



Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social

Trabajo y mujer



GOBIERNO
DE ESPAÑA

VICEPRESIDENCIA
SEGUNDA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

155

2023

Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social

CONSEJO EDITORIAL

Equipo editorial

- **Directora**

Consolación Rodríguez Alba. *Secretaria General Técnica. Ministerio de Trabajo y Economía Social.*

- **Subdirector**

José Antonio Fernández Mahillo. *Subdirector General de Informes, Recursos y Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Economía Social.*

Consejo asesor

Antonio Baylos Grau, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha.*

Joaquín Pérez Rey, *Secretario de Estado de Empleo y Economía Social.*

Carmen Sáez Lara, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Córdoba.*

Verónica Martínez Barbero, *Directora General de Trabajo.*

María Pilar Alguacil Mari, *Catedrática de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Valencia.*

Maravillas Espín Sáez, *Directora General de Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad de las Empresas.*

Margarita Isabel Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna.*

Lourdes Arastey Sahún, *Magistrada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.*

Wilfredo Sanguinetti Raymond, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca.*

Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.*

SECRETARÍA

Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones
del Ministerio de Trabajo y Economía Social

Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Telfs: 91 363 23 03

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@mites.gob.es

Internet: <https://www.mites.gob.es/es/revistaministerio/>

La Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.



Esta obra se edita bajo licencia Creative Commons by-nc 4.0.
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>

Normas de publicación
<https://www.mites.gob.es/es/revistaministerio/normas/index.htm>

Suscripciones
<https://www.mites.gob.es/es/revistaministerio/suscripciones/index.htm>



Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo y Economía Social
Subdirección General de Informes,
Recursos y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
NIPO Papel: 117-20-031-8
NIPO PDF: 117-20-033-9
ISSN Papel: 2660-4647
ISSN Electrónico: 2660-4655
Depósito legal: M-12.168-1998
Diseño cubierta: CSP
Diseño interior: C & G
Imagen de portada: Bartek Zakrzweski en *Pixabay*
Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social

TRABAJO Y MUJER

SUMARIO

PRESENTACIÓN, *Antonio Baylos Grau*, 9

I. ESTUDIOS

Las mujeres en la nueva Ley de Empleo. Ley 3/2023, de 28 de febrero.
María Belén Cardona Rubert, 21

La reducción de la brecha salarial de género a través
de la transparencia en la política retributiva y la valoración neutra
de puestos de trabajo. *Patricia Nieto Rojas*, 39

Familias monomarentales y nueva Ley de Familias: el largo
camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación.
Milena Bogoni, 65

La prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género.
Eva M. Blázquez Agudo, 99

Democracia paritaria y relaciones laborales: propuestas para una
composición equilibrada de los órganos de representación de las personas
trabajadoras. *Jaime Cabeza Pereiro y Francisca Fernández Prol*, 123

La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales.
Sarai Rodríguez González, 149

El proceso de dignificación del trabajo doméstico diez años después de sus comienzos: la ratificación del Convenio 189 OIT y la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2022. *Elena Desdentado Daroca, 181*

II. JURISPRUDENCIA

Exégesis de la jurisprudencia actual sobre desigualdad y discriminación retributiva. *Consuelo Ferreiro, 209*

Journal of the Ministry of Labour and Social Economy

JOB AND WOMAN

CONTENTS

PRESENTATION, *Antonio Baylos Grau*, 9

I. STUDIES

Women in the new Employment Act. 3/2023 Employment Act of 28th February. *María Belén Cardona Rubert*, 21

Reducing the gender pay gap through transparency in the remuneration policy and neutral job evaluation. *Patricia Nieto Rojas*, 39

Single-parent families and the new Family Law: the long road towards the recognition of their rights of Work-Life balance. *Milena Bogoni*, 65

The prevention of work risk from a gender perspective.
Eva M. Blázquez Agudo, 99

Equal democracy and labour relations: proposals for a balanced composition of workers' representative bodies. *Jaime Cabeza Pereiro y Francisca Fernández Prol*, 123

The integral guarantee of sexual freedom in labour relations .
Sarai Rodríguez González, 149

The process of dignifying domestic work ten years after its beginnings: the ratification of ILO Convention 189 and the reform introduced by Royal Decree-Law 16/2022. *Elena Desdentado Daroca, 181*

II. CASE LAW

Exegesis of current jurisprudence on unequal salaries and pay discrimination. *Consuelo Ferreiro, 209*

Presentación

TRABAJO Y MUJER EN EL HORIZONTE DE LA IGUALDAD MATERIAL Y EFECTIVA

La evolución de la doctrina académica de la regulación del trabajo en relación con la mujer como objeto y sujeto de dicha regulación desde los primeros años del siglo pasado en nuestro país es verdaderamente notable y merecería un estudio específico más allá de la evolución legal y jurisprudencial que en una buena medida ha alimentado este desarrollo doctrinal. Ha habido una potente conjunción de factores externos e internos que han conformado un panorama extraordinariamente rico y potente en la creación de opiniones y reflexiones sobre la vertiente jurídica de esta relación, que inmediatamente antes de la transición al sistema democrático se ceñía a un epígrafe de manual sobre “el trabajo de la mujer” en el que se mencionaban las circunstancias modificativas de la capacidad jurídica y de obrar de las mujeres y de su estado civil, como la de los menores, la protección de la maternidad o la descripción de los trabajos restringidos o vedados a las mismas¹.

La constitución democrática impuso un cambio fundamental en el abordaje de este tema, desplazándolo al principio de igualdad, de manera que la forma de enfocar esta materia es, a partir del reconocimiento del bloque de derechos laborales en la Constitución, el que ofrece el art. 14 CE en su doble vertiente de reconocimiento del principio de igualdad y el de no discriminación. Un cambio en el tratamiento de la relación entre la mujer y el trabajo que se corresponde con la fuerte incorporación de la mujer al trabajo y los “cambios espectaculares” en el mercado de trabajo que se despliegan durante los años 70 del siglo pasado en nuestro país².

Ese anclaje del estudio del trabajo de la mujer desde la perspectiva jurídica en el paradigma de la igualdad, ha atraído a las investigaciones sobre esta problemática a los llamados estudios de género, uniendo por tanto la igualdad de las mujeres con la construcción de género que convierte la diferencia sexual en diferencia social y cultural³. “El género es la expresión del sexo

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UCLM. Antonio.baylos@uclm.es

¹ Eran las normas “específicamente referidas al trabajo femenino” que se encuentran enunciadas con detalle ya en la primera época democrática por T. PÉREZ DEL RÍO, *El principio de igualdad: No discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1984, pp. 79-114.

