poner de manifiesto que no solo es importante tener en cuenta el concepto de la discriminación interseccional a los efectos de analizar sus consecuencias con el fin de indemnizar a las personas afectadas, sino también de poner en marcha medidas positivas que justamente eviten estas situaciones. Con este fin se analizan ahora cómo se reconocen estas interacciones en los distintos instrumentos internacionales y en la regulación española con el ánimo de determinar qué colectivos concretos deberían de atenderse a través de las políticas antidiscriminatorias.

Si ponemos el foco en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, *Transformar nuestro mundo*, se puede concluir sobre qué grupos de mujeres en especial deben protegerse de la discriminación en el ámbito social. En concreto, su objetivo número 5 se dirige a la lucha contra las discriminaciones de las mujeres y las niñas; y el número 1 busca la reducción de las desigualdades por razón de sexo, discapacidad, edad, raza, origen, religión u otro estatus, en y entre los diferentes países. Dado que este trabajo tiene como contexto el mercado laboral, será importante tener en cuenta que el ODS número 8 recoge como grupos que tienen más posibilidades de vulnerabilidad a las mujeres, las personas jóvenes, con discapacidad y emigrantes. Por lo tanto, de acuerdo con estas premisas, serán las mujeres jóvenes, con discapacidad y emigrantes las que tengan más posibilidades de ser discriminadas en este ámbito.

Ya en el ámbito nacional, el artículo 14 de la Constitución recoge la prohibición de la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La discriminación por razón de sexo es una de

las causas que más cuestiones suscita, dado que es la más usual. La posibilidad de sufrir dicha discriminación se eleva cuando se combina con otras condiciones o circunstancias personales o sociales, o cualquier otro de los factores que menciona el precepto.

Desde esta base, ahora habrá que ver qué interacciones provocan mayores discriminaciones en el mercado laboral. Con este fin se van a examinar los distintos instrumentos en materia de empleo que regulan acciones positivas destinadas a evitar estas situaciones.

En el ámbito de la relación de trabajo, el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores señala que las personas trabajadoras tienen derecho «a no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleados, por razones de estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, por razón de lengua dentro del Estado español, discapacidad, así como por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral».

Es de destacar la inclusión última de la discriminación por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad. La interacción de esta discriminación con la discriminación por razón de sexo seguramente será una de las discriminaciones interseccionales más comunes en el ámbito del derecho del trabajo, con independencia de que el propio artículo haga expresa mención de la posibilidad de que el trato desfavorable sea dirigido a los hombres y las mujeres.

En realidad, son las mujeres las que mayoritariamente utilizan los diferentes instrumentos de conciliación y corresponsabilidad que se regulan por el derecho laboral, tales como la adaptación de jornada o la reducción de esta por motivos de cuidados de la familia. Y, por esta razón, son las mujeres las que son discriminadas en el mercado laboral a la hora de decidir sobre su contratación o su promoción, donde se valora la posible incidencia de sus labores de cuidado.

En otro orden de cosas, dentro de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo se incluyen actuaciones que tienen por objeto incentivar la contratación, tanto a través de la creación de empleo, como del mantenimiento de los puestos de trabajo, especialmente para aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, señalándose dentro de ese grupo a las personas con responsabilidades familiares, en la misma línea antes mencionada, que, como ya se ha dicho, generalmente serán mujeres, y a las mujeres víctimas de violencia de género, que lo serán en su totalidad. Por otro lado, en el propio

artículo 50 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo, se menciona igualmente a las mujeres con baja cualificación y se repite la consideración a las mujeres víctimas de violencia de género.<sup>9</sup>

Y cuando ya se ha mencionado la necesidad de poner en marcha acciones positivas con el fin de garantizar la protección de la mujer en varias partes del articulado, se añade un precepto solo dedicado a la perspectiva de género en las políticas de empleo, el artículo 51, que señala lo siguiente: «1. La actuación de los organismos públicos y privados de empleo se dirigirá a promover la igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en las carreras profesionales y a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, entre personas usuarias de los servicios de empleo. Esta actuación deberá intensificarse cuando las demandantes de empleo, mujeres desempleadas o inactivas, encabezen una familia monomarental». De forma que, además de apostar por las políticas transversales, ahora se añade a las ya mencionadas mujeres víctimas de violencia de género, con baja cualificación y con responsabilidades familiares, también a las demandantes de empleo o inactivas que críen solas a sus hijos/as.

Otro de los colectivos especialmente protegido en las políticas de empleo de forma tradicional es el de las personas con discapacidad, al que se dedica el artículo 54 de la Ley de Empleo, y de forma más concreta las personas con parálisis cerebral, trastornos de salud mental, discapacidad intelectual o trastorno del espectro autista, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %. Fuera de este listado también se reconoce como colectivo de atención prioritaria a las personas con capacidad intelectual límite, aunque en este caso, se incluye en el grupo de las personas vulnerables en el acceso y mantenimiento del empleo.<sup>10</sup>

No obstante, la tasa de actividad de las personas con discapacidad es de 34,2 % frente a 82,6 % de las personas sin discapacidad. Cuando se incluye el factor del sexo, los porcentajes de la tasa de actividad son superiores en las mujeres que en los hombres (34,2 % de estos últimos frente al 35,3 % de las mujeres), así como en la tasa de empleo (26,2 % de los hombres frente al 27,1 % de las mujeres).<sup>11</sup> De esta forma, la discriminación interseccional no sería tanto entre sexo y discapacidad, sino que depende del tipo de esta.

---

<sup>9</sup> Desde el ámbito sectorial, la Ley de Empleo asigna la puesta en marcha de acciones de empleabilidad dedicadas exclusivamente a mujeres demandantes de servicios de empleo en aquellos ámbitos con mayor infrarrepresentación femenina. En particular, se organizarán iniciativas de este tipo destinadas no tanto a la contratación, sino a la promoción hacia los grupos profesionales superiores.

<sup>10</sup> Esta ordenación ha sido calificada de acertada. *Vid.* CRISTOBAL RONCERO, R. (2023), Colectivos de atención prioritaria de la política de empleo, *brief de la AEDTSS* (última consulta 10.10.2023).

<sup>11</sup> INE (2021). *El empleo de las personas con discapacidad*.

Asimismo se recoge como otro colectivo a proteger a las personas menores de 30 años, aunque preferentemente a los mayores de 18 años, que carezcan de alguna titulación, tal como un título universitario, un título de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional, o de un título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral; y a las personas jóvenes de 16 y 17 años sin estudios obligatorios o postobligatorios, aunque en este caso se apuesta especialmente por su retorno al sistema educativo y mejora de las cualificaciones iniciales. Cuando las personas jóvenes dispongan de alguna de las titulaciones indicadas con anterioridad, entonces las medidas de empleabilidad se dirigirán hacia el favorecimiento de la práctica profesional.

En este ámbito, el *Informe de los ODS 2023: edición especial*, se recoge que 1 de cada 4 jóvenes no cursaba estudios, ni formación a lo largo de 2022. Pero lo que sí resulta alarmante es que las mujeres jóvenes sigan teniendo más del doble de probabilidades (32,1 %) que los hombres jóvenes (15,4 %) de estar desempleadas, no cursar estudios ni recibir formación en 2022.

Así, habrá que concluir que en las mujeres que, además, sean jóvenes, sobre todo las que están en los subgrupos mencionados, confluirán distintos factores de interseccionalidad, de modo que será más posible su discriminación en el mercado de trabajo, y será por esto que serán precisas medidas especiales destinadas a evitar esta situación.

De hecho, no se entiende que haya que seguir protegiendo a la mujer en el mercado laboral por el hecho de ser mujer, sino que, tal y como se desprende de la nueva normativa de empleo, es importante que se atienda a mujeres quienes presentan algún otro factor que generalmente dé lugar a discriminaciones. En todo caso, las políticas de igualdad que deben ser aplicadas de forma transversal tendrían que complementarse con otras más concretas que dieran lugar a la eliminación de las discriminaciones interseccionales.<sup>12</sup>

Desde aquí se reivindica que sea así con el fin de evitar que una protección demasiado amplia (a la mitad de la población) sea tan general que no tenga ningún efecto. En definitiva, las políticas de igualdad deben estar dirigidas principalmente a evitar la discriminación interseccional, superando el análisis desde la discriminación por sexo más generalista, y reconduciéndose a una segunda generación de medidas que se encarguen de evitar discriminaciones más complejas.

---

<sup>12</sup> «La incorporación de la interseccionalidad al *mainstreaming* de género significa, pues, reconocer que las políticas públicas de igualdad no pueden ignorar que las mujeres no configuran un grupo homogéneo [...] una cosa es que el *mainstreaming* de género incluya la perspectiva interseccional y otra que la perspectiva interseccional disuelva el factor sexo-género como eje principal en las políticas públicas (no solo de igualdad)», *vid.* BARRÈRE UNZUETA, M. (2010). «La interseccionalidad como desafío al ‘mainstreaming’ de género en las políticas públicas», *Revista Vasca de Administraciones Públicas*, núm. 87-88, p. 251.

# Principio de igualdad en la carta social europea (revisada) y en la doctrina del comité europeo de derechos sociales

**CARLOS HUGO PRECIADO DOMÈNECH**

Magistrado especialista en orden social del TSJ Cataluña

## Sumario

1. Introducción
2. La Carta Social Europea (revisada). Aspectos generales y control de convencionalidad
  - 2.1. Naturaleza jurídica y valor de la CSE
  - 2.2. Aplicabilidad directa de la CSE
  - 2.3. Control de convencionalidad
  - 2.4. El valor de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales
  - 2.5. La CSE en el recurso de casación para la unificación de doctrina
  - 2.6. La interpretación de la Carta Social Europea
    - 2.6.1. La interpretación de los tratados y convenios internacionales. Cuestiones generales
    - 2.6.2. La interpretación de los tratados y convenios en España
    - 2.6.3. Las normas especiales de interpretación de la Carta Social Europea
  - 2.7. El papel de los tribunales nacionales en la interpretación de los derechos humanos. El principio de norma más favorable o «máximo-mínimo»
3. La prohibición de la discriminación como principio básico de interpretación del artículo E de la CSE
  - 3.1. Principio de no discriminación: el artículo E de la carta
  - 3.2. Antecedentes del artículo E
  - 3.3. Definición de «discriminación»
  - 3.4. Definición de «distinción discriminatoria»
  - 3.5. Finalidad del artículo E
  - 3.6. Motivos prohibidos de discriminación más allá de los expresamente enumerados en el artículo E

- 3.7. Alcance del artículo E
- 3.8. Comparabilidad, justificación, proporcionalidad
- 3.9. COVID-19 y el artículo E
- 4. Igualdad y no discriminación en derechos concretos
  - 4.1. Artículo 1 de la CSE. Derecho al trabajo
    - 4.1.1. Prohibición de toda forma de discriminación en el empleo
    - 4.1.2. Motivos de discriminación prohibidos
    - 4.1.3. Discriminación de género
    - 4.1.4. Discriminación por edad
    - 4.1.5. Discriminación por motivos de nacionalidad
    - 4.1.6. Discriminación con respecto al trabajo atípico (duración determinada y tiempo parcial)
    - 4.1.7. Ámbito material
    - 4.1.8. Medidas necesarias para garantizar la eficacia de la prohibición de la discriminación
  - 4.2. Artículo 8 de la CSE. Derecho de la mujer trabajadora a la protección por maternidad
    - 4.2.1. El derecho a la licencia de maternidad
    - 4.2.2. El derecho a las prestaciones de maternidad
    - 4.2.3. Protección frente al despido
    - 4.2.4. Derecho al tiempo suficiente para lactancia
    - 4.2.5. Regulación del trabajo nocturno
    - 4.2.6. Prohibición de trabajos en minería subterránea, y otros peligrosos, insalubres o arduos
  - 4.3. Artículo 20 de la CSE. El derecho a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato en materia de empleo y ocupación sin discriminación por razón de sexo
    - 4.3.1. Igualdad en el trabajo y en materia de seguridad social
    - 4.3.2. Igualdad de oportunidades y medidas positivas
    - 4.3.3. Obligaciones de promover el derecho a la igualdad de remuneración
    - 4.3.4. Transparencia salarial y comparaciones laborales
    - 4.3.5. Tutela judicial
    - 4.3.6. Carga de la prueba
    - 4.3.7. Compensación adecuada
    - 4.3.8. Protección contra represalias
    - 4.3.9. Acceso a determinadas ocupaciones
    - 4.3.10. Medidas específicas de protección
    - 4.3.11. Seguridad social

# 1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto aproximar la Carta Social Europea (revisada) y el Protocolo de Reclamaciones Colectivas así como la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre su aplicación a los y las profesionales del derecho del trabajo y la seguridad social, haciendo especial incidencia en el régimen jurídico de la **igualdad y no discriminación** en las relaciones laborales, en el marco de **las XXIII Jornadas Catalanas de Derecho Social**.

En el **BOE de 11 de junio de 2021** se publica el Instrumento de **Ratificación de la Carta Social Europea (revisada)**, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. La **Carta Social Europea (revisada)** entró en vigor con carácter general el 1 de julio de 1999 y **está en vigor para España desde el 1 de julio de 2021**, de conformidad con lo dispuesto en su parte VI, artículo K, apartados 2 y 3.

En el mismo Instrumento de Ratificación, se dispone que en relación con «la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que **acepta la supervisión** de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento **recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas**, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995».

La importancia de esta ratificación es innegable. La Carta Social Europea (CSE) es nada menos que la **Constitución Social de Europa** y recoge los derechos humanos sociales fundamentales. De la misma forma que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 4 noviembre de 1950 es el máximo exponente de derechos humanos civiles y políticos en el ámbito del Consejo de Europa, la CSE lo es de los derechos económicos sociales y culturales. En el contexto histórico de la Guerra Fría, se alumbran el CEDH y la CSE impone la separación de ambos tipos de derechos (civiles y políticos vs. económicos, sociales y culturales) en dos textos distintos, lo que ocurriría también a nivel universal con los PIDCP y PIDESC de la ONU de 1966.

Esta separación, más allá del contexto histórico, no tiene justificación alguna desde el prisma de la concepción de **los derechos humanos como el trasunto jurídico de la dignidad humana**, basada en una realidad ontológica y ética única.

En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 32/13,

de 1977, ya declaró el **carácter indivisible de los derechos humanos**, pues no son imaginables los derechos políticos y civiles sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. En la misma línea, el punto 5 de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993 de la ONU, celebrada en Viena, proclama la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. Por tanto, a día de hoy, la contraposición entre derechos civiles y políticos vs. derechos económicos sociales y culturales es una división artificiosa y anacrónica.

Sin embargo, a pesar de la indiscutible importancia de la CSE en materia de los derechos humanos en el ámbito del Consejo de Europa, lo cierto es que **la aplicación de la CSE en España no se ha correspondido con dicha importancia** y ha sido muy inferior a la aplicación por la jurisdicción nacional del CEDH y la doctrina del TEDH, que tradicionalmente ha gozado de un amplio predicamento en todos los órdenes jurisdiccionales.

El impacto que esta haya de tener en la praxis jurídica dependerá, en buena medida, del grado de conocimiento y la habilidad en el manejo del propio texto de la Carta revisada y de su protocolo, primero, incorporando sus preceptos en los fundamentos de las pretensiones por los abogados y graduados sociales y después, resolviendo conforme a la doctrina que interpreta la CSE, marcada por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), por los órganos jurisdiccionales.

Por todo ello, **este trabajo pretende auxiliar a la práctica aplicativa de la CSE**, identificando los puntos claves de su aplicación, como el control de convencionalidad, su interpretación, el valor de las resoluciones del CEDS o su aplicabilidad directa; traduciendo el digesto y la doctrina sobre el derecho de igualdad, tanto en su aspecto de principio interpretativo, como en su aspecto de contenido de los derechos que contempla la CSE.

Este curso servirá a su propósito si logra resolver algunas dudas sobre la interpretación de la CSE en materia de igualdad y no discriminación que aún persisten en el foro y consigue contribuir a normalizar su aplicación en la práctica jurisdiccional.

## 2 La carta social europea (revisada). Aspectos generales y control de convencionalidad

### 2.1. Naturaleza jurídica y valor de la CSE

La Carta Social Europea es el tratado más importante en la protección de los derechos humanos sociales en el ámbito de Europa occidental, por ello se la suele denominar la Constitución Social Europea.

Se adopta en **Turín el 18 de octubre de 1961**, en el seno del Consejo de Europa (creado el 5 de mayo de 1949), y entra en vigor el 26 de febrero de 1965. Un total de 43 Estados de los 47 miembros del Consejo de Europa ratificaron la CSE en su versión inicial o revisada, entre los que se encuentran los 27 miembros actuales de la UE.

España se incorporó al Consejo de Europa el 24 de noviembre de 1977 y ratificó la versión originaria de la CSE el 29 de abril de 1980 hecha en Turín (Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, BOE núm. 153, de 26.06.1980). España aceptó los 72 párrafos que forman la totalidad de la CSE.

La Carta tiene los siguientes protocolos:

- **Protocolo Adicional de 5.05.1988:** Ratificado por España (Instrumento de Ratificación de 24.01.2000. BOE núm. 99, de 25.04.2000).
- **Protocolo Adicional de 21.10.1991:** Firmado el 21 de octubre de 1991 (Instrumento de Ratificación de 24.01.2000. No publicado en el BOE, pendiente la ratificación de Dinamarca, Reino Unido y Luxemburgo, que lo firman pero no ratifican).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2019). «El sinuoso e inconcluso proceso de adhesión de España a la Carta Social Europea: resistencias, imperfecciones y retos de futuro», *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*, vol. 9, núm. 1.

- **Protocolo Adicional (núm. 3) de 09.11.1995:** Desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, firmado por España el 4 de febrero de 2021 y ratificado por España (BOE núm. 139, 11.06.2021).
- **Carta Social Europea (revisada) de 03.05.1996:** Firmada el 23 de octubre de 2000, ratificada por España (BOE núm.139, 11.06.2021).

Conforme al CEDS,<sup>2</sup> el propósito de la Carta Social Europea a nivel europeo, además del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es implementar la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En esta perspectiva conviene, respetando la diversidad de tradiciones nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa, que son la riqueza del acervo social europeo y que no pueden ser cuestionadas ni por la Carta ni por las condiciones de su aplicación:

- Consolidar la adhesión a los valores comunes de solidaridad, no discriminación y participación.
- Identificar principios que autoricen la implementación de los derechos reconocidos por la Carta con la misma eficacia en todos los estados miembros del Consejo de Europa.

La **implementación de la CSE**, naturalmente, recae principalmente bajo la responsabilidad de las autoridades nacionales. Estas pueden, teniendo en cuenta su organización constitucional y su sistema de relaciones sociales, otorgar a las autoridades locales o los interlocutores sociales el ejercicio de determinadas competencias. Sin embargo, si no van acompañadas de las precauciones adecuadas, estas estrategias de implementación pueden poner en peligro el cumplimiento de los compromisos asumidos en virtud de la Carta.

La CSE además es, por tanto, un tratado de derechos humanos, y así su aplicación e interpretación ha de regirse por las normas y los principios propios de los tratados y convenios internacionales.

---

<sup>2</sup> Conclusiones 2006, introducción general.

## 2.2. Aplicabilidad directa de la CSE

La aplicabilidad directa de la CSE **ha sido una cuestión controvertida** con carácter previo a la ratificación por España de la CSE revisada y el Protocolo de Reclamaciones Colectivas en junio de 2011.

Así, por un lado, se encontraban quienes defendían que los preceptos de la Carta Social Europea y el Protocolo de 1988 no eran invocables directamente ante los tribunales.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> ALZAGA RUIZ, I. (2020). «La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 64. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2016). «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 15. CANOSA USERA, R. (2015). *El control de convencionalidad*, Civitas (Thomson Reuters).

Sin embargo, buena parte de la doctrina<sup>4</sup> y también de los tribunales<sup>5</sup> **sostuvieron la aplicabilidad directa de la CSE** incluso antes de la ratificación de la CSE revisada y el Protocolo de Reclamaciones Colectivas.

Tanto es así, que incluso el Tribunal Supremo ya había aceptado tácitamente la aplicación directa de la CSE, descartando dicha aplicabilidad en los preceptos no ratificados por España. Así, en la STS de 26 de septiembre de 2006 (rec. 165/2005), en un caso sobre el tiempo de formación, el TS determinó si la sentencia recurrida había infringido el artículo

---

<sup>4</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F. (2021). «Control de convencionalidad y Carta Social Europea», en Salcedo Beltrán, C. (dir.), *La Carta Social Europea: Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al profesor José Vida Soria*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 342-353.

JIMENA QUESADA, L. (2020). «El control del cumplimiento y la aplicación de la Carta Social Europea», *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 16, Consejo General del Poder Judicial.

SALCEDO BELTRÁN, M. C. (2020). «La intervención de las organizaciones nacionales en el sistema de informes de la Carta Social Europea: una cita insoslayable con las “observaciones”», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55.

SALCEDO BELTRÁN, M. C. (2016). «La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 13.

ALFONSO MELLADO, C. L. (2017). «La Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: contenido y aplicabilidad directa (RS 119/17 Enero 2017)», *Actum Social*, núm. 119, monográfico.

AKANDJI-KOMBÉ, J. F. (2014). «La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los estados partes», en Terol Becerra, M. y Jimena Quesada (dir.), *Tratado sobre la protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

<sup>5</sup> SJS núm. 2 de Barcelona, núm. 412/2013 de 19 de noviembre; SJS núm. 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014; SJS núm. Palma de Mallorca (rec. 281/2019), SJS de Mataró de 29 de abril de 2014; SJS núm. 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014, SJS núm. 9 de Gran Canaria de 31 de marzo de 2015; SJS núm. 2 de Fuerteventura de 31 de marzo de 2015; SSJS de Las Palmas de 11 de mayo y 3 de junio de 2015; SJS núm. 26 de Barcelona de 12 de marzo de 2018; STJS núm. 31 de Barcelona de 8 de junio de 2015; SJS núm. 12 de Barcelona de 14 de septiembre de 2015; SJS núm. 3 de La Coruña de 23 de noviembre de 2015; SJS núm. 3 de Barcelona de 27 de octubre de 2015; SJCA núm. 2 de Valladolid de 21 de junio de 2018; STSJ Canarias (Las Palmas), núm. 73/2017, 31.01.2017; STSJ Canarias (Las Palmas) 30.03.2016; (rec. 989/2016); STSJ Castilla y León (Valladolid) 19.12.2016 (rec. 2099/2016); STSJ Canarias (Las Palmas) 31.01.2017 (rec. 1300/2016); STSJ Catalunya núm. 274/2020 de 17 enero.

10.4 c) de la Carta, concluyendo que «además no puede afirmarse que este art. 10.4 c) tenga fuerza vinculante en España», con base en que no es de los artículos que la propia Carta considera como de asunción ineludible por los Estados que la han ratificado, ni el BOE que publicó el texto de la Carta recoge los artículos de la parte II donde se incluye ese artículo como uno de los aceptados por España.

En efecto, el TS, de acuerdo con el artículo 96.1 de la CE, considera que la ratificación del precepto y su publicación en el BOE produce el efecto de que tiene fuerza vinculante en España.

Siendo ello así, el debate sobre la aplicabilidad directa de la CSE ha perdido todo sentido tras la ratificación de la CSE revisada y el Protocolo de Reclamaciones Colectivas.

En efecto, **quienes defienden su inaplicabilidad** directa solían argumentar:<sup>6</sup>

1. Un análisis de la estructura de la Carta, que distingue tres partes diferenciadas y de las que algunas son claramente programáticas y que según estiman extienden ese efecto de mera enunciación de principios a todo su articulado.
2. La debilidad de la CSE en cuanto a su valor jurídico, propia de un documento político y plagado de obligaciones jurídicas de mero carácter internacional y estatal, cuya aplicabilidad está sometida únicamente a la supervisión que se contempla en la parte IV, cuando no redactados los derechos allí expresados bajo el paraguas de la obligación de «reconocer» y de «comprometerse», siendo esta (en principio) impropia de las normas que generan obligaciones directas entre particulares.
3. Finalmente, culminan la argumentación basándose en que el Protocolo de Reclamaciones Colectivas, un aspecto que podría configurar el síntoma determinante de la obligatoriedad de la Carta, no había sido ratificado por España y que, además, no exige para su planteamiento el haber agotado las vías internas.

Sin embargo, los **argumentos de la no aplicabilidad directa son poco convincentes y han quedado en buena medida desfasados.**

---

<sup>6</sup> SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M. (2021). «La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, pp. 175-204.

En efecto, desfasados, porque la ratificación del Protocolo de Reclamaciones Colectivas ha privado del argumento «fuerte» a quienes, precisamente, sometían la aplicabilidad directa de la CSE a su ratificación.<sup>7</sup>

En segundo lugar, **el análisis estructural de la CSE** para predicar su carácter *not self executing* cede ante la literalidad de la propia CSE. Así, el artículo A (obligaciones) de la CSE distingue entre la parte I, con un claro valor programático, que define como «una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados», mientras que la parte II obliga a los Estados a considerarse obligados por un número determinado de preceptos. Además, el artículo C los somete a la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de la Carta, lo que difícilmente es predicable de un texto meramente programático. Pero, por si cupiera aún alguna duda sobre la aplicabilidad directa de la CSE, el artículo H dispone que «Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan estar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas». Ello supone que **las disposiciones de la CSE sí afectan y se imponen sobre las disposiciones de derecho interno tratados, convenios o acuerdos que supongan un trato menos favorable** a las personas protegidas. Se trata de la cláusula común de norma más favorable contemplada como cláusula casi de estilo en la mayoría de tratados o convenios de derechos humanos.

Por otro lado, y más importante, respecto de la aplicación directa de la CSE por los órganos jurisdiccionales nacionales, **el artículo 30 de la Ley 25/2014** de tratados internacionales, dispone que los «**tratados internacionales serán de aplicación directa**, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes».

Así pues, siendo la CSE un tratado, no cabría descartar de plano y respecto todo su texto su aplicabilidad directa, sino que habrá que analizar la doctrina del CEDS, supremo intérprete de la CSE, para determinar si nos hallamos ante un texto inaplicable directamente por los jueces y tribunales, o bien ante un instrumento *self executing*, y por tanto, directamente aplicable por los órganos jurisdiccionales.

Del análisis de cuanto queda expuesto, el resultado que alcanzamos es que la **CSE es directamente aplicable e invocable ante los tribunales nacionales**, y ello sobre la base de los siguientes cuatro argumentos:

---

<sup>7</sup> ALZAGA RUIZ (2020). La Ley 3331/2020.

En primer lugar, **la CSE distingue con nitidez una parte I, como de contenido programático de la parte II, como de contenido jurídico vinculante.**

- **La vinculación de cada Estado a la CSE**, en función de los derechos seleccionados, consiste en el deber del Estado de:
  - A) Respetar los derechos:** No impedir el goce o disfrute de los mismos.
  - B) Proteger los derechos:** Impedir que el estado o terceros obstaculicen el goce y ejercicio de los derechos seleccionados.
  - C) Cumplirlos o satisfacerlos:** Facilitar que las personas puedan acceder al goce y ejercicio de los derechos.

Así se desprende del **artículo 29 de la Ley 25/14**: «Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados». Los tribunales, en tanto que poder público, también están vinculados por este precepto, por lo que deben velar por el adecuado cumplimiento de la CSE.

- Los deberes de respeto, protección y cumplimiento en un ordenamiento como el español en que la norma internacional se incorpora al ordenamiento interno (art. 96 CE) impone a los jueces inaplicar la ley claramente contraria a la CSE por imponerlo así el artículo 31 de la Ley 25/14: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional» (*vid.* STC 140/2018).

Todo ello aboca a la aplicabilidad directa de la Carta Social Europea.

En segundo lugar, no hay precepto alguno, ni en la CSE, ni en nuestro derecho interno, que imponga la necesidad de desarrollo legislativo para aplicar y garantizar los derechos garantizados en la CSE y para poderlos invocar directamente ante los tribunales, como sí ocurre con determinados principios rectores de la política social y económica (art. 53.3

CE),<sup>8</sup> o con determinados principios reconocidos en la CDFUE en el ámbito de la UE (art. 52.5 CDFUE).<sup>9</sup> Por tanto, conforme al artículo 30 de la LTI, en principio la CSE resulta de aplicabilidad directa.

En tercer lugar, **el artículo H de la CSE se refiere a la relación entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales:** «Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas».

*A sensu contrario*, las disposiciones de la CSE sí afectan a las normas de derecho interno que sean menos favorables.

Por tanto, si las disposiciones de la Carta se entienden sin perjuicio de las disposiciones del derecho interno y de los tratados multilaterales que sean más favorables para las personas protegidas,<sup>10</sup> las mismas han de entenderse directamente aplicables, pues se reconoce, sin necesidad de desarrollo legal interno, dos posibles situaciones de conflicto entre la CSE y la norma interna: más favorable o menos favorable. Ello solo es posible predicarlo de normas directamente aplicables y, por tanto, susceptibles de entrar en conflicto entre ellas en el momento de aplicarlas al caso concreto. En este sentido, véase también el principio de norma más favorable en el artículo 3.3 del ET, que parte, como no podría ser de otra manera, de la aplicabilidad directa de las normas en conflicto.

En cuarto lugar, **el artículo I de la CSE** dispone que:

---

<sup>8</sup> Art. 53.3 CE: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

<sup>9</sup> Art. 52.5 CDFUE: «Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Solo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos».

<sup>10</sup> CCC c. Países Bajos, denuncia núm. 90/2013, decisión sobre el fondo de 1 de julio de 2014, párr. 69-69.

1. Sin perjuicio de los métodos de aplicación previstos en estos artículos, las disposiciones pertinentes de los artículos 1 a 31 de la parte II de la presente Carta se aplicarán mediante:
  - A) leyes o reglamentos;
  - B) acuerdos concertados entre empleadores o las organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores;
  - C) una combinación de los métodos anteriores;
  - D) otros medios apropiados.
2. Los compromisos de los párrafos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 2, de los párrafos 4, 6, y 7 del artículo 7, de los párrafos 1, 2, 3 y 5 del artículo 10 y de los artículos 21 y 22 de la parte II de la presente Carta se considerarán cumplidos siempre que las disposiciones se apliquen, de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, a la gran mayoría de los trabajadores interesados.

En la interpretación del artículo I de la CSE, el CEDS ha considerado que: **«No basta con que exista una ley y respete los principios de la Carta para que la situación sea conforme, también es necesario que esta ley se aplique en la práctica»**.<sup>11</sup>

De ello resulta que, ante **la inexistencia, insuficiencia o contravención por la ley de los derechos reconocidos en la CSE, el juez nacional ha de aplicar en la práctica los derechos reconocidos en la Carta**. En efecto, como ha sostenido la doctrina,<sup>12</sup> la CSE impone que se dicten normas, ya sea vía legislativa, reglamentaria o convencional, pero también exige que las prácticas sean aceptables. Es decir, no se cumple con la CSE por el mero hecho de dictar normas de «bella factura» si la práctica no lleva a la efectividad de los derechos.

De todo ello, en mi opinión, resulta la **aplicabilidad directa de los derechos reconocidos**

---

<sup>11</sup> Comisión Internacional de Juristas c. Suecia, denuncia núm. 1/1998, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 1999, párr. 32.

<sup>12</sup> BELORGEY, J. M. (2007). «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: El Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista de Derecho Político*, núm. 70, pp. 347-377.

en la CSE, y su invocabilidad ante los tribunales españoles o «justiciabilidad», como algunos la han denominado.<sup>13</sup>

Para concluir, cerrando con un argumento *ad absurdum* ¿cómo puede sostenerse que la CSE no es de aplicación directa si el propio TS (Sala IV), la ha aplicado en multitud de ocasiones?<sup>14</sup>

En definitiva, la CSE goza de aplicabilidad directa en España, y si bien serán normalmente las leyes y los convenios colectivos los que hagan efectivos los derechos que la misma garantiza y serán estos los que se invocarán ante los tribunales, cuando las citadas leyes y los convenios colectivos establezcan un estándar menos favorable que el garantizado por la CSE, podrá acudir ante los tribunales para que apliquen la CSE e inapliquen al caso la norma interna menos favorable.

### 2.3. Control de convencionalidad

El control de adecuación de la ley interna a los tratados y convenios ratificados por España debe partir de que **la jerarquía normativa superior del tratado o convenio internacional sobre la ley** se reconoce por la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, que dice en su artículo 27: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo

---

<sup>13</sup> AKANDJI-KOMBÉ (2014).

<sup>14</sup> STS de 20 de febrero de 1992 (rec. 1006/1991), STS de 26 de septiembre de 2006 (rec. 165/2005), STS de 17 de diciembre de 2013 (rec. 107/2012), STS de 4 de noviembre de 2015 (rec. 32/2015), STS de 28 de septiembre de 1992 (rec. 1970/1991), STS de 11 de mayo de 1998 (rec. 3962/1997), STS de 26 de junio de 2003 (rec. 124/2002), STS de 2 de julio de 2015 (rec. 1699/2014) o en la STS de 8 de mayo de 2019 (rec. 42/2018) o la STS de 2 de febrero de 2021 (rec. 43/2019).

dispuesto en el artículo 46».<sup>15</sup>

Este **valor supralegal de los tratados** ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia: como ejemplo el dictamen de 26 de abril de 1988 sobre la aplicabilidad del acuerdo de sede de la ONU frente a lo dispuesto por una ley posterior norteamericana: «[E]s un principio generalmente reconocido del Derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no puedan prevalecer sobre las del tratado» (rec. 1988, p. 35, párr. 57).

En este mismo sentido, ahora en **nuestro derecho interno, el artículo 31 de la Ley 25/2014**, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales establece la prevalencia de los tratados diciendo: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional».

El rango superior del tratado sobre la ley, en fin, ha sido reconocido también por la Sala IV del TS, por ejemplo en la STS de 5 de junio de 2000 (STS de 5 junio 2000 (RJ 2000, 4650)).

Pero quien ha dado un empujón definitivo a la existencia entre nosotros de un control de convencionalidad difuso, que atribuye a los juzgados y tribunales ordinarios el control de adecuación de las leyes a los tratados y convenios internacionales, ha sido, nada menos, que el propio Tribunal Constitucional, en su TC 140/2018, FJ 6: «El análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional», que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por

---

<sup>15</sup> Artículo 46:

Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados

1. El hecho de que el consentimiento de un estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y la buena fe.

los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 de la CE, que garantiza «que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 25), FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre (RTC 2001, 221), FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre (RTC 2006, 308), FJ 5) (STC 145/2012, de 2 de julio (RTC 2012, 145), FJ 4)».

La **doctrina del rango infraconstitucional y supralegal** de los tratados y Convenios internacionales y **del control de convencionalidad difuso**, en los términos que han quedado expuestos, ha sido posteriormente consolidada en: SSTC 10/2019 (FJ 4), 23/2019 (FJ 2), 35/2019 (FJ 2), 36/2019 (FJ 2), 80/2019 (FJ 3) y 87/2019 (FJ 6). De toda ella se desprende con claridad que **corresponde a los tribunales ordinarios el control de convencionalidad**, consistente en **el control de ajuste de la norma interna al tratado o convenio**, y su **inaplicación al caso concreto** en caso de contravención, por imperativo del artículo 9.3 de la CE, el artículo 31 de la LTI y el artículo 6 de la LOPJ, sin que ello implique un juicio de validez de dicha norma.

De esta forma, si bien hubo voces contrarias a este control de convencionalidad difuso por parte de la jurisdicción ordinaria,<sup>16</sup> en la actualidad dicho debate está más que zanjado por la doctrina de nuestro TC, que admite sin ningún tipo de reparo dicho control de convencionalidad.

## 2.4. El valor de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) **se crea con el artículo 25, parte IV, de la CSE revisada**. Hasta 1998 se denominó Comité de Expertos Independientes.<sup>17</sup> Conforme

<sup>16</sup> CANOSA USERA (2015).

<sup>17</sup> ARENAS RAMIRO, M. (2020). «La garantía del comité Europeo de Derechos Sociales: un compromiso real con los derechos sociales», *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, vol. 10, núm. 1, pp. 261-291.

a su Reglamento de procedimiento (RCEDS)<sup>18</sup> (art. 1), con las modificaciones adoptadas por el Comité el 19 de mayo de 2021, el CEDS se compone de **15 miembros**, conforme a la decisión de los ministros diputados en aplicación del artículo 25.1, de la CSE, modificada por el Protocolo de Turín.

Su **mandato es de 6 años**, renovable una sola vez (art. 6 RCEDS). En cuanto a su estatuto, sus miembros tienen garantizada la protección del Acuerdo General sobre Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa, de 2 de setiembre de 1949.<sup>19</sup>

En el ejercicio de sus funciones, se comprometen a desempeñarlas con imparcialidad, disponibilidad y secreto de las deliberaciones. Se emite una declaración solemne en la primera reunión a la que se asiste, previa al inicio de su actividad, y en la que se dice (art. 4 RCEDS): «Declaro solemnemente que ejerceré mis funciones como miembro de este Comité de conformidad con los requisitos de **independencia, imparcialidad y disponibilidad** inherentes a mi cargo y que mantendré en secreto las deliberaciones del Comité».

En ningún caso pueden desarrollarla si les surgen otras incompatibles. Un incumplimiento de tales obligaciones conlleva la rendición de cuentas frente al órgano. (*vid.* arts. 3-7 RCEDS). Por tanto, sus miembros tienen un estatuto de independencia e imparcialidad, propias de la magistratura.

El CEDS, conforme al artículo 2 del RCEDS, **se pronuncia sobre la conformidad de la situación en los Estados con la Carta Social Europea**, el Protocolo Adicional de 1988 y la Carta Social Europea (revisada). Adopta **conclusiones** en el marco del **procedimiento de informes** (arts. 19-22 RCEDS) y **decisiones** en el marco del **procedimiento de reclamaciones colectivas** (arts. 23-28 RCEDS).

**El CEDS es el órgano control de la Carta Social** en el Consejo de Europa<sup>20</sup> y desde la vigencia del Protocolo de Reclamaciones Colectivas de 1995 **sus decisiones pueden considerarse como actividad jurisdiccional**,<sup>21</sup> pues las emite un colegio de miembros

---

<sup>18</sup> *Vid.* PALACIOS, A. (2009). «La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española», en Pérez Bueno, L. C. (dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Cizur Menor, p.173.

<sup>19</sup> Acuerdo General sobre Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa en francés.

<sup>20</sup> BELORGEY (2007), pp. 347-377.

<sup>21</sup> BELORGEY (2007), pp. 347-377.

con un estatuto de independencia, tras un procedimiento contradictorio entre partes enfrentadas (*vid.* arts. 23-40 RCEDS). Así lo ha reconocido la doctrina más reticente a asumir la naturaleza doctrinal de las resoluciones del CEDS.<sup>22</sup> En efecto, el carácter jurisdiccional de los informes puede presentar varios reparos: la falta de un procedimiento contradictorio previo, el tener por objeto cuestiones generales y no casos o pretensiones concretas, etc., sin embargo, en el procedimiento de reclamaciones colectivas ceden todos y cada uno de dichos obstáculos. Así, el procedimiento de reclamaciones colectivas se inicia por demanda (arts. 23-28 RCEDS), examen de su admisibilidad (arts. 20-30 RCEDS), período de alegaciones (arts. 31-32a RCEDS), prueba, e incluso una vista (art. 33 RCEDS), resolviéndose por una resolución (conclusiones) (art. 35 RCEDS), similar en estructura a una sentencia del TEDH, que ha de hacerse pública, pues el proceso en todas sus fases viene informado por el principio de publicidad (art. 37 RCEDS).

En definitiva, **en el caso de las reclamaciones colectivas**, nos hallamos ante un conflicto entre partes definidas, articulado a través de **un proceso informado de los principios de igualdad, contradicción y publicidad**, propios de todo proceso judicial.

Por lo demás, **otra nota indicativa de la jurisdiccionalidad** de las conclusiones adoptadas por el CEDS en el proceso de reclamaciones colectivas viene dada por la **posibilidad de acudir a la tutela cautelar**, propia del ámbito jurisdiccional, ya que el CEDS, en cualquier fase del proceso, de oficio o a instancia de parte, puede adoptar medidas cautelares cuya adopción sea necesaria para evitar perjuicios irreparables o daños a las personas interesadas (art. 36 RCEDS) (*vid.* Reclamación núm. 86/2012 (FEANTSA c. Países Bajos),

en un caso de personas sin hogar; y Reclamación núm. 90/2013 (Confederación de Iglesias Europeas c. Países Bajos), en un caso de situación de falta de alimentación, vestido y alojamiento de personas extranjeras en situación irregular en Holanda).

Por estas razones, incluso la doctrina reticente a considerar «jurisprudencia» las resoluciones del CEDS<sup>23</sup> concede que, en el caso de **las decisiones en el proceso de reclamaciones colectivas, su naturaleza jurisprudencial es más plausible** que en el caso de las conclusiones en el procedimiento de informes.

---

<sup>22</sup> SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA (2021), pp. 175-204.

<sup>23</sup> SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA (2021), pp. 188-190.

Sin embargo, se apuntan **dos óbices** para reconocer la naturaleza jurisprudencial de dichas conclusiones:

- **No generan una obligación directamente exigible** (al menos, por vía diplomática) al Estado, como sí puede hacerse con las sentencias del TEDH.
- **No son la culminación de un litigio concreto, entre dos partes enfrentadas**, y, además, no hay que agotar las vías internas para obtener un pronunciamiento del CEDS.

No obstante, a mi entender, dichos óbices no resultan convincentes.