² Con carácter general y síntesis de datos significativos, M. BARAÑANO CID, “Mujer, trabajo salud”, en M. BARAÑANO (Coord), *Mujer, trabajo, salud*, Editorial Trotta / Fundación 1 de mayo, Madrid, 1992, pp. 14-40.

³ M.ª E. CASAS BAAMONDE, “La igualdad de género en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho Social* nº 88 (2019), p. 14.

como status social”, y combinado con otros aspectos identitarios “sitúa a hombre y mujer en una compleja jerarquía en el trabajo”⁴. Esta constatación evidente de la realidad social se relaciona directamente con la desigualdad, que está en la base del conflicto político, social y económico en el que se mueven las sociedades desarrolladas en la actualidad. Una desigualdad creciente frente al salario y fundamentalmente frente al empleo que problematiza de forma directa la regulación del trabajo en tanto que ésta debe necesariamente imponer un conjunto de mecanismos que remuevan esa desigualdad en el plano horizontal, es decir, entre los y las trabajadoras, a la vez que se mantiene la relación entre capital y trabajo y la distribución desigual de la riqueza. Una perspectiva que ha permitido a una parte de la doctrina científica iuslaboralista construir el Derecho del Trabajo a partir de la figura de la mujer trabajadora, filtrando este sistema normativo a través de la presencia de género y justificando teóricamente esa aproximación nueva y a la vez necesaria al estudio de esta materia como práctica cultural normalizada en una amplia medida entre las estudiosas y estudiosos del tema⁵.

El proceso ha sido largo y en su desarrollo ha incidido muy positivamente el acoplamiento de la legislación española al conjunto de normas en materia de igualdad de trato y de prohibición de discriminación por razón de género que había adoptado el derecho de la Unión Europea especialmente a partir de 1975⁶, a lo que contribuyó decisivamente la jurisprudencia del Tribunal constitucional durante la década de los ochenta, introduciendo las nociones básicas en materia de derecho antidiscriminatorio que la legislación comunitaria había ido estableciendo. Las primeras manifestaciones normativas en España unían así la perspectiva de la igualdad en la que se tenía forzosamente que insertar el trabajo femenino y el espacio, reconducible al anterior, de la llamada conciliación de tiempo de vida y trabajo, que se manifestó de manera insuficiente en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁷. El tercer vector, muy ligado a la faceta de la salud laboral, era la prevención y represión del acoso sexual y por razón de género, como manifestaciones de la violencia en el trabajo, y que cobró forma en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, integral de la violencia de género⁸. Pero sin duda el salto cualitativo en este *iter* legislativo lo constituiría la LOIEMH, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que dio lugar a un planteamiento integrado de todos los aspectos del trabajo de la mujer en una concepción moderna y transversal, comprometida con la igualdad real o material⁹, que en última instancia venía a recibir en el ordenamiento interno español los más recientes “consensos de la comunidad

⁴ L.J.B. HAYES, “‘Women’s voice’ and Equal Pay. Judicial Regard for the Gendering of Collective Bargaining”, en A. BOGG Y T. NOVITZ, *Voices at Work. Continuity and Change in the Common Law World*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 35.

⁵ La figura más importante en este planteamiento material y metodológico del Derecho del Trabajo ha sido posiblemente T. PÉREZ DEL RÍO, que promovió esta forma de ver el trabajo y su regulación formal y material más allá de sus escritos, a través del trabajo formativo, el impulso a los equipos de negociación de los convenios colectivos, el estudio y la orientación sobre la negociación colectiva, generando un modo de hacer y un hábito de cómo enfocar correctamente la reglamentación colectiva desde un plano de igualdad. Cfr. A. BAYLOS GRAU, “Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género”, en J. CRUZ, E. GARRIDO, C. FERRADANS (Coords), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa PÉREZ DEL RÍO*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales / Junta de Andalucía, Sevilla, 2015, pp. 87-102.

⁶ T. PÉREZ DEL RÍO, “Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derechos de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D’Antona*, Marcial Pons Ed., Madrid, 2001, p. 46.

⁷ M.A. BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, que subraya el “limitado alcance” de la Ley y el “desajuste” con el derecho comunitario.

⁸ M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La dimensión laboral de la violencia de género*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2005; T. PÉREZ DEL RÍO, *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Bomarzo, Albacete, 2009.

⁹ J.F. LOUSADA AROCHENA, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 104 y ss.

internacional” sobre la igualdad jurídica, no discriminación y violencia de género¹⁰, incluyendo el importante instrumento de planificación correctora de la desigualdad en los lugares de trabajo de los llamados Planes de Igualdad.

Con la LOIEMH se entraba en el debate de las grandes cuestiones sobre los elementos centrales que planteaban los ajustes legislativos efectuados y la interpretación judicial de estos preceptos, junto con el cada vez mayor protagonismo de la negociación colectiva, y sobre los significados que se daban al desarrollo específico de estas indicaciones normativas en torno a cuestiones tan decisivas como el concepto de discriminación y la violencia de género como discriminación “específica”¹¹, la introducción de la categoría de la vulnerabilidad y la enunciación y catalogación de los sujetos vulnerables junto con la noción de pluridiscriminación¹² o “dobles desigualdades”, la controversia sobre las acciones positivas y sus límites¹³. Y en paralelo, se abrían nuevos debates sobre el cuestionamiento del concepto de trabajo que deja fuera el trabajo de cuidados sobre la base de una división sexual del trabajo y el trabajo reproductivo¹⁴, lo que a su vez planteaba la inserción de ese trabajo de cuidados en el esquema de protección del estado social, pero también sobre los nuevos roles sexuales en el contexto de nuevas formas familiares, tanto desde la biología como desde las nuevas formas sociales que se corresponden a su vez con demandas de la sociedad civil muy intensas¹⁵ y a una reformulación de la división sexista en el hogar familiar sobre la base de compartir el trabajo de cuidados y el reparto del tiempo de trabajo y de vida¹⁶.

La irrupción de la crisis financiera que luego se convirtió en crisis de la deuda soberana para los países del sur y del este de la Unión Europea, y que generó en el ciclo 2010-2013 una fuerte reforma de la legislación laboral y de seguridad social con importantes reducciones del marco de derechos individuales y colectivos de las personas trabajadoras en general, de los empleados públicos y de la ciudadanía a la que se recortó prestaciones sociales, tuvo también un efecto negativo en esta materia. Se detuvo el proceso de fortalecimiento de los derechos de igualdad de género, todo ello en un contexto de incremento exponencial de la desigualdad social, de la vulnerabilidad de categorías específicas de personas especialmente mujeres y jóvenes con trabajos precarios y en los que la devaluación salarial resultó especialmente intensa. De esta manera, se acentuó el grave problema siempre anotado de la distancia entre la pretendida paridad de género y el mantenimiento de situaciones permanentes de discriminación y de desigualdad, más allá del “dato fisiológico” de la experiencia jurídica que expresa la distancia entre el derecho y los hechos, entre las expectativas y la realidad¹⁷.