En primer lugar, **el Comité de Ministros del Consejo de Europa es, a nivel internacional, quien tiene encomendado el procedimiento internacional de ejecución de las resoluciones del CEDS**. Así lo establece el artículo C de la CSE revisada, que establece:

Supervisión del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente Carta

El cumplimiento de las obligaciones jurídicas contenidas en la presente Carta se someterá a la misma supervisión que la Carta Social Europea.

En este sentido, la CSE en su artículo 29 dispone que: «Por una mayoría de dos tercios de los miembros que tengan derecho a participar en sus reuniones, el Comité de Ministros, sobre la base del informe del Subcomité y previa consulta a la Asamblea consultiva, podrá formular las recomendaciones que estime pertinentes a cada una de las partes contratantes».

Así mismo, el artículo 9 del Protocolo Adicional de 1995 sobre reclamaciones colectivas dispone:

1. Sobre la base del informe del Comité de Expertos Independientes [CEDS desde 1998], el Comité de Ministros adoptará una resolución por mayoría de los votantes. Si el Comité de Expertos Independientes concluye que la Carta no se ha aplicado de forma satisfactoria, el Comité de Ministros adoptará, por mayoría de dos tercios de los votantes, una recomendación dirigida a la Parte Contratante afectada. En ambos casos, el derecho de voto se limitará a las Partes Contratantes en la Carta.
2. A solicitud de la Parte Contratante afectada, el Comité de Ministros podrá decidir, por

mayoría de dos tercios de las Partes Contratantes en la Carta, consultar al Comité Gubernamental cuando el informe del Comité de Expertos Independientes plantee nuevas cuestiones.

Por otro lado, el artículo 10 del mismo Protocolo de 1995 establece que «La Parte Contratante afectada informará sobre las medidas que haya adoptado para poner en práctica la recomendación del Comité de Ministros en el siguiente informe que presente al Secretario General de conformidad con el artículo 21 de la Carta».

Además, en algunos casos, el CEDS en los procedimientos de reclamaciones colectivas ha apreciado la existencia de una «**violación agravada**». El Comité considera que existe una infracción agravada cuando se cumplen los siguientes criterios:

- Por un lado, la adopción de medidas que violen los derechos humanos específicamente dirigidas a los grupos vulnerables y que los afecten.
- Por otro lado, la pasividad de las autoridades públicas que no solo no toman las medidas adecuadas contra los autores de estas violaciones, sino que también contribuyen a esta violencia.<sup>24</sup>

**La consecuencia de una violación agravada** es la solicitud del Comité de publicidad inmediata de la decisión sobre el fondo.<sup>25</sup>

En lo que respecta al Gobierno demandado, **la constatación de violaciones agravadas implica no solo la adopción de medidas correctivas adecuadas, sino también la obligación de asegurar y ofrecer garantías adecuadas de que dichas violaciones cesen y no se repitan.**<sup>26</sup>

Es obvio que nos hallamos ante obligaciones directamente exigibles al Estado, a diferencia de lo que sostienen las tesis que estamos rebatiendo.

---

<sup>24</sup> Centro de Derechos de Vivienda y Desalojos (COHRE) c. Italia, denuncia núm. 58/2009, decisión sobre el fondo de 25 de junio de 2010, párr. 76.

<sup>25</sup> 109 Centro de Derechos a la Vivienda y Desalojos (COHRE) c. Francia, denuncia núm. 63/2010, decisión sobre el fondo de 28 de junio de 2011, párr. 54.

<sup>26</sup> Centro de Derechos a la Vivienda y Desalojos (COHRE) c. Francia, reclamación núm. 63/2010, decisión sobre el fondo de 28 de junio de 2011.

Por tanto, y como subraya la mejor doctrina,<sup>27</sup> en la CSE, igual que ocurre en el caso del TEDH (art. 46 CEDH), corresponde al Comité de Ministros supervisar el cumplimiento de las resoluciones el máximo órgano aplicador del texto internacional, el TEDH, en el caso del CEDH, y el CEDS en el caso de la CSE.

En segundo lugar, **no es correcto afirmar que las decisiones del CEDS no culminan un litigio concreto entre partes enfrentadas**, pues del mero examen de los artículos 23 a 28 del RCEDS resulta precisamente lo contrario. En fin, el hecho de que no se hayan de agotar las vías internas no priva a las decisiones del CEDS de carácter jurisdiccional, desde el momento en que ello no es un requisito de jurisdiccionalidad a nivel internacional, sino de acceso a determinadas jurisdicciones internacionales, cuando así lo aceptan los firmantes del tratado o convenio de que se trate.

En definitiva, **si bien puede albergarse alguna duda de la naturaleza jurisdiccional en el caso de las conclusiones** alcanzadas en los procedimientos de informes, **las decisiones en los procedimientos de reclamaciones colectivas gozan de las notas características y propias de una resolución jurisdiccional**, como demuestran las resoluciones recaídas en los procesos de supervisión dictadas por el Comité de Ministros en la ejecución sobre algunas decisiones de fondo: Resolución (Res/CM/CHS(2010)7 de 20 de septiembre de 2019, en la que se constan los progresos del Gobierno búlgaro para ejecutar una decisión de fondo relativa a personas con discapacidad mental (Reclamación núm. 41/2007).<sup>28</sup>

Para terminar, dejando de lado el debate sobre la naturaleza jurisdiccional o no de las resoluciones del CEDS, **lo verdaderamente relevante es su efectividad**.

**A nivel nacional, la efectividad de las resoluciones del CEDS se articula por dos vías:**

1. Los artículos 10.2 y 53.3 de la CE.
2. El control de convencionalidad.

Sobre el control de convencionalidad ya hemos hablado en otra parte de esta obra, a la que

---

<sup>27</sup> JIMENA QUESADA, L. (2020). «La efectividad de las resoluciones del comité europeo de derechos sociales», en Fernández de Casadevante, C. (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, pp. 125-167.

<sup>28</sup> JIMENA QUESADA (2020), pp. 135-137.

nos remitimos.

Nos centraremos ahora en la efectividad de las resoluciones del CEDS por la vía de los artículos 10.2 y 53.3 de la CE.

El artículo 10.2 dispone que: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Dicho precepto se aplica a todo el capítulo II de la CE (arts.14 y 15 a 38), por lo que los derechos garantizados por la CSE y reconocidos en dichos preceptos como derechos fundamentales deberán interpretarse conforme a la CSE y, por supuesto, atendiendo a las resoluciones de su máximo intérprete, el CEDS.

En este sentido, el propio **TC no ha dudado a acudir a la Carta Social Europea como parámetro interpretativo de algunos derechos fundamentales**, tanto del artículo 14 como del 35 de la CE. Así, en su STC 145/1991, de 1 de julio, al afirmar que la Carta Social Europea es parámetro interpretativo del artículo 14 y 35.1 del ET junto con el artículo 7a, i, del PIDESC; el artículo 2.1 del Convenio número 100 de la OIT, en función de interpretar el derecho a la igualdad salarial por razón de sexo que no ha de referirse al mismo trabajo sino a trabajos del mismo valor (*vid.* art. 35 CE), o la dignidad del trabajador frente al acoso laboral (STC 56/2019, de 6 de mayo).

En cuanto a los **principios rectores de la política social y económica** reconocidos a la vez en el capítulo III, título I de la CE y en la Carta Social Europea (por ejemplo, salud, seguridad social, etc.), hay que recordar que el artículo 53.3 de la CE dispone que: «El **reconocimiento, el respeto y la protección** de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. **Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes** que los desarrollen».

En este sentido, el TC ha acudido a la Carta Social Europea para definir el alcance de determinados principios rectores de la política económica y social (cap. III, título II CE), como la asistencia social (art. 41 CE) (STC 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4) o el derecho a la protección de la salud de las personas extranjeras (arts.13 y 43 CE) (STC 139/2016 de 21 de julio, FJ 10). Por ello, cuando se habla de que el reconocimiento, respeto y protección de los principios rectores de la política social y económica debe informar la práctica judicial

y pueden alegarse frente a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan «las leyes» que los desarrollen, debe entenderse el término «ley» en sentido amplio, abarcando las normas de rango superior, como los tratados internacionales, en general, y la Carta Social Europea, en particular, y ello, en buena lógica, tomando en consideración la doctrina emanada del intérprete máximo de la CSE, el Comité Europeo de Derechos Sociales.

Por tanto, la CSE y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales, que es su máximo intérprete, proyectan su efectividad en la interpretación y aplicación de las normas internas relativas a derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social.

## **2.5. La CSE en el recurso de casación para la unificación de doctrina**

A pesar de la aplicabilidad directa de la CSE y del valor jurisprudencial de las resoluciones de su máximo intérprete, el CEDS, lo cierto y verdad es que el panorama de la aplicación práctica a nivel del recurso de casación para la unificación de doctrina es aún bastante desolador, como acto seguido tendremos ocasión de comprobar.

Para analizar cuál es la postura del TS en materia del recurso de casación para la unificación de doctrina, en orden a admitir como resolución objeto de contradicción las conclusiones o los informes del CEDS, debemos partir del artículo 219 de la LRJS:

Finalidad del recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal.

1. El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.
2. Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los

Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado.

Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario.

Como puede observarse, la doctrina de contradicción puede figurar en sentencias dictadas por **«los órganos jurisdiccionales instituidos en los tratados y acuerdos internacionales, en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España»**.

Conforme a lo que venimos exponiendo, hay que partir de que en toda interpretación de una norma que regule derechos humanos (sea de índole sustantiva o procesal), se impone una interpretación abierta y coherente con el *favor libertatis*,<sup>29</sup> principio básico en la interpretación de los derechos humanos, ya que nuestra Constitución ha introducido un **principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales** que han de tener en cuenta todos los poderes públicos y, muy especialmente, los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las leyes.<sup>30</sup> No parece muy acorde con este principio privar de la condición de «doctrina» invocable en el RCU la emanada del que es, precisamente, el máximo intérprete de la CSE, el CEDS. Menos aún cuando, como ha quedado expuesto, rige entre nosotros el **«control difuso de convencionalidad»**.

En efecto, conforme al *favor libertatis*, asumido por nuestro TC, «la Constitución y las leyes han de ser interpretadas de la forma más favorable a la efectividad de los derechos y a la optimización de su contenido y, al contrario, las restricciones de los derechos han de ser interpretadas de forma restrictiva».<sup>31</sup>

<sup>29</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2018). *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor.

<sup>30</sup> STC 76/1987 de 25 mayo, F2.

<sup>31</sup> STC 34/1983, de 6 de marzo; STC 28/1984, de 7 de julio; STC 115/1987, de 7 de julio; STC 119/1990, de 21 de junio; STC 112/1989, de 25 de mayo, y STC 76/1987, de 25 de mayo.

Pues bien, en el **auto del TS de 4 de noviembre de 2015, RCU 926/2015, muestra, precisamente, un criterio interpretativo contrario al favor libertatis**, extremadamente restrictivo en la interpretación del artículo 219 de la LRJS, cuyo tenor literal admitiría, sin problema alguno, las resoluciones del CEDS como «sentencias dictadas por [...] los órganos jurisdiccionales instituidos en los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España».<sup>32</sup>

En efecto, conforme a dicho ATS (FJ 3), **la doctrina del CEDS no es doctrina apta para ser alegada en contradicción, conforme al artículo 219 de la LRJS:**

En relación con el último motivo de casación unificadora, la parte recurrente invoca de contraste lo que identifica como «Decisión sobre el Fondo, de fecha 23/05/2012 (Reclamación núm. 65/2011), dictada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, en su calidad de órgano jurisdiccional de interpretación instituido por la Carta Social Europea de 18/10/1961», que no es una de las resoluciones a las que refiere el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por lo que no se trata de una resolución idónea a los efectos de examinar la contradicción, ya que la contradicción, que, como requisito del recurso de casación para la unificación de doctrina, regula el artículo 219 apartados 1 y 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ha de establecerse con las sentencias que menciona el precepto citado, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos otras resoluciones no expresamente mencionadas.

Sin embargo, se da la paradoja de que la Carta Social Europea se analiza por el TS como norma infringida en sede de recurso de casación ordinario y se ha examinado en no menos de 62 resoluciones por la Sala IV,<sup>33</sup> de las que 47 son sentencias.<sup>34</sup> **Es decir, la CSE se**

---

<sup>32</sup> Dicho criterio ha sido reiterado en diversos AATS: AATS de 7 de febrero de 2017 (rec. 1942/2016), 21 de diciembre de 2017 (rec. 1119/2017), 7 de mayo de 2019 (rec. 3085/2018) y AATS dictados en los recursos 765/2018, 101/2017, 759/2017, 1559/2017, 575/2017, 1887/2016, 1883/2016 y 1983/2016.

<sup>33</sup> Algunos ejemplos: STS de 20 de febrero de 1992 (rec. 1006/1991), STS de 26 de septiembre de 2006 (rec. 165/2005), STS de 17 de diciembre de 2013 (rec. 107/2012), STS de 4 de noviembre de 2015 (rec. 32/2015), STS de 28 de septiembre de 1992 (rec. 1970/1991), STS de 11 de mayo de 1998 (rec. 3962/1997), STS de 26 de junio de 2003 (rec. 124/2002), STS de 2 de julio de 2015 (rec. 1699/2014) o en la STS de 8 de mayo de 2019 (rec. 42/2018), y la STS de 2 de febrero de 2021 (rec. 43/2019),

<sup>34</sup> SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA (2021), pp. 188-190.

**admite como norma infringida en casación, pero no se admite que la doctrina de su máximo intérprete, el CEDS, se considere jurisprudencia a efectos del artículo 219 de la LRJS.**

Esta anomalía, en mi opinión, habrá de reconducirse a medio plazo, por razones prácticas y de seguridad jurídica.

En efecto, si partimos de que entre nosotros rige el **control de convencionalidad difuso, la divergencia de criterio de las salas de lo social de los TSJ y de la Audiencia Nacional en la aplicación de la CSE habría de conducir a una unificación doctrinal**. Para ello, el TS habrá de acudir al artículo 10.2 de la CE cuando los derechos de la Carta sean derechos fundamentales y, por tanto, a los criterios del máximo intérprete de la CSE, el CEDS y al artículo 53.3 de la CE, que impone el reconocimiento, respeto y protección de dichos principios conforme al tratado que los desarrolla, que contiene un órgano exclusivo de interpretación.

En este sentido, cabe recordar el CEDS, y su doctrina puede entrar (y de hecho así lo ha hecho) en dialéctica con el propio TJUE, cuando el derecho eurounitario merme el estándar mínimo fijado por la CSE. En efecto, el CEDS sostiene **que**:<sup>35</sup> «En última instancia, corresponde al Comité evaluar si la situación nacional se ajusta a la Carta, incluso en caso de transposición de una directiva de la Unión Europea a la legislación nacional».

**No es muy coherente que sea admisible un motivo de casación que invoque la infracción de jurisprudencia del TC, TJUE o TEDH, aunque no respondan a ese concepto estricto de jurisprudencia del artículo 1.6 del CC, mientras que no se admita una resolución del CEDS.** Las distorsiones que esta incoherencia puede comportar en el plano de la seguridad jurídica no son en absoluto despreciables.

Desde otro punto de vista, la interpretación del CEDS puede acceder a la casación, como infracción de norma sustantiva cuando en la interpretación de un precepto de la CSE las salas de lo social de los TSJ que dicten resoluciones que fueran contradictorias entre sí con la de otra u otras salas de los referidos tribunales superiores o con sentencias del Tribunal Supremo (art. 219.1 LRJS). Si los TSJ invocan la doctrina del CEDS para sustentar sus criterios interpretativos de la CSE, el criterio del CEDS accederá a través de la resolución del TSJ a la unificación doctrinal.

---

<sup>35</sup> Confederación General del Trabajo (CGT) c. Francia, denuncia núm. 55/2009, decisión sobre el fondo de 23 de junio de 2010, párr. 31-38.

Con todo, en mi opinión, lo más recomendable sería normalizar la unificación doctrinal conforme a la interpretación que haga su máximo intérprete, el CEDS, de los preceptos de la CSE, aceptándose como doctrina invocable en unificación doctrinal las conclusiones recaídas en procedimiento de informe y las decisiones, recaídas en los procedimientos de reclamaciones colectivas.

## 2.6. La interpretación de la Carta Social Europea

### 2.6.1. La interpretación de los tratados y convenios internacionales. Cuestiones generales<sup>36</sup>

Las **normas generales** sobre interpretación de los tratados y convenios vienen recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (CV69),<sup>37</sup> y se contemplan en el artículo 31, que contiene una regla general; el 32, que contiene unos medios complementarios; y el 33, relativo a la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. Dichas normas han sido aplicadas por el TEDH para la interpretación del CEDH,<sup>38</sup> y su virtualidad general en la hermenéutica de los tratados y convenios de derechos humanos es innegable.

Además de las normas generales de interpretación, el mapa normativo hermenéutico precisa ser completado con las **normas especiales**, que casi indefectiblemente contienen los tratados en materia de derechos humanos. Valgan como muestra los siguientes ejemplos, pues el pormenorizado estudio de las normas especiales de los múltiples tratados de derechos humanos excede en mucho del propósito del presente trabajo:

— DUDH: artículo 30<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2016). *La interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor.

<sup>37</sup> UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331.

<sup>38</sup> STEDH de 14 de marzo de 2013. Asunto Oleynikov contra Rusia.

<sup>39</sup> Art. 30: «Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración».

- PIDCP: artículos 46<sup>40</sup> y 47<sup>41</sup>
- CDFUE: artículo 53<sup>42</sup>
- CSE: artículo H<sup>43</sup>

## 2.6.2. La interpretación de los tratados y convenios en España

La interpretación de los tratados por los órganos competentes en España se rige por el **artículo 35 de la Ley 29/14 de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales**.

Se establecen como reglas en su orden jerárquico:

- las generales de derecho internacional
- las generales de los arts. 31-33 CV69
- las especiales de cada tratado o de la organización internacional, cuando se trate de tratados constitutivos de dichas organizaciones

---

<sup>40</sup> Art. 46 PIDCP: «Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el Pacto».

<sup>41</sup> Art. 47: «Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales».

<sup>42</sup> Artículo 53 CDFUE. Nivel de protección.

<sup>43</sup> Art. H:

Relaciones entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales

Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas.

En el apartado tercero del artículo 35 de la LTI, se establece un criterio especial de interpretación cuando España haya formulado alguna declaración.

Por otro lado (art. 35.4 LT), las disposiciones internas dictadas en ejecución de tratados internacionales en los que España sea parte se interpretarán de conformidad con el tratado que desarrollan, lo que obliga a prescindir al intérprete nacional de los cánones hermenéuticos comunes (art. 3 CC) y emplear los previstos en el artículo 35 de la LTI. Esta previsión es innecesaria y superflua en materia de derechos humanos, puesto que el artículo 10.2 de la CE ya remite en esta materia a la DUDH y a los tratados y acuerdos que sobre esa materia haya ratificado España.

El último de los apartados del artículo 35 dispone que las dudas y discrepancias sobre la interpretación y el cumplimiento de un tratado internacional del que España sea parte se someterán al dictamen del Consejo de Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, por el ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación en coordinación con el ministerio competente por razón de la materia. Esta norma no afecta a jueces y magistrados, sino solo a los órganos administrativos que hayan de aplicar el tratado. **Los jueces y magistrados, sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE), deben interpretar y aplicar el tratado conforme a los cánones apuntados debiendo, incluso, conforme al artículo 31 de la LTI, en ejercicio del control de convencionalidad, inaplicar la ley interna contraria al tratado.**<sup>44</sup>

### **2.6.3. Las normas especiales de interpretación de la Carta Social Europea**

En España la interpretación de la CSE es la que corresponde a todo tratado o convenio internacional de derechos humanos. En este sentido, no se le aplica el artículo 3 del CC, puesto que su interpretación se rige por criterios hermenéuticos distintos, los contemplados en el artículo 35 de la Ley 29/14 de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos

---

<sup>44</sup> Art. 31 LTI: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional».

internacionales.

Las reglas generales de derecho internacional:

- las generales de los arts. 31-33 CV69
- **las especiales de cada Tratado** o de la organización internacional, cuando se trate de tratados constitutivos de dichas organizaciones

De entre las normas especiales que el artículo 35 de la LTI cita como criterio interpretativo de los tratados y convenios internacionales, conviene destacar **las normas especiales de interpretación de la Carta**.

En la próxima sección desarrollaremos los principios básicos de interpretación de la CSE, en el sentido que lo ha hecho el CEDS. Sin perjuicio de ello conviene ahora destacar como **reglas especiales de interpretación las siguientes**:

**A)** Artículo E. No discriminación

Lo veremos específicamente en el capítulo 3.

**B)** Artículo G. Restricciones

1. Los derechos y principios enunciados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la Parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo las establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres.
2. Las restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquella para la que han sido previstas.

El artículo G establece las condiciones bajo las cuales se pueden imponer restricciones al disfrute de los derechos de la Carta. Esta disposición corresponde al segundo párrafo de cada uno de los artículos 8 a 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No puede

dar lugar a una violación como tal,<sup>45</sup> pero, no obstante, esta disposición puede tenerse en cuenta al examinar el fondo de la denuncia en virtud de un artículo sustantivo de la Carta.<sup>46</sup>

El artículo G se aplica a todas las disposiciones de las secciones 1 a 31 de la Carta.

Cualquier restricción a un derecho solo puede estar en conformidad con la Carta si cumple las condiciones establecidas en este artículo.

Dado que una restricción de estos derechos puede tener graves consecuencias, especialmente para los miembros más vulnerables de la sociedad, el artículo G establece condiciones específicas para la aplicación de estas restricciones. Además, las permitidas constituyen excepciones que solo pueden imponerse en circunstancias extremas: por lo tanto, deben interpretarse de manera restrictiva.<sup>47</sup>

Así, cualquier restricción debe:

1. Estar prescrita por la ley.

Esto significa la ley en el sentido estricto del término o cualquier otro texto vinculante o jurisprudencia, siempre que el texto sea suficientemente claro, es decir, que cumpla las condiciones de precisión y previsibilidad que implica la noción «prescrita por la ley».

2. Perseguir un objetivo legítimo, es decir, proteger los derechos y libertades de los demás, el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o la moral.

En una sociedad democrática, en principio le corresponde a la legislatura legitimar y definir el orden público (interés público) al mismo tiempo que equilibra las necesidades de todos los miembros de la sociedad. Desde el punto de vista de la Carta, goza de un margen de apreciación para hacerlo. Sin embargo, el legislador no está libre de toda limitación en sus decisiones: las obligaciones contraídas en virtud

---

<sup>45</sup> Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) c. Francia, denuncia núm. 26/2004, decisión sobre el fondo de 15 de junio de 2005, párr. 31.

<sup>46</sup> Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) c. Francia, denuncia núm. 26/2004, decisión sobre el fondo de 15 de junio de 2005, párr. 33.

<sup>47</sup> Confederación General de Trabajadores de Grecia (GSEE) c. Grecia, demanda núm. 111/2014, decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, párr. 83.

de la Carta no pueden abandonarse sin garantizar un nivel de protección suficiente para satisfacer las necesidades sociales básicas.

La legislación nacional debe equilibrar las preocupaciones sobre los fondos públicos con el imperativo de proteger suficientemente los derechos sociales.<sup>48</sup>

Los Estados no pueden eludir sus obligaciones entregando la facultad de definir qué es el orden público (interés público) a instituciones de terceros.<sup>49</sup>

3. Ser necesaria en una sociedad democrática para lograr esos objetivos, en otras palabras, la restricción debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido: debe existir un vínculo de proporcionalidad razonable entre una restricción del derecho y el objetivo u objetivos legítimo(s) en cuestión.<sup>50</sup>

Al incorporar medidas restrictivas a la legislación nacional, los textos legales deben garantizar la proporcionalidad entre los fines perseguidos y sus consecuencias negativas en el ejercicio de los derechos sociales. En consecuencia, incluso en circunstancias especiales: las medidas restrictivas implantadas deben adecuarse al objetivo perseguido, no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, deben aplicarse únicamente en la finalidad para la que fueron concebidas y deben mantener un nivel de protección suficiente.<sup>51</sup>

Además, las autoridades deben realizar un análisis exhaustivo y objetivo sobre los posibles efectos de las medidas legislativas, en particular su posible impacto en los trabajadores más vulnerables, así como una consulta real a los más afectados por estas medidas.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Confederación General de Trabajadores de Grecia (GSEE) c. Grecia, demanda núm. 111/2014, decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, párr. 85.

<sup>49</sup> Confederación General de Trabajadores de Grecia (GSEE) c. Grecia, demanda núm. 111/2014, decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, párr. 87.

<sup>50</sup> Conclusiones XIII-1, Países Bajos, artículo 6.4. Confederación Europea de Policía (EuroCOP) c. Irlanda, demanda núm. 83/2012, decisión sobre el fondo de 2 de diciembre de 2013, párr. 207-214.

<sup>51</sup> Confederación General de Trabajadores de Grecia (GSEE) c. Grecia, demanda núm. 111/2014, decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, párr. 87.

<sup>52</sup> Confederación General de Trabajadores de Grecia (GSEE) c. Grecia, demanda núm. 111/2014, decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, párr. 90.

**C) Artículo H. Relaciones entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales**

Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas.

La Carta debe interpretarse, en la medida de lo posible, en armonía con las demás normas de derecho internacional de las que forma parte.<sup>53</sup>

Según el artículo H, las disposiciones de la Carta se entienden sin perjuicio de las disposiciones del derecho interno y de los tratados multilaterales que sean más favorables para las personas protegidas.<sup>54</sup>

Por otra parte, cuando los Estados miembros de la Unión Europea deciden sobre medidas vinculantes que se aplican a sí mismos mediante una directiva que influye en la forma en que implementan los derechos recogidos en la Carta, les corresponde a ellos, tanto a la hora de elaborar y redactar dicho texto, como al incorporarlo a su legislación nacional, tener en cuenta los compromisos adquiridos al ratificar la Carta Social Europea. En última instancia, corresponde al Comité evaluar si la situación nacional se ajusta a la Carta, incluso en caso de transposición de una directiva de la Unión Europea a la legislación nacional.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> DCI c. Países Bajos, párr. 35, i FIDH c. Francia, denuncia núm. 14/2003, decisión sobre el fondo de 8 de septiembre de 2004, párr. 26.

<sup>54</sup> CCC c. Países Bajos, denuncia núm. 90/2013, decisión sobre el fondo de 1 de julio de 2014, párr. 69-69.

<sup>55</sup> Confederación General del Trabajo (CGT) c. Francia, denuncia núm. 55/2009, decisión sobre el fondo de 23 de junio de 2006, párr. 33, y Sindicato de Defensa de los Funcionarios Civiles c. Francia, denuncia núm. 73/2011, decisión sobre el fondo de 12 de septiembre de 2012, párr. 29.

## 2.7. El papel de los tribunales nacionales en la interpretación de los derechos humanos. El principio de norma más favorable o «máximo-mínimo»

En esta sección abordaremos brevemente una cuestión fundamental: ¿Cuál es el papel del juez/a nacional ante los distintos estándares de protección de un mismo derecho humano?

Todos los convenios y pactos sobre derechos humanos contienen la **cláusula interpretativa de «norma más favorable»**. Veamos:

### A nivel universal

**Art. 5.2 PIDCP:** «No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

**Art. 5.2 PIDESC:** «No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

### A nivel eurounitario

**Art. 53 CDFUE. Nivel de protección:** «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

## **A nivel especializado: OIT**

**Art. 19.8. Constitución de la OIT:** «En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los/las trabajadoras y trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación».

## **A nivel del Consejo de Europa**

**Art. 53 CEDH:** «Protección de los derechos humanos reconocidos. Ninguna de las disposiciones del presente convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte contratante o en cualquier otro convenio en el que esta sea parte».

**Art. H CSE:** «Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas».

## **A nivel interno**

**Art. 3.3 ET:** «Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables».

A la vista de las normas que acabamos de exponer, debemos concluir que, en la protección multinivel de los derechos reconocidos por la CSE, **rige el principio de norma más favorable** en las relaciones entre derecho internacional y derecho interno.

En tal sentido, e incluso en el ámbito nacional, hay que tener en cuenta el artículo 3.3 del ET, que define el **principio de norma más favorable** y que presenta un **fértil campo de aplicación en materia de derechos humanos y fundamentales**, tanto en el contexto

del derecho internacional de derechos humanos (por ejemplo, art. 5.2 PIDCP); como en el derecho de la UE (art. 53 CDFUE), donde las directivas juegan como disposiciones mínimas (art. 153.2b TFUE); así como en el contexto del Consejo de Europa (art. 53 CEDH), o, en fin, en la propia Constitución de la OIT (art. 19.8 de su Constitución).

Así mismo, en el ámbito de la UE, amén del ya citado artículo 53 de la CDFUE, es habitual que en las directivas que regulan las relaciones laborales se contengan cláusulas que las convierten en un mínimo mejorable, nunca empeorable, por la normativa de los Estados. Así, por ejemplo, el artículo 5 de la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos; el artículo 8 de la Directiva 2001/23, sobre traspasos de empresas o el artículo 8 de la Directiva 2000/78, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

De esta forma, el **principio de norma más favorable**, que no deja de ser un principio clásico de aplicación del derecho del trabajo que ha sufrido un progresivo desvanecimiento y desuso en la práctica forense respecto de las normas de rango legal y convencional,<sup>56</sup> cobra renovado vigor en el campo de la resolución de **conflictos entre normas estatales e internacionales** (Constitución-tratado; tratado-ley, directiva-ley) **que reconozcan derechos humanos y derechos fundamentales, como cauce para asegurar que en caso de conflicto entre ellas se aplique la de contenido más favorable al titular del derecho.**

**En conclusión, el papel del juez/a nacional** ante los distintos estándares de protección de un mismo derecho humano es el de **garantizar la aplicación de la norma más favorable de entre todas las concurrentes**. Para ello habrá de acudir a la comparación de los preceptos que garantizan el derecho en cuestión en los distintos instrumentos internacionales y normas nacionales, y seleccionar, de entre todos los aplicables al caso, el que contenga un estándar más favorable al titular del derecho en cuestión.

Si las normas concurrentes garantizan todas ellas mínimos, el papel del juez/a nacional es aplicar al caso el máximo-mínimo de entre los concurrentes.

---

<sup>56</sup> MERCADER UGUINA, J. R. (2015). *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo. Formación decadencia y crisis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 76-78.

### **3. La prohibición de la discriminación como principio básico de interpretación del artículo E de la CSE**

#### **3.1. Principio de no discriminación: el artículo E de la Carta**

El disfrute de los derechos establecidos en esta Carta se garantizará sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, ascendencia nacional u origen social, salud, asociación con una minoría nacional, nacimiento u otro estado.

#### **3.2. Antecedentes del artículo E**

El Comité considera que la función del artículo E es similar a la del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «el Convenio»)<sup>57</sup>.

#### **3.3. Definición de «discriminación»**

El Comité se remite a la sentencia de la Corte en **Thlimmenos c. Grecia de 2000** en la que afirma que existe discriminación en el sentido del artículo 14 de la Convención cuando los Estados Partes no aplican un trato diferente a las personas en situaciones diferentes.<sup>58</sup>

Retomando esta jurisprudencia, el Comité considera, en la primera decisión antes

---

<sup>57</sup> Asociación Autisme-Europe (AE) c. Francia, demanda núm. 13/2000, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003, párr. 52.

<sup>58</sup> Asociación Autisme-Europe (AE) c. Francia, denuncia núm. 13/2002, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003, párr.

mencionada, que el artículo E de la Carta Revisada **prohíbe no solo la discriminación directa**, sino también todas las formas de **discriminación constituidas por el trato inadecuado de** determinadas situaciones o la desigualdad en el tratamiento de dichas situaciones en el acceso de las personas afectadas y de otros ciudadanos a **diversas prestaciones sociales**.

En la segunda decisión, aclara que la **falta de medidas adecuadas** para tener en cuenta las diferencias existentes **puede constituir discriminación**.

El Comité, refiriéndose a la sentencia de la Corte en Abdulaziz, Cabales y Balkandali de 1984, considera que el concepto de discriminación incluye los casos en que un individuo o grupo se ve a sí mismo, sin una justificación adecuada, peor tratado que otro.<sup>59</sup>

### 3.4. Definición de «distinción discriminatoria»

El Comité, refiriéndose al caso de la Corte relativo al régimen lingüístico en Bélgica de 1968 y sus sentencias **Marckx de 1978 y Rasmussen de 1984**, considera que una distinción es discriminatoria **si carece de una justificación objetiva y razonable**, es decir, **si no persigue un objetivo legítimo** o si no hay conexión de **proporcionalidad** razonable entre los medios empleados y el fin perseguido. Agrega que, si bien los Estados Partes disfrutaban de un cierto margen de apreciación para determinar si las diferencias entre situaciones en otros aspectos similares y en qué medida justifican distinciones en el tratamiento legal, es para él lo que en última instancia se reduce a decidir si la distinción cae dentro del margen de apreciación.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Confederación Democrática del Trabajo Francesa (CFDT) c. Francia, denuncia núm. 50/2008, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2009, párr. 39 y 41.

<sup>60</sup> Confederación Democrática del Trabajo Francesa (CFDT) c. Francia, denuncia núm. 50/2008, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2009, párr. 37-39 y 41 y 25, y Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) c. Francia, denuncia núm. 51/2008, decisión sobre el fondo de 19 de octubre de 2009, párr. 82.

### 3.5. Finalidad del artículo E

El artículo E no solo prohíbe la **discriminación directa**, sino también **todas las formas de discriminación indirecta**.<sup>61</sup> Tal discriminación indirecta puede surgir al no tener debidamente en cuenta todas las diferencias relevantes o al no tomar las medidas adecuadas para garantizar que los derechos y las ventajas colectivas están abiertos a todos son genuinamente accesibles por y para todos.<sup>62</sup> La inserción del artículo E en un artículo separado en la Carta Revisada indica la mayor importancia que los redactores le dieron al principio de no discriminación con respecto al logro de los derechos fundamentales contenidos.<sup>63</sup> Su función es contribuir a **garantizar el goce efectivo e igualitario de todos los derechos en cuestión**, independientemente de las características específicas de ciertas personas o grupos de personas.<sup>64</sup>

El artículo E no constituye un derecho autónomo que por sí mismo podría constituir un motivo independiente para una denuncia.<sup>65</sup> No tiene existencia independiente y debe combinarse con una disposición sustantiva de la Carta.<sup>66</sup> Sin embargo, una situación que en sí misma está en conformidad con la disposición sustantiva en cuestión puede infringir esta disposición cuando se interprete junto con el artículo E, si esa situación es de naturaleza discriminatoria.<sup>67</sup>

---

<sup>61</sup> Asociación Autisme-Europe (AE) c. Francia, demanda núm. 13/2000, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003, párr. 52.

<sup>62</sup> Asociación Autisme-Europe (AE) c. Francia, queja núm. 13/2000, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003, párr. 52.

<sup>63</sup> Asociación Autisme-Europe (AE) c. Francia, demanda núm. 13/2000, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003, párr. 51.

<sup>64</sup> Asociación Autisme-Europe (AE) c. Francia, demanda núm. 13/2000, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003, párr. 51.

<sup>65</sup> Asociación Autisme-Europe (AE) c. Francia, queja núm. 13/2000, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003, párr. 51.

<sup>66</sup> Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) c. Francia, recurso núm. 26/2004, decisión sobre el fondo de 15 de junio.

<sup>67</sup> Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) c. Francia, recurso núm. 26/2004, decisión sobre el fondo de 15 de junio 2005, párr. 34.

### 3.6. Motivos prohibidos de discriminación más allá de los expresamente enumerados en el artículo E

La expresión «**u otro estado**» significa que **no se trata de una lista exhaustiva**. Aunque **la discapacidad**<sup>68</sup> no figura explícitamente como un motivo prohibido de discriminación en virtud del artículo E, el Comité considera que está cubierta por la referencia a «otra condición».<sup>69</sup>

El Comité adoptó el mismo enfoque con respecto a los motivos de discriminación estrechamente vinculados entre sí y que constituyen una discriminación «superpuesta», «interseccional» o «múltiple», como situaciones en las que el efecto combinado del género, el estado de salud, el nivel socioeconómico y la ubicación territorial de las mujeres les impide tener un acceso efectivo a los servicios de aborto.<sup>70</sup>

- Sobre la **discriminación indirecta en el acceso a la atención de la maternidad** por motivos de género, etnia, ubicación geográfica y otras barreras, ver European Roma Rights Centre (ERRC) c. Bulgaria, denuncia núm. 151/2017, decisión sobre el fondo de 5 de diciembre de 2018, párrafos 85-86.
- Sobre la **discriminación indirecta en el acceso a las asignaciones familiares por motivos de edad y etnia**, ver Equal Rights Trust c. Bulgaria, denuncia núm. 121/2016, decisión sobre el fondo de 16 de octubre de 2018, párrafo 95.

En asuntos relacionados con **la discriminación en el empleo, no es necesario combinar el artículo 1.2 con el artículo E**, ya que el artículo 1.2 por sí solo prohíbe tal discriminación.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Sobre la discriminación por motivos de discapacidad y condición socioeconómica, véase Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) e Inclusión Europa c. Bélgica, denuncia núm. 141/2017, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, párr. 196.

<sup>69</sup> Asociación Autisme-Europe (AE) c. Francia, demanda núm. 13/2000, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003, párr. 51.

<sup>70</sup> Federación Internacional de Planificación de la Familia - Red Europea (IPPF EN) c. Italia, demanda núm. 87/2012, decisión sobre el fondo de 10 de septiembre de 2013, párr. 190-194.

<sup>71</sup> Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, demanda núm. 74/2011, decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2013, párr. 116-117.

La no discriminación **cae dentro del ámbito de algunas disposiciones de la Carta** (por ejemplo, cuestiones de igualdad de remuneración en virtud del artículo 4.3); en tales casos, **el Comité considera que no es necesario examinar si ha habido una violación separada del artículo E.**<sup>72</sup>

### 3.7. Alcance del artículo E

El principio de igualdad que subyace en el artículo E significa **tratar a los iguales por igual y a los desiguales de manera desigual.**<sup>73</sup> No solo las personas que se encuentran en la misma situación deben recibir el mismo trato y las personas cuyas situaciones ser tratadas de manera diferente, sino que todas las respuestas deben mostrar suficiente eficacia para asegurar la igualdad real y efectiva.<sup>74</sup> Los Estados Partes **no respetan la Carta cuando, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de manera diferente a personas cuyas situaciones son significativamente diferentes,**<sup>75</sup> la diferencia humana en una sociedad democrática no solo debe ser valorada positivamente sino que debe ser respondida con medidas que aseguren la igualdad real y efectiva.<sup>76</sup>

### 3.8. Comparabilidad, justificación, proporcionalidad

Los **Estados Partes disfrutan de un cierto margen de apreciación** al evaluar si, y en qué medida, las diferencias en situaciones similares justifican un tratamiento diferente en la ley, pero en última instancia, **corresponde al Comité decidir si la distinción se encuentra**

---

<sup>72</sup> Mujeres Universitarias de Europa (UWE) c. Bélgica, queja núm. 124/2016, decisión sobre el fondo de 6 de diciembre de 2019, párr. 109.

<sup>73</sup> Asociación Autisme-Europe (AE) c. Francia, demanda núm. 13/2000, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003, párr. 52.

<sup>74</sup> Equal Rights Trust c. Bulgaria, queja núm. 121/2016, decisión sobre el fondo de 16 de octubre de 2008, párr. 80.

<sup>75</sup> Asociación Autisme-Europe (AE) c. Francia, demanda núm. 13/2000, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003, párr. 52.

<sup>76</sup> Asociación Autisme-Europe (AE) c. Francia, queja núm. 13/2000, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003, párr. 52.

dentro de este margen de apreciación.<sup>77</sup>

En el caso de discriminación bajo el artículo E, **la carga de la prueba** no debe recaer completamente en la parte solicitante y debe ser objeto de un ajuste apropiado.<sup>78</sup>

### 3.9. El COVID-19 y el artículo E

Al diseñar e implementar nuevas medidas adicionales para garantizar una respuesta compatible con la Carta a los desafíos presentados por COVID-19, los Estados Partes deben tener debidamente en cuenta a todos los titulares de derechos sociales, prestando **especial atención y la prioridad adecuada a los grupos socialmente más vulnerables**.<sup>79</sup> Los Estados Partes deben garantizar que las medidas adoptadas en respuesta a la crisis, incluidas las medidas de política económica y social, no den lugar a discriminación ya sea directa o indirecta (según lo dispuesto en el artículo E de la Carta) en términos del disfrute de los derechos sociales.<sup>80</sup>

#### — Interpretación del concepto de «discriminación racial».

El Comité aplica a la Carta Revisada la interpretación de la discriminación racial establecida por la Corte en su sentencia **Timichev c. Rusia de 2005**, a saber, que la discriminación basada en el origen étnico real o percibido constituye una forma de discriminación racial y que ninguna diferencia de trato basada exclusiva o decisivamente en el origen étnico de una persona puede considerarse objetivamente justificada en una sociedad democrática contemporánea.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> Confederación Democrática del Trabajo Francesa (CFDT) c. Francia, denuncia núm. 50/2008, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre 2009, párr. 39.

<sup>78</sup> Mental Disability Advocacy Center (MDAC) c. Bulgaria, queja núm. 41/2007, decisión sobre el fondo de 3 de junio de 2008, párr. 52.

<sup>79</sup> Declaración sobre el COVID-19 y los derechos sociales adoptada el 24 de marzo de 2021.

<sup>80</sup> Declaración sobre el COVID-19 y los derechos sociales adoptada el 24 de marzo de 2021.

<sup>81</sup> Centro de Derechos y Expulsiones de Vivienda (COHRE) c. Italia, denuncia núm. 58/2009, decisión sobre el fondo de 25 de junio de 2010, párr. 37-40, 106, 117, 120-121, 129, 131, 138, 155-156.

- Obligación positiva de los Estados Partes de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud a través de la educación sexual y reproductiva no discriminatoria.

Adopción de la sentencia del Tribunal de **Folgerø y otros c. Noruega 2007**. El Comité afirma que los Estados Partes tienen la obligación positiva de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud mediante una **educación sexual y reproductiva no discriminatoria** que no perpetúe ni refuerce la exclusión social y la negación de la dignidad humana.<sup>82</sup>

Esta obligación tiene dos dimensiones: los niños no deben ser víctimas de discriminación en el acceso a dicha educación y no debe utilizarse como un medio para reforzar estereotipos, para perpetuar formas de desprecio que contribuyan a la exclusión social de los grupos tradicionalmente marginados u otras formas de prejuicios sociales que tienen el efecto de negar su dignidad humana.

---

<sup>82</sup> Centro Internacional para la Protección Legal de los Derechos Humanos (INTERIGHTS) c. Croacia, denuncia núm. 45/2007, decisión sobre el fondo de 30 de marzo de 2009, párr. 50 y 61.

## 4. Igualdad y no discriminación en derechos concretos

### 4.1. Artículo 1 de la CSE. Derecho al trabajo

Art. 1 Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida en un trabajo libremente elegido.

1§1 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen a aceptar como uno de sus principales objetivos y responsabilidades el logro y mantenimiento de un nivel de empleo tan alto y estable como sea posible, con miras a la consecución del pleno empleo.

1§2 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen a proteger eficazmente el derecho del trabajador a ganarse la vida en una ocupación a la que libremente haya accedido.

Anexo: Esta disposición no se interpretará en el sentido de prohibir o autorizar cualquier cláusula o práctica de seguridad sindical.<sup>83</sup>

El artículo 1.2 abarca **tres cuestiones diferentes**:

1. La **erradicación de todas las formas de discriminación en el empleo**. (La mayoría de los requisitos para el cumplimiento del artículo 1.2 en lo que respecta a la prohibición de discriminación por motivos de sexo se aplican a cualquier motivo de discriminación).<sup>84</sup>
2. La prohibición del trabajo forzoso.<sup>85</sup>
3. La prohibición de cualquier práctica que pueda interferir en el derecho de los

---

<sup>83</sup> Apéndice a la Carta Social Europea (revisada) (Serie de Tratados Europeos núm. 163).

<sup>84</sup> Conclusiones I (1969), declaración de interpretación del artículo 1.2; Conclusiones XVI-1 (2002), declaración de interpretación del artículo 1.2.

<sup>85</sup> Conclusiones I (1969), declaración de interpretación del artículo 1.2.

trabajadores a ganarse la vida en una profesión a la que hayan accedido libremente.<sup>86</sup>

El **artículo 1.2** está intrínsecamente **vinculado a otras disposiciones de la Carta**, en particular al **artículo 20** (derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación sin discriminación por motivos de sexo),<sup>87</sup> el **artículo 8.2** (derecho de mujeres empleadas a la protección de la maternidad), el **artículo 15.2** (derecho de las personas con discapacidad al empleo),<sup>88</sup> el **artículo 23** (derecho de las personas mayores a la protección social) y el **artículo 27** (derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a igualdad de oportunidades e igualdad de trato).

Cuando un Estado Parte ha aceptado estas disposiciones más específicas, la situación se examina en virtud de ellas en lugar del artículo 1.2.

Nos ocuparemos de examinar la doctrina del CEDS en la prohibición de todas las formas de discriminación en el empleo.

#### **4.1.1. Prohibición de toda forma de discriminación en el empleo**

El artículo 1.2 de la Carta Revisada exige a los Estados que la hayan aceptado **proteger de manera efectiva** el derecho de **los trabajadores a ganarse la vida en una ocupación libremente elegida**.<sup>89</sup> Esta obligación requiere, entre otras cosas, **la eliminación de todas las formas de discriminación** (directa o indirecta) en el empleo, **cualquiera que sea la naturaleza jurídica** de la relación profesional.<sup>90</sup>

La discriminación puede surgir ya sea por el **trato diferente** a personas en la **misma**

---

<sup>86</sup> Unione Generale Lavoratori - Federazione Nazionale Corpo Forestale dello Stato (UGL-CFS) y Sindicato Autonomo Polizia Ambientale Forestale (SAPAF) c. Italia, demanda núm. 143/2017, decisión sobre el fondo de 3 de julio de 2019, párr. 76.

<sup>87</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>88</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>89</sup> Syndicat National des Professions du Tourisme c. Francia, demanda núm. 6/1999, decisión sobre el fondo de 10 de octubre de 2000, párr. 24.

<sup>90</sup> Syndicat National des Professions du Tourisme c. Francia, demanda núm. 6/1999, decisión sobre el fondo de 10 de octubre de 2000, párr. 24; Conclusiones XVI-1 (2002), Islandia.

**situación** o por el **trato idéntico** a personas en **diferentes situaciones**.<sup>91</sup> Una diferencia de trato entre personas en situaciones comparables constituye una discriminación que infringe la Carta revisada si no persigue un fin legítimo y si no se basa en motivos objetivos y razonables.<sup>92</sup>

La **discriminación indirecta** también puede surgir al no tener en cuenta positivamente todas las diferencias relevantes o al no tomar las medidas adecuadas para garantizar que los **derechos y las ventajas colectivas que están disponibles para todos sean realmente accesibles** para todos.<sup>93</sup>

#### 4.1.2. Motivos de discriminación prohibidos

El Comité considera que, en virtud del artículo 1.2, la legislación debe prohibir la discriminación en el empleo por lo menos por motivos de **raza, origen étnico, religión, discapacidad, edad, orientación sexual y opinión política**.<sup>94</sup> Se puede brindar una **mayor protección** con respecto a **ciertos motivos**, como el **género** o la pertenencia a una **raza o grupo étnico**.<sup>95</sup>

Cuando un Estado parte haya aceptado el **artículo 15.2** de la Carta, el Comité examinará la legislación que prohíbe la **discriminación por motivos de discapacidad** en virtud de esta disposición en lugar del artículo 1.2.<sup>96</sup>

Las **restricciones al artículo 1.2** solo están permitidas si están prescritas por la ley, si cumplen una **finalidad legítima y si son necesarias en una sociedad democrática** para

---

<sup>91</sup> Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) c. Bélgica, queja núm. 62/2010, decisión sobre el fondo de 21 de marzo de 2012, párr. 49.

<sup>92</sup> Syndicat National des Professions du Tourisme c. Francia, demanda núm. 6/1999, decisión sobre el fondo de 10 de octubre de 2000, párr. 25.

<sup>93</sup> Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italia, demanda núm. 91/2013, decisión sobre el fondo de 12 de octubre de 2015, párr. 237.

<sup>94</sup> Conclusiones 2006, Albania.

<sup>95</sup> Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia.

<sup>96</sup> Conclusiones XVIII-1 (2006), Austria.

la protección de los derechos y libertades de los demás o para la protección del interés público, la seguridad nacional, la salud pública o la moral.<sup>97</sup>

#### **4.1.3. Discriminación de género**

Una **legislación nacional apropiada**, de conformidad con la Carta, es una **condición necesaria aunque insuficiente** para la **aplicación efectiva** de los principios de la Carta.<sup>98</sup> **No es suficiente prohibir** legalmente la discriminación entre mujeres y hombres en el acceso al empleo; también tiene que **ser eliminada** en la práctica.<sup>99</sup>

Las **restricciones a la admisión de mujeres en la escuela de policía** y la correspondiente exclusión de mujeres del 85 % de las funciones policiales constituyen una **discriminación directa** por razón de sexo que no se ha demostrado que sea necesaria en una sociedad democrática para proteger el interés público o la seguridad nacional o estar justificado por la naturaleza de las actividades en cuestión.<sup>100</sup>

#### **4.1.4. Discriminación por edad**

La **reducción del salario mínimo** de los trabajadores **menores de 25 años** puede dar lugar a un problema de discriminación por razón de edad.<sup>101</sup>

Si bien el trato menos favorable de los trabajadores más jóvenes puede estar diseñado **para hacer efectivo un objetivo legítimo de la política de empleo**, a saber, integrar a los trabajadores más jóvenes en el mercado laboral en un momento de grave crisis económica, **el alcance de la reducción del salario mínimo y la forma en que se aplica a todos los trabajadores menores de 25 años no debe ser desproporcionada**, incluso teniendo en

---

<sup>97</sup> Conclusiones 2006, Albania.

<sup>98</sup> Conclusiones XVI-1 (2003), Grecia.

<sup>99</sup> Conclusiones XVI-1 (2003), Grecia.

<sup>100</sup> Conclusiones XVI-1 (2003), Grecia.

<sup>101</sup> Confederación General de Trabajadores de Grecia (GSEE) c. Grecia, queja núm. 111/2014, decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, párr. 132.

cuenta circunstancias económicas particulares.<sup>102</sup>

#### 4.1.5. Discriminación por motivos de nacionalidad

El artículo 1.2 también exige que **los nacionales de los Estados Partes que no pertenezcan a la Unión Europea** o al Espacio Económico Europeo gocen de los mismos derechos que los **ciudadanos de la Unión Europea** con respecto a los trabajos **no afectados por el ejercicio de las prerrogativas estatales**.<sup>103</sup>

Los Estados Partes en la Carta pueden supeditar el acceso de los extranjeros al empleo en su territorio a la posesión de un **permiso de trabajo**, pero **no pueden prohibir a los nacionales de otros Estados Partes en la Carta**, en general, **ocupar puestos de trabajo por razones distintas de las establecidas en el artículo G** de la Carta.<sup>104</sup> Por lo tanto, los **únicos trabajos que pueden prohibirse** a los extranjeros son aquellos que **están intrínsecamente conectados con la protección del interés público o la seguridad nacional** y que implican el **ejercicio de la autoridad pública**.<sup>105</sup>

Una situación nacional no está en conformidad con el artículo 1.2 de la Carta donde la ley nacional requiere que un empleador despida antes a los trabajadores extranjeros cuando hace recortes de personal, ya que esto es discriminatorio.<sup>106</sup>

#### 4.1.6. Discriminación con respecto al trabajo atípico (duración determinada y tiempo parcial)

Deben existir **garantías legales** adecuadas **contra la discriminación** con respecto al **trabajo a tiempo parcial**.<sup>107</sup> En particular, deben existir normas para **evitar el trabajo no declarado** a través de las **horas extraordinarias**, y la **igualdad de remuneración**, en

---

<sup>102</sup> Confederación General de Trabajadores de Grecia (GSEE) c. Grecia, queja núm. 111/2014, decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, párr. 135.

<sup>103</sup> Conclusiones XVI-1 (2002), Austria.

<sup>104</sup> Conclusiones 2006, Albania.

<sup>105</sup> Conclusiones 2006, 2012, Albania.

<sup>106</sup> Conclusiones XVI-1 (2002), Austria.

<sup>107</sup> Conclusiones 2008, Albania.

todos sus aspectos, entre el trabajo a tiempo parcial y el tiempo completo.<sup>108</sup>

El recurso a **contratos de duración determinada** puede ser necesario para garantizar la flexibilidad en la adaptación de la fuerza laboral a las necesidades, particularmente en el **sector educativo**, que puede estar sujeto a fluctuaciones relacionadas con el número de inscripciones en los diferentes niveles de las escuelas en todo el país.<sup>109</sup> Sin embargo, considera que debe lograrse un **equilibrio adecuado entre la necesidad de flexibilidad y los derechos de los trabajadores** a ganarse la vida en una ocupación a la que hayan accedido libremente.<sup>110</sup> En particular, los contratos de trabajo de duración determinada **no deberían utilizarse para eludir normas más estrictas al empleo de duración indefinida**.<sup>111</sup> A tal efecto, debe haber garantías legales adecuadas que **impidan en la práctica el abuso** en contratos de trabajo de duración determinada sucesivos.<sup>112</sup>

La **mera duración del servicio** en virtud de contratos de trabajo de duración determinada **no implica necesariamente un derecho incondicional** y automático de acceso a **contratos de trabajo de duración indefinida, especialmente en el sector público**.<sup>113</sup> Sin embargo, cuando el servicio prestado en virtud de contratos de duración determinada **cumple la calidad de los estándares requeridos y es equivalente a la del personal reclutado bajo contratos de duración indefinida, la experiencia acumulada a través de contratos sucesivos, incluso con interrupciones, debe ser tenida en cuenta como un**

---

<sup>108</sup> Conclusiones 2008, Albania.

<sup>109</sup> Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, queja núm. 144/2017, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, párr. 112.

<sup>110</sup> Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, queja núm. 144/2017, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, párr. 113.

<sup>111</sup> Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, denuncia núm. 144/2017, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, párr. 113.

<sup>112</sup> Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, reclamación núm. 144/2017, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, párr. 113.

<sup>113</sup> Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, reclamación núm. 144/2017, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, párr. 114.

**criterio relevante para la contratación por concurso público.**<sup>114</sup>

El hecho de que los contratos de duración determinada en el sector público no puedan convertirse automáticamente en contratos de duración indefinida no puede considerarse en sí mismo contrario a la Carta, siempre que existan medidas eficaces para evitar los abusos derivados del recurso a los contratos de duración determinada y para proporcionar remedios efectivos en caso de tal abuso.<sup>115</sup>

#### 4.1.7. **Ámbito material**

Está prohibida la discriminación en relación con la contratación o con las condiciones de empleo en general (en particular, la remuneración, la formación, la promoción, el traslado y el despido u otras acciones lesivas).<sup>116</sup>

#### 4.1.8. **Medidas necesarias para garantizar la eficacia de la prohibición de la discriminación**

La legislación debe **prohibir tanto la discriminación directa como la indirecta.**<sup>117</sup>

Para dar cumplimiento al artículo 1.2, los Estados Partes deben tomar medidas legales para garantizar la efectividad de la prohibición de discriminación.<sup>118</sup> Estas medidas deben disponer al menos:

- **Que cualquier** disposición contraria al principio de igualdad de trato que aparezca

<sup>114</sup> Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, reclamación núm. 144/2017, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, párr. 114; 290 Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, demanda núm. 144/2017, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, párr. 102.

<sup>115</sup> Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, reclamación núm. 144/2017, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, párr. 114; 290 Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, demanda núm. 144/2017, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, párr. 102.

<sup>116</sup> Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia.

<sup>117</sup> Conclusiones XVIII-I (2006), Austria.

<sup>118</sup> Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia.

en los convenios colectivos, **en los** contratos de trabajo o **en los** reglamentos propios de las empresas puedan ser declarados nulos o rescindidos, derogados o modificados<sup>119</sup>

- **La noción de acciones efectivas, que abarca los procedimientos judiciales o administrativos disponibles en casos de alegaciones de discriminación, capaces de brindar restablecimiento e indemnización, así como sanciones adecuadas que la inspección del trabajo haga cumplir de manera efectiva.**<sup>120</sup>
  
- **En caso de violación de la prohibición de discriminación, sanciones que disuadan lo suficiente a los empleadores, así como una compensación adecuada proporcional al daño sufrido por la víctima. Sanciones adecuadas, proporcionadas y disuasorias.**<sup>121</sup> **La imposición de límites máximos predefinidos a la compensación que se puede otorgar no se ajusta a la Carta, ya que en ciertos casos pueden impedir que se concedan indemnizaciones que sean proporcionales a la pérdida sufrida y no suficientemente disuasorias para el empleador.**<sup>122</sup>
  
- **Protección contra el despido u otra acción de represalia por parte del empleador contra un empleado que haya presentado una denuncia o emprendido acciones legales.**<sup>123</sup>
  
- **Además, la legislación nacional debería disponer una inversión de la carga de la prueba a favor del empleado en caso de discriminación.**<sup>124</sup>

El Comité considera que las siguientes **medidas favorecen la plena eficacia** de los esfuerzos para **combatir la discriminación** de conformidad con el artículo 1.2 de la Carta:

---

<sup>119</sup> Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia.

<sup>120</sup> Conclusiones 2020, Chipre.

<sup>121</sup> Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia, y Conclusiones XVIII-I (2006), Austria.

<sup>122</sup> Conclusiones XVIII-I (2006), Austria.

<sup>123</sup> Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia.

<sup>124</sup> Syndicat de Défense des Fonctionnaires c. Francia, demanda núm. 73/2011, decisión sobre el fondo de 13 de septiembre de 2012, párr. 59.

- **Reconocimiento del derecho de los sindicatos a emprender acciones en casos de discriminación en el empleo, incluyendo acciones en representación de trabajadores individuales.**<sup>125</sup>
- **La posibilidad de acciones de conflicto colectivo por grupos con interés en obtener una sentencia que declare la infracción de la prohibición de discriminación.**<sup>126</sup>
- **La creación de un organismo especializado para promover, de forma independiente, la igualdad de trato, especialmente proporcionando a las víctimas de discriminación el apoyo que necesitan para emprender acciones judiciales.**<sup>127</sup>

La exclusión de personas de funciones por motivos de actividades políticas anteriores, ya sea en forma de denegación de contratación o destitución, está prohibida cuando no sea necesaria en el sentido del artículo G, ya que no se aplica únicamente a los servicios que tienen responsabilidades en el campo de la ley y el orden y la seguridad nacional o para funciones que impliquen tales responsabilidades.<sup>128</sup>

## **4.2. Artículo 8 de la CSE. Derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad**

La mujer trabajadora, en caso de maternidad, tiene derecho a una protección especial. Según el artículo 8.1, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a proporcionar licencias pagadas, prestaciones de la Seguridad Social adecuadas o beneficios de fondos

---

<sup>125</sup> Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia.

<sup>126</sup> Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia.

<sup>127</sup> Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia.

<sup>128</sup> Conclusiones 2006, Lituania, IV.2, art. 8 CSE. Derecho de la mujer trabajadora a la protección por maternidad.

públicos para que las trabajadoras disfruten de licencias antes y después del parto hasta un total de al menos catorce semanas.

El artículo 8.1 reconoce los derechos de las trabajadoras a la licencia de maternidad y a las prestaciones laborales:

#### **4.2.1. El derecho a la licencia de maternidad**

El derecho a una licencia de maternidad de **no menos de 14 semanas** en virtud de la Carta **debe estar garantizado por ley**.<sup>129</sup> Este derecho está diseñado tanto para otorgar **protección a las mujeres** empleadas en caso de maternidad como para reflejar **un interés más general en la salud pública**, es decir, la **salud de la madre y el niño**.<sup>130</sup> Debe garantizarse para todas las categorías de empleados<sup>131</sup> y la **licencia debe ser de maternidad y no de enfermedad**.

La legislación nacional, por un lado, **debe permitir a las mujeres el derecho a hacer uso de todo o parte** de su derecho reconocido a cesar en el trabajo por un período de al menos 14 semanas, permitiéndoles la libertad de elección mediante un esquema de beneficios fijado en una cantidad adecuada y, por otra parte, **obligar al empleador a respetar la libre elección** de la mujer.

La legislación nacional puede permitir que las mujeres **opten por un período más corto** de licencia por maternidad.<sup>132</sup> El requisito de **seis semanas de licencia posnatal es un medio para lograr la protección prevista en el artículo 8**.<sup>133</sup> Cuando la licencia obligatoria es inferior a seis semanas, los derechos garantizados por el artículo 8 pueden realizarse a través de la existencia de garantías legales adecuadas que protejan completamente el derecho de las mujeres empleadas a **elegir libremente cuándo regresar al trabajo después del parto**, en particular, un nivel adecuado de protección para las mujeres que han dado a luz recientemente y desean disfrutar de la licencia completa por maternidad

---

<sup>129</sup> Conclusiones III (1973), declaración de interpretación del artículo 8.1; Conclusiones XIX-4 (2011), declaración de interpretación del artículo 8.1; Conclusiones 2015, declaración de interpretación del artículo 8.1.

<sup>130</sup> Conclusiones XIX-4 (2011), declaración de interpretación del artículo 8.1.

<sup>131</sup> Conclusiones XV-2 (2001), observación sobre el artículo 8.1.

<sup>132</sup> Conclusiones XIX-4 (2011), declaración de interpretación del artículo 8.1.

<sup>133</sup> Conclusiones XIX-4 (2011), declaración de interpretación del artículo 8.1.

(por ejemplo, legislación contra la discriminación en el trabajo por motivos de género y responsabilidades familiares); un acuerdo entre los interlocutores sociales que proteja la libertad de elección de las mujeres interesadas, y el marco legal general en torno a la maternidad (por ejemplo, si existe un sistema de licencia parental en el que cualquiera de los padres pueda tomar una licencia paga al final de la licencia de maternidad).<sup>134</sup>

Para cumplir con el artículo 8.1, los Estados Partes deben asegurar que:

- **Existen garantías legales para evitar cualquier presión de los empleadores sobre las mujeres para que acorten su licencia de maternidad.**<sup>135</sup>
- **Existe un acuerdo con los agentes sociales sobre la licencia de maternidad que protege la libre elección de la mujer frente a presiones indebidas que las inciten a tomar menos de seis semanas de licencia posnatal;<sup>136</sup> los convenios colectivos ofrecen protección adicional.**<sup>137</sup>

#### 4.2.2. El derecho a las prestaciones de maternidad

De conformidad con el artículo 8.1 de la Carta, los Estados Partes garantizarán que **las mujeres trabajadoras reciban una compensación adecuada por la pérdida de ingresos durante el período de licencia por maternidad.**<sup>138</sup>

La **modalidad de compensación** está dentro del **margen de apreciación de los Estados Partes** y puede ser una **licencia pagada** (pago continuo del salario por parte del empleador), una **prestación de maternidad de la Seguridad Social**, cualquier prestación alternativa de fondos públicos o una combinación de tales compensaciones.<sup>139</sup>

<sup>134</sup> Conclusiones XIX-4 (2011), declaración de interpretación del artículo 8.1.

<sup>135</sup> Conclusiones XXI-4 (2019), Reino Unido.

<sup>136</sup> Conclusiones XXI-4 (2019), Reino Unido; Ucrania.

<sup>137</sup> Conclusiones XXI-4 (2019), Reino Unido.

<sup>138</sup> Conclusiones 2015, declaración de interpretación del artículo 8.1.

<sup>139</sup> Conclusiones 2015, declaración de interpretación del artículo 8.1.

Independientemente de la modalidad de pago, **el nivel deberá ser adecuado.**<sup>140</sup> No debe reducirse sustancialmente en comparación con el salario anterior, y **no debe ser inferior al 70 % de ese salario.**<sup>141</sup>

Además, **la tasa mínima de compensación no deberá caer por debajo del umbral de pobreza definido como el 50 % de la mediana de los ingresos equivalentes**, calculado sobre la base del valor del umbral de riesgo de pobreza de Eurostat.<sup>142</sup> Si la **prestación en cuestión se encuentra entre 40 y 50 % de la renta mediana equivalente**, se tendrán en cuenta otras prestaciones, incluidas las relativas a la previsión social o a la vivienda.<sup>143</sup> Sin embargo, **una tasa fijada en menos del 40 % de la renta mediana equivalente es manifiestamente inadecuada**, por lo que **combinarla con otras prestaciones** no puede suponer que la situación cumpla con el artículo 8.1.<sup>144</sup>

Para las trabajadoras con salarios altos, un **tope en el monto de la compensación** durante la licencia de maternidad **no es, en sí mismo, contrario** al artículo 8.1.<sup>145</sup> Se toman en cuenta varios elementos para evaluar la equidad de la reducción, como el límite superior para calcular la prestación, cómo se compara con los patrones salariales generales y el número de mujeres que reciben un salario por encima de este límite.<sup>146</sup>

El derecho a la compensación **puede estar sujeto a condiciones** de derecho tales como un **período mínimo de empleo o cotización.**<sup>147</sup> Sin embargo, tales condiciones **no serán excesivas**; en particular, **los períodos de calificación deben permitir algunas interrupciones en el registro de empleo.**<sup>148</sup> Un **período requerido de doce meses de cotización** al régimen de Seguridad Social antes del embarazo para tener derecho a las prestaciones de maternidad **no está de conformidad** con la Carta.<sup>149</sup>

---

<sup>140</sup> Conclusiones 2015, declaración de interpretación del artículo 8.1.

<sup>141</sup> Conclusiones 2015, declaración de interpretación del artículo 8.1.

<sup>142</sup> Conclusiones XVII-2 (2005), Letonia.

<sup>143</sup> Conclusiones XXI-4 (2019), Reino Unido.

<sup>144</sup> Conclusiones XXI-4 (2019), Reino Unido.

<sup>145</sup> Conclusiones 2015, declaración de interpretación del artículo 8.1.

<sup>146</sup> Conclusiones XV-2 (2001), Bélgica.

<sup>147</sup> Conclusiones 2015, declaración de interpretación del artículo 8.1.

<sup>148</sup> Conclusiones 2015, declaración de interpretación del artículo 8.1.

<sup>149</sup> Conclusiones 2019, Albania.

### 4.2.3. Protección frente al despido

Según el artículo 8.2, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a considerar ilegal que un empleador notifique a una mujer el despido durante el período desde el momento en que ella notifica a su empleador que está embarazada hasta el final de su licencia de maternidad, o para darle aviso de despido en un momento en que el aviso expiraría durante dicho período.

Apéndice: Esta disposición no se interpretará en el sentido de establecer una prohibición absoluta. Se podrían contemplar excepciones, por ejemplo, en los siguientes casos:

- A) Si una mujer empleada ha sido responsable de una infracción laboral que justifica la interrupción de la relación de empleo.
- B) Si la empresa en cuestión cesa su actividad.
- C) Si ha vencido el plazo previsto en el contrato de trabajo.<sup>150</sup>

### Prohibición de despido

El artículo 8.2 exige que **sea ilegal despedir a las empleadas desde el momento en que notifican al empleador su embarazo hasta el final de su licencia de maternidad.**<sup>151</sup>

El artículo 8.2 **se aplica por igual a** las mujeres con contratos de duración **determinada e indefinida.**<sup>152</sup>

La **notificación del despido**, por parte del empleador, **durante el período de protección no constituye como tal una violación** del artículo 8.2 siempre que el **período de notificación y cualquier procedimiento se suspendan hasta el final de la licencia.**<sup>153</sup>

<sup>150</sup> Apéndice de la Carta Social Europea (revisada) (Serie de Tratados Europeos núm. 163).

<sup>151</sup> Conclusiones XIII-4 (1996), declaración de interpretación del artículo 8.1.

<sup>152</sup> Conclusiones XIII-4 (1996), Austria.

<sup>153</sup> Conclusiones XIII-4 (1996), declaración de interpretación del artículo 8.2.

Las mismas reglas que rigen la suspensión del plazo de preaviso y los procedimientos deben aplicarse en caso de notificación de despido anterior al período de protección.<sup>154</sup> Sin embargo, **el despido** de una mujer embarazada no es contrario a esta disposición en el caso de **falta grave**, el **cese de las actividades de la empresa** o el **vencimiento de un contrato a plazo fijo**.<sup>155</sup> Estas excepciones se interpretan restrictivamente.<sup>156</sup>

**Despedir a una trabajadora durante la licencia de maternidad** por otros motivos, como un **despido colectivo**, **no es compatible con el artículo 8.2**.<sup>157</sup>

### **Reparación en caso de despido improcedente**

En casos de despido ilegal, la legislación interna debe prever acciones adecuadas y efectivas, y los trabajadores/as que consideren que sus derechos al respecto han sido vulnerados deben tener derecho a llevar su caso ante los tribunales.<sup>158</sup>

En caso de despido contrario a esta disposición, la reincorporación de la mujer debe ser la regla.<sup>159</sup> Excepcionalmente, si esto es imposible (por ejemplo, cuando la empresa cierra) o la mujer en cuestión no lo desea, debe garantizarse una compensación adecuada.<sup>160</sup> La compensación debe ser suficiente para disuadir al empleador y compensar a la trabajadora.<sup>161</sup> Se proscribe cualquier tope de compensación que pueda impedir que los daños sean proporcionales a la pérdida sufrida y suficientemente disuasorios.<sup>162</sup> Además, si hay un tope en la compensación por daño material, la víctima debe poder reclamar una indemnización ilimitada por daños morales a través de otras vías legales y los tribunales

---

<sup>154</sup> Conclusiones XIII-4 (1996), declaración de interpretación del artículo 8.2.

<sup>155</sup> Conclusiones X-2 (1990), España.

<sup>156</sup> Conclusiones XXI-4 (2019), España.

<sup>157</sup> Conclusiones XXI-4 (2019), España.

<sup>158</sup> Conclusiones XXI-4 (2019), España.

<sup>159</sup> Conclusiones 2005, Chipre; Conclusiones I (1969), declaración de interpretación del artículo 8.

<sup>160</sup> Conclusiones XXI-4 (2019), España.

<sup>161</sup> Conclusiones 2005, Chipre.

<sup>162</sup> Conclusiones 2011, declaración de interpretación del artículo 8.2 y el artículo 27.3.

competentes para otorgar este tipo de indemnizaciones deben decidir dentro de un plazo razonable.<sup>163</sup>

#### 4.2.4. Derecho al tiempo suficiente para la lactancia

Según el artículo 8.3, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a prever que las madres que estén amamantando a sus hijos tengan derecho a un tiempo libre suficiente para este fin.

**Todas las madres trabajadoras** (incluidas las empleadas domésticas y las mujeres que trabajan en el hogar) **que amamantan** a sus bebés **deben tener tiempo libre para este fin.**<sup>164</sup>

En principio, el tiempo libre para amamantar debería concederse **durante las horas de trabajo**, tratarse como **tiempo de trabajo normal y remunerarse como tal.**<sup>165</sup> Sin embargo, el **trabajo a tiempo parcial** puede considerarse suficiente si **la pérdida de ingresos se compensa con una prestación parental u otra prestación.**<sup>166</sup>

Se debe conceder tiempo libre para la lactancia por lo menos **hasta que el niño alcance la edad de nueve meses.**<sup>167</sup>

El Comité evalúa el cumplimiento de los Estados Partes con el artículo 8.3 caso por caso. Se ha determinado que **las siguientes medidas** cumplen con la Carta: **dos pausas de media hora** cuando el empleador proporciona **una guardería o una sala** para amamantar,<sup>168</sup> pausas diarias de **una hora**<sup>169</sup> y legislación que prevé **dos pausas diarias por un período de**

---

<sup>163</sup> Conclusiones 2011, declaración de interpretación del artículo 8.2 y el artículo 27.3.

<sup>164</sup> Conclusiones XVII-2 (2005), España.

<sup>165</sup> Conclusiones XIII-4 (1996), Países Bajos.

<sup>166</sup> Conclusiones 2005, Suecia.

<sup>167</sup> Conclusiones 2005, Chipre.

<sup>168</sup> Conclusiones I (1969), Italia.

<sup>169</sup> Conclusiones I (1969), Alemania.

un año para amamantar o derecho a **comenzar o dejar de trabajar antes**.<sup>170</sup>

#### **4.2.5. Regulación del trabajo nocturno**

Según el artículo 8.4, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a regular el empleo en el trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, las mujeres que han dado a luz recientemente y las mujeres que amamantan a sus hijos.

Este artículo requiere que los Estados Partes regulen el trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, las mujeres que han dado a luz recientemente y las mujeres que amamantan a sus hijos **a fin de limitar los efectos adversos sobre su salud**.

Para dar cumplimiento a esta disposición, los Estados Partes **no están obligados a dictar normas específicas** para las mujeres **si pueden demostrar la existencia de normas aplicables sin distinción** a los **trabajadores de ambos sexos**.<sup>171</sup>

**Los reglamentos deben:**

- **Permitir que los trabajadores nocturnos con responsabilidades familiares se transfieran a un trabajo diurno e impedir que los empleadores obliguen a dichos trabajadores a pasar al trabajo nocturno.**<sup>172</sup>
- **Establecer las condiciones para el trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, por ejemplo, horarios de trabajo prescritos, pausas, días de descanso tras períodos de trabajo nocturno, derecho a ser trasladado al trabajo diurno en caso de problemas de salud relacionados con el trabajo nocturno, etc.**<sup>173</sup>

A fin de garantizar la **no discriminación por razón de género**, durante el período de protección las empleadas **no podrán ser colocadas en una situación menos ventajosa cuando sea necesario un ajuste de sus condiciones de trabajo para garantizar el nivel**

---

<sup>170</sup> Conclusiones 2011, Francia.

<sup>171</sup> Conclusiones X-2 (1988), declaración de interpretación del artículo 8.4.

<sup>172</sup> Conclusiones 2003, Francia.

<sup>173</sup> Conclusiones X-2 (1988), declaración de interpretación del artículo 8.4.

**requerido de protección de la salud.**<sup>174</sup> En particular, en los casos en que las mujeres no puedan ser empleadas en su lugar de trabajo debido a problemas de salud y seguridad y, como resultado, sean transferidas a otro puesto o, si tal transferencia no fuera posible, se les conceda una licencia en su lugar. **Los Estados Partes deben garantizar que durante el período protegido tienen derecho a su salario anterior promedio** o reciben una prestación de la Seguridad Social correspondiente al **100 % de su salario promedio anterior.**<sup>175</sup> Además, las mujeres deben tener derecho a regresar a su empleo anterior.<sup>176</sup> Este derecho debe estar garantizado por la ley.<sup>177</sup>

#### **4.2.6. Prohibición de trabajos en minería subterránea, y otros peligrosos, insalubres o arduos**

De acuerdo con el artículo 8.5, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a prohibir el empleo de mujeres embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén amamantando a sus hijos en la minería subterránea, y todo otro trabajo que sea inadecuado por su naturaleza peligrosa, insalubre o ardua, y a tomar las medidas apropiadas para proteger los derechos laborales de estas mujeres.

El artículo 8.5 se aplica a todas las mujeres embarazadas, mujeres que han dado a luz recientemente o que están amamantando a su hijo, en un empleo remunerado.

Esta disposición prohíbe el empleo de mujeres embarazadas, mujeres que han dado a luz recientemente y mujeres que amamantan a sus hijos en trabajos subterráneos en las minas.<sup>178</sup> Esto se aplica al trabajo de extracción propiamente dicho, pero no a las mujeres que:

- **Ocupan puestos directivos y no realizan trabajos manuales.**
- **Trabajan en servicios de salud y bienestar.**

<sup>174</sup> Conclusiones 2019, declaración de interpretación del artículo 8.4 y 8.5.

<sup>175</sup> Conclusiones 2019, declaración de interpretación del artículo 8.4 y 8.5.

<sup>176</sup> Conclusiones 2019, declaración de interpretación del artículo 8.4 y 8.5.

<sup>177</sup> Conclusiones 2019, Albania.

<sup>178</sup> Conclusiones X-2 (1988), declaración de interpretación del artículo 8.5 (es decir, 8, apartado 4b) de la Carta de 1961.

- **Pasan breves períodos de entrenamiento en secciones subterráneas de minas.**<sup>179</sup>

Ciertas otras actividades peligrosas, como las que implican **exposición a plomo, benceno, radiación ionizante, altas temperaturas, vibraciones o agentes virales, deben prohibirse o reglamentarse estrictamente para el grupo de mujeres en cuestión**, según los riesgos que presente el trabajo.<sup>180</sup> La **legislación nacional debe garantizar un alto nivel de protección** contra todos los peligros conocidos para la salud y la seguridad de las mujeres que entran en el ámbito de aplicación de esta disposición.<sup>181</sup>

La legislación nacional debe **prever la reasignación de mujeres embarazadas o lactantes si su trabajo no es adecuado a su condición, sin pérdida de salario.**<sup>182</sup> Si esto no es posible, las mujeres deberían tener derecho a la licencia pagada o a la prestación del 100% de su salario promedio anterior.<sup>183</sup> El derecho de las empleadas a regresar a su empleo anterior al final de su período de maternidad o lactancia debe estar previsto por ley.<sup>184</sup>

### **4.3 Artículo 20 de la CSE. Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo**

Según el artículo 20, todos los trabajadores tienen derecho a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación sin discriminación por razón de sexo.

**Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de**

---

<sup>179</sup> Conclusiones X-2 (1990), declaración de interpretación del artículo 8.5 (es decir, 8, apartado 4b) de la Carta de 1961.

<sup>180</sup> Conclusiones 2019, Ucrania.

<sup>181</sup> Conclusiones 2003, Bulgaria.

<sup>182</sup> Conclusiones de 2019, declaración de interpretación del artículo 8.4 y 8.5.

<sup>183</sup> Conclusiones de 2019, declaración de interpretación del artículo 8.4 y 8.5.

<sup>184</sup> Conclusiones de 2019, Ucrania.

**oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación sin discriminación por razón de sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a tomar las medidas apropiadas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos:**

- A)** Acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción laboral.
- B)** Orientación, formación, readiestramiento y rehabilitación profesional.
- C)** Términos de empleo y condiciones de trabajo, incluida la remuneración.
- D)** Desarrollo de carrera, incluida la promoción.

## **Apéndice**

1. Se entiende que en materia de seguridad social, así como otras disposiciones relativas a la prestación por desempleo, la prestación de vejez y la prestación de supervivencia, podrán quedar excluidas del ámbito de aplicación de este artículo.<sup>185</sup>
2. Las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular en lo que respecta al embarazo, el parto y la etapa posnatal, no se considerarán discriminación a lo que se refiere este artículo.<sup>186</sup>
3. Este artículo no impedirá la adopción de medidas específicas destinadas a eliminar las desigualdades de hecho.<sup>187</sup> El sexo puede quedar excluido del ámbito de aplicación de este artículo o de algunas de sus disposiciones. Esta disposición no debe interpretarse en el sentido de obligar a las Partes a incorporar en leyes o reglamentos una lista de ocupaciones que, por su naturaleza o el contexto en el que se llevan a cabo, pueden estar reservadas a personas de un sexo determinado.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> Apéndice a la Carta Social Europea (revisada) (Serie de Tratados Europeos, núm. 163).

<sup>186</sup> Apéndice a la Carta Social Europea (revisada) (Serie de Tratados Europeos, núm. 163).

<sup>187</sup> Apéndice a la Carta Social Europea (revisada) (Serie de Tratados Europeos, núm. 163).

<sup>188</sup> Apéndice de la Carta Social Europea (revisada) (Serie de Tratados Europeos, núm. 163).

### 4.3.1. Igualdad en el trabajo y en materia de seguridad social

#### Definiciones y alcance

El artículo 20 garantiza el derecho a la **igualdad de oportunidades e igualdad de trato** en el ámbito del **empleo y la ocupación, sin discriminación** por razón de sexo.<sup>189</sup>

La aceptación del artículo 20 implica las siguientes obligaciones para los Estados Partes:

- Promulgar este derecho **en la legislación**.<sup>190</sup>
- **Tomar** medidas legales destinadas a asegurar la efectividad **de este derecho**.<sup>191</sup> **En este sentido, tales medidas deben prever la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos y contratos individuales que sean contrarias al principio; así como para procedimientos adecuados de apelación cuando el derecho ha sido violado y para la protección efectiva de los trabajadores contra cualquier medida de represalia (despido u otras) tomadas como resultado de su demanda para disfrutar del derecho.**<sup>192</sup>
- **La obligación de** definir una política activa **y de tomar** medidas prácticas **para** implementarla.<sup>193</sup>

Para los Estados Partes que han aceptado tanto **el artículo 1.2** como el **artículo 20**, el **Comité examina en este último el marco general para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres** (igualdad de derechos, medidas específicas de protección, situación de la mujer en el empleo y planes de formación, medidas para promover la igualdad de

---

<sup>189</sup> Conclusiones XIII-3 (1995), declaración de interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>190</sup> Conclusiones XIII-3 (1995), declaración de interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>191</sup> Conclusiones XIII-3 (1995), declaración de interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>192</sup> Conclusiones XIII-3 (1995), declaración de interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>193</sup> Conclusiones XIII-3 (1995), declaración de interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional.

oportunidades).<sup>194</sup> Como resultado, no trata específicamente la discriminación basada en el sexo en virtud del artículo 1.2 con respecto a esos Estados Partes.<sup>195</sup>

## Obligaciones de garantizar el derecho a igual salario por igual trabajo o trabajo de igual valor

### Marco legal

El derecho de mujeres y hombres a la igualdad **debe estar garantizado por la ley**. La Carta requiere que los Estados Partes no solo prevean la igualdad de trato, sino también que protejan a mujeres y hombres de la discriminación en el empleo y la formación.<sup>196</sup> Esto significa que están obligados a promulgar una **legislación suficientemente detallada que imponga explícitamente la igualdad de trato en todos los aspectos**.<sup>197</sup> La **prohibición general** de todas las formas de discriminación **en la Constitución no es suficiente**.<sup>198</sup>

Cualquier **legislación, reglamento u otra medida administrativa** que incumpla el principio de igualdad debe **derogarse o revocarse**.<sup>199</sup> La no aplicación de legislación discriminatoria no es suficiente para que una situación se considere conforme a la Carta.<sup>200</sup> Debe ser posible dejar sin efecto, retirar, derogar o modificar cualquier disposición de los convenios colectivos, contratos de trabajo o reglamentos internos de las empresas que sean incompatibles con el principio de igualdad de trato.<sup>201</sup>

---

<sup>194</sup> Conclusiones 2002, declaración de interpretación de los artículos 1.2, y 20.

<sup>195</sup> Conclusiones 2002, declaración de interpretación del artículo 20.

<sup>196</sup> Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba), artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>197</sup> Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba), artículo 1 del Protocolo Adicional, <sup>197</sup> Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba), artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>198</sup> Mujeres Universitarias de Europa (UWE) c. Bulgaria, queja núm. 125/2016, decisión sobre el fondo de 6 de diciembre de 2019, párr. 131.