¹⁰ M.ª E. CASAS BAAMONDE, “La igualdad de género”, *cit.*, pp. 18 ss.

¹¹ T. PÉREZ DEL RÍO, “La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso por razón de género”, *Temas Laborales* nº 91 (2007), pp. 175-203.

¹² M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, “Colectivos especialmente discriminados: los supuestos de pluridiscriminación en el empleo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 64 (2023), pp. 233-283.

¹³ M.ª E. CASAS BAAMONDE, “La igualdad de género”, *cit.*, pp. 49-54.

¹⁴ L. MORA CABELLO DE ALBA, “Le travail avec du sens: le passage de l’emploi au travail qui soutient la vie », *Lex Social* vol. 6 num. 1 (2016), pp. 275 ss.

¹⁵ Cfr. L. CALAFA, “Paternità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo”, en L. CALAFA (a cura di), *Paternità e lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 25, que menciona expresamente la paternidad ortoespermática y crioespermática en el plano biológico, y la paternidad poliandrica de varios padres que se ocupan de la educación de un solo niño, las familias monomarentales y la paternidad homosexual.

¹⁶ T. HUERTAS BARTOLOMÉ y C. PRIETO RODRÍGUEZ, “Trabajo, familia, tiempo libre y relaciones de género. Perspectiva institucional”, en C. PRIETO e I. ALER (coords.), *Trabajo, cuidados, tiempo libre y relaciones de género en la sociedad española*, Ed. Cinca, Madrid, 2015, pp. 29 ss.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Derechos a la fuerza*, Trotta, Madrid, 2023, p. 17.

Esto explica la potente reacción que el movimiento feminista en España –la llamada “cuarta ola del feminismo”– impulsa fundamentalmente a partir del 2014, con las movilizaciones contra la intención del gobierno del Partido Popular de cambiar la ley del aborto, que prosiguieron en el 2015 con la Marcha Estatal contra las violencias machistas, y que culminó con la convocatoria de una huelga general feminista del trabajo de cuidados en 2017 y 2018, la protesta contra la sentencia de “la manada” y las impresionantes manifestaciones del 8 de marzo, en especial del 2018 y 2019, que se apropiaron del espacio público en las principales ciudades españolas, con especial incidencia en Madrid y Barcelona. Esta corriente llevaba consigo una reivindicación muy fuerte de la igualdad de género en todas sus vertientes, desde la muy priorizada lucha contra la violencia de género hasta la ampliación de los derechos de conciliación y el combate contra la brecha salarial y las discriminaciones indirectas en el empleo y en la carrera profesional de las mujeres trabajadoras, además de otras reivindicaciones importantes en materia de prestaciones sociales y de regulación del trabajo de cuidados asalariado, las llamadas trabajadoras domésticas, que estaban en una posición claramente subordinada y discriminada respecto del resto de trabajadoras.

No es de extrañar por tanto que a partir de 2019, en el contexto de los cambios políticos que se producen en el país, se acoja en iniciativas legislativas una tendencia a reemprender el fortalecimiento de derechos individuales y colectivos derivados del principio de igualdad de género, dando por tanto prioridad al requerimiento constitucional de promover la igualdad material y efectiva en este campo. Una primera norma en este sentido fue el Real Decreto-ley 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 ocupación¹⁸, aunque el despliegue de estas reivindicaciones se realizó, paradójicamente, durante el período de excepción marcado por las sucesivas declaraciones de los estados de alarma y, ya de manera mucho más intensa, superado éste, tras la reforma laboral personificada en el RDL 32/2021, en un proceso legislativo que se prolongó durante todo el año 2022, y ha dado lugar a importantes productos normativos entre el final de ese año y el comienzo de 2023.

En efecto, se pueden mencionar un amplio catálogo de normas que van en esa dirección de reconocimiento de derechos y garantía de la igualdad de género. Así, las importantes normas reglamentarias que en el año 2020 desarrollaron los preceptos del citado RDL 6/2019 en materia de planes de igualdad y transparencia retributiva, la firma y ratificación del Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo¹⁹, o la muy reivindicada por sindicatos y organizaciones de emigrantes ratificación del convenio 189 OIT sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos²⁰, con el correlativo Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. También la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que profundiza en la protección laboral de las trabajadoras víctimas de acoso sexual en materia de evaluación de riesgos laborales y de derechos laborales; reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de acoso y amplía el ámbito objetivo de las medidas de prevención, de los llamados protocolos anti-acoso, con especial incidencia sobre

¹⁸ A. PASTOR MARTÍNEZ, “Las medidas laborales del Real Decreto-ley 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: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IUSLabor 1* (2019), pp. 187-209.

¹⁹ Instrumento de adhesión al mismo publicado en el BOE de 16 de junio de 2022. Sobre su contenido, cfr. J.F. LOUSADA AROCHENA, “El Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso en el trabajo”, *Revista de Derecho Social* n.º 88 (2019), pp. 55-74.

²⁰ Ratificado por el Congreso de los diputados en junio de 2022.

las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital²¹, la muy importante Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, que viene a complementar y sustituir a la LOIEMH²², o, ya últimamente, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, o 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. En esta misma corriente de reformas, en diciembre de 2022 el consejo de ministros aprobó un anteproyecto de Ley de Familias que afecta especialmente a los permisos para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar²³.

Junto a ello, toda una serie de disposiciones normativas actúan indirectamente fortaleciendo ese principio fundamental de promoción de la igualdad de género que en este ciclo de reformas iniciado en el 2020 se está llevando a cabo. Comenzando por el incremento del salario mínimo, que ha sido clave en el aumento del salario medio femenino para igualar el masculino y por tanto ir cerrando la brecha de género²⁴, la reducción de la temporalidad y el correlativo incremento de la estabilidad de la contratación operada a partir de la reforma laboral materializada por el RDL 32/2021, que ha reducido por tanto la precariedad laboral de una buena parte de mujeres trabajadoras, como denotan las estadísticas de las que se dispone, o el cambio que se quiere inducir a través del compromiso respecto de la perspectiva de género en las políticas de empleo tal como resulta de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo y en las ayudas e incentivos al apoyo al empleo del RDL 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, entre otras disposiciones.