<sup>199</sup> Mujeres Universitarias de Europa (UWE) c. Bulgaria, queja núm. 125/2016, decisión sobre el fondo de 6 de diciembre de 2019, párr. 131.

<sup>200</sup> Mujeres Universitarias de Europa (UWE) c. Bulgaria, reclamo núm. 125/2016, decisión sobre el fondo de 6 de diciembre de 2019, párr. 131.

<sup>201</sup> Conclusiones XV-2 (2001) Addendum, República Eslovaca, artículo 1 del Protocolo Adicional.

El Comité considera **aconsejable** que los Estados Partes introduzcan **medidas que puedan disuadir a los empleadores** de aplicar, incluso inadvertidamente, cláusulas que son nulas y sin efecto. Debe darse la posibilidad de que un tribunal declare esta nulidad mediante una decisión aplicable *erga omnes*, la introducción de un derecho específico de los sindicatos a emprender acciones legales en estos asuntos, incluido el derecho a actuar como coadyuvantes en litigios individuales, o la posibilidad de acción de clase por parte de las personas en cuyo interés sería que se declarara esta nulidad.<sup>202</sup>

El derecho a la **igualdad de remuneración** sin discriminación por motivos de sexo también está **garantizado por el artículo 4.3** y, por lo tanto, la cuestión también se examina bajo esta disposición para los Estados Partes que han aceptado únicamente este artículo.<sup>203</sup>

#### **4.3.2. Igualdad de oportunidades y medidas positivas**

Los Estados Partes deben tomar **medidas prácticas para promover la igualdad** de oportunidades mediante la eliminación de las desigualdades *de facto* que afectan las posibilidades de mujeres y hombres.<sup>204</sup> La eliminación de las disposiciones potencialmente discriminatorias que protegen a las mujeres debe, por lo tanto, ir acompañada de **medidas para promover el empleo de calidad** para estas.<sup>205</sup>

La **incorporación de la perspectiva de género** debería formar parte de una **estrategia** que abarque **todos los aspectos del mercado laboral**, incluidos **la remuneración, el desarrollo profesional y el reconocimiento ocupacional**, y que se extienda al **sistema educativo**.<sup>206</sup>

Las **medidas apropiadas** incluyen:

- **Adoptar e implementar** planes de acción nacionales para la igualdad de

---

<sup>202</sup> Conclusiones XV-2 (2001) Addendum, República Eslovaca, artículo 1 del Protocolo Adicional y Conclusiones 2002, declaración de interpretación de los artículos 1.2, y 20.

<sup>203</sup> Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba), artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>204</sup> Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba), artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>205</sup> Conclusiones XVII-2 (2005), Grecia, artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>206</sup> Conclusiones 2016, Bosnia y Herzegovina.

**oportunidades.**<sup>207</sup>

- **Exigir a las empresas individuales que elaboren planes empresariales para garantizar una mayor igualdad entre mujeres y hombres.**<sup>208</sup>
- **Alentar a los empleadores y trabajadores a abordar las cuestiones de igualdad en los convenios colectivos.**<sup>209</sup>
- **Dar más importancia a la igualdad entre mujeres y hombres en los planes de acción nacionales para el empleo.**<sup>210</sup>

Las **medidas específicas de protección** relacionadas con el **embarazo, el parto y el período posnatal** se examinan generalmente en el marco del **artículo 8.4** de la Carta.<sup>211</sup>

#### **4.3.3. Obligaciones de promover el derecho a la igualdad de remuneración**

Según los artículos 4.3 y 20 de la Carta, el **concepto de remuneración** debe cubrir **todos los elementos del salario**, es decir, el salario básico y todos los demás beneficios pagados directa o indirectamente en efectivo o en especie por el empleador al trabajador en razón del empleo de este último.<sup>212</sup>

Para garantizar y promover la igualdad salarial, **es crucial recopilar estadísticas salariales** de alta calidad **desglosadas por género**, así como **estadísticas sobre el número y el tipo de casos de discriminación salarial.**<sup>213</sup> La recopilación de dichos datos aumenta la transparencia salarial a niveles agregados y en última instancia, descubre los

<sup>207</sup> Conclusiones 2016, Bosnia y Herzegovina.

<sup>208</sup> Conclusiones 2016, Bosnia y Herzegovina.

<sup>209</sup> Conclusiones 2016, Bosnia y Herzegovina.

<sup>210</sup> Conclusiones XVII-2 (2005), Grecia, artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>211</sup> Conclusiones 2020, Macedonia del Norte, citando Mujeres Universitarias de Europa (UWE) c. Francia, reclamación núm. 130/2016, decisión sobre el fondo de 5 de diciembre de 2019, párr. 163.

<sup>212</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>213</sup> Conclusiones 2020, Albania.

casos de desigualdad salarial y, por lo tanto, la brecha salarial de género.<sup>214</sup> **La brecha salarial de género** es uno de los **indicadores más ampliamente aceptados** de las diferencias salariales que **persisten para hombres** y mujeres que realizan trabajos que son iguales o de igual valor.<sup>215</sup> Además de la brecha salarial global (sin ajustar y ajustada), el Comité tendrá en cuenta, en su caso, **datos más específicos** sobre la **brecha salarial** de género por **sectores**, por **ocupaciones**, por **edad**, por **nivel educativo**, etc.<sup>216</sup>

El Comité considera además que los Estados Partes tienen la obligación de analizar las causas de la brecha salarial de género con miras a diseñar políticas efectivas dirigidas a reducirla.<sup>217</sup> La falta de avances mensurables en la reducción de la brecha salarial de género es contraria al artículo 20.<sup>218</sup>

#### **4.3.4. Transparencia salarial y comparaciones laborales**

La transparencia salarial es **fundamental para la aplicación efectiva del principio de igual salario por trabajo de igual valor**.<sup>219</sup> La transparencia **contribuye a identificar los sesgos** y la discriminación de género y facilita la **adopción de medidas correctivas** por parte de los trabajadores y empleadores y sus organizaciones, así como por parte de las autoridades competentes.<sup>220</sup> Los Estados deberían tomar medidas de acuerdo con las condiciones y tradiciones nacionales con miras a **garantizar una adecuada transparencia salarial en la práctica**, incluidas medidas como las destacadas en la **Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014** sobre el fortalecimiento del principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres a través de la transparencia, en particular la obligación de los empleadores de informar periódicamente sobre los salarios y producir datos desglosados por género.<sup>221</sup> El Comité considera tales medidas como

---

<sup>214</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>215</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>216</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>217</sup> Conclusiones 2020, Andorra.

<sup>218</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>219</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>220</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>221</sup> Conclusiones 2012, declaración de interpretación del artículo 20.

indicadores del cumplimiento de la Carta a este respecto.<sup>222</sup>

Según el **artículo 20**, la igualdad de trato entre mujeres y hombres **incluye** la cuestión de la **igualdad de remuneración por trabajo de igual valor**.<sup>223</sup> Por lo general, **las comparaciones** de remuneración se realizan entre **personas dentro de la misma empresa**.<sup>224</sup> Sin embargo, **puede haber situaciones** en las que, para ser significativa, esta comparación solo puede **hacerse entre empresas**.<sup>225</sup> Por lo tanto, el artículo 20 requiere que sea **posible hacer comparaciones salariales entre estas**.<sup>226</sup>

Como mínimo, la legislación debe **exigir comparaciones salariales entre empresas** en una o más de las siguientes situaciones:

- **Casos en que** las normas legales **se aplican a las condiciones laborales y salariales** en más de una empresa.<sup>227</sup>
- **Casos en los que** varias empresas están bajo un convenio colectivo **de trabajo o reglamentos que rigen los términos y condiciones de empleo**.<sup>228</sup>
- **Casos en los que los términos y condiciones de empleo se establecen centralmente para más de una empresa dentro de un *holding* o grupo**.<sup>229</sup>

Para **establecer si el trabajo realizado es igual o de igual valor**, deben tenerse en cuenta factores tales como la **naturaleza de las tareas** o las **habilidades**, así como los **requisitos educativos y de capacitación** que sean necesarios, ya sea a través de la legislación o la jurisprudencia.<sup>230</sup> En este sentido, se deben **promover los sistemas de clasificación y evaluación de puestos** y, **cuando** se utilicen, deben **basarse en criterios neutrales al**

<sup>222</sup> Conclusiones 2012, declaración de interpretación del artículo 20.

<sup>223</sup> Conclusiones 2012, declaración de interpretación del artículo 20.

<sup>224</sup> Conclusiones 2012, declaración de interpretación del artículo 20.

<sup>225</sup> Conclusiones 2012, declaración de interpretación del artículo 20.

<sup>226</sup> Conclusiones 2012, declaración de interpretación del artículo 20.

<sup>227</sup> Conclusiones 2012, declaración de interpretación del artículo 20.

<sup>228</sup> Conclusiones 2012, declaración de interpretación del artículo 20.

<sup>229</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>230</sup> Conclusiones 2020, Albania.

**género y que no den lugar a discriminación indirecta.**<sup>231</sup>

En casos de litigio por igualdad de remuneración, la legislación debería permitir comparaciones de remuneración entre empresas solo cuando las diferencias de remuneración puedan atribuirse a una sola fuente.<sup>232</sup> Por ejemplo, el Comité ha considerado que la situación cumplía con este principio cuando, en casos de igualdad de remuneración, se puede hacer una **comparación con un trabajador típico (alguien en un trabajo comparable) en otra empresa**, siempre que las **diferencias de pago** se puedan atribuir a una sola fuente o cuando la comparación de salarios sea posible para los empleados que trabajan en una unidad compuesta por personas que están legalmente en situaciones diferentes si la remuneración está fijada por un convenio colectivo aplicable a todas las entidades de la unidad.<sup>233</sup>

#### **4.3.5. Tutela judicial**

La legislación nacional debe prever **acciones apropiadas y efectivas en caso de presunta discriminación salarial.**<sup>234</sup> Los trabajadores que aleguen haber sufrido discriminación deben poder llevar su caso ante los tribunales.<sup>235</sup> Se debe garantizar el **acceso efectivo a los tribunales** para las víctimas de discriminación salarial.<sup>236</sup> Por lo tanto, los procedimientos deben ser **asequibles y oportunos.**<sup>237</sup>

Es probable que la ausencia o el bajo número de casos de discriminación salarial presentados ante los tribunales indiquen la falta de un marco legal apropiado, la falta de conocimiento de los derechos, la falta de confianza en los recursos legales disponibles o la ausencia de tales recursos, la falta de prácticas de acceso a procedimientos o el temor a

---

<sup>231</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>232</sup> Conclusiones 2016, Bosnia y Herzegovina.

<sup>233</sup> Conclusiones 2016, Bosnia y Herzegovina, citando las Conclusiones 2012, Países Bajos; y Conclusiones 2014, Francia, artículo 4.3.

<sup>234</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>235</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>236</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>237</sup> Conclusiones 2020, Albania.

represalias.<sup>238</sup>

El **Comité evalúa el cumplimiento del artículo 20** con respecto al acceso a recursos efectivos sobre **la base de los siguientes indicadores:**

- **El número de casos de discriminación salarial de género presentados ante los tribunales con información específica sobre su resultado y las sanciones impuestas a los patrones.**<sup>239</sup>
- **Si existe un límite superior en el monto de la compensación que se puede otorgar en el caso de discriminación salarial de género.**<sup>240</sup>
- **Si se imponen sanciones a los empleadores en caso de discriminación salarial.**<sup>241</sup>
- **Qué normas se aplican en casos de despido como represalia que implican litigios por igualdad salarial.**<sup>242</sup>
- **Ejemplos de indemnizaciones otorgadas por los tribunales en casos de discriminación salarial por motivos de género.**<sup>243</sup>

#### 4.3.6. Carga de la prueba

El artículo 20 de la Carta implica una **modificación de la carga de la prueba a favor de los trabajadores que crean haber sido víctimas de una medida discriminatoria.**<sup>244</sup> La inversión de la carga de la prueba **consiste en asegurar que cuando una persona cree haber sufrido discriminación por motivos de sexo y establece hechos que hacen**

<sup>238</sup> Conclusiones 2020, Georgia.

<sup>239</sup> Conclusiones XXII-1 (2020), Croacia.

<sup>240</sup> Conclusiones XXII-1 (2020), Croacia.

<sup>241</sup> Conclusiones XXII-1 (2020), Croacia.

<sup>242</sup> Conclusiones XXII-1 (2020), Croacia.

<sup>243</sup> Conclusiones XXII-1 (2020), Croacia.

<sup>244</sup> Conclusiones 2004, Rumania.

**razonable suponer que se ha producido discriminación, corresponde al demandado probar** que la aparente discriminación se debe a factores objetivos que no están relacionados con ninguna discriminación por motivos de sexo y, por lo tanto, no constituye ninguna contravención del principio de igualdad de trato.<sup>245</sup>

Por analogía con la jurisprudencia en relación con el artículo 1.2, deben adoptarse **otras medidas legales** para hacer **plenamente efectiva la tutela judicial**, como **autorizar a los sindicatos y otros organismos a emprender acciones** en casos de discriminación en el empleo, incluidos la acción en nombre de las personas<sup>246</sup> o la creación de **un organismo independiente** para promover la igualdad de trato y brindar asistencia legal a las víctimas.

#### **4.3.7. Compensación adecuada**

Los Estados Partes deben garantizar por medio de la legislación que existan **garantías adecuadas contra la discriminación y las medidas de represalia**.<sup>247</sup> La legislación debe prever la **restitución de la situación** de que se trate (en caso de despido, reincorporación) y la **compensación por cualquier pérdida financiera** sufrida durante **el período intermedio**.<sup>248</sup>

Toda persona que sufra **discriminación salarial por motivos de género** debe tener derecho a una **indemnización adecuada**.<sup>249</sup> A este respecto, el Comité hace una **distinción** entre **la indemnización** que se otorga en casos de reclamaciones exitosas por desigualdad salarial y **la indemnización por despido** que se otorga en caso de **despido como represalia, incluso** cuando estos últimos son el resultado de reclamaciones de igualdad

---

<sup>245</sup> Conclusiones XIII-5 (1997), declaración de interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>246</sup> Conclusiones XIII-5 (1997), declaración de interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>247</sup> Conclusiones XIII-5 (1997), declaración de interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>248</sup> Conclusiones XIII-5 (1997), declaración de interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>249</sup> Conclusiones 2020, Andorra.

salarial.<sup>250</sup> En el **primer caso, la ley no puede establecer un tope.**<sup>251</sup> En el segundo, se **permite un tope legal** solo si tiene una **entidad suficiente** para **reparar el daño** sufrido por la víctima y para **resultar disuasorio** para el responsable.<sup>252</sup>

«**Compensación adecuada**» significa:

- Reincorporar o conservar el empleo **y una** indemnización por cualquier daño material sufrido **en el caso** de despido improcedente o nulo.<sup>253</sup>
- **Conceder una** indemnización proporcional al daño sufrido, **es decir, para cubrir el daño material y moral, cuando** el trabajador despedido no desee reincorporarse o la continuación de la relación **laboral sea** imposible.<sup>254</sup>
- **En todos los demás casos,** poner fin a la discriminación **y conceder una** indemnización proporcional **al** daño material y moral **sufrido.**<sup>255</sup>

#### 4.3.8. Protección contra represalias

Debe prohibirse el despido como represalia en casos de discriminación salarial.<sup>256</sup> Los empleados que intentan hacer valer su derecho a la igualdad deben estar legalmente protegidos contra cualquier forma de represalia por parte de sus empleadores, incluidos no solo el despido, sino también la degradación, cambios en las condiciones de trabajo, etc.<sup>257</sup>

<sup>250</sup> Conclusiones 2020, Andorra.

<sup>251</sup> Conclusiones 2020, Andorra.

<sup>252</sup> Conclusiones 2020, Andorra.

<sup>253</sup> Conclusiones XVII-2 (2005), Finlandia, artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>254</sup> Conclusiones XVII-2 (2005), Finlandia, artículo 1 del Protocolo Adicional; ver también Conclusiones XIII-5 (1997), declaración de interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>255</sup> Conclusiones XVII-2 (2005), Finlandia, artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>256</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>257</sup> Conclusiones 2020, Chipre; véase también las Conclusiones XIII-5 (1997), declaración de interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional.

Cuando un trabajador sea despedido por haber reclamado igualdad de remuneración, el trabajador debe poder presentar una **demanda por despido nulo**.<sup>258</sup> En este caso, el **empleador debe reintegrarlo** en el mismo puesto o en uno similar.<sup>259</sup> Si la **reincorporación no es posible**, el empleador debe **pagar una indemnización**, que debe ser suficiente para **compensar al trabajador** (es decir, cubrir los daños materiales y morales) y **disuadir al empleador**.<sup>260</sup>

#### 4.3.9. Acceso a determinadas ocupaciones

**Excepcionalmente** y con sujeción a una **interpretación estricta, determinados trabajos y actividades profesionales** podrán **limitarse a personas de un mismo sexo**, si ello se debe a la **naturaleza de dichos trabajos y actividades** o al contexto y condiciones en que se realizan. Tal limitación solo puede ser conforme con respecto a trabajos o actividades donde el **género constituye un requisito ocupacional genuino** (anexo al artículo 20.4).<sup>261</sup>

Al determinar si, debido a las condiciones en que se llevan a cabo las **actividades policiales**, el sexo constituye un factor decisivo en la policía, el ejército, etc., los Estados Partes podrán tener en cuenta los requisitos **relacionados con el orden público o la seguridad nacional** siempre que estén prescritos por ley, persigan un fin legítimo y sean necesarios en una sociedad democrática (artículo G).<sup>262</sup> Como toda medida que deroga los derechos garantizados por la Carta, **la excepción debe interpretarse restrictivamente y no exceder el fin legítimamente perseguido**.<sup>263</sup>

#### 4.3.10. Medidas específicas de protección

De acuerdo con el apéndice del artículo 20.1, **las disposiciones relativas a la protección**

---

<sup>258</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>259</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>260</sup> Conclusiones 2020, Albania.

<sup>261</sup> Anexo a la Carta Social Europea (revisada) (Serie de Tratados Europeos, núm. 163).

<sup>262</sup> Conclusiones XVI-2 (2004), Grecia, artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>263</sup> Conclusiones XVI-2 (2004), Grecia, artículo 1 del Protocolo Adicional.

**de la mujer no se consideran discriminación.** Tales disposiciones deben estar **objetivamente justificadas por necesidades que atañen exclusivamente a la mujer**, como las relativas a la **maternidad (embarazo, parto y puerperio)**. Estos derechos particulares también están garantizados por el **artículo 8 de la Carta** (derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad).

**Prohibir a las mujeres realizar trabajos nocturnos o minería subterránea** mientras se autoriza a los hombres a hacerlo **es contrario al principio de igualdad de trato.**<sup>264</sup>

Las **medidas de protección específicas** se examinan en virtud de los **artículos 8 y 27** de la Carta.<sup>265</sup>

#### 4.3.11. Seguridad social

El artículo 20 garantiza la **igualdad de trato con respecto a la seguridad social.**<sup>266</sup> Sin embargo, el **apéndice autoriza a los Estados**, cuando ratifiquen la Carta o acepten el artículo 20, a **hacer una declaración excluyendo** los asuntos de seguridad social del ámbito del artículo 20.<sup>267</sup> La igualdad de trato en materia de seguridad social implica la **ausencia de cualquier discriminación por razón de sexo**, en particular en cuanto al **alcance de los regímenes**, las **condiciones de acceso** a los mismos, **el cálculo de las prestaciones** y la **duración del derecho** a se refiere a los beneficios.<sup>268</sup>

La discriminación que infringe la Carta está constituida por **una diferencia de trato entre personas en situaciones comparables que no persigue un fin legítimo y no se basa en motivos objetivos y razonables.**<sup>269</sup>

---

<sup>264</sup> Conclusiones 2012, Bosnia y Herzegovina; Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba), artículo 1 del Protocolo Adicional.

<sup>265</sup> 2106 Conclusiones 2012, Georgia.

<sup>266</sup> Conclusiones 2002, Italia.

<sup>267</sup> Conclusiones 2002, Italia.

<sup>268</sup> Conclusiones 2012, Federación Rusa.

<sup>269</sup> Syndicat National des Professions du Tourisme c. Francia, semana núm. 6/1999, decisión sobre el fondo de 10 de octubre de 2000, párrafo 25.

**ANEXO JURISPRUDENCIAL**

# **Aplicabilidad directa de la CSE en la doctrina reciente del TS**

**STS 28/03/2022. RCU 471/2020. Ponente:**

Excmo. Sr. Antonio V. Sempere Navarro

**STS 11/05/2022. RCU 421/2022. Ponente:**

Excma. Sra. María Luz García Paredes

**Contrato indefinido de apoyo a emprendedores:** El periodo de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores y el desistimiento empresarial acorde con esa funcionalidad específica poseen naturaleza especial, siendo inaplicable la construcción común, por lo que su extinción una vez transcurrido el tiempo máximo de su duración ordinaria no es subsumible en el art. 49.1b) ET, debiendo observarse el plazo de preaviso contemplado en el art. 53.1.c) ET por analogía entre la causa por la que se admite el desistimiento empresarial y el despido objetivo, por cuanto si se exige preaviso para la dimisión del trabajador también ha de aplicarse al desistimiento cuando el período de prueba se extiende más allá del adecuado para su genuina finalidad, en atención a su propia validez constitucional basada en su funcionalidad diversa de la genuina del período de prueba lo que exige una contraprestación analógica y concordancia con el plazo de preaviso «razonable» contemplado en la Carta Social Europea.

## **Incidencia de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436, 1821)**

Descartada la oposición del contrato de apoyo a emprendedores y de su periodo de prueba anual tanto a la Constitución cuanto al derecho de la Unión Europea (como hemos expuesto), hemos de advertir que tampoco cabe hablar de oposición a la CSE por parte de ambas figuras. Lo único que está en juego, sin que ello minimice la enjundia de la cuestión,

es si sería exigible un plazo de preaviso razonable cuando el empleador desiste del contrato en casos como el presente.

## 1. La norma cuya infracción se denuncia

- A)** La Carta Social Europea (RCL 1980, 1436) (CSE) fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980, mediante Instrumento de 29 de abril (BOE 26 junio 1980), y entró en vigor para nuestro país el 5 de junio de ese mismo año.

La parte II de la CSE contiene un rico contenido de derechos laborales y sociales, introducidos por la regla general conforme a la cual «las Partes Contratantes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en la parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes». Dentro de esa parte II se encuentra el artículo 4.º, sobre derecho a una remuneración equitativa; como una de sus manifestaciones, los Estados se comprometen «a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación de la relación laboral» (apartado 4). El citado artículo cuarto finaliza disponiendo que «el ejercicio de estos derechos deberá asegurarse mediante convenios colectivos libremente concluidos, por los medios legales de fijación de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales». Asimismo, en el anexo se advierte que el artículo 4.4 «se interpretará en el sentido de que no prohíbe un despido inmediato en caso de infracción grave». La ratificación española a la CSE originaria no contiene reserva alguna sobre ese artículo.

- B)** La Carta Social Europea (revisada) se abrió a la firma el 3 de mayo 1996 y entró en vigor el 1 de julio de 1999. España la firmó el 23 de octubre de 2000, pero la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación española llevó a posponer su ratificación hasta el 29 de abril de 2021 (BOE 11 junio 2021). En el BOE de 8 de junio de 2021 aparece asimismo el Instrumento Internacional ratificando el Protocolo Adicional estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas. La CSE revisada y el Protocolo entraron en vigor el 1 de julio de 2021.

En la parte V de la CSE (revisada) se prescribe que «las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas».

- C)** Las dos reseñadas cuestiones (sistema de reclamaciones colectivas; declaración de la parte V) son inaplicables, por razones cronológicas a nuestro caso, dado que el desistimiento impugnado acaece el 30 de enero de 2019.

Pero no debe olvidarse que tanto las previsiones constitucionales (art. 96) cuanto las reglas sobre la Ley 25/2014, de 27 de noviembre (RCL 2014, 1579), de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, muestran que «los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes» (art. 30.1).

- D)** Por otro lado, la jurisprudencia constitucional viene entendiendo que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. El análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional [SSTC 10/2019 (RTC 2019, 10) (FJ 4), 23/2019 (FJ 2), 35/2019 (RTC 2019, 35) (FJ 2), 36/2019 (RTC 2019, 36) (FJ 2), 80/2019 (FJ 3) y 87/2019 (RTC 2019, 87)].

- E)** Puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de derecho privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias.

## **2. Virtualidad del artículo 4.4 de la CSE**

Debemos recordar que, en el momento de producirse la terminación del contrato de trabajo

de la recurrente, la CSE reconocía «el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo»; que el ejercicio de tal derecho debe asegurarse mediante convenios colectivos «o mediante cualquier otro procedimiento adecuado»; que no es posible reconducir el desistimiento enjuiciado a la categoría habitualmente activada; que no hay una regulación específica de tal negocio jurídico en el contrato de apoyo a emprendedores.

No siendo **adecuado trasladar al caso el régimen común del desistimiento durante el periodo de prueba, la previsión del artículo. 4.4 de la CSE actúa como un resorte interpretativo auxiliar. Su remisión a los convenios colectivos puede inducir a pensar que no estamos ante una norma aplicable sin esa intermediación.** Sin embargo, vale la pena recalcar la excepcionalidad del supuesto examinado y la interpretación del CEDS sobre incompatibilidad de la Ley 3/2012 con el artículo 4.4 de la CSE.

**Habida cuenta de que la intermediación que la CSE interesa no se dirige en exclusiva a los convenios colectivos y de que la interpretación concordante de las normas nacionales e internacionales constituye una exigencia de la unidad del ordenamiento (art. 9.1 CE (RCL 1978, 2836)) consideramos que el precepto en cuestión opera como un relevante apoyo de la conclusión a que hemos accedido en el Fundamento anterior.**

Siendo la observancia de tal plazo de preaviso concorde con la identidad de la causa extintiva manifestada en forma de desistimiento, constituye un apoyo para nuestra conclusión el que con esta interpretación integradora (catalogable como «procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales») nuestro ordenamiento deje de estar confrontado con las exigencias del artículo 4.4 CSE, tal y como estimara el CDES.

**Las reservas sobre aplicabilidad directa de la CSE antes de ratificar su versión revisada o la utilización de un concepto indeterminado para aludir al plazo de preaviso deben ser superadas por todos los argumentos expuestos. Como cualquier otra norma, la CSE forma parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada.**

De este modo, cuando la misión legal y constitucionalmente asignada al periodo de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores (que la empresa pueda comprobar la viabilidad del puesto de trabajo creado) desemboca en un resultado negativo, el empleador puede desistir libremente de la relación laboral. Ahora bien, la analogía con el régimen propio del

despido objetivo y la sintonía de esa facultad con la exigencia de la CSE invita a considerar exigible el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1c ET (RCL 2015, 1654).

DÉCIMO

## **Resolución**

### **1. Unificación doctrinal**

A la vista de cuanto antecede concluimos que el periodo de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores y el desistimiento **empresarial acorde con esa funcionalidad específica poseen** naturaleza especial, siendo inaplicable la construcción común. En este caso **debe observarse el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1.c) ET (RCL 2015, 1654) por varias razones: analogía con el despido objetivo; concordancia con el plazo de preaviso «razonable» contemplado en la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436, 1821); cumplimiento de buena fe de los derechos y obligaciones contractuales; ajenidad del contrato de trabajo.**

La doctrina que ahora acuñamos no afecta al desistimiento durante el periodo de prueba ordinario, con duración acorde a su finalidad paradigmática. Tampoco a los supuestos en que, pese a haberse celebrado un contrato de apoyo a emprendedores, el desistimiento empresarial acaezca dentro de los límites ordinarios de su duración.

## **UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL TS**

STS 29/03/2022. RCU 2142/2020

**Despido por absentismo:** El derogado art. 52 d) ET no vulneraba, como declaró el TC en su Sentencia 118/2019, de 16 octubre, el derecho fundamental a la integridad física y moral al responder al objetivo legítimo de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, sin que con esta medida se afecte a la salud o recuperación del trabajador afectado ni puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración; ni el art. 6 del Convenio 158 OIT que permite que el legislador nacional pueda establecer limitaciones a la regla general que excluye que la ausencia temporal del trabajo por motivo

de enfermedad o lesión constituya una causa justificada de terminación de la relación de trabajo; ni los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 OIT, por no acreditarse que la posibilidad legal de despedir a los trabajadores con una indemnización extintiva inferior a la prevista para el caso de despido improcedente cause a los trabajadores un perjuicio real y efectivo en su seguridad y salud; ni el art. 3 de la Carta Social Europea, vigente a la fecha del cese, que permitía el despido cuando existan razones válidas para ello relacionadas con las aptitudes o la conducta del trabajador, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; ni por último el art. 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que no establece protección superior a la CE, y el hecho de que el TC no se pronunciara expresamente sobre este extremo en dicha sentencia, supone su rechazo al no haber avalado el Pleno el voto particular que así lo consideraba.

#### CUARTO

1. La atribución del control de convencionalidad a la jurisdicción ordinaria ya se preveía en la sentencia del TC núm. 49/1988, de 22 marzo (RTC 1988, 49), F. 14: «Lo que se discute por los recurrentes es si el contenido de la Disposición adicional segunda (de la Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985y RCL 1986, 951)) es o no contrario a lo previsto en el Convenio (con la Santa Sede), es decir, la adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento interior. Ahora bien, el examen de esa supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal».

La sentencia del Pleno del TC núm. 140/2018, de 20 diciembre (RTC 2018, 140), F. 16, lo expresa con claridad: «El análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836), que garantiza que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso». Posteriormente, el TC ha reiterado que «los tribunales ordinarios puedan declinar la aplicación de una norma

legal para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional [...] el marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria» (sentencia del TC núm. 120/2021, de 31 mayo (RTC 2021, 120), F. 3, entre otras). Aunque el artículo 52d) del ET (RCL 2015, 1654) fue derogado, debemos realizar el control de convencionalidad de ese precepto porque su derogación no tuvo efectos retroactivos.

2. El ET de 10 de marzo de 1980 (RCL 1980, 607) regulaba en su art. 52.d) el despido por absentismo justificado e intermitente en términos semejantes al art. 52.d) del ET de 1995 (RCL 1995, 997) vigente en la fecha del despido de autos.

El Convenio 155 de la OIT (RCL 1985, 2683) fue ratificado por España mediante el Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 11 de noviembre de 1985. El Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548) fue ratificado por España el 26 de abril de 1985.

En el prolongado lapso temporal transcurrido desde la ratificación de dichos convenios (en el año 1985) hasta la derogación del art. 52.d) del ET (en el año 2020), reiterados pronunciamientos del TS han resuelto recursos de casación aplicando esa norma. Hemos declarado la procedencia de despidos objetivos por absentismo, sin que este tribunal, en cumplimiento del control de convencionalidad, al seleccionar la norma aplicable, haya considerado que el art. 52.d) del ET fuera contradictorio con los tratados internacionales ratificados por España. Entre los pronunciamientos más recientes pueden citarse las sentencias del TS de 19 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1517), recurso 10/2016; 23 de junio de 2020 (RJ 2020, 2826), recurso 233/2018; y 17 septiembre de 2020 (RJ 2020, 3999), recurso 2112/2018. Las dos últimas son posteriores a la mentada sentencia del TC núm. 140/2018 (RTC 2018, 140), que atribuye con claridad a la jurisdicción ordinaria el control de convencionalidad.

## QUINTO

1. Debemos examinar si el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) era contrario al art. 6.1 del

Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548). La OIT dispone de mecanismos de control periódico de la aplicación de sus normas: la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión tripartita de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Un Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT examinó la reclamación de los sindicatos CC. OO. y UGT en la que imputaban al Gobierno de España que la reforma laboral realizada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (RCL 2012, 147, 181), vulneraba, entre otros, los arts. 4 y 6.1 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548) por la inclusión como causa de despido del absentismo. El citado comité argumentó:

«El Comité observa que en virtud del párrafo 2 del artículo 6 del Convenio la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o de lesión “serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio”, es decir, en el caso de España, por la legislación nacional y las sentencias judiciales [...] El Comité considera que las modificaciones a las definiciones y a las limitaciones de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo introducidas por la reforma legislativa de 2012 han sido determinadas de conformidad con el artículo 6 del Convenio núm. 158, de acuerdo con los métodos de aplicación mencionados en su artículo 1».

El citado informe fue aprobado por el Consejo de Administración de la OIT en la 321.<sup>a</sup> reunión, celebrada el 13 de junio de 2014.

2. La sentencia del Pleno del TC núm. 118/2019 (RTC 2019, 118) argumenta que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548). A pesar de la claridad del pronunciamiento del Alto Tribunal, la sentencia recurrida rechaza su argumentación porque considera que se trata de un mero *obiter dictum* no vinculante debido a que el control de convencionalidad corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Hemos explicado que la sentencia del Pleno del TC núm. 140/2018 (RTC 2018, 140) declaró la competencia del juez ordinario para resolver los problemas de contradicción de las leyes con los tratados. Pero introduce una precisión: el TC puede revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios para garantizar que no

incurren en error. Por ende, la atribución a la jurisdicción ordinaria del control de convencionalidad en modo alguno supone que el TC no pueda examinar si una norma interna es contradictoria con un tratado internacional, debiendo hacer hincapié en que las resoluciones del TC vinculan a todos los jueces y tribunales (art. 5.1 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635)).

El TC se pronunció expresamente en el sentido de que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548), sin que dicho pronunciamiento del tribunal de garantías constitucionales pueda considerarse un mero *obiter dictum*.

3. Esta sala debe reiterar los argumentos de la citada sentencia del TC núm. 118/2019 (RTC 2019, 118) y del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. El despido por absentismo que estaba regulado en el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 6 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548). Ese precepto permite que el legislador nacional, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, pueda establecer limitaciones a la regla general que excluye que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión constituya una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. El apartado 2 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548) limita sustancialmente el alcance de esta norma y de las garantías derivadas de ella, lo que permitía la compatibilidad de dicho precepto con el mantenimiento del art. 52.d) ET.

Hay que diferenciar:

1. **El art. 4 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548) establece una regla general: «No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio».**
2. **La concreción de dicha regla general se encuentra en los arts. 5 y 6 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548). Estos preceptos distinguen:**
  - A) El art. 5 menciona cinco supuestos que en ningún caso pueden constituir causa justificada para la terminación del contrato: ejercicio de la libertad

sindical, ejercicio del derecho a ser representante de los trabajadores, garantía de indemnidad, discriminación y ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

- B)** Por el contrario, el art. 6 regula en un precepto diferente la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión, que tiene un tratamiento propio, remitiéndose expresamente a la legislación nacional o a los contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales.

Debemos concluir que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 4 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548), que permite la extinción del contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, lo que incluye la defensa de la productividad.

## SEXTO

1. A continuación, debemos examinar si el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) era contrario a los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT (RCL 1985, 2683), que imponen a los Estados miembros adoptar una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, con el objeto de prevenir los accidentes y los daños para la salud. Dicha política debe tener en cuenta diferentes esferas de acción relativas a los componentes materiales del trabajo, relaciones entre esos componentes y los trabajadores, formación, cooperación y protección de los trabajadores y de sus representantes contra toda medida disciplinaria resultante de acciones emprendidas justificadamente por ellos.

La mencionada sentencia del TC núm. 118/2019 (RTC 2019, 118) rechaza que el art. 52.d) del ET vulnere el derecho a la protección de la salud del art. 43.1 de la CE (RCL 1978, 2836) en relación con el derecho a la vida y a la integridad física del art. 15 de la CE.

2. Los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT (RCL 1985, 2683) no establecen un nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores distinto al que resulta de aquellos preceptos constitucionales, por lo que esta sala, por un elemental principio de seguridad jurídica, debe concluir, en el mismo sentido que la referida sentencia del TC núm. 118/2019 (RTC 2019, 118), que la regulación del art. 52.d) del ET respondía

a la finalidad legítima consistente en evitar el incremento de los costes empresariales, con fundamento en la libertad de empresa, sin que se haya probado que efectivamente fuera contradictorio con los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT (RCL 1985, 2683), que imponen una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores. No se ha acreditado que la posibilidad legal de despedir a los trabajadores con una indemnización extintiva inferior a la prevista para el caso de despido improcedente, efectivamente causara a los trabajadores un perjuicio real y efectivo en su seguridad y salud.

## SÉPTIMO

1. Seguidamente, debemos examinar la adecuación del art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) al art. 3 de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436, 1821). El art. 96.1 de la CE (RCL 1978, 2836) establece que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». La sentencia recurrida aplica el art. 3 de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Dicha Carta fue firmada por España el 23 de octubre de 2000 pero la necesidad de adaptar la legislación española pospuso su ratificación. Se ratificó el 29 de abril de 2021 y se publicó en el BOE de 11 de junio de 2021, con posterioridad al despido enjuiciado en esta litis (producido el 3 de enero de 2019) y a la derogación del art. 52.d) del ET por el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero (RCL 2020, 241).
2. No cabe declarar la improcedencia de un despido aplicando un tratado internacional que no había sido ratificado ni publicado en el Boletín Oficial del Estado en el momento de la extinción del contrato de trabajo porque dicho tratado no formaba parte del ordenamiento interno y ello vulneraría la seguridad jurídica garantizada por el art. 9.3 de la CE. El despido debe calificarse de conformidad con las normas jurídicas aplicables en la fecha de la extinción contractual.
3. La Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) de octubre de 1961, ratificada por España el día 29 de abril de 1980, vigente en la fecha del despido, se limitaba a reconocer, en su art. 3, el compromiso de las partes contratantes de promulgar reglamentos de seguridad e higiene; tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos; y consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e

higiene en el trabajo. El art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) no era contrario a ese precepto.

4. A mayor abundamiento, la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) (revisada) regula el despido en su art. 24, no en el art. 3. El art. 24 admite el despido cuando existan «razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta [del trabajador], o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio».

La Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) no establece un derecho a la seguridad e higiene en el trabajo con un contenido distinto del derecho a la protección de la salud del art. 43.1 de la CE (RCL 1978, 2836) en relación con el derecho de los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo del art. 40.2 de la CE (RCL 1978, 2836). Por ello, este tribunal debe concluir, de conformidad con la mencionada sentencia del TC 118/2019 (RTC 2019, 118), que no contradecía el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo previsto en la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) el despido regulado en el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654), que excluía del cómputo del absentismo las faltas de asistencias debidas a accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, enfermedades o accidentes no laborales cuando la baja tenía una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género o cuando se tratase del tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

El ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica.

## OCTAVO

1. Por último, debemos examinar la alegación consistente en que el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) vulneraba el art. 11 de la CEDAW (RCL 1984, 790), que prohíbe la discriminación contra las mujeres.

La sentencia recurrida acoge la tesis de uno de los votos particulares de la mentada sentencia del TC núm. 118/2019 (RTC 2019, 118) relativa a que el despido por absentismo suponía una discriminación indirecta por razón de sexo porque los datos estadísticos evidencian un mayor impacto en las mujeres que en los hombres en las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal.

2. Esta argumentación no opera en el plano de la mera legalidad sino en el relativo a la vulneración de derechos fundamentales. Por eso fue abordado en el citado voto particular de la sentencia del TC. La CE (RCL 1978, 2836) prohíbe la discriminación por razón de sexo en su art. 14. El art. 10.2 de la CE (RCL 1978, 2836) establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».
  
3. La sentencia del TC núm. 118/2019 (RTC 2019, 118) no se pronuncia expresamente acerca de si el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) vulneraba la prohibición de discriminación por razón de sexo. Sin embargo, uno de los votos particulares afirma que sí que la infringe.  
El art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (RCL 1979, 2383) establece que «los magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación».  
Por consiguiente, en la deliberación del Pleno, la magistrada del TC autora del voto particular defendió que el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) vulneraba la prohibición de discriminación por razón de sexo, sin que la mayoría de los magistrados estuvieran de acuerdo con ella.  
A pesar de la falta de un pronunciamiento expreso de la sentencia del TC núm. 118/2019 (RTC 2019, 118), debemos concluir que la citada resolución del intérprete supremo de la carta magna ya se ha pronunciado en el sentido de que el art. 52.d) del ET no era contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo prevista en la CE (RCL 1978, 2836). En caso contrario, el TC no hubiera declarado que esa norma era conforme con la CE (RCL 1978, 2836) y la tesis defendida en la deliberación que era favorable a que se declarase la existencia de discriminación se hubiera impuesto.  
El art. 11 de la CEDAW (RCL 1984, 790) no proporciona un estándar de protección distinto del que proporciona la carta magna, por lo que se trata de una controversia que debe considerarse resuelta por la sentencia del TC núm. 118/2019 (RTC 2019, 118).
  
4. Esta sala no puede contradecir dicho pronunciamiento del TC, so pena de causar un grave perjuicio a la seguridad jurídica. Los argumentos del citado voto particular, que hace suya la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no fueron asumidos por el Pleno del TC, lo que obliga al TS a concluir que el objetivo legítimo que perseguía el despido por absentismo del art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con

fundamento en la libertad de empresa del art. 38 de la CE (RCL 1978, 2836), no vulnera los derechos fundamentales regulados en la carta magna, que incluyen el derecho a no ser discriminado por razón del sexo. La estimación del primer motivo del recurso hace irrelevante el examen del segundo.