Estamos por tanto ante un ciclo de ajustes normativos que pretenden impulsar un programa de reformas que profundizan en el reconocimiento constitucional del principio de igualdad de género y su progresiva realización efectiva, reforzando las garantías procesales y materiales en las diferentes vertientes del mismo. A la descripción de los rasgos principales de este ciclo normativo se dedican las páginas de este número de la RMTES.

LOS CONTENIDOS DEL PRESENTE NÚMERO

Este es el contexto normativo en el que se presenta este número extraordinario de la Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social dedicado a “Trabajo y mujer”. En él, a través de ocho intervenciones se intenta plasmar una visión poliédrica de la última etapa normativa que se ha ido llevando a cabo en nuestro país, seleccionado algunos elementos especialmente interesantes para el estudio del Derecho del Trabajo.

²¹ Cfr. C. SÁEZ LARA, “Violencia sexual, mujer y trabajo”, *Revista Galega de Direito Social* nº 16 (2022), pp. 9-44.

²² J. L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO y G. RODRÍGUEZ INIESTA, “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, nº 4 (2022), pp. 11-42.

²³ El texto del Anteproyecto de Ley de Familias se puede consultar en <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/apl-ley-familias.pdf> (última consulta, 5.3.2023). En el artículo de M. BOGONI incluido en este número extraordinario se incluye un resumen de los contenidos más relevantes de la misma en su vertiente laboral y de protección social.

²⁴ Un dato sobre el que insisten principalmente los sindicatos CCOO y UGT en el último acuerdo con el Gobierno para la subida del SMI a 1.080 €. Cfr. GABINETE ECONÓMICO DE CCOO, “Análisis del impacto del incremento del Salario mínimo Interprofesional a 1.080 €”, C.S. de CC.OO, febrero 2023, <https://www.ccoo.es/55063b9ffec1e072c07840cd1b15d41c000001.pdf>

De esta manera, la primera de las contribuciones presentadas la efectúa la profesora Cardona Rubert, catedrática de la Universidad de Valencia, que reflexiona sobre la relación planteada entre las políticas activas de empleo y la mujer trabajadora, junto con la llamada perspectiva de género de dichas políticas en la recién promulgada Ley de Empleo, Ley 3/2023, de 28 de febrero resaltando que este texto normativo se acerca al empleo femenino a través de un enfoque dual integrado por medidas específicamente dirigidas a la consecución de la igualdad de género y un reforzamiento de la inclusión transversal de la perspectiva de género en el diseño de las políticas de empleo, en todas sus fases. Al tiempo que este enfoque dual se completa con la lucha sin tregua contra los estereotipos y las brechas de género en el empleo y la utilización de la interseccionalidad también de manera transversal, concebida como el concepto o instrumento jurídico que permite identificar la presencia de discriminaciones complejas, resultado de la combinación de género con otras características personales.

En segundo lugar se aborda la importante problemática de la desigualdad salarial y la brecha de género en las relaciones de trabajo, mediante un estudio de las nuevas medidas sobre transparencia retributiva que lleva a cabo la profesora Nieto, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. La apuesta por transparencia a través del registro salarial, el acceso a la información salarial desagregada por sexo, el desarrollo de un sistema de valoración de puestos de trabajo para garantizar la efectividad del principio igual salario por trabajo de igual valor o las múltiples llamadas efectuadas a negociación colectiva (art. 22.3 ET) para avanzar en el diseño de una política salarial que ataje las discriminaciones salariales por razón de sexo son los temas principales que componen el eje central de su intervención, que hace hincapié en la obligación de las empresas de más de 50 trabajadores de elaborar una auditoría salarial para obtener la información necesaria que determine si el sistema de remuneración de la empresa aplica de forma efectiva, generalizada y exhaustiva, el principio de igualdad entre mujeres y hombres en relación con la remuneración.

A continuación Milena Bogoni, profesora contratada doctora de la Universidad de Castilla La Mancha, explora el cambio producido en los modelos de familia y aunque en materia de conciliación y corresponsabilidad ha evolucionado lentamente pero de forma continua en las últimas décadas el marco institucional español, de la mano, constantemente del derecho social europeo, con avances notables, sigue habiendo ciertos ámbitos en los que el legislador, se resiste a entrar, como específicamente resulta de las familias monomarentales. En materia de conciliación y corresponsabilidad, concretamente, los estudios demuestran que es necesario un ajuste específico para que este derecho fundamental puede ser ejercido y tutelado en el marco de todo tipo de familia, incluidas aquellas donde sólo hay un progenitor y ésta está en la imposibilidad de compartir de forma corresponsable la crianza. Los esquemas y mecanismos clásicos de las políticas de conciliación tienen que ser repensado, modulando alternativas que tengan en cuenta cuestiones novedosas como son el “interés superior del menor” o la “crianza en red”. El texto de la profesora Bogoni se confronta además críticamente con la reciente STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023, que ha intervenido en un sentido contrario al mantenido en el texto respecto de la acumulación de permisos de nacimiento en el supuesto de familias monomarentales, y analiza asimismo el Anteproyecto de la Ley de Familias en su vertiente laboral.

La relación entre salud laboral y mujer ha sido desde hace tiempo una preocupación emergente en la doctrina laboralista que resalta la importancia también aquí de la perspectiva de género en las relaciones laborales, sobre la base de la diferente jerarquización que ocupa en la organización del trabajo la división sexual del trabajo, los especiales riesgos del trabajo femenino

y la protección de la maternidad, así como el muy importante elemento de la erradicación de la violencia en el trabajo y la regulación del acoso laboral sexual y por motivos de género. Todo este universo problemático es abordado por la profesora Blázquez, catedrática acreditada en la Universidad Carlos III de Madrid, en el artículo de su autoría.

Por su parte, los profesores Cabeza Pereiro y Fernández Prol, catedrático y titular respectivamente de la Universidad de Vigo, plantean un tema novedoso y de evidente interés, pues, partiendo de la constatación de una menor participación de las trabajadoras en las instituciones representativas del personal y sindicales, verifican la inaplicación, en el marco de las relaciones laborales, de los principios de composición equilibrada y democracia paritaria establecidos por LO 3/2007 para la participación política. Desde esta doble percepción, el texto propone una revisión, en clave de género, de los canales de representación sindical y unitaria, conjugando composición equilibrada y acción positiva, una acción sobre la actividad sindical desarrollada en la empresa, que debería verse facilitada en el contexto de las organizaciones sindicales, en donde el sindicalismo más representativo se ha dotado, aunque con diferencias significativas, de reglas internas de democracia paritaria. El artículo propone además soluciones concretas al respecto y modificaciones específicas de la legislación vigente sobre la representación legal en la empresa.

Se incluyen a continuación dos análisis de dos normas importantes en esta perspectiva igualitaria a la que se ha ido haciendo referencia. El primero, que efectúa la profesora contratada doctora de la Universidad de La Laguna, Sarai Rodríguez, se dedica a la descripción y valoración de los aspectos laborales de la ley de garantía integral de la libertad sexual, una norma transversal que afecta a varias ramas del ordenamiento jurídico y que tiene por objeto la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las formas de violencia sexual, especialmente en el ámbito digital padecidas por las mujeres, niñas, y niños en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española. El objetivo de la ley es la adopción y puesta en práctica de políticas interdisciplinarias efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, que incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos, incluido, por tanto, el laboral, una tarea que debe analizarse a la luz del Convenio 190 de la OIT, y que requeriría la incorporación de cambios concordantes en la Ley de Prevención de riesgos laborales y en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social a los que la norma no ha procedido.

En el segundo, la profesora Desdentado, profesora titular de la UNED, integra la ratificación del Convenio 189 OIT y la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2022 en un proceso de dignificación del trabajo doméstico, tradicionalmente precario y sin derechos, después de sus comienzos, entre los cuales resalta la autora la reforma de 2011, que dejó importantes cuestiones pendientes para una segunda intervención legislativa, que se preveía en un futuro cercano pero que, sin embargo, se fue posponiendo durante más de diez años, y en cuya acción reformista ha resultado muy relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022, cuyo contenido se analiza exhaustivamente. El resultado final es, desde luego, positivo, aunque el texto señala también críticamente algunas insuficiencias y puntos pendientes por desarrollar en un futuro próximo.

El conjunto de artículos se cierra con un muy útil comentario exegético de las líneas fundamentales mantenidas por la jurisprudencia sobre desigualdad y discriminación retributiva, que lleva a cabo la profesora Ferreiro, profesora titular en la Universidad de Santiago de Compostela,

sobre la base de la interpretación del canon “igual retribución por trabajo de igual valor”, según se define en el art. 28.1 del ET, tras su reforma de 2019.

Con ello, el presente número de la RMTES propone un conjunto de temas extraordinariamente variado a través de aportaciones excelentes que sin lugar a dudas constituirán una referencia doctrinal obligada en el estudio de las materias abordadas. El análisis del binomio Trabajo y Mujer sigue siendo por consiguiente un fértil terreno de debate y de investigación en el marco de un horizonte de medidas y de instrumentos que se remiten a la igualdad material como el eje de explicación y de comprensión de su desarrollo, una materia en la que se han efectuado avances muy importantes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BALLESTER PASTOR, M.A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000
- BARAÑANO CID, M., “Mujer, trabajo salud”, en M. BARAÑANO (Coord), *Mujer, trabajo, salud*, Editorial Trotta / Fundación 1 de mayo, Madrid, 1992.
- A. BAYLOS GRAU, “Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género”, en CRUZ, J., GARRIDO, E., FERRADANS, C. (Coords), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa PÉREZ DEL RÍO*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales / Junta de Andalucía, Sevilla, 2015, pp. 87-102.
- CALAFÁ, L., “Paternità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo”, en CALAFÁ, L., (a cura di), *Paternità e lavoro*, Il Mulino, Bolonia, 2007.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La igualdad de género en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho Social* n° 88 (2019), pp. 13-54.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2005.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. “Colectivos especialmente discriminados: los supuestos de pluridiscriminación en el empleo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 64 (2023), pp. 233-283.
- HAYES, L. J. B., “Women’s voice’ and Equal Pay. Judicial Regard for the Gendering of Collective Bargaining”, en BOGG, A., y NOVITZ, T., *Voices at Work. Continuity and Change in the Common Law World*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- HUERTAS BARTOLOMÉ, T. y PRIETO RODRÍGUEZ, C., “Trabajo, familia, tiempo libre y relaciones de género. Perspectiva institucional”, en PRIETO, C., e ALER, I. (coords)., *Trabajo, cuidados, tiempo libre y relaciones de género en la sociedad española*, Ed. Cinca, Madrid, 2015, pp. 29-52.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., “El Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso en el trabajo”, *Revista de Derecho Social* n° 88 (2019), pp. 55-74
- MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, n° 4 (2022), pp. 11-42.
- MORA CABELLO DE ALBA, L., “Le travail avec du sens: le passage de l’emploi au travail qui soutient la vie », *Lex Social* vol. 6 num. 1 (2016), pp. 271-283.
- PASTOR MARTÍNEZ, A., “Las medidas laborales del Real Decreto-ley 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: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IUSLabor 1* (2019), pp. 187-209
- PÉREZ DEL RÍO, T., *El principio de igualdad: No discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1984.

- PÉREZ DEL RÍO, T., “Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derechos de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D’Antona*, Marcial Pons Ed., Madrid, 2001
- PÉREZ DEL RÍO, T., “La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso por razón de género”, *Temas Laborales* n° 91 (2007), pp. 175-203
- PÉREZ DEL RÍO, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- SÁEZ LARA, C., “Violencia sexual, mujer y trabajo”, *Revista Galega de Dereito Social* n° 16 (2022), pp. 9-44.
- ZAGREBELSKY, G., *Derechos a la fuerza*, Trotta, Madrid, 2023.

I. Estudios

Las mujeres en la nueva Ley de Empleo. Ley 3/2023, de 28 de febrero

Women in the new Employment Act. 3/2023 Employment Act of 28th February

MARÍA BELÉN CARDONA RUBERT*

<https://doi.org/10.55617/revmites.36>

Resumen:

Las condiciones más gravosas a las que se enfrentan las mujeres en las relaciones laborales sigue siendo un problema de primer orden, al que desde hace décadas se viene prestando atención, propugnando la introducción de medidas correctoras desde la configuración de políticas de empleo tendentes a conseguir un mercado laboral equitativo, capaz de proporcionar una ocupación digna sin que el sexo propicie tratamientos ni consecuencias discriminatorias

Las mujeres han sido y siguen siendo destinatarias prioritarias de las políticas activas de empleo. Las políticas públicas dirigidas a remover las desigualdades que las mujeres sufren por el hecho de ser mujeres en el mundo laboral han ocupado un lugar central en la agenda pública. La nueva Ley de Empleo, 3/2023, de 28 de febrero se acerca al empleo femenino a través de un enfoque dual integrado por medidas específicamente dirigidas a la consecución de la igualdad de género y un reforzamiento de la inclusión transversal de la perspectiva de género en el diseño de las políticas de empleo, en todas sus fases. Al tiempo que este enfoque dual se completa con la lucha sin tregua contra los estereotipos y las brechas de género en el empleo y la utilización de la interseccionalidad también de manera transversal, concebida como el concepto o instrumento jurídico que permite identificar la presencia de discriminaciones complejas, resultado de la combinación de género con otras características personales.