# **Juzgar con perspectiva de género en lo social**

**MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA**

Magistrada especialista en el orden jurisdiccional social  
Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

## **Sumario**

1. Introducción
2. El concepto de perspectiva de género. Su errónea conceptualización como «perspectiva del sexo femenino»
3. El enjuiciamiento con perspectiva de género en lo social. La permeabilidad de los estereotipos de género
4. La perspectiva de género en el enjuiciamiento social

# 1. Introducción

Si existe un ámbito de enjuiciamiento en que el mandato previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como por el artículo 9.2 de la Constitución, resulta particularmente imperioso es el social, por cuanto las relaciones laborales evidencian la persistencia de desigualdades endémicas, estereotipos asociados a la condición femenina, así como techos de cristal y suelos pegajosos que dificultan, cuando no impiden, el acceso al mundo laboral, así como la carrera y promoción profesionales de las mujeres. Históricamente tal circunstancia viene determinada por la tardía incorporación de la mujer al ámbito de las relaciones laborales, lastrada por su circunstancia biológica asociada a la maternidad y capacidad reproductora, a las labores de cuidado y a la atribución de un marcado rol social, consideraciones que condicionaron y continúan condicionando el propio ejercicio profesional y los derechos asociados al mismo. Estas circunstancias, añadidas a otras como la desigualdad retributiva, abundan en la brecha económica, cuyo carácter multifactorial explica la complejidad de su erradicación, partiendo de que en aquel concepto se incluye no solo la brecha salarial sino la aún más acusada brecha de pensiones que, de forma incuestionable y con dimensión numérica, muestra la desigualdad entre sexos que viene imperando en el mercado laboral. A ella cabría añadir la infrarrepresentación en los puestos de responsabilidad de las mujeres tanto en el empleo público como en el privado, que evidencia la dificultad de la promoción profesional para un sexo frente a otro.

La OIT considera como objetivo fundamental el logro de la igualdad de género y lo considera esencial para crear un futuro del trabajo centrado en el ser humano y añade que es preciso asegurar la igualdad de oportunidades, de participación y de trato, incluida la de remuneración entre mujeres y hombres por un trabajo de igual valor, así como respaldar un reparto más equilibrado de las responsabilidades domésticas, fomentando la inversión en la economía del cuidado y creando las condiciones para que todas las personas gocen de un mayor equilibrio entre la vida laboral y la familiar. Asimismo, reconoce la importancia de la igualdad de género para construir un futuro del trabajo justo, inclusivo y seguro.<sup>1</sup>

A nivel interno, la consagración del criterio hermenéutico de la perspectiva de género

---

<sup>1</sup> Prefacio del Plan de Acción de la OIT sobre igualdad de género 2022-2025.

en la interpretación y aplicación normativa proclamada por los artículos 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007 no ha impedido que en ocasiones continúe resulte relegado a un papel cuasi supletorio o de «refuerzo»<sup>2</sup> respecto al resto de cánones hermenéuticos de la norma, cuando no omitiéndose al amparo de su literalidad. Huelga decir que, proclamando el citado artículo 15 de aquella norma que el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres ha de informar, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos, entre estos se encuentra el judicial, que, tal como ha subrayado la doctrina jurisprudencial, ha de incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida en virtud del artículo 117.3 de la Constitución.<sup>3</sup>

Tras el largo periodo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, cabe cuestionarse qué hándicaps jurídicos o dudas aplicativas impiden la plena integración de la perspectiva de género en la labor enjuiciadora. Entre estas, además del propio concepto de la perspectiva de género, al que se atribuye su condición de perspectiva «femenina», se encuentra la permeabilidad de los estereotipos de género en la labor enjuiciadora. A ello ha de añadirse que resulta insoslayable preguntarse si al referirse el precepto transcrito a la actuación del poder judicial abarca la totalidad de acciones que la integran, desde la aprehensión de los hechos para su ulterior subsunción jurídica, hasta la interpretación y aplicación normativa, incluyendo la valoración de la prueba. Abundaremos en cada una de estas acciones de forma pormenorizada para esbozar el alcance de una labor enjuiciadora acorde a la efectividad del principio de igualdad.

---

<sup>2</sup> STS/4.<sup>a</sup> de 11 de julio de 2023 (rec. 3532/2019):

Séptima. Transversalidad por razón de sexo

[...]

Esta pauta interpretativa viene a reforzar la decisión que adoptamos. Restringir el permiso por lactancia a la madre, so pretexto de que el otro progenitor y padre del menor no desarrolla actividad productiva por encontrarse en situación de desempleo y puede encargarse de cuidarlo comporta los peligros de perpetuación de roles tradicionales, sexistas, y opuestos a los objetivos equiparadores de la LOI.

<sup>3</sup> STS/4.<sup>a</sup> de 20 de septiembre de 2022 (rec. 3353/2019).

## 2. El concepto de perspectiva de género. Su errónea conceptualización como «perspectiva del sexo femenino»

Con carácter previo al análisis de la obligada perspectiva de género en el proceso lógico-deductivo de enjuiciamiento en el orden social, resulta necesario reflexionar sobre su frecuentemente errónea conceptualización como perspectiva del sexo femenino, partiendo de la premisa de su aplicabilidad tanto al sexo femenino como al masculino. No de otro modo puede entenderse un canon hermenéutico que tiene por objeto la protección del derecho a la igualdad, sin distinciones, lo que explica que su denominación se circunscriba al género y no así al sexo, partiendo de que la prohibición de discriminación alcanza al *numerus apertus* de factores odiosos contemplado por el artículo 14 de la Constitución, entre los que, tal como afirma la doctrina constitucional, se encuentra incluido el género.

La noción de género, ya contenida en el Convenio de Estambul,<sup>4</sup> ha sido clarificada recientemente en la doctrina constitucional, al diferenciar la STC 67/2022, de 2 de junio, entre el sexo y el género, considerando que el primero «permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales», y «viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian

---

<sup>4</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011). Su artículo 3 contiene, entre otras, las siguientes definiciones:

[P]or «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

por «violencia contra las mujeres por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

determinadas características y potencialidades físicas que nos definen»,<sup>5</sup> en tanto el género «se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género».<sup>6</sup>

En el ámbito laboral, particularmente en el ejercicio de los derechos conciliatorios y la corresponsabilidad, su conexión con el derecho a la igualdad por razón de género deriva de su ligamen a concepciones estereotipadas sobre su primordial disfrute por parte de las mujeres frente a los varones, lo que hace que la discriminación por su potencial o efectivo ejercicio pueda anudarse a la discriminación por razón de género, tal como subraya la doctrina constitucional en la materia al conceptualizarlos como derechos con «trascendencia constitucional». Actualmente, la referida trascendencia se ha consagrado normativamente,

---

<sup>5</sup> Continúa exponiendo la STC 67/2022: «Características como, por ejemplo y sin ánimo de formular una descripción exhaustiva, los genitales internos y externos, la estructura hormonal y la estructura cromosómica (características primarias) o la masa muscular, la distribución del vello y la estatura (características secundarias). Estos caracteres biológicos, que pueden no ser mutuamente excluyentes en situaciones estadísticamente excepcionales, como las que se dan en las personas intersexuales, tienden a formular una clasificación binaria, y solo excepcionalmente terciaria, de los seres vivos de la especie humana».

<sup>6</sup> Asimismo, expone la STC 67/2022: «Mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico. Sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos, de modo tal que su traslación al ámbito jurídico exige asumir la diferencia existente entre ambos para evaluar las consecuencias normativas de tal distinción y asegurar el adecuado respeto a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Viene a constatar la distinción entre ambas nociones, desde el punto de vista jurídico, la mención diferenciada al sexo y al género, como características diversas del ser humano, contenida en el art. 4.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, de 2011), cuando establece que la “aplicación por las partes de las disposiciones del presente convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna, basada en particular en el sexo, el género [...] la orientación sexual, la identidad de género, [...] o cualquier otra situación”».

tras la promulgación del RD 5/2023,<sup>7</sup> que traspone la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo,<sup>8</sup> modificando el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo en el artículo 4.2c que el derecho de las personas trabajadoras a no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleadas, por razón de sexo incluye «el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral».

Incluso con carácter previo al dictado de esta norma, que puede tildarse de consagración normativa de la perspectiva de género en el enjuiciamiento del ejercicio de los derechos conciliatorios y la corresponsabilidad, la jurisprudencia interna e internacional evidenciaba la necesidad que aquel se efectuase desde una óptica igualitaria por razón de género, abordando la doctrina constitucional, a partir de la STC 3/2007, de 15 de enero, la conexión de los derechos conciliatorios con los artículos 39 y 14 de la Constitución, este último en su vertiente de discriminación indirecta (por considerar que las mujeres son las usualmente implicadas en el cuidado de hijos/as), otorgando el amparo a trabajadora solicitante de reducción de jornada, partiendo de la feminización del ejercicio de los derechos de conciliación y reconociendo la dimensión constitucional de los mismos, ligada al principio de igualdad por razón de género, con cita del ATC 1/2009, de 12 de enero. Del mismo modo, tal como se ha venido recordando por la doctrina judicial,<sup>9</sup> la STC 26/2011, de 14 de marzo reconoció la conexión de los derechos conciliatorios con el artículo 14 de la Constitución, si bien aludiendo a la discriminación de las personas trabajadoras por circunstancias familiares (relacionadas con la responsabilidad parental en la asistencia a sus hijos o hijas menores de edad), huyendo de concepciones estereotipadas sobre su ejercicio, al afirmar que procedía analizar si la resolución impugnada resultaba necesaria para lograr «la efectiva participación de aquel en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares». Asimismo, la STC 149/2017 tiene por objeto la vulneración

---

<sup>7</sup> Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del derecho de la Unión Europea (BOE número 154, de 29.06.2023).

<sup>8</sup> Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

<sup>9</sup> STSJ Cataluña 30.07.2020 (rec. 1484/2020).

del artículo 14 de la Constitución en conexión con su artículo 39, al no ponderarse en la labor enjuiciadora del ejercicio de los derechos conciliatorios los intereses constitucionales en juego, aludiendo a la mayor incidencia de la solicitud de aquel por parte de las mujeres frente a los varones. En tales resoluciones, la doctrina constitucional evidencia que en la ponderación por el órgano judicial del ejercicio de estos derechos ha de tenerse en cuenta la efectividad del contenido constitucional del artículo 14 en conexión con el artículo 39 de la Constitución.<sup>10</sup> Con similar línea argumental, la STC 79/2020, de 2 de julio, ha recordado que los derechos asociados a la maternidad «responden a la idea de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida laboral y familiar soporta la mujer trabajadora».<sup>11</sup>

La dimensión constitucional de los derechos conciliatorios ha sido asimismo subrayada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, enfatizando su potencial incidencia en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, como «discriminación indirecta, por ser las mujeres trabajadoras notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho»,<sup>12</sup> así como la necesaria protección de la garantía contra la lesividad por su ejercicio.<sup>13</sup> Por ello, en su enjuiciamiento debe evitarse limitar la ponderación de los intereses en conflicto a una mera comparativa entre ambos, profundizándose en su incidencia en la efectividad del contenido del artículo 14 de la Constitución en su vertiente de igualdad por razón de género.

---

<sup>10</sup> La STC 111/2018, de 17 de octubre, recuerda que la colaboración en el cuidado de los hijos/as comunes (art. 39.3 CE) incumbe a ambos progenitores/as, lo que convertiría en inadmisibles una posición que partiese «de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas»; pese a denegarse el amparo solicitado por considerar que la atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la Seguridad Social, a la mujer trabajadora con una duración superior a la que se reconoce al padre, no resultaba discriminatoria para el varón.

<sup>11</sup> La STC 79/2020 cita las SSTC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2, y 91/2019, de 3 de julio, FJ 4c. «La específica prohibición de discriminación por razón de sexo no solo comprende la “discriminación directa” a la que se ha hecho referencia, sino también la “discriminación indirecta”, es decir, 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».

<sup>12</sup> STS/4.ª de 21 de marzo de 2011 (rec. 54/2010).

<sup>13</sup> Entre otras, SSTS/4.ª de 10 de enero de 2017 (rec. 283/2015), 20 de julio de 2016 (rec. 568/2015), y de 25 de abril de 2018 (rec. 2152/2016).

Esta conclusión enlaza con nuestra argumentación inicial sobre la potencial discriminación por razón de género de los varones por ejercicio de derechos conciliatorios y corresponsabilidad, al atribuirseles, *a contrario sensu*, un rol tradicional desligado de aquel. Precisamente el ligamen de la actuación que limite o impida el referido ejercicio a consecuencia de la atribución de tal rol social (género), determinará que se incurra en discriminación por razón de género, reforzando la necesidad de su enjuiciamiento con perspectiva superadora de la conceptualización tradicional. Constituye un ejemplo de esta última el supuesto fáctico objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 22 de marzo de 2012 (asunto Konstantin Markin c. Rusia), en que se alude a la necesaria superación del reparto tradicional de roles de género, para avanzar en materia de no discriminación, con expresa referencia a la corresponsabilidad en el hogar, considerando que se incurrió en aquella con relación al varón al denegarle el ejercicio de derechos conciliatorios aludiendo, precisamente, al predominante rol cuidador de las mujeres frente a los varones en el seno familiar.<sup>14</sup>

Pero no solo puede incurrirse en la denominada «discriminación por razón de género» por atribuir a los varones un rol social distinto del tradicional, con consiguiente denegación o limitación del ejercicio de derechos conciliatorios, o incluso alegaciones atinentes a aquel,<sup>15</sup> sino que la perspectiva de género se presenta como imprescindible para dirimir sobre la denominada «discriminación por asociación» cuando el trato desfavorable en su disfrute por el varón deriva de su relación con la persona del sexo femenino, por discriminación por asociación o refleja.<sup>16</sup> Resulta de interés para exponer su alcance citar la STS/4<sup>a</sup> de 29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017), al concluir que la aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada (en el supuesto objeto de

---

<sup>14</sup> La STEDH 22.03.2012 (asunto Konstantin Markin c. Rusia) contiene pronunciamientos de especial relevancia en la materia, cual son que «la sociedad se ha dirigido hacia una división más igualitaria de las responsabilidades de la crianza entre hombres y mujeres y el papel de cuidadores de los hombres ha ganado reconocimiento», ligándose el ejercicio de los derechos conciliatorios al de igualdad entre mujeres y hombres.

<sup>15</sup> La STS/4.<sup>a</sup> de 3 de marzo de 2020 (rec. 190/2018), subraya que «el mantenimiento de la insinuación de que los derechos de conciliación son derechos de las mujeres perpetúa los mecanismos de discriminación», resultando ajustado a los fines de lograr la igualdad de oportunidades «la atribución del beneficio sin distinción, fomentando así la corresponsabilidad familiar mediante el otorgamiento de medidas de conciliación no sesgadas».

<sup>16</sup> En este sentido, cabe citar la STJS Cataluña de 6 de marzo de 2023 (rec. 6291/2022).

la citada resolución, embarazo), sino que la protección que del mismo dimana debe ser aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación.<sup>17</sup> Por su parte, la doctrina constitucional ha contemplado la discriminación por asociación en la STC 71/2020, al considerar que «tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han admitido que se incurre en discriminación refleja cuando una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio».<sup>18</sup>

De cuanto ha sido expuesto se colige que la perspectiva de género constituye un canon interpretativo y de aplicación normativa con independencia del sexo de quien se vea concernido por aquel o esta por imperativo legal, debiendo dirimirse sobre la incidencia de la referida interpretación o subsunción jurídica en la efectividad del derecho de igualdad proclamado por el artículo 14 de la Constitución; premisa esta imprescindible para abordar su necesaria aplicabilidad en la labor enjuiciadora en el orden jurisdiccional social.

---

<sup>17</sup> STS/4.<sup>a</sup> de 29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017) con cita a las SSTJUE 17.07.2008 Coleman (C-303/06) y 16.07.2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD (C-83/14), refiriéndose a su recepción en nuestro derecho positivo en el art. 63 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y también seguido en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal (CP), que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del artículo 22.4 del CP.

<sup>18</sup> La STC 71/2020 añade que «en este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su sentencia de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06, Coleman) ha procedido a una interpretación amplia del alcance de los supuestos protegidos por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al declarar que se incurre en discriminación directa cuando una persona es tratada de forma menos favorable por razón de uno de los rasgos o características protegidos, aunque no concurren en ella misma, si el motivo del trato menos favorable se fundamenta en dicha característica. [...] De igual forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su sentencia de 22 de marzo de 2016 (asunto Guberina contra Croacia, parágrafo 79) que el trato menos favorable recibido por el recurrente por causa de la discapacidad del hijo a su cuidado es una forma de discriminación por razón de discapacidad, prohibida por el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque el propio recurrente no sufra de discapacidad alguna».

### **3. El enjuiciamiento con perspectiva de género en lo social. La permeabilidad de los estereotipos de género**

La permeabilidad de la labor enjuiciadora a los estereotipos de género, en virtud de los cuales se atribuye a cada uno de los sexos una labor o rol social, impide que la decisión resulte depurada de desigualdad ab initio y, por ello, se vea contaminada por aquellos, comportando la ineficacia del principio de igualdad. La propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007 proclamó que resultaba necesaria una acción normativa dirigida a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y «estereotipos sociales» que impiden alcanzarla. Estos estereotipos o etiquetas sociales encubren una concepción del derecho «dotado de género»<sup>19</sup> que impide la eficacia del principio de igualdad.

En ocasiones, las propias normas han evidenciado la concepción estereotipada de la igualdad, especialmente en materia conciliatoria, aludiéndose por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, a la incorporación de la mujer al trabajo, y no así al fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, tal como efectúa la Ley Orgánica 3/2007 con afán de superación de aquella concepción. Un contexto de género que, tal como subrayó la IV Conferencia Mundial sobre Mujeres de Beijing,<sup>20</sup> obviaba la necesidad de protección y acciones positivas tendentes a la efectividad de los derechos de las mujeres como derechos humanos.<sup>21</sup>

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos recordó que el derecho internacional de los derechos humanos se ocupa de los estereotipos de género y de su utilización, conceptualizando el estereotipo de género como una opinión o un prejuicio generalizado acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían

---

<sup>19</sup> SMART, Carol (2000). «La teoría feminista y el discurso jurídico», en Birgin, Haydée (comp.), El derecho en el género y el género en el derecho, Biblos, Buenos Aires.

<sup>20</sup> Celebrada del 4 al 15 de septiembre de 1995.

<sup>21</sup> Apartado 14 de la Declaración de Beijing.

desempeñar, concluyendo que es nocivo cuando limita la capacidad de hombres y mujeres para desarrollar sus facultades personales, realizar una carrera profesional y tomar decisiones acerca de sus vidas y proyectos vitales.<sup>22</sup> Estas denominadas «expectativas de género»<sup>23</sup> forman parte asimismo del proceso lógico-deductivo que integra la labor enjuiciadora, por lo que se hace necesario su expulsión del mismo para la efectividad del principio de igualdad. Asimismo, el artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) proclamó que los Estados Partes debían adoptar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estuviesen basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Tal consagración normativa internacional sobre la necesaria supresión de los estereotipos supone la evidencia de que las mujeres y los hombres no parten de una situación de igualdad en relación con las materias afectadas por los roles de género, por lo que el mero enjuiciamiento desde una perspectiva formal, que no elimine aquellos impide la efectividad del derecho a la igualdad, precisado de una labor depurativa producto de las concepciones sociales a las que quienes operamos en el tráfico jurídico no resultamos inmunes. Con razón se ha afirmado que, considerando la igualdad un principio general del derecho, no basta con que las mujeres tengan iguales derechos (entendido como igualdad ante la ley), sino que han de ser iguales en derechos.<sup>24</sup> Existe una brecha entre el ideal de igualdad y las realidades de las vidas de las mujeres, y estas responden a parámetros divergentes de los atribuidos socialmente a los varones.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, particularmente a partir de la década de los noventa y dejando atrás anteriores concepciones de carácter tradicional sobre los

---

<sup>22</sup> Artículo sobre estereotipos de género del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para las Naciones Unidas.

<sup>23</sup> Artículo “It Begins at 10: How Gender Expectations Shape Early Adolescence Around the World” de Elsevier en el sitio web ScienceDirect.

<sup>24</sup> HOLTMAAT, Rikki (2010). «De igual tratamiento a igual derecho» en Heim, D. y Bodelón, E. (coor.), Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas.

roles sociales en materia conciliatoria,<sup>25</sup> se pronunció sobre la necesaria superación de aquellos roles en aras a la efectividad del principio de igualdad. Entre estas resoluciones, cabe citar la STEDH de 22 de febrero de 1994 (asunto Burghartz c. Suiza) que, si bien continuaba arrastrando cierta inercia tradicionalista, negó que la elección por el marido o la mujer de uno de sus patronímicos como apellido antes que el otro pudiera tener distintos efectos según quién de aquellos fuera el que lo eligiese; así como la STEDH de 16 de febrero de 2005 (asunto Ünal Tekeli c. Turquía), en que el Tribunal concluyó que resultaba discriminatoria la ley turca que establecía que la mujer casada no podía utilizar solo su apellido de soltera después del matrimonio, mientras que el hombre casado mantenía su apellido tal y como era antes de aquel, lo que incurría en discriminación. Constituye este último pronunciamiento uno de los pocos ejemplos en que el Tribunal ha estimado la violación del Convenio por un Estado, pese a la existencia de un consenso a nivel europeo.<sup>26</sup>

La STEDH de 25 de julio de 2017 (asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal) constituye una nueva punta de lanza sobre el reconocimiento de la necesidad de prescindir de estereotipos en la labor de enjuiciamiento, habiéndose reconocido una vulneración del derecho a la no discriminación, tanto por razón de edad como de género, por haberse producido aquel partiendo de concepciones estereotipadas acerca de una y otra condición.

---

<sup>25</sup> STEDH de 27 de marzo de 1998 (Petrovic c. Austria), con opinión disidente común de los jueces Bernhardt y Spielmann, en que se indicaba que el objeto del pronunciamiento era la tradicional división de responsabilidades familiares entre las madres y los padres que llegó a la legislación austríaca, reconociendo únicamente a las madres el derecho a un subsidio por permiso parental, añadiendo que la discriminación contra los padres perpetuaba esta división tradicional de género, y también podía tener consecuencias negativas para la madre, ya que si ella continuaba su actividad profesional y se mostraba conforme en que el padre se quedase en el hogar, la familia perdería el subsidio de permiso parental al cual ella tendría derecho si permanecía en casa.

<sup>26</sup> Entre los pronunciamientos en que se aprecia discriminación en relación con los apellidos de las parejas binacionales en Suiza, cabe citar la STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto Losonci Rose y Rose c. Suiza. Por su parte, el TEDH ha reflexionado sobre la influencia en la actuación de las autoridades de las concepciones estereotipadas, en las SSTEDH de 4 de diciembre de 2003 (M. C. c. Bulgaria), y 28 de mayo de 2013 (Eremia c. Moldavia), entre otras.

Ello no obstante, como se ha venido advirtiendo,<sup>27</sup> sin perjuicio del avance que supone esta resolución, adolece de la necesaria referencia a la discriminación múltiple<sup>28</sup> y no a la mera suma de discriminaciones, pese a estimar que concurrió aquella tanto por razón de edad como de género, lo que comportó la ausencia de un superior reproche a efectos indemnizatorios o restitutorios.

Asimismo, la STEDH de 4 de febrero de 2021 (asunto Jurčić c. Croacia), constituye un paradigma de proscripción de los estereotipos que comportan el enjuiciamiento con desigualdad por razón de género. Se dirimía sobre supuesto en que se había concluido por las autoridades nacionales que la obtención de un empleo por una trabajadora que se había sometido diez días antes a fecundación *in vitro* (FIV) podía considerarse fraudulenta, por lo que no se había rechazado su solicitud de inscripción como empleada asegurada y de pago de indemnización por baja laboral al concluirse que no era apta desde el punto de vista médico para ocupar un puesto de trabajo en el momento de los hechos debido a la FIV a la que se había sometido. El Tribunal de Estrasburgo estima que, dado que únicamente las mujeres pueden quedarse embarazadas, la trabajadora demandante había recibido un trato diferente por razón de sexo, subrayando que el embarazo de una mujer no puede considerarse por sí mismo un comportamiento fraudulento, ni puede justificar una diferencia de trato, y que entenderlo así comportaría disuadir a la actora de buscar empleo debido a su posible embarazo. A ello añade su preocupación por el matiz de la conclusión de las autoridades nacionales que implicaba que las mujeres no deben trabajar o buscar empleo durante su embarazo o la mera posibilidad de este, tildándolo de estereotipo de género que es considerado un «grave obstáculo para la consecución de una verdadera igualdad sustantiva entre hombres y mujeres» en contradicción con las normas internacionales en materia de igualdad de género.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Martínez Miranda, M. M. (2018). «De la corresponsabilidad formal a la corresponsabilidad efectiva: la necesaria superación de estereotipos. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en «Hacia una igualdad efectiva a través de la conciliación de la vida personal, familiar y profesional y la corresponsabilidad», Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, núm. 68.

<sup>28</sup> La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea describe la discriminación múltiple como aquella situación en que la persona que sufre la referida discriminación por más de un motivo (poniendo como ejemplos por razón de sexo y religión, edad y origen étnico, etc.). [Encuesta sobre minorías y discriminación en la Unión Europea, en inglés.](#)

<sup>29</sup> Esta doctrina es aplicada en la STSJ Cataluña de 16 de mayo de 2023 (rec. 8081/2022).

Esta resolución evidencia que el embarazo y la maternidad continúan estando ligados a estereotipos de género, como ha sido advertido por diversos pronunciamientos de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, al reiterar que «el embarazo y el parto no son, en sí mismos, ninguna enfermedad» lo que impone subsumir los hechos acaecidos con perspectiva de género (artículos 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007), partiendo de que el embarazo («hecho biológico incontrovertible», STC 240/1999, de 20 de diciembre) constituye un elemento diferencial que «por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres» (STC 182/2005, de 4 de julio).<sup>30</sup> Adviértase que, de perpetuarse tal estereotipo, se consideraría a la mujer en inferioridad de condiciones físicas por el mero hecho de encontrarse embarazada, lo que no solo resulta contrario a la evidencia científica, sino que abundaría en la brecha de género en el acceso al empleo, su mantenimiento y promoción profesionales.<sup>31</sup>

En el ámbito de las pensiones también imperan los estereotipos de género, redundando en la muy preocupante brecha de pensiones.<sup>32</sup> Advirtiéndose sobre aquellos, la STEDH de Gran Sala de 11 de octubre de 2022 (Beeler c. Suiza) declaró que la legislación suiza en materia de pensiones de viudedad resultaba discriminatoria para los varones, dado que al alcanzar los hijos/as la mayoría de edad aquellas se veían interrumpidas, lo que no acontecía en el caso de las viudas; considerando que el Gobierno suizo se apoyaba en la presunción de que el marido mantenía financieramente a la esposa para justificar una diferencia de trato que situaba en posición de desventaja a los viudos. Supone ello, una vez más, la consagración de una técnica enjuiciadora con perspectiva de género (si bien no otorgándole el Tribunal este *nomen iuris*), al expulsar del enjuiciamiento los estereotipos de género sobre los roles sociales que determinan la ineffectividad del principio de igualdad por

---

<sup>30</sup> STS/4.<sup>a</sup> de 2 de julio de 2020 (rec. 201/2018) con cita de las SSTS/4.<sup>a</sup> de 21 de diciembre de 2009 (RCUD 201/2009), esta Sala ha procedido a aplicar este criterio de interpretación de la perspectiva de género en las SSTS 864/2018, 26.09.2018 (RCUD 1352/2017); 778/2019, 13.11.2019 (rec. 75/2018); 815/2019, 03.12.2019 (rec. 141/2018, Pleno); 79/2020, 29.01.2020 (RCUD 3097/2017, Pleno), y 115/2020, 06.02.2020 (RCUD 3801/2017).

<sup>31</sup> Así, la STC 79/2020, de 2 de julio, ha recordado que entre «los derechos asociados a la maternidad [...] responden a la idea de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida laboral y familiar soporta la mujer trabajadora».

<sup>32</sup> *Brecha salarial de género en Europa: hechos y cifras (infografía)*, Parlamento Europeo, 12.04.2023.

En 2020, las mujeres en la UE mayores de 65 años recibieron pensiones que fueron de media un 28,3 % más bajas que las pensiones masculinas.

razón de sexo.<sup>33</sup> Sin duda, entender que la mujer embarazada se encuentra en situación de inferioridad a nivel de salud (como premisa apriorística) comportaría una perpetuación de estereotipos de género que puede tildarse, tal como efectúa la doctrina constitucional como «causa y manifestación de las desigualdades en la sociedad» (STC 153/2021), debiendo los órganos judiciales evitar la permeabilidad de tales estereotipos en el proceso de subsunción del supuesto objeto de litigio en la norma aplicable, por lo que la identificación de aquellos por el órgano enjuiciador constituye un mandato constitucional imprescindible para su erradicación de aquel proceso subsuntivo.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la legislación alemana resultaba contraria a la Directiva 76/207/CEE del Consejo<sup>34</sup> al prohibir a las mujeres el acceso a los empleos militares que implicasen el uso de armas, autorizando únicamente su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar. Se partía con ello de la superación de la concepción estereotipada (si bien sin otorgarle este *nomen iuris*) de la exclusión de las mujeres de un empleo basándose, tal como alegó el Gobierno alemán, en que deberían estar más protegidas que los hombres contra determinados riesgos. A tal efecto, se invocó el artículo 2.3 de la citada Directiva,<sup>35</sup> considerándose inaplicable por el Tribunal de Luxemburgo.<sup>36</sup> En relación con los roles por razones conciliatorias, la STJCE de 30 de septiembre de 2010 (asunto Roca Álvarez) concluyó que la medida nacional que prevé que las trabajadoras por cuenta ajena puedan disfrutar de un permiso durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento del hijo/a, en tanto los hombres únicamente pueden disfrutarlo cuando la madre también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena, se oponía a la Directiva 76/207/CEE. Por

---

<sup>33</sup> El TEDH declara en la referida sentencia que el Gobierno suizo no podía apoyarse en la presunción de que los varones son quienes aportan el sustento económico en las familias, por lo que era legítimo proporcional un mayor nivel de protección a las viudas. A tal efecto se pondera que el demandante se encontraba en situación análoga a las viudas, en términos de necesidades de subsistencia, no habiéndole sido otorgado el mismo trato que a las mujeres en aquellas circunstancias.

<sup>34</sup> Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

<sup>35</sup> Artículo 2.3 de la Directiva 76/207/CEE: «La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad».

<sup>36</sup> STJCE 11.01.2000 (asunto T. Kreil, C-285/98).

su parte, la STJUE 16.07.2015 (asunto Maïstrellis, C-222/14) declara contrario al Acuerdo marco el reconocimiento de una licencia después del nacimiento o adopción en todo caso a la mujer, y solo al hombre si su mujer tenía una actividad profesional, destacando que la normativa griega suponía claramente una perpetuación de los roles tradicionales de género que atribuyen a las mujeres el cuidado de los hijos/as.

La doctrina constitucional interna no ha sido ajena a tal necesaria depuración desde hace décadas, con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, sin hacer referencia al *nomen iuris* de perspectiva de género. Valga como ejemplo la STC 224/1999, de 13 de diciembre de 1999,<sup>37</sup> en que se concluye que en la valoración probatoria el Tribunal Superior de Justicia había incurrido en una argumentación jurídica lesiva del artículo 14 de la CE por perpetuar estereotipos de conducta solo exigibles a una persona en cuanto mujer, concretamente «la negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer afectada al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario», discrepando de tal solución no como revisión de la valoración de la prueba, sino como una interpretación del relato «a la luz de los valores constitucionales». Resulta este pronunciamiento paradigmático de la depuración de estereotipo asociado a la concepción social sobre la necesaria respuesta femenina ante situaciones de acoso en los que se considera necesaria su reacción inmediata y contundente, lo que la doctrina constitucional tilda de actitud que implícitamente pretende cosificar a la mujer,<sup>38</sup> con ponderación de los hechos enjuiciados desde una perspectiva igualitaria, superadora de las citadas concepciones sociales.

Asimismo, la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha eliminado del enjuiciamiento concepciones sociales relativas a estereotipos de género en resoluciones tales como la STS/4.<sup>a</sup> de 19 de abril de 2011 (rec. 16/2009),<sup>39</sup> en que se consideró

---

<sup>37</sup> STC 224/1999, de 13 de diciembre de 1999, en supuesto de acoso sexual en el trabajo, en que se demandó en amparo aduciendo que la decisión judicial vulneró el derecho de la actora a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE) con menoscabo de su dignidad personal (art. 10.1 CE) y lesión de los derechos fundamentales afectados. Si bien el Tribunal Constitucional asume una noción de acoso sexual en el ámbito laboral que actualmente consideramos superada, su pronunciamiento constituye un paradigma de enjuiciamiento depurado de estereotipos de género.

<sup>38</sup> La STC 224/1999 expresamente se refiere a que las consideraciones sobre la debida reacción de la víctima de acoso la cosifican al tratarla «como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal».

<sup>39</sup> STS/4.<sup>a</sup> de 19 de abril de 2011 (rec. 16/2009).

discriminatoria la práctica empresarial de imponer a las trabajadoras un solo uniforme consistente en falda, delantal, cofia y medias como prenda obligatoria y no poder usar el uniforme de pantalón, por estimar que vulneraba el principio de igualdad por razón de sexo al no estar objetivamente justificada ni ser proporcional ni necesaria. Si bien no otorgándole el *nomen iuris* de estereotipo, se alude a unos hechos que serían constitutivos de este, los cuales son el «componente tradicional o antiguo» de determinada uniformidad femenina, que «se vincula con una serie de valores próximos a una posición no equilibrada de la mujer en relación con la de los hombres» que denota una política empresarial que pretende «proyectar al exterior una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual que el usuario pudiera percibir de los servicios sanitarios». En definitiva, se reflexiona en términos de dimensión de género, relacionando la medida con concepciones sociales superadas.

Conviene subrayar que los estereotipos impiden la igualdad efectiva entre mujeres y hombres tanto si son de carácter negativo como aparentemente positivo. Nos encontramos, en este último caso, los que determinan que se adopten las denominadas medidas «falsamente protectoras», que la doctrina constitucional configura como basadas en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer, sin vigencia en la sociedad actual, y que no tienen como consecuencia su promoción real y efectiva dado que, pese a su apariencia, tienden a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados, por lo que su mantenimiento, a pesar de su aparente carácter beneficioso para las mujeres, les resulta perjudicial, al consolidar la situación discriminatoria contra la que se reacciona. La doctrina constitucional, a partir de la STC 128/1987, subrayó que en el ámbito laboral, la situación de discriminación en que se ha encontrado la mujer en la sociedad se ha traducido en numerosas medidas que han tratado de realizar una labor de finalidad protectora, adoptadas desde una perspectiva que reflejaba los mismos valores sociales que habían mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral (inferioridad física, mayor vocación u obligación hacia las tareas familiares...) que fueron consideradas contrarias al artículo

14 de la Constitución.<sup>40</sup> Incluso hubo de clarificar la doctrina constitucional que el carácter discriminatorio de la medida derivado de la perpetuación del estereotipo social no quedaría enmendado o corregido por el hecho de que la trabajadora afectada por tal medida pudiera instar su aplicación, por cuanto «el consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrínsecamente inconstitucional del tratamiento que ha de serle aplicado» (STC 317/1994). Ello sin perjuicio de que, en relación con las medidas de acción positiva, la doctrina constitucional haya advertido del riesgo de que aquellas se conviertan posteriormente en motivo de discriminación negativa, efecto inverso al pretendido que ha de evitarse.<sup>41</sup>

En suma, la doctrina constitucional ha reconocido que la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres proclamada por el artículo 14 de la Constitución postula como «fin y generalmente como medio» la parificación,<sup>42</sup> lo que impone erradicar interpretaciones del ordenamiento jurídico que consoliden una división sexista de papeles, referencia esta

---

<sup>40</sup> SSTC 81/1982 y 7/1983, entre otras.

La STC 317/1994 resolvió el recurso de amparo formulado por una trabajadora a quien se había negado el derecho a una indemnización por ruptura del contrato con ocasión de su matrimonio, que era reconocida en el artículo 56 de la Ordenanza Laboral de Seguros, que se consideró norma inaplicable por inconstitucional, dado su carácter discriminatorio. Constata el Tribunal Constitucional que, en esta línea, el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (BOE de 21 de marzo de 1984) reitera la necesidad de que los Estados firmantes adopten las medidas necesarias para «modificar los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas... en funciones estereotipadas de hombres y mujeres» (art. 5a). Asimismo, continúa argumentando el Tribunal Constitucional, por este órgano se consideraron discriminatorias las normas protectoras que «perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina», partiendo de presupuestos como la inferioridad física o, por lo que ahora interesa, «de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares» de parte de la mujer (STC 128/1987, fundamento jurídico 6.º).

<sup>41</sup> STC 172/2021, de 7 de octubre, recurso 4119/2020. Se trataba de supuesto en que se había denegado el reconocimiento de la situación de gran invalidez derivada de contingencia común porque, en el momento de la solicitud, la demandante se encontraba en situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad.

<sup>42</sup> STC 153/2021, de 13 de septiembre.

inexorablemente unida a la persistencia de estereotipos sociales en el ámbito laboral y prestacional.

## 4. La perspectiva de género en el enjuiciamiento social

Advertíamos al inicio de esta exposición que en ocasiones la doctrina judicial ha considerado la perspectiva de género un criterio hermenéutico de segundo grado, subsidiario, frente al resto de los contemplados en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, a modo de cierre de argumentación, o ha denegado su aplicabilidad cuando lo cuestionado no era la interpretación normativa sino la valoración de los hechos.<sup>43</sup> Tratando de clarificar su finalidad, la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha declarado que la perspectiva de género constituye un criterio «imprescindible» para la interpretación de las normas jurídicas, calificándolo como principio informador del ordenamiento jurídico y «faro a cuya luz se interpreten las normas».<sup>44</sup> Y, más allá de su conceptualización como principio informador del ordenamiento jurídico, ha continuado matizando que la perspectiva de género ha de aplicarse para «la ponderación que supone examinar cuál de las soluciones posibles hace más efectivo el principio de igualdad», lo que supone el reconocimiento de una «función integradora» del principio de igualdad de trato y de oportunidades, aplicándose lo dispuesto en el artículo 1.4 del Código Civil conforme al cual «los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico». Esta función integradora supone, en palabras del citado Tribunal, su aplicabilidad en supuestos de «ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado».<sup>45</sup>

Esta configuración legal y jurisprudencial fija las propias funciones desarrolladas por la perspectiva de género o, dicho de otro modo, su aplicabilidad a la acción enjuiciadora del órgano judicial, pero cabría cuestionarse si aquellas se constriñen a la interpretación normativa o se extienden a la totalidad de la actividad de quien asume la función de juzgar. La respuesta a este interrogante dimana de la expuesta configuración legal (artículos 4 y 15 de la LO 3/2007) y de su interpretación por la doctrina jurisprudencial, al encontrarnos ante un principio informador del ordenamiento jurídico, lo que comporta el reconocimiento no solo de su función interpretativa sino asimismo de una «función integradora» y la superación de la mera formalidad o literalidad de la norma en la actuación de todos los poderes

---

<sup>43</sup> STS/4.ª de 25 de mayo de 2023 (rec. 1602/2020).

<sup>44</sup> STS/4.ª de 20 de septiembre de 2022 (rec. 3353/2019).

<sup>45</sup> STS/4.ª de 20 de septiembre de 2022 (rec. 3353/2019).

públicos, entre los que de forma evidente se encuentra el judicial. Constituye, en definitiva, la interpretación, aplicación e integración normativa acorde a la efectividad del principio de igualdad un mandato insoslayable para los órganos judiciales, cuestión que abordaremos en relación con el proceso lógico deductivo que preside su labor enjuiciadora.

## **A) La interpretación y aplicación normativa**

En materia de interpretación normativa, son numerosos los supuestos en que la doctrina jurisprudencial ha considerado que la literalidad de la norma resultaba insuficiente para la efectividad del principio de igualdad, habiendo aplicado la perspectiva de género para integrar aquella cuando de tal tenor literal derivaba un resultado contrario a la efectividad al principio de igualdad. Entre tales supuestos, cabe citar la interpretación de la normativa reguladora de las prestaciones en favor de familiares,<sup>46</sup> la de la jubilación anticipada al considerar como período de cotización el de prestación del servicio social obligatorio de la mujer pese a la laguna legislativa,<sup>47</sup> o el requisito de convivencia para lucrar la pensión de viudedad en los supuestos de violencia de género.<sup>48</sup>

Asimismo, en aquellos casos en que la conexión con la maternidad o embarazo determinaba una interpretación contraria al principio de igualdad de la norma en liza, se ha concluido sobre la debida hermenéutica con perspectiva de género. Puede citarse, entre ellos, la conclusión de que la contingencia determinante de las lesiones en el parto era la de accidente no laboral, superando el estereotipo ligado al carácter patológico del embarazo y parto.<sup>49</sup>

Pero no solo procede interpretar las normas con perspectiva de género cuando su literalidad (por acción u omisión) es contraria al principio de igualdad sino asimismo cuando su interpretación o aplicación, pese al carácter neutro del redactado, determina efectos desfavorables en el grupo caracterizado por uno de los factores protegidos en el artículo 14 de la Constitución, el sexo, generando una discriminación indirecta. A tal efecto, resulta de interés recordar, tal como efectúa la STC 1/2021, de 25 de enero, que la discriminación indirecta «puede darse no solo cuando exista “una norma” formalmente

---

<sup>46</sup> STS/4.ª de 29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017).

<sup>47</sup> STS/4.ª de 6 de febrero de 2020 (rec. 3801/2017).

<sup>48</sup> STS/4.ª de 14 de octubre de 2020 (rec. 201/2018).