A lo largo de este artículo se revisa como el empleo femenino es tratado por la nueva Ley de Empleo, desde la óptica de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el empleo.

Palabras clave: Empleo, igualdad de género, políticas activas de empleo, empleabilidad de las mujeres, vulnerabilidad, discriminación por razón de sexo, brechas de género, interseccionalidad, colectivos prioritarios, discriminación múltiple, estereotipos de género, discriminación estadística, maternal wall, tareas de cuidado, igualdad entre hombres y mujeres, medidas de acción positiva.

Abstract:

The most burdensome conditions faced by women in labour relations continue to be a major problem, which has been the focus of attention for decades, advocating the introduction of corrective measures from the configuration of employment policies aimed

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

at achieving an equitable labour market, capable of providing decent employment without discriminatory treatment or consequences based on gender.

Women have been and continue to be priority targets of active employment policies. Public policies aimed at removing the inequalities that women suffer as a result of being women in the world of work have occupied a central place on the public agenda. The new Employment Law, 3/2023, of 28 February, approaches women's employment through a dual approach comprising measures specifically aimed at achieving gender equality and a reinforcement of the transversal inclusion of the gender perspective in the design of employment policies, in all their phases. At the same time, this dual approach is complemented by the relentless fight against stereotypes and gender gaps in employment and the use of intersectionality also in a cross-cutting manner, conceived as the legal concept or instrument that makes it possible to identify the presence of complex discriminations resulting from the combination of gender with other personal characteristics.

Throughout this article, we review how women's employment is treated by the new Employment Act, from the perspective of effective equality between men and women in employment.

Keywords: Employment, gender equality, active employment policies, women's employability, vulnerability, gender discrimination, gender gaps, intersectionality, priority groups, multiple discrimination, gender stereotypes, statistical discrimination, maternal wall, care work, gender equality, positive action measures.

INTRODUCCIÓN

Es una tendencia consolidada de las relaciones industriales la desigualdad entre los sexos y ello con independencia de la evolución de los escenarios en los que se plantee. Desde el sistema fordista de producción, pasando por el sistema productivo toyotista hasta alcanzar el modelo de economía digital, es clásica la concepción del sistema productivo con una finalidad exclusiva de generación de riqueza, apareciendo como opuesta a ella, la igualdad de género, sin comprender que, por el contrario, los modelos que la abrazan, son modelos en los que se fomenta la producción de riqueza.

Esta tendencia es, probablemente, heredera de la concepción patriarcal, más clásica del Derecho del Trabajo industrial que sitúa en el centro al trabajador varón, al trabajador ideal, con contrato indefinido, a tiempo completo y cabeza de familia¹ pero paradójicamente libre

de hacerse cargo de las obligaciones familiares, dejando en la periferia de este modelo a las mujeres trabajadoras, quienes tradicionalmente se han ocupado de la esfera doméstica y del cuidado. La desigualdad de género sería así una característica inherente a las organizaciones laborales².

La introducción de instituciones jurídicas como la discriminación indirecta o la acción positiva, han marcado hitos en el camino de la consecución de la igualdad entre sexos en las relaciones laborales pero no han sido definitivas puesto que, por desgracia, permanecen inmutables los prejuicios de género sobre las mujeres, que si a caso, pueden ofrecer manifestaciones diversas, adaptadas a la transformación de la economía pero que en sustancia siguen comportando para las mujeres una peor situación en el mercado laboral con respecto a los hombres. En ocasiones, los indicios de ese trato más gravoso para las mujeres son sutiles, en otras resultan mucho más eviden-

¹ AA.VV. (Coord. LOUSADA AROCHENA, J.F.) Igualdad y diversidad en las relaciones laborales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 32.

² ACKER, J., Hierarchies, jobs, bodies: a theory of gendered organizations. *Gender&Society*, 4, 1990, pp. 139 y ss.

tes pero, fuera como fuese, es posible identificar en el mercado laboral la proyección de dicho trato peyorativo en la situación laboral de las mujeres.

Las condiciones más gravosas a las que se enfrentan las mujeres en las relaciones laborales sigue siendo un problema de primer orden, al que desde hace décadas las instituciones internacionales, supranacionales y propias vienen prestando atención, propugnando la introducción de medidas correctoras desde la configuración de políticas de empleo tendentes a conseguir un mercado laboral equitativo, capaz de proporcionar para todas las personas disponibles y que buscan trabajo una ocupación digna sin que el sexo propicie tratamientos ni consecuencias discriminatorias³.

En este ámbito se sitúa la nueva Ley de Empleo, 3/2023, de 28 de febrero⁴ que deroga el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, a cuyo análisis se dedicarán las siguientes páginas, poniendo el foco en cómo la nueva norma contempla el empleo de las mujeres.

1. LAS MUJERES DESTINATARIAS PRIORITARIAS DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO. EL BINOMIO SEXO/GÉNERO

Las mujeres han sido y siguen siendo destinatarias prioritarias de las políticas activas de empleo. Las políticas públicas dirigidas a remover las desigualdades que las mujeres sufren por el hecho de ser mujeres en el mundo laboral han ocupado un lugar central en la agenda pública.

Las políticas activas de empleo se identificarían idealmente con el conjunto de medidas y acciones, adoptadas por los poderes públi-

cos, destinadas a favorecer la adaptación de la mano de obra (formación profesional); fomentar la creación de empleo; mantener los empleos existentes y conseguir el ajuste simultáneo entre la oferta y la demanda de empleo, a través de una mejor circulación de la información y de unos servicios de empleo más eficaces. Y en la configuración de las mismas siguen siendo útiles las clásicas categorías de empleabilidad y vulnerabilidad.

Mientras la empleabilidad se refiere a la capacidad de las personas para obtener un empleo o la esperanza objetiva y probable que en la búsqueda de empleo puede tener una persona para hallarlo; el de vulnerabilidad se refiere a las probabilidades de entrar en situación de desempleo, en un determinado contexto. El mayor grado de empleabilidad o vulnerabilidad viene determinado por la concurrencia de características de índole, básicamente, personal, social y profesional, aunque no sólo⁵.

Las características de las personas permiten identificarlas como pertenecientes a grupos o colectivos especiales. Se trata de características que sitúan a la persona en una posición de desventaja para competir en y para el empleo y sobre las que se acaban proyectando presuposiciones o prejuicios a los que, habitualmente, se les asocia por su pertenencia a dicho colectivo y que ponen en cuestión sus capacidades o aptitudes profesionales. Colectivos que se califican como vulnerables para el empleo: jóvenes, personas de edad avanzada, personas con discapacidad, transexuales, etc.