<sup>49</sup> STS/4.ª de 2 de julio de 2020 (rec. 201/2018).

neutra y directamente no discriminatoria que produzca, en cambio, efectos desfavorables en el grupo caracterizado por el factor protegido, sino, asimismo, cuando se haya dado “una interpretación o aplicación de la misma” que ocasione aquel impacto o resultado adverso (STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6, por todas)». Entre los supuestos en que ha sido apreciada discriminación indirecta por la doctrina constitucional y jurisprudencial, cabe citar el impacto adverso de género de la interpretación del disfrute del permiso por accidente, enfermedad grave u hospitalización, dado que el mismo es solicitado mayoritariamente por mujeres,<sup>50</sup> así como la discriminación indirecta en el cómputo del descanso retribuido en supuestos de ejercicio de derechos conciliatorios.<sup>51</sup>

En el ámbito comunitario, la STJUE 30.06.2022 (C-625/2020) ha recordado que el concepto de discriminación indirecta debe entenderse, en el contexto de la Directiva 79/7, en el sentido de que constituye discriminación indirecta por razón de sexo aquella situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.<sup>52</sup> La doctrina del TJUE ha recordado que ello puede acreditarse probando que afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de otro,<sup>53</sup> tal como aconteció en la STJUE 24.02.2022 (C-389/2020), en relación con la ausencia de protección por desempleo de las empleadas de hogar en nuestro ordenamiento.

## **B) La valoración de la prueba**

El proceso lógico-deductivo en que consiste la valoración de la prueba por el órgano judicial no resulta de carácter objetivo o neutro por cuanto, salvo en los supuestos de ponderación tasada legalmente de prueba documental previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 319 y 326), precisa tanto de una aprehensión de los hechos que pueden constituir elementos de prueba como de una valoración jurídica o subsunción normativa para dirimir si integran los requisitos para constituir un medio idóneo de prueba de un determinado

---

<sup>50</sup> STS/4.ª de 23 de junio de 2021 (rec. 161/2019).

<sup>51</sup> SSTC 79/2020, 02.07.2020 (rec. amparo 500/2019), 1120/2020, 124/2020, 128/2020, 129/2020 y 168/2020.

<sup>52</sup> Véase, en este sentido, la STJUE 08.05.2019, Villar Láiz, C-161/18, apartado 37.

<sup>53</sup> STJUE 21.01.2021, C-843/2019, apartado 25.

hecho. A su vez, estas dos operaciones se integran por diferentes acciones que, de forma consciente o inconsciente, conforman el panorama fáctico en que se basará el relato de hechos a partir del cual obtener la conclusión jurídica, entre las que pueden citarse la propia relevancia otorgada a cada uno de los hechos acaecidos de cara a describir la acción y las máximas de la experiencia o reglas de la sana crítica, así como el análisis de la credibilidad otorgada, actuaciones que se ven impregnadas de los denominados usos sociales y estereotipos, a los que no resultamos inmunes quienes ejercemos la labor enjuiciadora.

La necesaria integración de la perspectiva de género en la valoración probatoria, con particular ponderación del valor otorgado a cada elemento de convicción, ha conducido a que desde diversos organismos internacionales se haya subrayado la trascendencia de su análisis de la prueba desde la perspectiva de género, pudiendo citarse el Comité CEDAW al enfatizar su relevancia en supuestos acaecidos en ámbito privado y reservado, el cual acontece en materia de violencia de género.<sup>54</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido asimismo el valor esencial de la declaración de la víctima como prueba en supuestos de delitos en que únicamente se encontraban presentes la persona agresora y la víctima, tales como los de carácter sexual.<sup>55</sup>

Por su parte, la fijación del objeto de prueba y la interpretación de los hechos acaecidos resultan contaminadas con frecuencia por los sesgos de género, habiéndose subrayado por la doctrina jurisprudencial el valor referencial de los usos sociales y las máximas de la experiencia al dirimir sobre la discriminación por razón de sexo.<sup>56</sup> Constituyen unos y otras (usos sociales y máximas de la experiencia) elementos concurrentes en la depuración fáctica que conformarán un relato de hechos probados subsumible en la correspondiente normativa y doctrina jurisprudencial, por lo que habremos de discernir si en su concepción concurren sesgos estereotipados que conduzcan a concluir en un determinado sentido como consecuencia de construcciones culturales y sociales atribuidas a ambos sexos. A

---

<sup>54</sup> La Recomendación núm. 135 del para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la CEDAW expone que «para determinar si los actos de violencia por razón de género contra la mujer constituyen tortura o trato cruel, inhumano o degradante, se requiere un enfoque que tenga en cuenta las cuestiones de género para comprender el grado de dolor y sufrimiento que experimentan las mujeres, y de que los requisitos de propósito e intención para clasificar los actos como tortura se satisfacen cuando los actos u omisiones están asociados al género o se cometen contra una persona por motivos de sexo».

<sup>55</sup> Corte IDH, asunto Rosendo Cantú y otra c. México, sentencia de 31 de agosto de 2010.

<sup>56</sup> STS, Sala de lo Social, sección 1, de 19 de abril de 2011, recurso 16/2009 (ROJ: STS 3120/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3120).

tal depuración o filtro se dirige la perspectiva de género, con la finalidad de que el principio de igualdad sea efectivo, eliminando de la labor de ponderación consideraciones ajenas a aquel, que abunden en la inequidad por razón de género.

Sentadas tales premisas, hemos de fijar las diferentes fases del proceso lógico deductivo de ponderación probatoria, que necesariamente ha de partir de la identificación del estereotipo y su impacto en el género femenino para suprimir aquel con carácter previo a la ponderación del acervo probatorio.<sup>57</sup> Adviértase que particularmente en supuestos de acoso sexual o por razón de sexo o género en el trabajo, así como en los de violencia de género en el ámbito laboral, con frecuencia concurre un marco de clandestinidad preordenado que dificulta la propia formación del acervo probatorio y determina que la principal, si no única prueba, sea la declaración de la víctima, por lo que la fijación de los hechos con perspectiva de género, no considerados de forma aislada sino en el preciso contexto en que acontecen, así como la consecuente determinación del objeto de prueba, se evidencian como imprescindibles para una ponderación judicial acorde a la efectividad del principio de igualdad. Esta evidencia ha determinado que la doctrina subraye el valor como prueba principal de la declaración de la víctima en supuesto de constituir el único elemento probatorio directo.<sup>58</sup>

En relación con el concepto de acoso sexual en el mundo del trabajo, la propia definición contenida en el artículo 1a del Convenio número 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo<sup>59</sup> evidencia la necesaria depuración por parte del órgano judicial de las máximas de la experiencia provistas de sesgos de género.<sup>60</sup> Entre los más frecuentes en la materia pueden citarse los relativos a la ausencia de negativa contundente o de reacción airada

---

<sup>57</sup> De forma más amplia, el tema es tratado en: Martínez Miranda, M. (2022). «Valoración de la prueba con perspectiva de género en el orden jurisdiccional social», Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, núm. 52.

<sup>58</sup> Lousada Arochena, J. F. (2014). El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social, Tirant lo Blanch, Valencia.

<sup>59</sup> Se considera en el citado texto como violencia y acoso en el mundo del trabajo «un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género».

<sup>60</sup> Obsérvese que la fijación de si un comportamiento o práctica es «inaceptable» y la susceptibilidad de poder causar un daño constituyen juicios de valor que han de ser depurados de estereotipos para responder a la efectividad del principio de igualdad.

por la trabajadora,<sup>61</sup> el contexto social o laboral que entiende que a las mujeres se les ha de «insistir» para conquistarlas y que forma parte del «cortejo sexual» mostrar cierta resistencia,<sup>62</sup> así como la ausencia de relevancia de los hechos por mantenerse la conducta en idénticos términos en relación con todas las trabajadoras<sup>63</sup> o por realizarse en presencia de otros/as trabajadores/as o clientes.<sup>64</sup> Conviene advertir que tales estereotipos pueden surgir durante el proceso lógico-deductivo del órgano judicial *ex novo*, o resultar de las propias alegaciones de las partes, debiendo en tal caso ser neutralizado por el órgano judicial en su argumentación jurídica.<sup>65</sup>

En cuanto a la violencia de género, con especial incidencia en la pensión de viudedad en el orden social, los sesgos de género resultan presentes no solo al valorar la prueba sino, con carácter previo, al determinar los medios de prueba necesarios para subsumir la conducta en aquel supuesto. A tal efecto, resulta esencial la ponderación de la declaración de la víctima, dada la intimidad del ámbito en que se desarrollan tales conductas y la frecuente ausencia de pruebas adicionales, lo que ha determinado que algunos pronunciamientos judiciales acudan a la técnica de la posicionalidad.<sup>66</sup> La propia doctrina jurisprudencial ha reconocido que la protección integral y transversal contra la violencia de género sigue presentando «deficiencias» que hay que corregir y subsanar, lo que es particularmente exigible en un ámbito (el de la violencia de género) donde se ven comprometidos derechos y bienes tan primordiales y esenciales y cuya protección «integral» cuesta tanto conseguir,<sup>67</sup> habiendo aplicado la perspectiva de género para reconocer el derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho por parte de la mujer que, por razón de violencia de género,

---

<sup>61</sup> La STC 224/99, anteriormente aludida, constata que esta consideración resulta de una concepción estereotipada en la STSJ objeto de amparo.

<sup>62</sup> STSJ Cataluña 25.09.2019 (rec. 3292/2019).

<sup>63</sup> STSJ Galicia 27.04.2020 (rec. 433/2020).

<sup>64</sup> La circunstancia de ejecutarse la conducta en presencia de terceros, contrariamente a la concepción estereotipada, puede coadyuvar a la doble victimización de la persona que lo sufre, ante el impacto no solo individual sino social y laboral de aquella actuación.

<sup>65</sup> La STSJ de Baleares de 22 de septiembre de 2022 (rec. 184/2022) concluye que las alegaciones de las partes se encuentran plagadas de un «sexismo incuestionable en la forma en que está planteada», tanto por calificar de puntual e intrascendente «un hecho tan grave» como el tocamiento efectuado, como por aducir una intencionalidad fraudulenta o abusiva alguna por parte de la actora que no se infiere del relato fáctico.

<sup>66</sup> STSJ Galicia, Sala de lo Social, sección 1, 22.02.2019 (rec. 3317/2018).

<sup>67</sup> STS/4.ª de 14 de octubre de 2020 (rec. 2753/2018).

no estuviese ya unida ni conviviese con el causante en el momento de su fallecimiento, pese a la literalidad de la norma.<sup>68</sup> Será al ponderar la declaración de la víctima cuando habrán de eliminarse los estereotipos de género, con frecuencia atinentes a la ausencia de denuncia durante determinado período temporal o de reacción ante las autoridades de la víctima; valorándose especialmente el contexto en que habría acaecido la violencia de género, particularmente cuando fuese anterior a la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004.<sup>69</sup> Tal como ha subrayado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la CEDAW en su Recomendación número 135, en el enjuiciamiento de esta materia han de tomarse en consideración cuestiones de género para comprender el grado de dolor y sufrimiento de las mujeres, lo que pone de relieve la obligada depuración de concepciones estereotipadas en la valoración probatoria.

Por su parte, la permeabilidad de los sesgos de género al enjuiciar derechos de carácter conciliatorio y corresponsabilidad ha sido subrayada tanto por la normativa como por la doctrina jurisprudencial interna e internacional, evidenciándose su relevancia en materia de valoración probatoria, así como en la propia fijación del objeto de prueba. A tal efecto, hemos de partir del marco normativo actualmente vigente, tras la promulgación del RD 5/2023, que transpone la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio,<sup>70</sup> en que el punto gravitatorio pasa a ser la corresponsabilidad en el cuidado familiar de varones y mujeres, por lo que procede partir de la premisa de que si bien los derechos de conciliación inicialmente se conceptuaban como medidas dirigidas a la protección de la familia (derechos de conciliación pura), lo que perpetuaba la distribución estereotipada de tales deberes, en la actualidad se conciben como derechos subjetivos plenos cuyo objeto es la asunción igualitaria por ambos sexos de las responsabilidades familiares, conectándolos con la tutela discriminatoria por razón de género.

La doctrina del TJUE ha aplicado el principio de igualdad y la no discriminación en

---

<sup>68</sup> STS/4.<sup>a</sup> de 14 de octubre de 2020 (rec. 2753/2018), citada por la STS/4.<sup>a</sup> de 20 de septiembre de 2022 (rec. 3353/2019).

<sup>69</sup> SSTSJ Cataluña 20.10.2021 (rec. 3300/2021) y 10.11.2021 (rec. 3479/2021). La STSJ Canarias (Tenerife) de 30 de junio de 2022 (rec. 941/2021) concluye sobre la necesaria exclusión del enjuiciamiento de concepciones estereotipadas por razón de género (si bien no se denominan de este modo).

<sup>70</sup> Entre los considerandos de la Directiva se subraya que «los principios de igualdad de género y de equilibrio entre vida familiar y vida profesional se reafirman en los principios 2 y 9 del pilar europeo de derechos sociales, proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017».

relación con el ejercicio de derechos conciliatorios.<sup>71</sup> Y la doctrina constitucional interna es reiterada al aludir a la feminización de las labores de cuidado, como «evidencia empírica»,<sup>72</sup> subrayando que los estereotipos de género y estigmas del ámbito laboral tradicionalmente asociados a la maternidad y a las tareas de cuidado familiar han lastrado el acceso, permanencia y promoción en el empleo.<sup>73</sup> En el mismo sentido, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha subrayado la dimensión constitucional de los derechos conciliatorios, considerando que el distinto tratamiento del varón y la mujer en relación con su disfrute perpetúa la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos/as, lo que constituye una clara discriminación por razón de sexo.<sup>74</sup>

No obstante tales avances normativos y jurisprudenciales, se continúa constatando la persistencia de tales estereotipos en la labor enjuiciadora, atribuyéndose en algunos pronunciamientos a la mujer el rol cuidador en perjuicio del acceso, mantenimiento y promoción en el empleo. Constituyen paradigma de tal persistencia las resoluciones anteriormente citadas, SSTEDH de 22 de marzo de 2012 (caso Konstantin Markin c. Rusia) y de 11 de octubre de 2022 (caso Beeler c. Suiza).

Nuevamente se evidencia la imperiosa necesidad de depurar el enjuiciamiento en materia conciliatoria de sesgos estereotipados sobre el prevalente papel de cuidadora de la mujer frente al varón. Véase que la propia fijación del objeto de prueba en materia conciliatoria generó un debate sobre el objeto de prueba tras la publicación del plan MECUIDA, en relación con su posible ampliación al ejercicio de corresponsabilidad familiar.<sup>75</sup> De este modo, existiendo anteriormente a su promulgación distintas posiciones judiciales sobre la posibilidad de requerir, en el supuesto de ejercicio de derechos conciliatorios, datos

---

<sup>71</sup> SSTJUE 30.09.2010, C-104/09, asunto Roca Álvarez, sobre permiso de lactancia, y de 16 de julio de 2015, C-222/14, asunto Maïstrellis, sobre la licencia por nacimiento o adopción.

<sup>72</sup> STS/4.<sup>a</sup> de 4 de octubre de 2022 (rec. 574/2019).

<sup>73</sup> STC 153/2021 de 13 de septiembre de 2021.

<sup>74</sup> STS/4.<sup>a</sup> de 23 de septiembre de 2020 (RCUD 70/2019).

<sup>75</sup> El artículo 6.1 del RDL 8/2020 dispuso que constituía presupuesto para el reconocimiento de los derechos de adaptación y reducción de jornada «el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles».

sobre los integrantes del núcleo familiar de la persona trabajadora,<sup>76</sup> se cuestionó si de la literalidad del artículo 6.1 del RDL 8/2020 derivaba una ampliación del objeto del proceso que pudiese abarcar el ejercicio de la corresponsabilidad por parte de otros miembros del núcleo privado familiar. Ahora bien, tanto su interpretación literal, al referirse a la evitación de perpetuación de roles, como la obligada hermenéutica con perspectiva de género y la potencial afectación a otros derechos, conducen a concluir que aquel objeto se circunscribe al ejercicio de los derechos conciliatorios por el/la demandante, y no así al papel que en las labores de cuidado tengan los integrantes del núcleo familiar, en aplicación de la doctrina constitucional contenida en el ATC 1/2009.<sup>77</sup> Aún podría añadirse que la referencia a la perpetuación de roles podría ser ponderada para impedir que, en supuestos de pluralidad de solicitantes, la empresa acuda al estereotipo social de que la mayor carga en relación con los cuidados corresponde a la mujer, priorizando el reconocimiento a las trabajadoras de género femenino frente a los de género masculino,<sup>78</sup> concepción que subraya la posibilidad de apreciar discriminación por razón de género de trabajadores varones cuando la misma responda a la referida atribución de roles sociales entre géneros en perjuicio de aquel.<sup>79</sup>

Continuando con la labor enjuiciadora, advertido el estereotipo de género, ha de constatarse su impacto sobre el sexo femenino, el cual resulta de la propia conceptualización, tal como han venido reiterando la citada doctrina jurisprudencial y las normas internacionales. Entre estas últimas, el Preámbulo del Convenio 190 de la OIT, ratificado por España,<sup>80</sup> declara que la

---

<sup>76</sup> Pueden citarse la STSJ Andalucía (Málaga) de 30 de enero de 2014 (rec. 1647/2013), la STSJ Galicia de 19 de noviembre de 2018 (rec. 2676/2018) y la STSJ Cataluña de 13 de febrero de 2020 (rec. 5233/2019), entre otras.

<sup>77</sup> ATC 1/2019, de 12 de enero, al establecer: «En relación con la distribución de la carga probatoria es de señalar que valorar las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora no implica que ésta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar, que puedan justificar una forma determinada de proceder a la reducción de su jornada. Tal perspectiva de análisis es, por lo pronto, ajena a la regulación legal de la institución».

<sup>78</sup> Para profundizar en la materia, me permito citar Martínez Miranda, M. (2020). «Cuestiones prácticas en los procedimientos relativos al ejercicio de los derechos conciliatorios (Plan MECUIDA) y teletrabajo», Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, núm. 1.

<sup>79</sup> En este sentido, STSJ Cataluña 30 de julio de 2020 (rec. 1484/2020).

<sup>80</sup> Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019, publicado en el BOE núm.143, de 16 de junio de 2022, pp. 82.959 a 82.966.

violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas, así como que la adopción de un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género, es indispensable para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Esta cláusula posibilita, asimismo, la afectación de hombres y niños como víctimas de violencia y acoso por razón de género precisamente por no ajustarse a los denominados patrones de género.

Como parámetros para dirimir sobre la concurrencia de estereotipos de género puede resultar útil la aplicación de determinadas operaciones lógico-deductivas tradicionalmente denominadas «tests». Entre estos, cabe citar el test de situación, *testing* o *prueba de verificación 'in situ'*,<sup>81</sup> que confronta en situación idéntica el supuesto autor de una discriminación a dos tipos de personas, el que posee la característica susceptible de generar la discriminación y otro idéntico desde el punto de vista de las características pertinentes, para observar si el comportamiento del supuesto discriminador frente a ambos grupos de personas es similar o concurre trato desfavorable.<sup>82</sup> Del mismo modo, puede aplicarse el denominado «test *but for*» o de la sustitución,<sup>83</sup> consistente en la ficción de cambio de sexo para dirimir si las consecuencias jurídicas habrían sido las mismas; el cual ha sido aplicado por determinados pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>84</sup> y de Jurisprudencia interna, al dirimir sobre la concurrencia de discriminación

---

<sup>81</sup> Lousada Arochena, J. F. (2021). La prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales. (Su regulación en los procesos civil, contencioso-administrativo y social), Bomarzo, Albacete.

<sup>82</sup> [Sitio web de SOS racismo sobre los testings antirracistas.](#)

<sup>83</sup> STC 162/2016: «Basta aplicar el test *but for* o de la sustitución, utilizado por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo, consistente en cambiar el sexo u otra circunstancia personal del sujeto, para contrastar si las consecuencias jurídicas habrían sido las mismas en ese caso, para darse cuenta de que el razonamiento de que la obligatoriedad de la toma de posesión del destino afecta a todo aquel que se encuentre en una situación de licencia sea cual fuere esta y, por tanto, independientemente de su sexo, no es válido en casos como el presente. Es la maternidad la que, como circunstancia unida a las mujeres y solo a ellas, provoca una situación de discriminación profesional» (FJ 7).

<sup>84</sup> SSTJUE 08.11.1990, asunto Dekker, y 03.02.2000, asunto Mahlburg.

por razón de sexo.<sup>85</sup> Asimismo, el método de análisis de *posicionality* o relato personal pondera la verosimilitud del relato de la parte demandante en relación con su conducta procesal y sus posibilidades racionales de actuación dentro de cada determinado contexto legal y social o, dicho en una terminología más técnica, de «evitar el prejuicio de no creer a quien dice ser víctima de violencia y a la vez enfrentarla a una prueba cuasi diabólica».<sup>86</sup> La utilidad de estos tests para dirimir sobre la propia concurrencia de discriminación resulta evidente.

Advertido el estereotipo, el paso siguiente para una ponderación probatoria igualitaria por razón de género comportaría su eliminación, atribuyendo el correspondiente valor a cada elemento de convicción sin consideración de aquel de conformidad con las reglas previstas en el ordenamiento jurídico. Únicamente de este modo la labor enjuiciadora salvaguardará la efectividad del principio de igualdad por razón de sexo.

En suma, la salvaguarda de la efectividad del derecho de igualdad se evidencia como imprescindible para configurar un mundo igualitario, justo e inclusivo, partiendo de que, tal como se afirma en el prefacio del plan estratégico de la OIT sobre igualdad de género 2022-2025, «la capacidad colectiva, descrita por el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas como el mayor recurso de la humanidad, se ve gravemente limitada cuando a la mitad de la humanidad —las mujeres y las niñas— se les niega el derecho a no ser discriminadas».

---

<sup>85</sup> STS/4.ª de 20 de noviembre de 2015 (rec. 104/2015), de 18 de julio de 2011 (rec. 133/2010) y de 23 de abril de 2009 (recurso 44/2007), y STSJ Galicia 07.03.2016 (rec. 4986/2015) y Comunidad Valenciana 24.03.2015 (rec. 2225/2014).

<sup>86</sup> STSJ Galicia 22.02.2019, rec. 3317/2018.

# Discriminación por edad

**JAIME CABEZA PEREIRO**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Vigo

## Sumario

1. Introducción. Edad y estereotipos
2. En torno a la edad y la amenaza de la pérdida de empleo
3. La extinción del contrato por motivo de edad. Otros incentivos al abandono
4. Sobre la prevención de riesgos y, en particular, los riesgos psicosociales
5. Sobre la formación profesional y las competencias digitales
6. El envejecimiento activo y sus distintas manifestaciones en el derecho interno
7. Conclusión

## Resumen

La discriminación por edad es un tópico de creciente interés en el marco del contrato de trabajo y de las relaciones laborales. Los estereotipos vinculados a las personas mayores producen un apartamiento de las empresas y las exponen a la extinción del contrato de trabajo. El riesgo de pérdida del empleo se agrava porque puede producir un desempleo de larga duración, con inciertas expectativas de retorno a la vida profesionalmente activa. Además, la desatención que las normas legales y los convenios colectivos prestan a los problemas del envejecimiento, en asuntos tales como la seguridad y la salud laborales o el tiempo de trabajo, generan entornos hostiles, con exposición adicional a riesgos psicosociales. La necesaria atención a tales problemas, así como las particulares necesidades de formación profesional de las personas mayores, son objeto de atención en este artículo. Además, se reflexiona acerca de las reglas de Seguridad Social de compatibilidad entre trabajo y jubilación, cuya complejidad disuade muchas veces a los beneficiarios de pensiones de compatibilizarlas con trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena.

# 1. Introducción.

## Edad y estereotipos

La normativa de la UE aprobada en desarrollo del artículo 6A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, introducido por el artículo 2.7 del Tratado de Ámsterdam (actual artículo 19.1 del TFUE), incorporó ya hace años un régimen sustantivo sobre la prohibición de discriminación por razón, entre otros motivos, de edad. La Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación general optó por la misma senda, iniciada treinta y tres años antes por la Age Discrimination in Employment Act, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1967, de centrar su atención en aspectos laborales.<sup>1</sup> Aunque algunos de sus preceptos tienen un carácter general, aplicable a todos los motivos a los que se dirige, y otros aluden específicamente a motivos distintos de la edad, uno de sus preceptos, el artículo 6, se refiere en concreto a este, para establecer reglas específicas sobre la justificación de diferencias de trato por finalidades legítimas. Entre ellas, el precepto hace referencia explícita a los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y expresa seguidamente tres supuestos de diferencias de trato admisibles. No es objeto central de este estudio su análisis, ni tampoco el estudio del caudal de doctrina judicial que han provocado, a este respecto mucho más amplio que en relación con cualquiera otra de las causas contempladas en la misma Directiva.<sup>2</sup>

Probablemente, en el ámbito de la doctrina académica laboral, cuando menos de la española, se ha producido un cierto descuido hacia los aspectos más etiológicos de la

---

<sup>1</sup> En 2008 se publicó una propuesta de Directiva del Consejo «por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» (COM(2008) 426 final, de 2 de julio de 2008) al objeto de luchar contra los mismos motivos de discriminación en ámbitos distintos del empleo y de la ocupación. Sin embargo, no fructificó en una norma derivada, por motivos políticos que ahora no es necesario desarrollar.

<sup>2</sup> Sobre esta, vid., Agís Dasilva, M. (2019). «Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del derecho europeo», en Cabeza Pereiro, J.; Cardona Rubert, M. B. y Flores Giménez, F. (coord.), *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 135 y ss. No está de más apuntar que el apartado 2 del artículo 6 se refiere a un asunto no menos controvertido, como es el de los regímenes profesionales de la Seguridad Social en relación con la edad.

discriminación, quizá porque se ha polarizado el debate en alguna de sus consecuencias o de sus efectos indirectos (por ejemplo, en torno a la jubilación forzosa,<sup>3</sup> o a la selección de las personas afectadas por un despido colectivo, como temas más destacados<sup>4</sup>) y también porque el debate sobre la edad se ha focalizado sobre todo en cuanto a la pensión de jubilación y a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. Por este motivo, me parece especialmente pertinente recordar de forma breve algunas ideas que ya he expresado en otros espacios.<sup>5</sup>

La discriminación por edad es, sobre todo, una discriminación por estereotipo, basada en la construcción social que sobre ella se ha producido. Pese a ser la circunstancia diacrónica por excelencia, se proyecta en particular, en cuanto al empleo y la ocupación, en dos extremos característicos de la vida activa. Por lo tanto, no en la edad de escolaridad obligatoria, anteriormente a los 16 años, ni tampoco en la de abandono definitivo del mercado de trabajo, con todo lo difuso que es el concepto actualmente, máxime en seguimiento de las políticas de envejecimiento activo.

Se proyecta, así pues, al comienzo de la vida activa. Tópicos como la inexperiencia, la falta de fiabilidad y compromiso o la incapacidad para liderar equipos y proyectos, entre otros prejuicios, se les presuponen a las personas jóvenes. Se trata, como es obvio, de presuposiciones que no necesariamente coinciden con la realidad, pero que, en definitiva, producen una minusvaloración de su trabajo y que, además, son muy eficaces en términos de ubicación de estas cohortes de edad en el gueto del empleo precario y mal retribuido, cuando no del desempleo y la exclusión social. Si, además de la edad joven, se acumula la condición de mujer, se produce una discriminación múltiple o intersectorial que multiplica los tratamientos y las consecuencias perjudiciales. En realidad, y aunque no se abunde más sobre este asunto, la intersección entre sexo y género tiene una gran repercusión en el

---

<sup>3</sup> A este particular asunto me he referido recientemente en Cabeza Pereiro, J. (2021). «Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad», *Revista de Derecho Social*, núm. 96, p. 63 y ss. En este estudio cito doctrina al respecto, en una materia tendencialmente cambiante a lo largo de los últimos años.

<sup>4</sup> Sobre este particular me parece muy interesante (si bien necesitaría ser actualizado años más tarde) el estudio de Solá Monells, X. (2015). «La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo», en Torres-Coronas, T.; Belzunegui-Eraso, A., y Moreno-Gené (J.) (ed.), *Finding Solutions for a Post-Crisis Society: 1st International Virtual SBRLab Conference*, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, p. 54 y ss.

<sup>5</sup> Cabeza Pereiro, J. (2019). «Estereotipos vinculados a la edad», en *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 97 y ss.

campo del empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo.<sup>6</sup>

Y se proyecta, sobre todo, en la edad madura, a partir de una edad difícil de definir *a priori*, pero sobre la que existe cierto consenso generalizado de que afecta a partir de los 45 años. En torno a ella se produce una confluencia de prejuicios de edad asimismo muy arraigados, que han sido unificados bajo el paraguas de la expresión *ageing* o 'edadismo'. La falta de dinamismo y de capacidad para innovar, la incapacidad o falta de disposición para formarse y desarrollarse profesionalmente, la salud deficiente y pérdida de vigor físico, la presupuesta peor disposición para el trabajo en equipo o la carencia de competencias digitales y tecnológicas configuran un conjunto de calificativos que afectan indiscriminadamente a las personas de edad madura. A mayor abundamiento, estos estereotipos en no pocas ocasiones se adentran en el ámbito prescriptivo, y se llega a afirmar que no deben someterse a cambios o reestructuraciones, que no deben promocionar profesionalmente o que no deben recualificarse ya. Entre otros motivos, aunque no solo, porque ciertas medidas que les desfavorecen aparecen revestidas de una racionalidad económica, o cuando menos de una presunta racionalidad económica.

Estos estereotipos son, por otra parte, profundamente agresivos, porque tienden a ocultar la vejez y, en general, los signos del paso del tiempo. De modo que, en la empresa y fuera de ella, las personas tienen que parecer y comportarse como si fueran jóvenes e invisibilizar dichos signos. La juventud como paradigma conduce a la anomalía de todo lo que no se asocie a ella, en participar en determinados sectores en los que no hay espacio para la edad madura. Desde esta perspectiva, la vejez no existe, o, si existe, se oculta y se actúa como si no existiese. Cuando emerge, es eliminada de raíz como un elemento extraño y ajeno a la actividad productiva de que se trate.

Desde una perspectiva próxima, pero distinta, la discriminación por edad se puede producir por indiferenciación. Es decir, el efecto perjudicial hacia los y las mayores se debe en este caso a que no se tiene en cuenta como criterio distintivo, a veces necesario y conveniente. En efecto, la situación específica de los trabajadores y trabajadoras maduras requiere tratamientos diferenciados, en asuntos tales como seguridad y salud en el trabajo, exigencias físicas y ergonómicas del puesto que desarrollan, evaluaciones médicas o derechos formativos, entre las condiciones más obvias. Por lo tanto, la desconsideración de la edad puede resultar igualmente discriminatoria.

---

<sup>6</sup> Sobre este tema, CARDONA RUBERT, M. B., y CABEZA PEREIRO, J. (2019). «La discriminación por edad sobre las mujeres mayores», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 59, pp. 30 y ss.

## 2. En torno a la edad y la amenaza de la pérdida de empleo

La precariedad laboral en la edad madura tiene sobre todo que ver con el riesgo de pérdida del empleo. Tal vez la exposición a esa pérdida no sea mayor que la de otras personas más jóvenes, pero sus efectos tienen mucha más gravedad en términos de amenaza del desempleo de larga duración y de dificultades casi insalvables para retornar al mercado de trabajo.<sup>7</sup> Es cierto que la población joven está mucho más expuesta estadísticamente a los contratos temporales y a los contratos a tiempo parcial y que la mayor en edad ostenta en términos estadísticos datos por debajo de la media total en ambos tipos de contratos precarios. Pero también lo es que esta tiene unos muy fundados temores de ver extinguidos sus contratos, ante la incertidumbre de su vuelta a la actividad por cuenta ajena.

Las dificultades son especialmente notables en el sector de la mano de obra directa, a causa de la pérdida de capacidad física o del deterioro de la salud. Es indudable que la aparición de ciertas patologías musculoesqueléticas viene asociada al desgaste progresivo derivado de los años de actividad física, del mismo modo que la pérdida de vigor y fortaleza conforman circunstancias asociadas al progresivo envejecimiento, con las diferencias evidentes entre unos individuos y otros. Además, los tópicos sociales también desempeñan en estos ámbitos un papel importante, quizá no tanto en lo referente al mantenimiento del contrato, pero sí en la contratación de trabajadores y trabajadoras más allá de cierta edad (orientativamente, los 45 años). Si a estos problemas se suma que se trata del segmento de la población activa con cualificaciones más bajas, la exposición a la pérdida de sus contratos de trabajo es un riesgo de una enorme gravedad.

Es evidente que, en esas edades, la frecuencia de los despidos formalizados por diferentes causas, a veces económicas, técnicas, organizativas o de producción, otras apelando a motivos disciplinarios, en ocasiones mediante extinciones de contratos de trabajo de duración determinada que se han extendido a lo largo de la vida activa de las personas afectadas mediante encadenamientos interminables, es muy intensa. Normalmente, el entorno de los 50 años constituye un umbral de gran exposición, una edad muy alejada

---

<sup>7</sup> Sobre estos asuntos, BENTOLILA, S.; GARCÍA-PÉREZ, J. I., y JANSEN, M. (2018). «El paro de larga duración de los mayores de 45 años», *Papeles de Economía Española*, núm. 156, pp. 30 y ss.

de la ordinaria de jubilación y que propone, en consecuencia, un reto para el mercado de trabajo de gran envergadura, la reabsorción de estos colectivos.

En otro orden de ideas, existe una sobreexposición de los trabajadores de mayor edad a las extinciones de contratos en el marco de las reestructuraciones de plantilla y de los despidos colectivos. A diferencia del fenómeno anterior, este es más transversal, porque afecta al margen de las cualificaciones y de la clasificación profesional y tiene que ver en exclusiva con la proximidad, más o menos remota, con la edad socialmente establecida como normal de abandono del mercado de trabajo. Ha habido tradicionalmente varios motivos para esta desproporcionada afectación de las personas maduras,<sup>8</sup> en los que se entrecruzan supuestos intereses de las empresas y de la representación de las personas trabajadoras. Por ejemplo, y por un lado, la conveniencia de rejuvenecer las plantillas, de extinguir los contratos con mayores salarios y con más desproporción entre salario, rendimiento y productividad, y de abordar profundos procesos de cambio en la manera del producir. Por el otro, la protección de los intereses colectivos más sensibles, que aconsejan extinguir los contratos de quienes más facilidades puedan tener de obtener prestaciones sociales que enlacen en el medio plazo con la jubilación, o el supuesto interés general del grupo de personas maduras, a las que se les presume una voluntad de apartarse del mercado de trabajo, sin diferenciar las expectativas individuales. El TC ha avalado en alguna ocasión estas prácticas, desde la perspectiva de que no constituyen en sí mismas una discriminación prohibida. En esa sentencia, la selección de las personas más próximas a la edad de jubilación (aquellas que alcanzaran la edad de 55 años), como uno de los cuatro criterios acordados en fase de consultas entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, se consideró conforme con el derecho a la no discriminación del artículo 14 porque estaba justificada objetivamente y era proporcionada en el contexto de un adecuado reparto de los sacrificios.<sup>9</sup> La fundamentación jurídica, leída con atención, sugiere que difícilmente se reputarán como discriminatorias esas extinciones cuanto se produzcan al

---

<sup>8</sup> Una interesante exposición en Cegarra Cervantes, F. «Despido colectivo y discriminación por razón de edad», NET21.

<sup>9</sup> En la STC 66/2015, de 13 abril, se consideró adecuada y suficiente la justificación derivada de los menores sacrificios que se les irrogaban a las personas afectadas por motivos de su mayor acceso a medidas de protección social. Aunque se trata de un supuesto de hecho concreto, la argumentación utilizada tiene general aplicación, siempre que la selección se complemente con las medidas previstas en el artículo 51 del ET (convenio especial y aportación al Tesoro Público). De hecho, la única medida singular expresada en la fundamentación jurídica, por lo demás común a muchos acuerdos en fase de consultas, consistía en una mejora de la prestación de desempleo.

amparo del artículo 51 e incorporando las medidas contempladas en él.

En este contexto, las extinciones, sean colectivas, en el marco de un expediente de regulación de empleo, o sean individuales, vienen en muchas ocasiones rodeadas de ofertas de acogimiento voluntario en determinadas condiciones presuntamente favorables, vinculadas al requisito más o menos explícito de una edad mínima. De tal forma que todavía resulta más difícil esgrimir un tratamiento discriminatorio hacia las personas mayores. Ahora bien, en estos escenarios es preciso distinguir la voluntad libre de la voluntad viciada y analizar el entorno en el que se expresa la voluntad de incorporarse a la medida. Las posibles presiones e incluso coacciones que pueden padecerse, ya procedan de la propia empresa, ya de la representación legal de los trabajadores, generan dudas acerca de la compatibilidad de esas circunstancias con la igualdad y no discriminación por edad. Podría esgrimirse que difícilmente es discriminatorio el sistema formalmente establecido de adscripción voluntaria si no lo es la adscripción decidida por la empresa. Ahora bien, ese «entorno», si es particularmente coactivo e incluso violento, podría encajar en el concepto de acoso de edad contenido en el artículo 28.1d de la Ley 62/2003, de 30 diciembre, como norma de trasposición de la Directiva 2000/78/CE.<sup>10</sup>

Sobre estos extremos no se ha producido ninguna doctrina judicial relevante,<sup>11</sup> pero debería plantearse la calificación jurídica que corresponde a situaciones como las descritas, en las que la negativa de una persona trabajadora a adherirse a un plan de «prejubilaciones», de «bajas incentivadas», de «extinciones ofrecidas» o expresiones similares se produce en un contexto de cierta presión favorable al abandono de la empresa y es respondida con medidas perjudiciales para ella. Hay sectores en los que tales prácticas se compaginan con graves tensiones hacia los trabajadores en activo, con imposición de objetivos cada vez más ambiciosos, que se confunden con medidas de hostigamiento destinadas al abandono de la entidad. El abandono quizá no tenga como principal destinatario al prototipo de trabajador mayor, pero no cabe duda de que es el colectivo más afectado.

---

<sup>10</sup> «Toda conducta no deseada relacionada con [...] la edad [...] de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo».

<sup>11</sup> Es muy ilustrativa, aunque no en el contexto de una discriminación por edad, una STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de junio de 2018 (RSU 1483/2018), relativa a una conducta de acoso sistemático que se desencadena a partir de que el trabajador no se acoge a un plan de bajas incentivadas producido en el contexto de un expediente de regulación de empleo.

En todo este haz de problemas se entremezclan, como se ha expresado, todos los estereotipos que conforman la discriminación por edad. La situación vulnerable en la que se encuentran, así pues, las personas mayores, anima un debate que debería producirse sobre la protección frente al despido y sobre la conveniencia de introducir alguna medida (más) que las ampare en el empleo. Como es sobradamente conocido, solo el artículo 51 del ET ha introducido dos reglas que las afectan directamente: por un lado, la exigibilidad de que las empresas les financien un convenio especial cuando el despido colectivo no se produce en el seno de un procedimiento concursal, restringida a quienes ya hayan alcanzado los 55 años.<sup>12</sup> Por otro, la obligación de realizar una aportación al Tesoro Público cuando el despido colectivo afecte a alguna persona que haya alcanzado los 50 años de edad, aunque solo en los casos previstos por la disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011, de 1 agosto.<sup>13</sup>

En un sentido opuesto ha actuado, aunque indirectamente, la reforma laboral de 2012. Resulta obvio que la limitación de la indemnización máxima por despido improcedente a 24 mensualidades, aun con las reglas de la disposición transitoria 11.<sup>a</sup> del ET, afecta con particular intensidad a los trabajadores y trabajadoras mayores, al erosionar de forma sustantiva su estabilidad en el empleo, y lo hará más en tanto en cuanto dicha disposición transitoria vaya perdiendo eficacia. Por consiguiente, ese debate se ha reforzado.<sup>14</sup> Se ha propuesto, por ejemplo, una mayor protección mediante una reforma de la normativa sobre despido que incremente la tutela real en favor de las personas mayores, o que aumente las cuantías de las reparaciones económicas, o que produzca una combinación de ambas medidas.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Artículo 51.9 del ET, disposición adicional 13 de la LGSS y artículo 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social. Se entiende que esta edad se refiere a la fecha de efectividad del despido.

<sup>13</sup> Desarrollada por RD 1484/2012, de 29 octubre.

<sup>14</sup> Resulta muy significativo en LabS Demografía (2021). Libro blanco del Talento Sénior, Fundación Seres, Madrid. Sin duda, la apelación al «talento sénior» plantea la aporía de que si solo los trabajos y los trabajadores cualificados deben ser defendidos. Por otra parte, este documento, procedente de un grupo de entes corporativos empresariales, no promueve, desde luego, ninguna reforma que mejore la estabilidad en el empleo de las personas sénior. Lo cual no le resta interés, ni a su parte descriptiva ni a su parte propositiva.

<sup>15</sup> Véase una propuesta en este sentido en Viqueira Pérez, C. (2022). «El derecho del trabajo y su reforma en el contexto post COVID», Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTES, Madrid, p. 39.

Asimismo, se plantea la posibilidad de que se establezcan preferencias en el mantenimiento del empleo en favor de la población activa mayor. A este respecto, la normativa no ha avanzado nada al respecto, más allá de encomendar esta protección a la negociación colectiva, para que actúe en defensa de ciertos colectivos vulnerables. Desafortunadamente, no hay experiencia alguna en los convenios en cuanto al asunto de la edad, salvo alguna referencia muy aislada.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Vid. el artículo 52.7 del Acuerdo marco estatal del sector de la pizarra (BOE de 30 de mayo de 2022).

### **3. La extinción del contrato por motivo de edad. Otros incentivos al abandono**

La jubilación forzosa constituye un tópico sobre el que resulta imposible sustraerse al hilo de una reflexión acerca de la discriminación por edad y del trabajo de las personas mayores. Ahora, se va a evitar un análisis exhaustivo de la normativa vigente, que ha sufrido grandes cambios hasta la actual redacción de la disposición adicional décima del ET, que procede de la disposición adicional primera de la Ley 21/2021, de 28 diciembre. Más bien se trata de formular una reflexión sobre las relaciones que mantiene con la discriminación por edad, una vez que la doctrina del TJUE haya declarado sin ninguna duda su adecuación con la Directiva 2000/78/CE, incluso en relación con normativas internas pretéritas y mucho más flexibles para con ella.<sup>17</sup>

Las cláusulas sobre extinción del contrato por edad constituyen un equilibrio entre diversos intereses de las diferentes partes afectadas: de un lado, la empresa, que ha mantenido en el empleo hasta entonces a la persona trabajadora y aspira a tener algunas certidumbres acerca de la extinción de su contrato y, seguramente, proveer su sustitución o incluso la amortización del puesto. De otro, la propia interesada, que tal vez prefiera mantenerse activa en la empresa, en condiciones aceptables, por motivos diversos que van desde la mejora de sus expectativas de pensión hasta el mantenimiento de su ocupación, total o parcialmente. De otra, el sistema público de pensiones, que probablemente incentive un retraso en la edad de jubilación, por motivos de sostenibilidad. De otra, la representación de los trabajadores, sindical o no, que negocia el convenio, que pretenderá establecer requisitos de empleo y de sustitución de las personas que se jubilan. El asunto del empleo concierne, además, a los poderes públicos competentes en la materia. En ese equilibrio de expectativas, las de unas partes y otras deben limitarse recíprocamente, pero sin olvidar que el interés de la persona trabajadora debe ser suficientemente salvaguardado, aunque no en términos absolutos.

---

<sup>17</sup> En particular, a partir del asunto C-411/05, Palacios de la Villa, sentencia de 16 de octubre de 2007. La jurisprudencia posterior, que no se ha vuelto a pronunciar sobre la disposición adicional décima del ET, muestra, en todo caso, una postura flexible, sobre la que ahora no se hace necesario formular una recapitulación, pero de la que se deduce, sin duda, esa clara adecuación.

Por otra parte, no debe olvidarse que esta causa extintiva confluye con otras, objetivas y disciplinarias, que pueden activarse como alternativas cuando no es accesible la jubilación forzosa. Además, los trabajadores que hayan trascendido los umbrales de edad socialmente considerados como ordinarios para abandonar la empresa son víctimas propiciatorias de los estereotipos derivados del «edadismo», añadidos a una más que probable y constatable disminución de la productividad y del rendimiento, que puede añadir racionalidad económica y sustento jurídico a una decisión extintiva de la empresa.

Ante este sumatorio de intereses y circunstancias, algunos sistemas han optado por retirar las garantías frente al despido injustificado a partir de una determinada edad relacionada con la ordinaria de jubilación.<sup>18</sup> Otros, por permitir la jubilación forzosa en la legislación como un ingrediente del contrato para toda la vida laboral entre la empresa y la persona trabajadora.<sup>19</sup> Por su parte, la normativa española tiende a restringir la jubilación forzosa, demorarla, con ciertas excepciones, a los 68 años e introducir requisitos exigentes de mantenimiento del empleo.

Con tales ingredientes, difícilmente puede concluirse que puede haber atisbo alguno de discriminación. A falta de que la negociación colectiva desarrolle las reglas que considere oportunas y sin perjuicio de la regla de la disposición transitoria novena del ET, da la impresión de que la reforma de 2021 se orienta hacia coadyuvar en el retraso de la edad real de jubilación, promoviendo unas cláusulas que normalicen la extinción del contrato a los 68 años, al margen de los casos de sectores con subrepresentación femenina. Esa impresión se refuerza considerando el contexto en el que se reforma la disposición adicional décima del ET, pues no cabe duda de que las demás reformas de 2021 se dirigen hacia una finalidad próxima.

Más bien, si alguna crítica en términos de trato peyorativo hacia las personas maduras cabe hacer a las últimas reformas de Seguridad Social, sería que insiste en desproteger a las personas sin empleo que no han podido acceder al subsidio para mayores de 52 años y que

---

<sup>18</sup> Por ejemplo, en cuanto al sistema británico, KILPATRICK, C. (2007). «Age, Retirement and the Employment Contract», *Industrial Law Journal*, vol. 36, p. 119 y ss.

<sup>19</sup> SAKURABA, R. (2009). «The Amendment of the Employment Measure Act: Japanese Anti-Age Discrimination Law», *Japan Labor Review*, vol. 6, núm. 2, p. 56 y ss., especialmente en p. 71 y ss. Debe matizarse, con todo, que la legislación más reciente ha elevado la edad en la que la jubilación forzosa es permisible hasta los 70 años, mediante una reforma de 2021 en la Labour Standards Act (ATSUMI & SAKAI, *Employment Law Overview. Japan 2021-2022*, pp. 4-5).

no han cumplido la edad ordinaria de jubilación. La imposibilidad de acceder a la jubilación anticipada mal llamada «voluntaria», derivada de la exigencia de alcanzar la pensión mínima sin requerir complemento para alcanzarla (art. 208.1c LGSS), produce brechas de pobreza en la población adulta en una edad próxima a la ordinaria de jubilación. Es verdad que existe una justificación en términos de sostenibilidad del sistema expresamente esgrimida por el Gobierno,<sup>20</sup> pero que plantea sin duda la proporcionalidad de una limitación que ya procede de la Ley 27/2011. Está por ver si el ingreso mínimo vital ocupa ese espacio y genera protección suficiente.

Retornando al contrato de trabajo, un haz de reflexiones distinto se refiere a medidas de convenio colectivo que incentivan la dimisión del contrato en edades anteriores a la de jubilación ordinaria a través de compensaciones económicas decrecientes a medida que se aproxima dicha edad ordinaria. Estas medidas tienen que estar adecuadamente relacionadas con las reglas de jubilación anticipada para que sean efectivas y, además, resultar suficientemente atractivas para vencer las reticencias derivadas de las penalizaciones previstas para la jubilación anticipada voluntaria. Indudablemente, las reformas que ha introducido la Ley 21/2021 en esta materia imponen un rediseño de las cláusulas, para adaptarlas a los nuevos equilibrios legales.

A este respecto, es importante destacar que los convenios colectivos desempeñan un papel anticíclico, pues tienden a fomentar aquello que la normativa, alineada con las recomendaciones europeas, restringe. En el fondo, es algo parejo con lo que sucede con los acuerdos en fase de consultas que, a la postre, enganchan los ceses voluntarios e involuntarios con la jubilación anticipada a través de resortes públicos y privados de protección social. Aunque debe añadirse que la LGSS incentiva en estos casos la jubilación anticipada, cuando la disposición adicional decimotercera limita la obligación de la empresa de financiar el convenio especial hasta la edad de 61 o 63 años, si bien ahora no hay una correspondencia adecuada entre dicha disposición adicional y los artículos 207 y 208 de la LGSS. En realidad, puede decirse que otro tanto sucede con el texto refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones,<sup>21</sup> a la vista de su artículo 8.1 y preceptos concordantes. Dicho en otros términos, la legislación del segundo pilar de protección social promueve o al menos facilita el abandono anticipado del mercado de trabajo. O, si se prefiere, lo que la legislación de Seguridad Social pública desincentiva, lo incentiva la normativa del referido segundo pilar.

---

<sup>20</sup> Véase asunto C-843/19, BT, sentencia de 21 de enero de 2021.

<sup>21</sup> RDL 1/2002, de 29 noviembre.

Tampoco son sencillas las relaciones de la jubilación parcial anticipada con el abandono, en este caso parcial (al menos formalmente) del mercado de trabajo. Las tendencias legales sobre esta institución son algo contradictorias, en un contexto en el que, desde ya décadas, la UE ha favorecido el tránsito progresivo desde la vida activa al abandono del mercado de trabajo.<sup>22</sup> La normativa ha sido, por una parte, restrictiva, en términos de rigidez de la jornada, cotización por las bases que corresponderían si se hubiese mantenido el trabajo a tiempo completo y vigencia del contrato de relevo, ya sea a tiempo parcial o completo, o ya se trate de un contrato indefinido. Pero, por otra, ha admitido generosamente la aplicación de una normativa anterior a 2013, que ha sido además interpretada con amplia flexibilidad por la doctrina judicial, para trabajos de mano de obra directa, mediante unas reglas que mantienen su vigencia hasta el 1 enero 2023.<sup>23</sup> Con todo, debe reconocerse que, a partir de 2023, la accesibilidad a la jubilación parcial anterior al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación se volverá mucho más angosta.

En resumen, aunque hay importantes matices tanto en la legislación como en la negociación colectiva, puede decirse que las tendencias apuntan hacia la restricción de la jubilación anticipada y el incentivo de la demora en el apartamiento definitivo del mercado de trabajo. En este sentido, los problemas se centran básicamente en las personas mayores sin empleo, que pueden quedar postergadas y expuestas a situaciones de pobreza. Pero, desde otra perspectiva, la expectativa de una población madura con más índice de empleo y más retrasado abandono del mercado de trabajo multiplica la exposición a situaciones de discriminación por razón de edad y plantea el reto de unas políticas más activas de lucha contra la misma.

---

<sup>22</sup> Véase, entre los documentos recientes, COMISIÓN EUROPEA (2021). *Libro verde sobre el envejecimiento. Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones*, Bruselas, COM(2021) 50 final.

<sup>23</sup> Disposición transitoria cuarta, seis de la LGSS.

## 4. Sobre la prevención de riesgos y, en particular, los riesgos psicosociales

Probablemente, una de las condiciones más esenciales en cuanto al mantenimiento del empleo y a la no discriminación de las personas mayores se refiere a la prevención de riesgos laborales y a la seguridad y la salud en el trabajo. Pero, por desgracia, ni la legislación ni la negociación colectiva se han ocupado de los problemas relativos a la edad en esta materia. Puede decirse, por consiguiente, que se produce una discriminación por indiferenciación, porque el silencio de las fuentes normativas produce, a la postre, una desprotección y un perjuicio para ellas.

Las buenas condiciones de seguridad y salud tienen una importancia decisiva en el mantenimiento en el empleo de las personas mayores. El espectro de asuntos que deberían considerarse es muy variado, y abarca desde la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva<sup>24</sup> hasta los aspectos técnicos y concretos. Debe destacarse que las personas mayores no son en absoluto colectivos especialmente sensibles como lo son, por ejemplo, las personas con diversidades funcionales. Lo cual estaría bien si no hubiera conducido a una casi absoluta *age blindness* por parte de la negociación colectiva.

Tienen especial importancia, sin duda alguna, todos los aspectos relativos al tiempo de trabajo. Por ejemplo, asuntos de posible exclusión del trabajo nocturno o del trabajo a turnos, en los que hay cierto recorrido en el sector sanitario, pero que apenas aparecen en los convenios vigentes.<sup>25</sup> Asimismo, resultan trascendentes las regulaciones de la reducción de la jornada, aunque en la negociación colectiva están totalmente polarizadas en el tópico de la jubilación parcial. Probablemente, la definitiva superación del período transitorio contemplado en la antes referida disposición transitoria cuarta de la LGSS fuerce a los convenios a establecer otro tipo de medidas diferentes para permitir que las personas mayores puedan mantenerse parcialmente en activo. La técnica del convenio especial total o parcialmente financiado por la empresa puede ser, a este efecto, una alternativa interesante.

---

<sup>24</sup> Algún ejemplo al respecto, teniendo en cuenta el umbral de edad de 55 años, artículo 47 del IX Convenio Colectivo de Ilunion Outsourcing (BOE de 15 de abril de 2021).

<sup>25</sup> Una excepción, *vid.* el artículo 60 del Convenio Colectivo de Manufacturas y Accesorios Eléctricos, S. A. (BOCM de 7 de diciembre de 2020).

También son trascendentes los contenidos relativos a la ergonomía, como cuestión de adaptación del trabajo a la persona en seguimiento de los principios de la acción preventiva del artículo 15 de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales. Y, muy en particular, todos los que tienen que ver con el esfuerzo físico y la progresiva pérdida de capacidades derivadas del transcurso de los años. Por ejemplo, tiene relevancia todo lo referido a riesgos dorsolumbares, levantamiento de cargas, o más en general, a los trabajos que exigen determinados requisitos físicos o la evaluación de las capacidades de las personas en pruebas de resistencia, velocidad o esfuerzo.<sup>26</sup>

Y, por supuesto, otro asunto de relevancia mayúscula es el de los riesgos psicosociales. Ya se ha hecho alusión suficiente a los estereotipos que rodean la edad madura y la discriminación de la que son objeto las personas mayores en la empresa. En este contexto, es fácil predecir que son víctimas propiciatorias de las diferentes formas de estrés. Particularmente, el síndrome de *burnout*, las más de las veces asociado a la falta de perspectivas profesionales y a la ausencia de unas políticas suficientes de formación y de readaptación profesionales, les afectará como colectivo vulnerable. Y, asimismo, como ya se ha insinuado, las diferentes manifestaciones de la violencia y del acoso en el trabajo, en particular cuando se entrecruza la edad con otros motivos de discriminación.

En consecuencia, la perspectiva de edad debería ser tenida en cuenta en una adecuada política de seguridad y salud en la empresa. De la misma forma que se ha diseñado cierta dimensión de género en torno a la prevención de riesgos, algo similar debería suceder con la edad. El concepto de adaptaciones razonables que, aunque procedente de otros ámbitos, ha encontrado eco especial en la discriminación por discapacidad, debería ser igualmente fértil en el ámbito de la edad, a los efectos de que las condiciones del puesto de trabajo no constituyan un problema para el mantenimiento del puesto de trabajo. Se trata de un tópico que trasciende, sin duda, el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo, pero que encuentra en él su desarrollo más importante.

---

<sup>26</sup> Sobre estos asuntos, y como ejemplos aislados, véase el artículo 58 del convenio colectivo de empresas de ayuda a residencias de la tercera edad (DOGV de 27 de julio de 2015) y el artículo 43 del Convenio Colectivo de la Agencia del Medio Ambiente y del Agua de Andalucía (BOJA de 20 de diciembre de 2018).

## 5. Sobre la formación profesional y las competencias digitales

Ya se ha puesto de manifiesto que el acceso a la formación de los trabajadores mayores encuentra particulares dificultades. En cuanto al concreto ámbito de las competencias digitales, confluyen esas dificultades con los estereotipos relativos a su desinterés y a su incapacidad para adaptarse a la revolución tecnológica y, en concreto, a la progresiva digitalización. Ahora bien, como afirmación general, debe reconocerse que necesitan una alfabetización digital para adaptarse a un medio nuevo, que no les es propio, sino que han tenido que «inmigrar» a él. Como se ha afirmado, la edad es un claro predictor del uso de la tecnología.<sup>27</sup> Ya se trate de las competencias básicas, ya de las más avanzadas, y tanto en el contexto de la utilización social como de la profesional, los trabajadores y las trabajadoras de edad avanzada se encuentran en una posición clara de desventaja en relación con los «nativos digitales».

Pero esta brecha de edad no debe magnificarse, pues, como se ha dicho, tiene bastante de estereotipo. Por supuesto, debe concederse que las personas maduras están en una situación de partida desventajosa en relación con las más jóvenes, que ya se han desarrollado en entornos de mayor impacto tecnológico. Sin embargo, esa supuesta indiferencia, desinterés por aprender, incapacidad de hacerlo o de aprovechar eficazmente los recursos digitales y tecnológicos no afecta por igual a todas las personas de una misma cohorte generacional, ni todas ellas padecen limitaciones en relación con las generaciones más jóvenes. Sin embargo, aleja a los trabajadores maduros de los sectores con mayor dinamismo tecnológico y de los puestos más relacionados con las tecnologías digitales, a causa de los prejuicios en torno a las habilidades y competencias de las personas en función de su edad.

La formación en competencias digitales tiene un claro sesgo transversal, porque afecta, más que a la dimensión profesional, a la propia integración social de los individuos. Desde la perspectiva estrictamente laboral, el aprendizaje digital ostenta una importancia sobresaliente para el mantenimiento del empleo, como reconoce expresamente la

---

<sup>27</sup> CABEZA PEREIRO, J. (2020). «La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo», *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 155, pp. 13 y ss.

disposición adicional 25.<sup>a</sup> del ET. El vínculo de la digitalización con la empleabilidad de las personas tiene una particular importancia en el contexto de las cualificaciones intermedias, porque son las más afectadas por el desarrollo creciente de los sistemas de gestión algorítmica de las empresas, derivado de la revolución digital. Sin lugar a dudas, tales afirmaciones afectan a toda la población activa, pero de modo particular a la de mayor edad, cuya formación en el empleo debe orientarse sobre todo a mantener lo más intactas posible y mejorar sus competencias a través de unas acciones que, precisamente, deben orientarse a la dimensión profesional de la realidad virtual.

Sin duda, la obsolescencia de las competencias se manifiesta como uno de los mayores peligros para la empleabilidad de los trabajadores y trabajadoras de mayor edad. Ya se ha puesto de manifiesto su exposición a la pérdida del empleo, pero es importante enfatizar que la falta de procesos suficientemente efectivos de recualificación es una de las causas no menores del desempleo de larga duración. Se ha dicho, con razón, que hay un haz importante de trabajos manuales o de intervención humana directa menos afectados en su mantenimiento por la digitalización en cuyo seno se sufrirán menos esas amenazas. Aun admitiendo ese vector de la realidad, incluso en él la formación en estas competencias tiene gran trascendencia, acaso salvo en el ámbito de los trabajos de nula cualificación. En consecuencia, la necesidad de intensificar los contenidos digitales en la formación para el empleo, en particular la destinada a las personas desempleadas de larga duración en el contexto de programas tales como la renta activa de reinserción, constituye una necesidad indiscutible.

## **6. El envejecimiento activo y sus distintas manifestaciones en el derecho interno**

En cuanto al tópico del envejecimiento activo, en él se entrecruzan necesariamente las consideraciones de Seguridad Social y de sostenibilidad del sistema de pensiones como debates fundamentales. Asimismo, se plantea una crítica razonable, centrada en la dimensión casi exclusivamente «productivista» con que se afronta en Europa, postergando una dimensión más «ciudadana», «política» o «social» de la participación colectiva de las personas mayores. Ambas perspectivas merecerían, sin duda, una consideración específica y diferenciada. Sin embargo, de lo que se trata ahora es de perfilar, aunque en el contexto de las relaciones entre el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena y la pensión de jubilación, el marco en el que es posible el mantenimiento de la actividad profesional alrededor o más allá del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Se trata de un esfuerzo de un marcado cariz técnico que excede del objeto de estas reflexiones. Por ese motivo, no se van a exponer en detalle todas las exigencias que impone la legislación de Seguridad Social, sino que se van a apuntar las principales reglas generales, en un contexto en el que, por otra parte, falta cierta coherencia, como consecuencia de que, en el fondo, el modelo de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación no está adecuadamente definido. Tan solo hay una convicción de que esa compatibilidad debe favorecerse, aunque dentro de ciertos límites insuficientemente precisados.

Por otra parte, y como ya se ha expresado, la actividad en esos umbrales de edad, particularmente si es por cuenta ajena, requiere de un entorno favorable en el que se desarrolle una adecuada política de seguridad y salud en el trabajo, unas razonables medidas de flexibilidad en el tiempo de trabajo y, sobre todo, una integración laboral de personas mayores en un contexto en el que la no discriminación por edad se haya integrado adecuadamente en los principios y valores de la empresa. Sin estas condiciones previas, parece evidente que las reglas de compatibilidad no serán suficientes, salvo en los casos en los que la demora de la jubilación o, alternativamente, el retraso en el abandono del trabajo tenga más que ver con situaciones de necesidad económica o de mejora de los derechos pasivos para que la pensión final pueda ser suficiente para una existencia digna.

Con esos presupuestos, puede decirse que la legislación de Seguridad Social ha adoptado algunas iniciativas que, en principio, no deberían plantear demasiadas reticencias. Entre ellas, por ejemplo, la posibilidad de desarrollar una actividad por cuenta propia cuyos ingresos no sean superiores al SMI en cómputo anual, que no se somete a condición alguna en relación con el tipo de jubilación de que se trate. O también la jubilación parcial después de haberse alcanzado la edad ordinaria de jubilación,<sup>28</sup> que asimismo no se condiciona a otros requisitos distintos de los de los umbrales de jornada establecidos en el artículo 215 del ET. Claro que esta modalidad de jubilación tiene un difuso espacio a la vista de las nuevas medidas de compatibilidad, si bien puede encontrarlo en el segmento de edad entre la jubilación ordinaria y la forzosa de la disposición adicional décima del ET. En todo caso, una y otra medida tienen una finalidad próxima: que un trabajador o trabajadora por cuenta propia o por cuenta ajena mantenga parte de su actividad una vez que se ha acogido a la pensión de jubilación, aunque en el segundo caso con una merma parcial de la misma.

Más allá de tales supuestos, aparecen una pluralidad de excepciones a la regla general de la incompatibilidad predicada en el artículo 213 de la LGSS que, a la postre, la ponen en entredicho. Quizá sea razonable invertirla y convertir la compatibilidad en la regla y no la excepción, pero mediante un sistema claro y equitativo. Por ejemplo, hay que referirse al sistema de compatibilidad del trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena con el 50 % de la pensión, o del 100 % en el caso de las personas autónomas empleadoras (art. 214 LGSS). Al margen de su desarrollo futuro, pues no es una regulación acabada y definitiva,<sup>29</sup> habría que discutir sus límites, en el sentido de si no habría que «topar», como se hace en otros modelos europeos, el límite de ingresos para que se mantuviera la compatibilidad.<sup>30</sup> Además, sería adecuado reflexionar sobre su engarce adecuado con las demás medidas establecidas, en torno a la exigencia de superarse en un año la edad ordinaria de jubilación.

Más criticables son, por configurarse como regímenes de privilegio, las reglas de compatibilidad absoluta que afectan a profesionales pertenecientes a mutualidades

---

<sup>28</sup> Ahora se omite la jubilación parcial anticipada, sobre la que ya se han formulado suficientes comentarios.

<sup>29</sup> Así se deduce claramente de la disposición final sexta bis de la LGSS.

<sup>30</sup> Aunque no esté totalmente actualizado, me remito a mi estudio «Estado actual de la compatibilidad entre trabajo y jubilación en Europa», en Cabeza Pereiro, J.; Ballester Pastor, M. A., y Fernández Prieto, M. (dir.) (2009). *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 137 y ss.

alternativas al sistema de Seguridad Social<sup>31</sup> o de la creación artística y cinematográfica.<sup>32</sup> La flexibilidad con que se articulan no es propia de modelos razonables y sostenibles, sino solo de colectivos destinatarios del favor de ciertos gobiernos de turno.

El cuadro, en definitiva, es difuso y deficientemente estructurado. La complejidad de las reglas y su difícil conocimiento e interpretación propician que, a la postre, se dificulte la opción por una alternativa clara, segura y permanente en el tiempo. Quizá haya de justificar estas deficiencias aduciendo que el sistema español está en tránsito desde una rígida incompatibilidad hasta unas reglas de compatibilidad flexible. Sin embargo, los requisitos engorrosos (cuyo comentario detallado se ha omitido) y la mejorable coordinación entre unas y otras alternativas son otros tantos problemas. Si a ello se une que el modelo general está planteado casi en exclusiva desde el punto de vista de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y no desde el de la promoción de la actividad profesional de las personas mayores, se entiende la confusión que produce. Por desgracia, esta confusión provoca que, en la realidad, el mantenimiento de dicha actividad sea casi marginal entre las personas perceptoras de pensiones de jubilación. Se trata de un asunto sobre el que habría que producir estadísticas fiables para que la normativa se fuera adaptando y adecuando a fin de que sea eficaz también en cuanto al *active ageing*.

---

<sup>31</sup> Disposición adicional 37 de la Ley 27/2011, de 1 agosto.

<sup>32</sup> Disposición final segunda del RDL 26/2018, 8, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía, y el RD 302/2019, de 26 de abril.

## 7. Conclusión

Mantener la actividad laboral o profesional en la edad madura no es una tarea fácil. Existen una pluralidad de circunstancias que la complican y que empujan, a veces con fuerza, al abandono. En el centro de los problemas se erige, como se ha expresado en el propio título de este estudio, la discriminación que afecta a las personas mayores, a causa de unos estereotipos que tienden a arrinconarlas en la sociedad y, por lo que aquí respecta, a apartarlas del mercado de trabajo. La negación de estos estereotipos produce unas consecuencias muy perjudiciales, como también las produce la negación de las diferencias, es decir, una normativa que no tome ninguna consideración de la edad como factor que incide en la relación laboral.

Sobre los trabajadores y las trabajadoras mayores se ciernen una serie de riesgos de pérdida de los puestos de trabajo que los convierten en un colectivo especialmente vulnerable a ellos. Es cierto que, estadísticamente, no se aprecia una incidencia excesiva del trabajo temporal o a tiempo parcial que les afecte en comparación con otras cohortes de edad, pero su condición precaria se asocia a esa exposición particular. No se trata solo de que puedan perder sus empleos, sino, sobre todo, de que puedan convertirse en parados de larga duración, con muy inciertas expectativas de retorno al mercado de trabajo. Quizá ese peligro aceche en mayor medida a la población menos cualificada, e incluso que la aceche con anterioridad en el tiempo, pero también se cierne sobre las personas más cualificadas. Por lo tanto, prevenir esas situaciones y abordarlas una vez que se producen constituyen medidas necesarias, sobre todo en cuanto a las iniciativas de intermediación, de empleabilidad y, en particular, de cualificación profesional.

A ese respecto, se ha hecho expresa referencia al tema de las competencias digitales, como barrera real y presunta (realidad y estereotipos se funden en este asunto de forma muy evidente), de modo que la formación profesional al respecto constituye una prioridad, como expresa claramente el propio ET en su disposición adicional 25, que configura un elenco de medidas formativas en el seno de los ERTE a modo de «*outsourcing preventivo*». No solo en tales competencias, pero principalmente en ellas, la prioridad de acceso a las iniciativas formativas en favor de los trabajadores maduros debería extenderse más allá de los muy pocos convenios colectivos que hoy la reconocen. A este respecto, se hace muy necesario luchar contra ese estereotipo revestido de aparente racionalidad económica de que ya no desean, no deben, no están en disposición o no son destinatarios naturales de las mismas.

Por otra parte, deberían revisarse y ponderarse los incentivos al abandono de las relaciones laborales que contienen no pocos convenios colectivos. Al margen de consideraciones

de suficiente armonización con las reformas de Seguridad Social, algunos responden a necesidades objetivas y cubren un hueco que acaso debería ser ocupado por normas de anticipación de la edad de jubilación dictadas en desarrollo del artículo 206 de la LGSS. Pero en otros casos, debería discutirse su conveniencia, a menos que se basen en adecuados equilibrios del empleo en el ámbito de aplicación del convenio colectivo o respondan a dificultades por las que atraviesen las empresas.

No parece que, en este contexto, la normativa sobre jubilación forzosa vaya a jugar en el futuro más próximo ningún papel de incentivación de la jubilación anticipada, sino más bien de promoción del mantenimiento del contrato al menos hasta el cumplimiento de la edad ordinaria. Incluso los exigentes requisitos de empleo que impone la disposición adicional 10.<sup>a</sup> del ET más bien invitan a pensar que su efectividad va a ser bastante limitada. Sí que puede aportar una cierta previsibilidad de extinción del contrato en el caso de que se regule adecuadamente en los convenios colectivos, la cual, a la postre, acaso incluso modere cualquier conflicto intergeneracional que pueda existir.

Ahora bien, para que resulte factible la prolongación de la vida activa e incluso una opción voluntaria y deseada para las personas de mayor edad en las empresas, tienen que darse las condiciones necesarias. Son cruciales aspectos como una adecuada política de seguridad y salud en el trabajo que integre la edad en la evaluación de riesgos y en la planificación de la actividad preventiva, una razonable concepción de los puestos de trabajo que tenga en cuenta los aspectos ergonómicos y la disminución de las capacidades físicas derivada del proceso de envejecimiento y, muy en particular, una atención a los potenciales riesgos psicosociales que afecten a las personas mayores. Igualmente, unas reglas de tiempo de trabajo que combinen evitación de largas jornadas y exención del trabajo a turnos o nocturno, que posibiliten el trabajo en jornada reducida y que reconozcan cierta flexibilidad para un tránsito adecuado y progresivo del trabajo a la jubilación.

Finalmente, las reglas de Seguridad Social deben ser accesibles, claras y transparentes. La orientación que ahora expresan hacia una mayor compatibilidad entre trabajo y disfrute de la pensión puede considerarse, en términos generales, como adecuada, si bien se hace necesaria una mayor equidad y una mejor sistemática de las distintas alternativas. Es plausible mantener, aunque en el contexto de ciertos límites de rentas, una normativa favorable a que el disfrute de la pensión permita cierto desarrollo profesional y un razonable grado de mantenimiento de ingresos adicionales.

En cualquier caso, todas estas reflexiones deberían culminar con una apuesta por empresas más diversas en términos de edad en las que hubiese una convivencia entre generaciones. No es solo una cuestión de aprovechamiento del «talento sénior», aunque también. Es sobre todo un tema de diversidad, inclusión y convivencia.

# **Igualdad en el trabajo en la jurisprudencia constitucional**

**MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**  
Magistrada del Tribunal Constitucional

## **Sumario**

1. Introducción
2. Discriminación por razón de sexo
  - 2.1. Embarazo
  - 2.2. Maternidad
  - 2.3. Excedencias
  - 2.4. Guardias médicas de urgencia
3. Igualdad ante la ley
4. Discriminación por discapacidad

# 1. Introducción

El artículo 14 de la Constitución dispone: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

En aplicación de este artículo el Tribunal Constitucional ha elaborado una copiosa jurisprudencia que fundamentalmente ha examinado la discriminación por razón de sexo, aunque también ha resuelto otras cuestiones como la discriminación por razón de discapacidad.

Pasamos a examinar las múltiples sentencias del TC que se han pronunciado sobre alguno de los factores de discriminación que aparecen contemplados en el artículo 14 de la Constitución.

## **2. Discriminación por razón de sexo**

### **2.1 Embarazo**

**A) La STC 214/2006, de 3 de junio**, ha examinado si la decisión del Instituto Nacional de Empleo de suspender la demanda de empleo de la trabajadora recurrente, tras la presentación por esta de un parte de baja por maternidad, omitiendo su inclusión en la lista de candidatos seleccionados para concurrir a una oferta de empleo cuyos requerimientos, en principio, satisfacía, y la posterior sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 21 de junio de 2003, que declaró ajustada a derecho la actuación del INEM, han vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE).

#### **Hechos**

- La demandante de amparo se encontraba en situación de desempleo, recibiendo las prestaciones correspondientes que le habían sido reconocidas por el período comprendido entre el 1 de agosto de 1997 y el 30 de marzo de 1998.
- El día 27 de diciembre de 1997 la demandante presentó en la oficina de empleo en la que estaba inscrita el parte de baja por maternidad, con fecha de inicio de 2 de enero de 1998. El día 8 de abril de 1998 presentó el parte de alta médica por maternidad.
- El 12 de enero de 1998, la Delegación Provincial de Educación de la Junta de Andalucía ofertó quince plazas de monitores de educación especial, para su contratación temporal en las condiciones previstas en el Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, solicitando del INEM la remisión de dos candidatos por puesto. La solicitud incluía el siguiente perfil profesional: posesión del título FP II en la

especialidad de educación de disminuidos psíquicos y experiencia profesional acreditada de seis meses.

- El 21 de enero de 1998 el INEM envió a la delegación solicitante una lista de 30 candidatos, sin incluir a la demandante, que poseía la titulación requerida y contaba con una experiencia profesional de 70 meses.
  
- El 6 de febrero de 1998 la actora solicitó su inclusión entre las candidatas, siendo desestimada por Resolución de 24 de febrero de 1998, argumentando que, al tiempo de la oferta, se encontraba suspendida la demanda de empleo por un período máximo de dieciséis semanas, por hallarse en situación de incapacidad temporal para el trabajo.
  
- La Delegación Provincial de Educación y Ciencia seleccionó a los candidatos más idóneos remitidos por el INEM y celebró el día 5 de febrero de 1998 contrato laboral con once de ellos, ya que el resto de las plazas (4) las cubrió la Delegación del Gobierno.
  
- La demandante interpuso reclamación contra la Resolución de 24 de febrero de 1998, siendo desestimada por Resolución de la Dirección Provincial de 9 de julio de 1998.

## Fundamentos jurídicos

«[P]arece indubitado que fue específicamente la maternidad de la trabajadora y, en consecuencia, un factor directa e íntimamente relacionado con el sexo, el determinante del tratamiento perjudicial sufrido. Señala a este respecto el abogado del Estado en sus alegaciones que la práctica seguida por el INEM en estas situaciones no se basa en un rasgo enlazado con la diferencia de sexos, sino en el dato objetivo de la imposibilidad legal de incorporarse inmediatamente al puesto de trabajo ofertado que comparten las mujeres en descanso por maternidad y quienes se encuentran en situación de incapacidad temporal. Pero es lo cierto que la trabajadora demandante de amparo no se encontraba en la situación de incapacidad temporal a la que se refiere el art. 128 LGSS, sino en la situación de maternidad prevista en el art. 133 bis de la misma ley, resultando irrelevante para analizar el carácter discriminatorio de esta situación cuál sea el tratamiento que el organismo público de colocación otorgue a los incapaces temporales en relación con la vigencia o suspensión de sus demandas de empleo. Fue la situación de maternidad de la trabajadora y, por lo

tanto, un factor directamente relacionado con el sexo, el que determinó la suspensión de su demanda de empleo, debiéndose en consecuencia analizar, desde la consideración del derecho a la no discriminación por razón de sexo.

»[...] [H]emos advertido también que la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente puede tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres (STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 3). Así, en relación con las situaciones derivadas del embarazo o la maternidad, hemos mantenido que el art. 14 CE prohíbe que esas circunstancias, que por obvias razones biológicas afectan solo a las mujeres, puedan ser utilizadas para introducir obstáculos al acceso o permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, perpetuando la grave discriminación que históricamente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (SSTC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; y 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 7). Por el contrario, para la determinación del alcance de las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, hemos recordado que resulta preciso atender a circunstancias tales como “la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquellas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre”».

## **Resolución**

La sentencia otorgó el amparo solicitado, declaró que había sido vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por su condición de mujer, restableciéndola en la integridad de su derecho, anulando la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, sede de Granada, recurso de apelación 352/2001.

**B) La STC 2/2017, de 16 de enero**, ha examinado si constituye discriminación por razón de sexo la decisión de la empresa de contratar a una nueva trabajadora con contrato indefinido y jornada de 30 h semanales (contrato realizado en el periodo en el que la actora estaba de IT por embarazo de riesgo) en lugar de ampliar la jornada laboral de la actora.

## Hechos

- La actora venía prestando servicios para Eurolimp como limpiadora, con contrato indefinido y jornada parcial de 20 h semanales, en el centro de salud de Chipiona.
- El 28.03.2010 causó baja por embarazo de riesgo hasta el 28.03.2011.
- El 05.07.2010 la empleadora contrató a otra trabajadora con contrato indefinido y jornada de 30 h semanales para limpiar el nuevo centro de salud.
- Cuando la actora se reincorporó solicitó ser destinada al nuevo centro de salud y jornada de 30 h semanales, siendo denegada su petición por silencio.

## Fundamentos jurídicos

«A lo largo de todo el proceso judicial, ha insistido la recurrente en que su embarazo y posterior maternidad han motivado un trato discriminatorio y peyorativo en su relación laboral, al haberle impedido la entidad empresarial hacer efectivo el derecho de preferencia que le reconocía el art. 23 del convenio colectivo de aplicación, después de que se hubiera reincorporado a su actividad laboral el día 28 de marzo de 2011 y hubiera solicitado en fecha inmediatamente posterior, esto es el día 20 de abril siguiente, el ejercicio y aplicación de ese derecho.

»El mencionado art. 23 del convenio dispone, en lo que ahora es relevante y para aquellos trabajadores que estén vinculados con contrato a tiempo parcial, que “los trabajadores/as vinculados a las empresas con contrato de trabajo a tiempo parcial gozarán de preferencia frente a terceros en aquellos casos en que la empresa tenga necesidad de realizar nuevas contrataciones, que incrementen el número de horas de prestación de servicios. Esta preferencia no será de aplicación sobre trabajadores/as contratados a tiempo completo”.

»[D]el relato no controvertido de hechos probados, se aprecia que la trabajadora ha sufrido, en efecto, un perjuicio o trato peyorativo en sus condiciones laborales, que, si bien no se ha producido al tiempo de su reincorporación respecto de las que ya tenía reconocidas al momento de tener que pasar a la situación de baja laboral, sí lo han sido por el efecto negativo ulterior de habersele impedido que pudiera ejercitar un derecho de preferencia que le reconocía el convenio colectivo de aplicación para que le fueran

concedidas otras condiciones de horario de trabajo semanal y puesto de trabajo que, de acuerdo con sus intereses, reputaba como mejores que las que ya tenía y que habría podido alcanzar si se hubiera encontrado en situación de activo laboral en la fecha en que surgió la necesidad empresarial de establecer una nueva jornada de trabajo semanal ampliada para prestar servicio en un nuevo puesto de trabajo.

»Además, esta situación de perjuicio o trato peyorativo viene derivada de su condición de mujer, porque la circunstancia de no haber podido ejercitar el derecho preferente de opción que le atribuía el convenio colectivo en la fecha en que surgió la necesidad empresarial de cubrir nuevos servicios y ampliar la jornada semanal de trabajo se debió en exclusiva al hecho de hallarse en situación de baja laboral por embarazo de riesgo y ulterior maternidad, única situación en la que solo es posible encontrarse una persona si es mujer. La trabajadora ahora demandante de amparo habría podido ejercitar aquel derecho convencional de no haberse encontrado su contrato suspendido por la baja laboral motivada por el embarazo de riesgo que le había sido diagnosticado, luego la misma se hallaba en una situación de peor condición que el resto de sus compañeros de trabajo a tiempo parcial que se hallaran en activo al momento de surgir la necesidad empresarial y de haber podido ejercitar el derecho preferente, si la entidad empleadora no le daba de alguna manera la posibilidad de ejercitar en algún momento aquel derecho preferencial, lo que la entidad no llegó a hacer en ningún instante».

## **Resolución**

La sentencia otorgó el amparo solicitado, declaró que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo, restableciéndola en la integridad de su derecho, anulando la sentencia de 9 de marzo de 2015, recurso de suplicación 698/2014, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla.

## **2.2. Maternidad**

**A) La STC 66/2014, de 5 de mayo, ha examinado si la desestimación de la solicitud de la recurrente por la que se le denegó el reconocimiento, con carácter retroactivo, de todos los derechos económicos, de antigüedad y de cualquier otra clase desde el día**

24 de junio de 2009, fecha en la que sus compañeros de promoción tomaron posesión de sus plazas en el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, tras la realización del correspondiente curso de prácticas, que iniciaron el mismo día en que la recurrente tenía programado su parto. La recurrente funda su reclamación en la lesión del derecho fundamental de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo como consecuencia de su maternidad (art. 14 CE).

## Hechos

- La demandante superó el proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, siendo nombrada funcionaria en prácticas el 10 de febrero de 2009 por orden del secretario de Estado de Justicia. Asimismo, fue convocada para la realización del curso teórico-práctico al que se refiere el art. 24 del Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, cuyo inicio estaba previsto para el día 16 de febrero de 2009.
- Por escrito registrado el 17 de febrero de 2009 en la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y de Política Interior de la Comunidad de Madrid, la demandante solicitó el aplazamiento de su incorporación al referido curso para poder realizarlo con los aprobados de la siguiente convocatoria al darse la circunstancia de que la actora tenía el parto programado para el día 17 de febrero de 2009, siendo resuelta su petición por resolución de 20 de febrero de 2009, el director general de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid acordó el aplazamiento de su incorporación al próximo curso selectivo que se convocase de la misma clase, conservando las puntuaciones obtenidas en el concurso-oposición correspondiente a la convocatoria en la que participó la solicitante.
- A iniciativa de la recurrente, la Dirección General de Justicia acordó, por resolución de 28 de septiembre de 2009, la incorporación de la actora al curso inmediatamente siguiente.
- El Ministerio acordó que una vez superado el curso y el período de prácticas, procedería el nombramiento como funcionaria de carrera del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, pero con fecha de efectos del mismo y, por lo tanto, de todos los derechos correspondientes al momento de la finalización del mismo.

- El 14 de abril de 2010, la demandante de amparo dirigió un escrito al Ministerio de Igualdad en el que denunció la posible actuación discriminatoria de la Comunidad de Madrid, dado que el curso todavía no se había realizado.
- Consta en el expediente administrativo un oficio del director general de Justicia de 10 de marzo de 2010, en respuesta al escrito presentado por la central sindical CSI-CSIF respecto de la situación de la demandante de amparo, en el que se afirma, entre otros extremos, que la propia interesada solicitó el aplazamiento del curso, por lo que se había actuado en todo momento conforme a derecho.
- Tras superar el correspondiente curso teórico-práctico en septiembre de 2010 con los aspirantes del proceso selectivo de promoción interna, la demandante fue nombrada funcionaria de carrera del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa el 23 de noviembre de 2010, tomando posesión en esa misma fecha en el juzgado al que había sido destinada.
- Por escrito de 4 de marzo de 2011, la actora solicitó a la Dirección General de Justicia de la Comunidad de Madrid el reconocimiento con carácter retroactivo de todos los derechos económicos, de antigüedad y de cualquier otra índole desde el día 24 de junio de 2009, fecha en que tomaron posesión los aspirantes seleccionados en el mismo proceso selectivo en el que ella tomó parte, siendo desestimada su petición.