En términos de empleo, en el caso de las mujeres la característica que las aglutina es el sexo y/o el género. Se trata de una característica que actúa como un eje en torno al cual se diseñan las políticas activas que las tienen como destinatarias, a efectos de empleo y ello

³ Art. 1.2 del Convenio de OIT n. 122, sobre la política de empleo, 1964.

⁴ BOE de 1 de marzo de 2023.

⁵ *Vid. in extenso*, CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M.B., TERRADILLOS ORMAETXEA, E., Políticas de empleo, en AA.VV. (Coord. CARDONA RUBERT, CABEZA PEREIRO) Políticas Sociolaborales. Ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 261-263.

a pesar de constituir el 50% de la población mundial. Las mujeres que desde la perspectiva sociolaboral deben recibir un tratamiento particularizado ya que sin duda son objeto todavía de innumerables acciones que entrañan discriminaciones directas e indirectas, concluyéndose que es un sujeto especialmente vulnerable ante la discriminación múltiple.

Cuando hablamos de sexo lo hacemos refiriéndonos a las diferencias biológicas que son universales y permanecen en el tiempo –se identifican en todas las épocas–. Aparece el sexo como una circunstancia inmutable o “cuasi inmutable”⁶, si se piensa en la persona transexual, y con independencia de que el sexo sea originario o resultado de una reasignación, la consecuencia es que una condición de la persona vinculada a su sexo es utilizada para discriminarla. La discriminación en función del sexo es estructural y requiere de cambios estructurales y culturales en todos los órdenes de la vida⁷.

Cuando hablamos del género lo hacemos refiriéndonos a toda la carga de prejuicios asociadas a las mujeres y causantes de las desigualdades de las que son víctimas, en función de su sexo biológico. Se trata de construcciones sociales que aluden a las diferencias hombres/mujeres, referidas a sus aptitudes, actitudes y roles asignados y que permitirían diferenciar las conductas típicamente asociadas al ideario de lo femenino frente a otras asociadas a lo masculino. Son realmente estos prejuicios de género, constructos sociales que obedecen a patrones culturales, los que subyacen en los tratamientos discriminatorios y los que permiten definir una situación de subordinación de las mujeres a los hombres, a causa de aquellos⁸.

Son los roles socioculturales los que discriminan a las mujeres, prejuicios de género fuertemente arraigados, son el suelo pegajoso que las atrapa en la realización de tareas familiares y de cuidado “en una sociedad que sigue manteniendo una comprensión no adecuada de la maternidad como función social (...) una sociedad que continúa desconociendo la plena responsabilidad de los hombres en esas funciones”⁹. El resultado es que a la discriminación por sexo femenino se le suma la discriminación por razón de género, que consagra a la mujer en una posición estereotipada en una sociedad profundamente desigual.

Desde el ordenamiento jurídico, internacional y nacional, se ha promovido la articulación de políticas sociolaborales para favorecer una igualdad formal y cada vez más real y efectiva entre hombres y mujeres pero a pesar de la profusión de normas proclamando la igualdad y proscribiendo la discriminación, en materia de empleo, no han producido, ni de lejos, el resultado deseable¹⁰.

En el ámbito nacional el mandato del art. 9.2 CE, combinado con el art. 35.1 CE– que se refiere explícitamente a las mujeres– y el 40 CE, exige de los poderes públicos, más allá de llevar a cabo políticas encaminadas a proporcionar una tutela general del derecho al empleo, actuaciones particulares que atiendan a las características de las mujeres y que procuren la consecución de la igualdad sustancial en relación con el derecho al trabajo.

Dentro de los márgenes constitucionales en los que el legislador ordinario, a la vista de las circunstancias y contexto productivo, eco-

que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres. <https://rm.coe.int/1680462543>

⁹ CASAS BAAMONDE, M.E., Igualdad y no discriminación de las mujeres por sexo y género: el lenguaje de los derechos, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 22, 2018, p. 48.

¹⁰ BENGOETXEA ALKORTA, A., La inclusión socio-laboral de los grupos vulnerables. colectivos y formas de inclusión a través del trabajo, Revista Jurídica de Economía Social, n. 36, 2020, p. 39.

⁶ Igualdad y diversidad en...*op. cit.*, p. 37.

⁷ Il Cumbre Europea de Mujeres en el Poder, “Declaración de Cádiz”, Hacia Sociedades Eficientes y Sostenibles, 2010.

⁸ El art.3. c), del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica entiende por «género» los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos

nómico y sociológico del momento, dispone de libertad para decidir qué concretos grupos van a ser los beneficiarios de las políticas públicas promocionales para su acceso al empleo y facilitar su inserción sociolaboral, la inclusión en las políticas activas de las mujeres ha sido una constante. Los márgenes de maniobra del legislador en este sentido son amplios, se exige eso sí una opción neutral, justificada y apoyada en el soporte de los datos estadísticos que desvelen las necesidades de la sociedad, a las que las políticas sociolaborales están destinadas a servir y que hoy por hoy siguen compeliendo a los poderes públicos a emprender iniciativas para abolir las brechas de género en y para el empleo.

2. ¿SIGUEN SIENDO NECESARIAS MEDIDAS EQUILIBRADORAS ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL MERCADO LABORAL?

Es difícil localizar una explicación unívoca de las razones que llevan a los empresarios a discriminar a las mujeres para el empleo, mostrando persistencia en una actitud resiliente, incluso a las actuales tendencias sociales que conducirían a la convergencia de género.

En el proceso decisorio de aquellos, los contextos institucionales, las políticas de empleo y el comportamiento del mercado laboral, son, sin duda, relevantes pero junto a ellos concurren otro tipo de argumentos o razones.

Así, son varias las perspectivas que pueden influir en la toma de decisiones empresariales que supongan discriminación de las mujeres. Como mínimo, es imprescindible señalar la perspectiva cultural, centrada en las normas sociales y en estereotipos de género pero, también, la económico-racional, relacionada con la discriminación estadística.

La perspectiva cultural, explica las decisiones discriminatorias empresariales basadas en estereotipos de género y expectativas laborales diferenciadas por género, que perjudican

a las mujeres en el empleo. Se proyectan, en definitiva, las creencias de los empleadores sobre las mujeres y la asignación a las mismas de roles socialmente aceptados, con independencia de que sean materialmente asumidos o no por sus protagonistas, y que se conviertan, unas y otra, en un escollo difícilmente superable, sobre el que ni siquiera las políticas explícitamente orientadas a reforzar la equidad y neutralizar actitudes discriminatorias de género gozan de la fuerza necesaria para asegurar su eficacia y que, incluso, pueden contribuir al efecto indeseado de reforzar los efectos adversos del sesgo inconsciente.