## **Fundamentos jurídicos**

«[L]a resolución administrativa no tuvo en cuenta que, si bien es cierto que la demandante de amparo solicitó el aplazamiento de la realización del curso e incluso, posteriormente, su no realización porque llevaba más de tres años como gestora procesal interina, eso no significa, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, que aceptase los efectos de ese aplazamiento, que combatió desde el principio. Ello se demuestra con el hecho, relacionado en los antecedentes, de que en reiterados escritos requiriese la urgente convocatoria del mismo y, posteriormente, solicitase con carácter retroactivo el reconocimiento de los derechos económicos y administrativos a la fecha en que tomaron posesión de sus plazas los compañeros de promoción de la recurrente en amparo.

»[...] [L]a maternidad de la demandante de amparo fue el fundamento del perjuicio laboral causado, concretado en el no reconocimiento de sus derechos económicos y administrativos con carácter retroactivo, desde la fecha en que sus compañeros de promoción tomaron posesión de sus plazas, sin que pueda tener valor legitimador de la respuesta administrativa y judicial la falta de previsión normativa de los supuestos de aplazamiento del curso de prácticas por causa de parto y/o maternidad en el Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre».

## Resolución

La sentencia otorgó el amparo solicitado, declaró que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo, restableciéndola en la integridad de su derecho, anulando la sentencia 246/2012, de 28 de marzo, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid.

**B) La STC 108/2019, de 30 de septiembre**, examina si la sentencia de 10 de enero de 2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha vulnerado el derecho fundamental de la demandante a no ser discriminada por razón de sexo, reconocido en el artículo 14 de la CE. La resolución impugnada estimó el recurso de suplicación formalizado por el INE en el proceso judicial, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia, de 23 de junio de 2016, y revocó el pronunciamiento parcialmente estimatorio de las pretensiones sostenidas por la ahora demandante de amparo que aquel había dictado, dejándolo sin efecto.

## Hechos

- El INE, en fecha 29 de junio de 2015, publicó las bases de la convocatoria de un proceso selectivo para la cobertura de una plaza de personal laboral de técnico superior de gestión y servicios comunes mediante contrato de interinidad.

- La recurrente en amparo se presentó a la citada convocatoria, aprobando el proceso selectivo, encontrándose en el primer lugar del orden.
- En fecha 4 de agosto de 2015, presentó escrito comunicando al INE su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz una hija, el día 25 de julio de 2015, manifestando expresamente que no renunciaba a la plaza y solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar, sin que se procediera, por tanto, a la adjudicación de la plaza a la siguiente candidata. En fecha 5 de agosto de 2015, la secretaria general del INE comunicó a la actora por escrito que debe procederse, según el espíritu que recogen estas bases de convocatoria, a formalizar el contrato con la persona, que encontrándose en la mejor posición pueda realizar el trabajo de manera inmediata; siendo esta inmediatez y urgencia en la prestación de servicios la que ha motivado que la Dirección General de la Función Pública haya autorizado, de manera excepcional, el proceso selectivo referido.

## Fundamentos jurídicos

«No cabe dudar de que la discriminación por razón de sexo puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, de suerte que la afectada estará amparada por el art. 14 CE en ese estadio con la prohibición de discriminación directa o indirecta garantizada por su contenido esencial.

»La pretensión de la ahora recurrente, entonces, no podría decaer por la no articulación jurídica previa de la relación contractual, ya que el art. 14 CE, en su tutela antidiscriminatoria, gobierna también esa fase del curso laboral y sus formalizaciones jurídicas.

»[...] La prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado. Utilizando declaraciones literales de nuestra doctrina: la prohibición de discriminación “no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de este para ser apreciadas (por todas, STC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 5)” (STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 6).

»Está fuera de duda, en efecto, la obligatoriedad de la formalización del contrato, que afecta a todo concursante en un proceso de selección independientemente de su sexo,

pero también que la maternidad fue lo determinante y, solo en ella, la diferencia en el resultado producido. Un factor protegido, por tanto, que serviría tanto en el contraste con varones como, asimismo, con la persona que fue contratada, mujer como la recurrente pero que, en cambio, no se encontraba en una situación equivalente a la examinada. Lo demuestra que a esta última nada le impidiera la prestación del servicio, o que la recurrente no se opusiera a la formalización de contrato, como ya se dijo, sino que manifestara su imposibilidad de prestar la actividad en ese momento y su voluntad de hacerlo al final del período de maternidad correspondiente, siendo el INE el que decidió que no podría entonces acceder al empleo, sin ofrecerle una vía que garantizara el derecho que obtuvo en el proceso de selección».

## Resolución

La sentencia otorgó el amparo solicitado, declaró que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo, restableciéndola en la integridad de su derecho, anulando la sentencia de 10 de enero de 2017 de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, recurso de suplicación 3116/2016.

**C) La STC 182/205, de 4 de julio**, examina si la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de abril de 2001, por entender que vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). La sentencia recurrida revocó la dictada en instancia por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de fecha 31 de octubre de 2000, que había estimado parcialmente la demanda de tutela de derechos fundamentales formulada por la trabajadora y que a fin de restablecerla en el derecho a no ser discriminada por razón de sexo, cuya lesión apreciaba, ordenó su reposición en las funciones previas y en su puesto de trabajo de origen en la asesoría jurídica de la empresa, su equiparación salarial con los compañeros de trabajo de ese departamento y diversas indemnizaciones por la pérdida de salud y por los daños morales ocasionados, así como la publicación de la sentencia durante treinta días laborables en los tablones de anuncios de los distintos centros de trabajo de la empresa.

## Hechos

- La demandante presta servicios desde 1990 para Red Eléctrica de España, S. A., con categoría 12-B, desempeñando funciones de letrada asesora jurídica. Alcanzó la categoría 12-B por promoción decidida por la empresa en julio de 1994. Es madre de tres hijos nacidos en octubre de 1995, octubre de 1996 y enero de 2000.
- El 1 de agosto de 1990 ingresó en la empresa don Fernando y el 1 de marzo de 1996 ingresó don Juan, ocupando puestos de letrados asesores jurídicos.
- En septiembre de 1997 D. Fernando fue promocionado a la categoría 13-C y en julio de 1998 se promociona a ese nivel a D. Juan, siendo ambos promocionados a la categoría 17 y nivel C con efectos de 1 de octubre de 1999.
- Anualmente la empresa realiza una evaluación de cada empleado que lleva a cabo su jefe inmediato tras una entrevista mantenida al efecto. En la evaluación de 1995 la demandante y D. Fernando alcanzan una valoración global de 4 sobre 5. La jefa inmediata de ambos expresa que la demandante ha realizado un gran esfuerzo a pesar de su reciente maternidad, y que ha superado con creces la media, compaginando el trabajo de asesoría con un máster, lo que ha conllevado una sobrecarga considerable de trabajo.
- En la evaluación de 1996 la demandante es valorada globalmente en 3 sobre 5, su compañero D. Fernando obtiene una calificación de 5 y D. Juan de 4. La jefa indica que dada su situación personal de dos maternidades seguidas y finalización del máster de medio ambiente, ha tenido un área de responsabilidad más limitada, aunque ha alcanzado el objetivo. En esa evaluación la demandante comenta que los criterios de reparto de asuntos le habían desfavorecido, pues en 1995 cursó el mismo máster y estuvo más días de baja por maternidad y, sin embargo, le fueron encomendados trabajos de más responsabilidad que concluyó con gran satisfacción para la empresa, según dedujo de la evaluación del periodo anterior.
- En la evaluación de 1997 la demandante es calificada con un notable y sus dos compañeros con excelente, nota inmediata superior al notable. Su evaluación, al contrario que la de sus compañeros, no recoge comentario alguno de la jefa, si bien la demandante manifiesta que permanece la situación reseñada en la anterior evaluación, que este año ha incidido de forma principal en el aspecto económico,

viéndose perjudicada respecto de sus compañeros de igual nivel en la proporción retribución/responsabilidad/resultados.

- En la evaluación de 1998 la demandante y sus otros dos compañeros son calificados todos con nota excelente. Tampoco la jefa realiza comentario alguno, si bien la demandante expresa que «a pesar de cumplir con el trabajo encomendado y el horario flexibilizándolo en función de las necesidades de la empresa, en base a no tener una supuesta mayor disponibilidad, y porque según se me dice se quiere proteger mi vida familiar, se producen conductas por parte de la empresa que perjudican mi formación profesional y menoscaban el estatus que yo tenía reconocido en Red Eléctrica, persiste la situación ya comentada en evaluaciones anteriores».
- El 28 de septiembre de 1999 la trabajadora remite carta al presidente de la empresa en la que expone su situación, que califica de discriminatoria por razón de sexo y derivada de los embarazos, anunciando su voluntad de hacer efectivos sus derechos incluso judicialmente. Se ordena por el presidente una investigación de la que no consta el resultado.
- El 26 de octubre de 1999 la demandante formula denuncia ante la Inspección de Trabajo por discriminación por razón de sexo. La citada denuncia culmina con acta de infracción con propuesta de sanción de 2.100.000 pesetas, por estimar que la demandada cometió una falta muy grave del artículo 96.12 del Estatuto de los Trabajadores, al constatarse que la demandante (valorada positivamente por sus propios superiores en el desarrollo de sus funciones y cualificación profesional) ha sido sin embargo objeto de decisiones discriminatorias en cuanto a su promoción profesional y retribución, en relación directa con sus situaciones personales de embarazos, partos y permisos por maternidad, viendo reducidas en principio su atribución de responsabilidades y finalmente completamente modificadas sus funciones habituales con su traslado a otro departamento de la empresa, permaneciendo inalterado asimismo su nivel retributivo desde el año 1994.
- La evaluación de la trabajadora en 1999 (realizada en mayo de 2000 tras su reincorporación después de su tercera maternidad) arroja como puntuación media de competencias un 52,5 % y un 40 % de resultados, mientras que sus dos compañeros del área jurídica superan en ambos conceptos el 80 % y el 90 %. Su jefa señala que se ha producido un descenso de rendimiento debido a la insatisfacción en el trabajo.

- El 5 de mayo de 2000 la empresa remite a la demandante una nota interna en la que le comunica, tras aludir a su baja por maternidad, IT y reuniones y conversaciones, así como con la inspectora de trabajo ante la que denunció, que «la Dirección ha decidido que la solución más idónea es la de ubicarte en el departamento de calidad y procedimientos con efecto del día 27 de abril de 2000, en el que sin duda podrás aplicar y desarrollar tu formación jurídica».
- Existe un informe de psiquiatría de agosto de 2000 que diagnostica trastorno de personalidad, ansiedad y angustia con falta de apetito relacionada con el perjuicio laboral, señalándose que tras volver a su puesto de trabajo aparece un empeoramiento ansioso depresivo.
- Desde el día 29 de junio de 2000 la demandante se encuentra de baja laboral por enfermedad común y en situación de incapacidad temporal.

## **Fundamentos jurídicos**

«Pues bien, de todo lo anterior se deduce inequívocamente, como sostiene el Ministerio Fiscal, que los sucesivos embarazos y consiguientes maternidades de la demandante motivaron la no asignación de las tareas jurídicas de mayor entidad, el perjuicio derivado en la promoción económica y el cambio final de puesto de trabajo a un departamento distinto al de origen, caracterizado por carecer de contenido jurídico o por la menor entidad del trabajo de esta naturaleza.

»En efecto, podrían considerarse indicios de la discriminación denunciada la conexión temporal entre la maternidad y las medidas controvertidas; la desconsideración del esfuerzo realizado por la demandante, reconocido por sus jefes en distintas evaluaciones; las contradicciones en las que incurrieron estos; el hecho de que el alegato empresarial sobre las razones del cambio del puesto de trabajo no respondiera a la realidad (una pretendida sugerencia o mediación de la Inspección) o la inmediatez con que esa decisión de movilidad fue tomada respecto del momento en el que la demandante desplegó actos de denuncia de la situación que consideraba discriminatoria. Pero, más allá de ello, la confesión del representante legal de la empresa —a la que se refiere el juez de instancia— revela de forma patente el motivo que fue causa de las decisiones empresariales de relegación de la trabajadora.

»No se trata, en consecuencia, de que la recurrente haya ofrecido un panorama indiciario

de la lesión que aduce, sino que se ha acreditado plenamente una conexión causal entre los hechos denunciados y el motivo jurídicamente relevante que los fundamentó (la triple maternidad).

»[...] [N]o puede mantenerse, como hace la resolución recurrida, que no exista discriminación por el hecho de que el empresario se encuentre en el ejercicio de actos amparados por la legislación laboral. Ya hemos dicho que, incluso si concurriera causa legal, la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales (por todas, STC 87/2004, de 10 de mayo, FJ 2), y que no es admisible una minusvaloración o perjuicio en las condiciones de trabajo inmediatamente asociado a la maternidad, al constituir una discriminación directa por razón de sexo (art. 14 CE).

»[...] Y lo cierto es que no se ha aportado ninguna prueba que cabal y racionalmente rompa el nexo causal descrito entre la minusvaloración profesional y la triple maternidad de la trabajadora, situando las decisiones empresariales al resguardo de cualquier motivación discriminatoria. Al contrario, en el caso que enjuiciamos se aprecia la aplicación de un criterio de relegación profesional y económica y una orden de movilidad funcional desfavorable por razón de los sucesivos embarazos y maternidades de la trabajadora».

## Resolución

La sentencia otorgó el amparo solicitado, declaró que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo, restableciéndola en la integridad de su derecho, anulando la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de abril de 2001, recurso de suplicación 688/2001.

## 2.3 Excedencias

**La STC 240/1999, de 20 de diciembre**, examina si la denegación de la solicitud de la recurrente, funcionaria interina, de acogerse al régimen de excedencia para el cuidado de los hijos contemplado en el artículo 29.4 de la Ley 30/1984, de medidas para la

reforma de la función pública, ha conculcado el derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 de la CE y, muy especialmente, el derecho a no ser discriminada por razón de sexo establecido en el citado precepto constitucional.

## Hechos

- La demandante, que prestaba servicios como médica interina en el equipo de Atención Primaria de El Barco de Ávila desde el 3 de marzo de 1990, solicitó, con efectos de 10 de enero de 1995, excedencia voluntaria por cuidado de una hija que había nacido el día 19 de septiembre de 1994.
- Mediante Resolución de 2 de enero de 1995, la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León desestimó la referida solicitud, por entender que «la necesidad o urgencia de la prestación del servicio es, pues, la causa del nombramiento de un interino para el desempeño de las funciones de un determinado puesto de trabajo, de lo que puede deducirse que la interrupción en la prestación del servicio hace desaparecer la causa que justificó el nombramiento y, en consecuencia, se rompe la vinculación del interino con la Administración». Por ello, se deduce que, al interino que, por su específica causa de nombramiento, no tiene derecho a la permanencia o estabilidad en el puesto para el que ha sido designado, no le pueda ser extendido el sistema de excedencias legalmente establecido, que es únicamente aplicable a los funcionarios de carrera, dado que aquel sistema es consecuencia «no de la concreta realización de las funciones de un determinado puesto de trabajo, sino de la “relación de servicio” que nace desde la adquisición de la condición de funcionario».

## Fundamentos jurídicos

«[L]a legislación que regula las situaciones funcionariales de interinidad ha venido permitiendo una interpretación y aplicación de legalidad ordinaria, que en numerosas ocasiones, como la aquí enjuiciada, ha convertido lo que debía ser una relación en principio temporal, desempeñada provisionalmente por razones “de necesidad o urgencia” en tanto no se proveyesen por funcionarios de carrera, en una forma relativamente estable, aunque precaria, de acceso al mercado de trabajo. En estas circunstancias, la resolución de una relación funcional interina para poder cuidar de

los hijos supone efectivamente un grave obstáculo a la permanencia en ese mercado de trabajo y, en consecuencia, un importante perjuicio para quien lo sufre.

»En segundo lugar, también se ha puesto de manifiesto mediante el informe que obra en autos del Instituto para la Mujer, recogiendo datos facilitados por el Ministerio para las Administraciones Públicas, que en la actualidad la abrumadora mayoría de los funcionarios y laborales que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos son mujeres.

»Estos datos permiten concluir que en efecto hoy por hoy, en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada supone un grave obstáculo a la conservación de un bien tanpreciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres, perpetuando así la situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2.º).

»[...] En el caso aquí enjuiciado la situación de grave desventaja que afecta a las mujeres no deriva de un hecho biológico incontrovertible como sucede en los supuestos de embarazo o maternidad, en los que además está en juego el art. 39.2 CE –según se apunta en la STC 109/1993–; sin embargo, por imposición de la realidad social, no por coyuntural menos incontrovertible en la actualidad, la situación de desventaja es análoga, puesto que al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica, se ven en la necesidad de solicitar la excedencia para el cuidado de los hijos, si no se les concede por no ser funcionarias de carrera, de forma abrumadoramente mayoritaria solo ellas se ven obligadas a salir del mercado de trabajo, aunque hayan ocupado su plaza durante un largo período de tiempo, perpetuando así «diferenciaciones históricamente muy arraigadas» que conllevan una situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2.º). Así, pues, en la actualidad debe admitirse que denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo».

## Resolución

La sentencia otorgó el amparo solicitado, declaró que ha sido vulnerado el derecho de

la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo, restableciéndola en la integridad de su derecho, anulando la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 27 de junio de 1995, recurso 384/1995.

## 2.4 Guardias médicas de urgencia

**La STC 79/2020, de 2 de julio**, examina si ha vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de no discriminación indirecta la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de 5 de diciembre de 2018, recurso de suplicación 1546/2018, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga, autos 100/2018, que avalaron la decisión empresarial de aplicar una determinada reducción sobre el descanso retribuido por guardia médica al haber solicitado la actora reducción de jornada en un 33 % por motivos de guarda legal.

### Hechos

- La recurrente viene prestando servicios como médico del servicio de urgencias en el Hospital Costa del Sol de Marbella (Málaga). La jornada anual ordinaria para los médicos de urgencias es de 1.523 horas (siete horas al día), a lo que se unen 440 horas más en concepto de jornada anual complementaria, por realización de guardias (cuarenta y cuatro guardias de diez horas cada una de ellas). Estas guardias, que resultan obligatorias, generan un descanso en el día posterior (saliente de guardia) de veinticuatro horas, y de ellas, se computan como trabajadas siete horas por saliente. En las citadas 1.523 horas anuales de jornada se encuentran incluidas no solo las horas realmente realizadas, sino también la que se reconocen como trabajadas por cada saliente (308 horas, a razón de siete horas por cuarenta y cuatro salientes).
- Con fecha de 29 de noviembre de 2017, la recurrente solicitó a la empresa una reducción en un 33 % de su jornada laboral para atender al cuidado de hijo. La reducción solicitada se aplicó en términos anuales, de tal forma que las horas

trabajadas por cada jornada y cada guardia no sufrieron reducción alguna (siete y diez horas, respectivamente), sino que lo que se vio afectado fue el número total de días y guardias al año, pasando a ser treinta guardias y 1.020,41 horas de jornada habitual al año (en lugar de las cuarenta y cuatro y 1.523).

- Por resolución del director gerente de la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol, de 29 de diciembre de 2017, se le reconoció a la recurrente el derecho a la reducción de jornada en un 33 % con efectos desde el 1 de enero de 2018, fijándose la jornada ordinaria reducida a realizar en 879,71 horas anuales. Habiéndose fijado una cantidad de horas superior a la calculada por la recurrente, presentó reclamación previa, que fue desestimada mediante resolución de 16 de abril de 2018.
- Disconforme con el cálculo de la jornada reducida que había realizado su empleadora, la recurrente presentó demanda en materia de reducción de jornada, a la que acumuló acción de daños y perjuicios, así como de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. En ella denunció la existencia de una desigualdad de trato entre trabajadores a tiempo completo y con jornada reducida debido al diferente modo en el que se computó el trabajo efectivo derivado de cada saliente de guardia al calcular la reducción de su jornada laboral.
- Alega que si cada guardia de diez horas debía generar siete horas de descanso retribuido efectivo por saliente de guardia (lo que debía suponerle 210 horas por realizar treinta guardias), según los cálculos realizados por la empresa tan solo se le debían reconocer 140,7 horas. Tal diferencia se debía a que la empresa aplicaba también la reducción del 33 % (esto es, el porcentaje de reducción de jornada solicitado) sobre el descanso retribuido por saliente de guardia.

## Fundamentos jurídicos

«No hay que descuidar que la reducción tanto de la jornada ordinaria (en cómputo anual) como de la complementaria (en número de guardias) es fruto de un derecho (el cuidado de los hijos), cuyo ejercicio no puede generarle un menoscabo en la asignación del descanso retribuido derivado de la realización de unas guardias que, aun menores en su número, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores: de diez horas. Dicho de otra manera, como se ha señalado ya, aunque la recurrente realiza menos jornadas “ordinarias” de trabajo (1.020,41 horas anuales en lugar de las 1.523

horas previstas, en jornadas diarias de siete horas), y menos jornadas “complementarias” (treinta guardias obligatorias en lugar de las cuarenta y cuatro previstas, en jornadas de diez horas), fruto de la reducción para el cuidado de los hijos, las que sí realiza (las treinta guardias), las lleva a cabo, al igual que el resto de sus compañeros, a jornada completa de diez horas. Por tanto, ante una misma situación (guardias de diez horas), que generan el derecho a un descanso retribuido (de siete horas), no puede la empleadora asignarle otro (de 4,69 horas), so pretexto de que ya tiene reducido tanto el número de horas ordinarias que debe trabajar como el número de guardias que obligatoriamente debe realizar. No existe, pues, una justificación razonable que legitime el diferente trato recibido.

»Pero no solo eso. También puede apreciarse una discriminación indirecta por razón de sexo porque el método de cálculo usado por la empleadora para asignarle los períodos de descanso retribuidos por cada “saliente de guardia”, le ha provocado un “perjuicio efectivo y constatable” que ha generado, en este caso, un “trato peyorativo en sus condiciones de trabajo” (STC 233/2007) fruto del ejercicio de un derecho asociado con la maternidad (como es el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos). Y aunque aquel método es formalmente neutro, ha perjudicado a un número mayor de mujeres que de hombres (STC 91/2019), pues esta demanda de amparo forma parte de una serie de recursos en que todas las recurrentes, a fecha del dictado de esta sentencia, son mujeres médicos.

»En suma, al carecer la diferencia de trato de una justificación que la legitime, procede estimar la vulneración del derecho a la igualdad, sin discriminación por razón de maternidad, reconocido en el art. 14 CE».

## **Resolución**

La sentencia otorgó el amparo solicitado, declaró que había sido vulnerado el derecho de la recurrente a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, restableciéndola en la integridad de su derecho, anulando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de 5 de diciembre de 2018, recurso de suplicación 1545/2018 y la del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga de 10 de mayo de 2018, autos 100/2018.

### 3. Igualdad ante la ley

**A) La STC 92/2019, de 15 de julio**, examina la queja planteada por el recurrente acerca de la incompatibilidad con el artículo 14 de la CE de la regulación contenida en la regla tercera, letra c, del apartado primero, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (en adelante, disposición adicional séptima LGSS), cuya aplicación al caso determinó que las resoluciones impugnadas denegasen al recurrente en amparo la pensión de jubilación en el porcentaje reclamado.

#### Hechos

- El recurrente en amparo cotizó al sistema general de la Seguridad Social desde el año 1977 hasta su jubilación en el año 2015. La mayor parte de su vida laboral trabajó a tiempo parcial como profesor asociado de universidad, variando su porcentaje de parcialidad en esos años, desde el 4,9 hasta el 70 %.
- Por resolución de 4 de agosto de 2015, se le reconoció inicialmente una pensión de jubilación del 78,14 % de la base reguladora, con una cuantía mensual de quinientos euros con veintiún céntimos (500,21 €), habiendo formulado reclamación por nueva resolución del mismo organismo de fecha 16 de noviembre de 2015, la pensión del recurrente se fijó en seiscientos cuarenta euros con catorce céntimos (640,14 €), con un porcentaje del 95,06 % sobre la base reguladora, esto último en aplicación de las normas de cálculo de la pensión de jubilación para trabajadores a tiempo parcial, contenidas en la disposición adicional séptima, apartado primero, regla tercera, letra c, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, «para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social».

- Formuló demanda frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), disconforme con el porcentaje aplicable sobre la base reguladora, alegando que el sistema de cálculo que le fue aplicado resultaba discriminatorio, con vulneración del artículo 14 de la CE, dada la aplicación exclusiva a los trabajadores a tiempo parcial, de un «coeficiente de parcialidad» que reduce el tiempo real de cotización. En su caso, habiendo cotizado un total de 37 años y 10 meses, tenía derecho a una pensión en cuantía del cien por cien de la base reguladora, pero con la aplicación de aquel coeficiente el periodo cotizado quedaba en 33 años y 4 meses, con un porcentaje del 95,06 % sobre la base reguladora.

## Fundamentos jurídicos

«Este problema ha sido recientemente resuelto por la STC 91/2019, de 3 de julio, en la que, dando respuesta a la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por esta Sala Segunda mediante el ATC 3/2019, de 28 de enero, anteriormente citado, y en línea con las conclusiones previamente alcanzadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 8 de mayo de 2019 [asunto *Villar Láiz* (C-161/18)], se ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional séptima LGSS en el aspecto aquí controvertido (aplicación del “coeficiente de parcialidad” sobre el periodo de cotización a los efectos del cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación) por vulneración del art. 14 CE, no solo por establecer una diferencia de trato irrazonable sino también por incurrir en una discriminación indirecta por razón de sexo.

»En efecto, la STC 91/2019 ha considerado, con carácter general, que la norma cuestionada vulneraba el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) por cuanto que no existía una justificación objetiva y razonable para que el cálculo del periodo de cotización se realizase de modo distinto según se tratase de trabajadores a tiempo completo (en función del tiempo real cotizado) o de trabajadores a tiempo parcial (aplicando al tiempo cotizado un valor reductor). Y ello porque los principios que informan el sistema de Seguridad Social (contributividad, proporcionalidad y equidad) se encontraban ya suficientemente salvaguardados con el método de cálculo de la base reguladora (a partir de las bases de cotización), y no dejaban de estarlo porque el trabajador a tiempo parcial viese reconocido todo el tiempo de cotización de sus contratos en alta como ocurre con los trabajadores a tiempo completo. De este modo, con el método de cálculo implementado se impedía que, en la generalidad de los casos, los trabajadores

a tiempo parcial no pudiesen obtener la pensión de jubilación en su porcentaje máximo (el 100 por 100 de la base reguladora) pues para ello resultaba preciso alcanzar un porcentaje de parcialidad elevado (del 67 por 100), castigando, de ese modo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a “quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo” [STC 91/2019, FJ 9 b)]. En suma, no solo faltaba una justificación objetiva y razonable que legitimase una diferencia de trato constitucionalmente admisible, sino que, además, se rompía “con la exigencia de proporcionalidad desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, añade una reducción del periodo de cotización para fijar la cuantía de la prestación (porcentaje de la base), lo que no se hace con el trabajador a tiempo completo” [STC 91/2019, FJ 9 d)].

»Pero no solo lo anterior sino que, a la vista de que el porcentaje de mujeres que desempeñaban un trabajo a tiempo parcial en el mercado laboral era claramente superior al de los hombres, la citada STC 91/2019 ha apreciado asimismo que la norma controvertida, en línea con la conclusión alcanzada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (asunto *Villar Láziz*), incurría en una discriminación indirecta por razón de sexo, habida cuenta que la aplicación del “coeficiente de parcialidad” (que reducía el número efectivo de días cotizados), generaba una diferenciación que no solo conducía “a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que afecta[ba] predominantemente a las mujeres trabajadoras” [FJ 10 b)].

»Pues bien, aunque en el presente recurso de amparo no se plantea un problema de discriminación por razón de sexo, sino que se denuncia únicamente el resultado perjudicial que a la parte recurrente la ha supuesto la aplicación del “coeficiente de parcialidad” en el cálculo de su pensión de jubilación, la anterior declaración de inconstitucionalidad, implica, sin necesidad de razonamientos adicionales (por todas, SSTC 74/2017, de 19 de junio, FJ 3, y 104/2017, de 18 de septiembre, FJ 3) la estimación de este recurso de amparo por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), al haber sido la concreta previsión expulsada del ordenamiento la que determinó en el caso de autos la desestimación de la pretensión de la parte recurrente por las resoluciones impugnadas».

## Resolución

La sentencia otorgó el amparo solicitado, declaró que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente a la igualdad ante la ley, restableciéndole en la integridad de su derecho, anulando las resoluciones de la Dirección Provincial de Lleida del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 4 de agosto y 16 de noviembre de 2015, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de octubre de 2016, recurso de suplicación 4614/2016 y la del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lleida de 15 de abril de 2016, autos 16/2016.

**B) La STC 156/2014, de 25 de septiembre**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, en relación con el apartado *b)* de la regla tercera del número 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS), por posible vulneración de los artículos 9.3 y 14 de la CE.

## Datos referentes a la duda de constitucionalidad

- El cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente por contingencias comunes y jubilación de los trabajadores a tiempo parcial se rige por dos normas. Una de ellas, que cabe calificar como regla especial de integración de la base reguladora, es la ahora cuestionada de la letra *b* de la regla tercera del número 1 de la disposición adicional séptima de la LGSS. Pero, además, hay que tener en cuenta la que contiene el apartado *a)* del mismo precepto sobre la determinación de la base reguladora en los períodos en los que ha existido cotización a tiempo parcial. Así, considerando la regulación conjunta, resulta que:

1. En el cálculo de la base reguladora durante los períodos de empleo y cotización a tiempo parcial, la disposición adicional séptima 1.3a remite a las normas generales de los artículos 140 y 162 de la LGSS, lo que implica que el cálculo se realiza sobre las bases por las que se haya efectivamente cotizado durante el período de cómputo. Se trata de una regla de estricta proporcionalidad que conduce a bases reducidas en

función de las horas trabajadas. No hay aquí integración de lagunas en función de que esas bases reales sean inferiores a las que hubieran correspondido de haber cotizado a tiempo completo, tal y como se desprende de los preceptos citados y como ha declarado la propia Sala en numerosas ocasiones. En ello se constata, sin embargo, una primera anomalía, pues si el trabajador en lugar de prestar servicios a tiempo parcial hubiera permanecido inactivo, se hubiera aplicado la integración de lagunas con las bases mínimas a tiempo completo, con lo que el empleo a tiempo parcial se desincentiva desde el momento en que a efectos de las pensiones de la Seguridad Social la inactividad tiene un tratamiento más favorable que la actividad a tiempo parcial.

2. En los períodos de inactividad, que siguen a un período de cotización a tiempo parcial, la norma aplicable establece la integración de lagunas. Pero las bases mínimas en este caso son las aplicables en cada momento que correspondan al número de horas contratadas en último término, es decir, conforme al contrato a tiempo parcial vigente en el momento del cese; bases mínimas que son obviamente inferiores a las generales, porque sobre estas opera la reducción que deriva del menor tiempo de trabajo. La reducción se proyecta así hacia el futuro sobre toda la laguna a partir de la presunción de que el trabajador hubiera continuado trabajando con la misma reducción de jornada que tenía en el momento de iniciarse el período de inactividad al que corresponde la laguna de cotización.

Señala el auto del Tribunal Supremo que esta lógica podría tener sentido si el contrato a tiempo parcial fuera una opción estable y voluntaria de participación en el mercado de trabajo, pero si no lo es, el trabajador resulta perjudicado de forma desproporcionada por la aceptación de un contrato a tiempo parcial como forma de salir de una situación de desempleo, porque no solo verá excluida la integración de lagunas durante su vigencia, sino que en el futuro se producirá una reducción de la integración al tomarse como referencia las bases mínimas parciales, mientras que al que permanece en inactividad se le aplicará la integración sobre las mínimas generales a tiempo completo.

Ello se advierte con claridad en el presente caso. El trabajador tiene un total de 8.865 días de cotización, de los que solo 90 lo han sido a tiempo parcial, que, sin embargo, han determinado una integración mediante bases mínimas parciales notoriamente inferiores a las que se hubiera aplicado, no solo si el trabajador hubiera prestado servicios a tiempo completo, sino si simplemente hubiera estado inactivo, y ello durante un período de casi tres años.

## Fundamentos jurídicos

«También es conveniente tener presente respecto del derecho a la igualdad con relación a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, que es doctrina de este Tribunal, sintetizada en la STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 3, que “el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17). Los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento de los derechos reconocibles al amparo de los principios constitucionales (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; y 149/2004, de 20 de septiembre, FJ 5, entre otras)”. En definitiva, como advierte la STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 6 *in fine*, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales “es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva – art. 53.3 CE–” sin embargo “este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6)”.

»El tratamiento desigual entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en materia de integración de lagunas tiene su origen en las normas que, con carácter general, regulan la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social en uno y otro caso, y que inciden del mismo modo en la determinación de las bases mínimas; reglas que, por otro lado, se rigen por el principio de proporcionalidad. En efecto, la norma cuestionada no hace sino trasladar a los trabajadores contratados a tiempo parcial la misma regla que rige con carácter general para los trabajadores contratados a jornada completa: las lagunas de cotización se integrarán con la base mínima de cotización. No hay, por tanto, una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial pues la regla aplicable es la misma, lo que ocurre, y de ahí deriva la diferencia, es que la base mínima de cotización es

diferente en cada caso y el legislador ha decidido cubrir la laguna con la base mínima de cotización correspondiente al contrato anterior al inicio de la misma. El tratamiento desigual entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial no tiene su origen, por tanto, en la norma que ahora se cuestiona, sino en las normas que, con carácter general, regulan la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social en uno y otro caso, y que inciden del mismo modo en la determinación de las bases mínimas. Y esas reglas se rigen por el principio de proporcionalidad, que es el mismo que rige con carácter general la equiparación de derechos entre unos y otros trabajadores: los trabajadores a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo en proporción a la jornada trabajada [art. 12.4d de la Ley del estatuto de los trabajadores].

»Como señalamos en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 6, “no resulta contrario al art. 14 CE, en aras al principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. En la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora”.

»Esta proporcionalidad entre salario, base de cotización y base reguladora de las prestaciones, que no es contraria al principio de igualdad, se traslada en la fijación de bases mínimas de cotización a la regla recogida en las órdenes anuales de cotización, en virtud de la cual la base mínima de cotización de estos trabajadores se calcula multiplicando a una base horaria el número de horas de trabajo efectivamente prestado en el contrato. Y, como hemos señalado, reflejo de esa forma de fijación de la base mínima de cotización de los trabajadores a tiempo parcial es la regla que ahora se cuestiona.

»No corresponde a este Tribunal determinar si resulta más justo, como sostiene el órgano judicial, un sistema que tuviera en cuenta la carrera de seguro desarrollada a lo largo de toda la vida profesional y que ponderara proporcionalmente los períodos trabajados a tiempo completo y a tiempo parcial, pero, en todo caso, no podemos olvidar que, como hemos declarado reiteradamente, “el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo

el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel” (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras). En efecto, el carácter redistribuidor inherente a la Seguridad Social lleva al legislador a desplazar en ocasiones el principio de proporcionalidad entre cotización y prestación, y no por ello esas reglas vulneran el art. 14 C».

### **Resolución**

La sentencia desestimó la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

## 4. Discriminación por discapacidad

La **STC21/2023, de 27 de marzo**, ha examinado si vulnera el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la interpretación sustentada por las resoluciones judiciales impugnadas del artículo 195.1, en relación con los artículos 205.1 y 206.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS). En las resoluciones dictadas en la vía judicial previa, en primera instancia y en casación, los órganos judiciales han entendido que no cabe el acceso a la prestación por incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada voluntaria por discapacidad en porcentaje superior al 65 % en favor de una persona que todavía no ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación (65 o 67 años), a pesar de que para cualquier otra situación de jubilación anticipada voluntaria el único límite para que se reconozca el derecho a prestaciones de incapacidad permanente derivadas de contingencias comunes es la citada edad ordinaria de jubilación.

### Hechos

La recurrente, nacida en 1954, inició en 1986 su actividad laboral como profesora en la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), a la que está afiliada desde el 14 de octubre de 1967. Tiene reconocida por dicha organización la ceguera total en ambos ojos, y por el Instituto Andaluz de Servicios Sociales una discapacidad del 85 % con causa en su ceguera. Continuó desarrollando su tarea laboral hasta que, con la edad de cincuenta y seis años, solicitó y le fue reconocida en agosto de 2010 una pensión de jubilación por discapacidad.

En junio de 2016, encontrándose en dicha situación de jubilación, solicitó del INSS el reconocimiento de una incapacidad en grado de gran invalidez, lo que le fue denegado por resolución de 11 de agosto de 2017 tras considerar que las lesiones aducidas no alcanzan grado suficiente de disminución de su capacidad de trabajo y por no hallarse dada de alta laboral, o situación asimilada, al momento del hecho causante.

La actora interpuso demanda judicial contra la anterior resolución, que fue turnada al

Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid. En el marco del procedimiento núm. 82-2018, el juzgado dictó la sentencia núm. 109/2018, de 9 de marzo, por la que fueron íntegramente desestimadas sus pretensiones.

La sentencia desestimatoria fue recurrida en suplicación por la señora Sánchez Moreno. Su recurso fue estimado por sentencia núm. 909/2018, de 26 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso de suplicación núm. 614-2018) que, en su parte dispositiva, acordó la revocación de la resolución recurrida, declarando a la recurrente en situación de gran invalidez, con derecho a percibir una pensión equivalente al cien por cien de una base reguladora para cuya fijación se fijaron en la sentencia los criterios de cálculo.

Frente a la decisión judicial estimatoria acordada en segunda instancia, el letrado de la administración de la Seguridad Social interpuso recurso de casación para unificación de doctrina, que fue estimado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia núm. 709/2021, de 1 de julio.

## **Fundamentos jurídicos**

«Como se destaca en la más reciente STC 5/2022, de 24 de enero, el marco normativo e internacional aplicable (la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los arts. 21 y 26 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea) e interno (los arts. 49 y 50, en relación con los arts. 9.2 y 10.1, todos de la Constitución, a los que se une, en el plano de la legalidad ordinaria, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social) tienen como fundamento “por un lado, garantizar la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad en todos los órdenes de la vida, de forma compatible con su situación; y por otro, la lucha contra cualquier forma de discriminación. El objetivo de asegurar el más pleno disfrute de los derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos ha de conllevar, en determinados supuestos, la adopción de ‘medidas de acción positiva’”, noción esta última a la que responde “[l]a regulación de la jubilación anticipada por razón de discapacidad contenida en el art. 206.2 LGSS”. Sin embargo, la interpretación realizada por los órganos judiciales produce “la paradoja de que la medida de acción positiva establecida para el acceso a una determinada situación

se convierte, al mismo tiempo, en una discriminación negativa en relación con las otras personas que se encuentran en esa situación”, por lo cual, “dejaría de ser adecuada para la finalidad pretendida”.

»Y, tras referirse a las distintas modalidades de jubilación anticipada que contempla la Ley General de la Seguridad Social, la STC 172/2021 añadió que “el legislador, en el ejercicio legítimo de su libertad de configuración del sistema, no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad para acceder a la prestación de incapacidad permanente [art. 195.1, párrafo segundo, LGSS, por remisión al art. 205.1 a) LGSS], de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada, ni distingue entre las causas o presupuestos de ese tipo de jubilación para acceder a la incapacidad permanente. Tampoco ha establecido cautela o modulación alguna para el cálculo de la edad a estos efectos”, como sí ha hecho en otros supuestos. “Por lo tanto, si la ley no hace distinción alguna en esta materia, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad podría suponer una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el art. 14, segundo inciso, CE”.

»La conclusión a la que llegamos entonces, y ahora hemos de reiterar, es que, en el caso resuelto, “no existe justificación alguna para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, porque lo relevante es que se cumple el único requisito exigido por la norma para acceder a la prestación por incapacidad permanente, que es una determinada edad, según el tenor literal del art. 195.1, párrafo segundo LGSS, por remisión al art. 205.1 a) LGSS. Y tampoco existe razón objetiva alguna para excluir a la recurrente de la situación de incapacidad permanente. De hecho, las resoluciones judiciales admiten que concurren los requisitos y los presupuestos para reconocer esta situación. En este caso, además, de forma especialmente motivada en atención a las circunstancias físicas de la demandante, que exigen el apoyo de una tercera persona precisamente para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades más básicos en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, en coherencia con los principios y valores que inspiran la normativa nacional e internacional en materia de discapacidad”. Y es que, concluimos, “la interpretación de las resoluciones impugnadas produce como resultado una discriminación no justificada para la recurrente con discapacidad. Conforme a ese criterio interpretativo, toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del

hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad”».

## **Resolución**

La sentencia otorgó el amparo solicitado, declaró que había sido vulnerado el derecho de la recurrente a no sufrir discriminación por razón de su discapacidad restableciéndola en la integridad de su derecho, anulando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2021, recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4751/2018, quedando firme la sentencia núm. 909/2018, de 26 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso de suplicación 614/2018.

**docs**