En definitiva, todavía hoy es posible afirmar que en las organizaciones modernas las mujeres se rigen por normas distintas a las de los hombres¹¹ y ello en base a unos estereotipos comúnmente aceptados que se convierten en creencias sobre la oportunidad y el coste de seleccionar a trabajadoras mujeres con respecto a los trabajadores varones.

Los estereotipos de género de los empleadores podrían, también, dirigir el proceso de emparejamiento de puestos de trabajo y solicitantes de empleo, en correspondencia con la teoría de la categorización por sexos dentro de las organizaciones laborales¹². Se atribuye, por ejemplo, por lo general a las mujeres un atributo de mayor calidez en el desempeño de las prestaciones en relación a sus correlativos varones, de los que se predica un desempeño al que se atribuye un carácter mayormente técnico y que tendería a confinar a los sexos en distintas ocupaciones en los que predominaría uno de los dos. El ejemplo paradigmático lo constituye el sector del cuidado y las ocupaciones relacionadas con él, mayoritariamente desempeñadas por mujeres; en el otro vector

¹¹ BIRKELUND G.E., LANCEE, B., LARSEN, E.N., POLAVIEJA, J., RADL, J., YEMANE, R., Gender Discrimination in Hiring: Evidence from a Cross-National Harmonized Field Experiment, en *European Sociological Review*, 2022, Vol. 38, n. 3, p. 341.

¹² RIDGEWAY, C. L. Interaction and the conservation of gender inequality: considering employment. *American Sociological Review*, 62, 1997, p. 218.

se situarían las ocupaciones relacionadas con los desarrollos digitales y de inteligencia artificial, mayoritariamente desarrolladas por varones. Cuando las mujeres acceden a una ocupación dominada por hombres y los hombres lo hacen con respecto a una ocupación dominada por mujeres están sujetos a riesgos de salida desproporcionadamente mayores, puesto que se ven sometidos a una fuerza centrífuga con capacidad de precipitar su expulsión.

Por otro lado, la teoría de la discriminación estadística se basa en el supuesto de que los empresarios realizan cálculos de coste-beneficio¹³, por lo que desde la perspectiva económico-racional los empleadores evalúan la productividad potencial de los solicitantes de empleo por sus características observables y les atribuyen características del grupo al que pertenecen, en nuestro caso, del de las mujeres.

La productividad es el criterio predominante y la percepción empresarial es la de que la contratación femenina es en sí misma costosa, por lo que cabe esperar que los empleadores busquen trabajadores estables¹⁴, dado que existe mayor probabilidad de que las mujeres se ausenten debido a la asunción de responsabilidades vinculadas al cuidado de familiares, los empleadores valorarían más la productividad de los hombres y discriminarían a las mujeres, en igualdad de condiciones. Y es aquí donde ambas perspectivas, la cultural y la económico-racional confluyen y conducen a una discriminación de las candidatas, sustentada principalmente en las creencias de los empresarios sobre el mayor nivel de absentismo de las mujeres asociado al cuidado de los hijos y/o personas a su cargo.

Las brechas de género existen desde el principio de las carreras profesionales, ante las expectativas que la sociedad establece

sobre las trayectorias vitales de las personas, hombres y mujeres. Pero se incrementa cuando esas expectativas se cumplen y se les supone a las mujeres ubicadas en la carrera maternal del cuidado, o en la de cuidado de ascendientes u otras personas dependientes. Una ubicación que casi siempre tiene mucho de prejuicio y de socialización y que pone en evidencia la contundencia del denominado “maternal wall” con el que chocan las trabajadoras madres, las madres en busca de empleo e, incluso, las mujeres no madres, en atención a las responsabilidades familiares asumidas, en el caso de las primeras o futuras, en el caso de las últimas. El concepto no se dibuja sólo alrededor del cuidado de hijos sino de manera más amplia se extiende al cuidado de familiares. Se trata de una grave discriminación que asocia el desempeño de las tareas de cuidado de familiares con las mujeres y en negativo con la falta de competencia y compromiso para el trabajo.

La todavía desigual distribución de las tareas de cuidado sigue siendo, sin duda, el talón de Aquiles de las políticas de igualdad en el empleo. Se trata de prejuicios injustos que condicionan el acceso, la permanencia y las carreras profesionales de las mujeres¹⁵. Se genera así un escenario del que los actores públicos y privados suelen inhibirse y en contadas ocasiones implicarse. Escasa implicación que complica enormemente un cambio en los hábitos sociales de las personas en la corresponsabilidad del cuidado.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que las políticas de igualdad y las medidas para combatir las discriminaciones muestran su fragilidad cuando la economía sufre el azote de la crisis. En este sentido, es frecuente identificar una tendencia hacia el debilitamiento de la promoción de la igualdad material y la lucha contra las discriminaciones por causa

¹³ Vid. In extenso ARROW, K., Models of job discrimination. In Pascal A. H. (Eds.), Racial Discrimination in Economic Life. New York: Lexington Books, 1972, pp. 83-102.

¹⁴ BIRKELUND G.E., LANCEE, B., LARSEN, E.N., POLAVIEJA, J., RADL, J., YEMANE, R., Gender Discrimination in Hiring... *op. cit.*, p. 341.

¹⁵ BALLESTER PASTOR, M.A., CORDERO GORDILLO, V., TOMÁS JIMENEZ, N., Políticas de Empleo (III): Políticas destinadas a colectivos especiales, en AA.VV. (Coord. CARDONA RUBERT, CABEZA PEREIRO), *op. cit.*, p. 356.

del sexo bajo el pretexto de las grandes dificultades económicas¹⁶. Un caso paradigmático es el de la crisis de la COVID-19 que ha generado en el ámbito de las relaciones laborales un gigantesco laboratorio social que ha afectado por entero a la población mundial, sometiendo por igual a trabajadores varones y trabajadoras mujeres a períodos de confinamiento, y, sin embargo, es posible identificar como dicha circunstancia ha contribuido a ampliar la desigualdad en las condiciones de trabajo¹⁷, entre unos y otras, por el distinto impacto que han recibido.

Lejos de aproximarse, las diferencias entre trabajadores y trabajadoras, se petrifican, sobre todo cuando se contempla cómo son ellas las que ocupan en la gran mayoría de los casos los grupos profesionales, las categorías y los puestos de trabajo menos reconocidos y con peores salarios. Se trata de la conjunción de la segregación ocupacional unida al peor reconocimiento social del trabajo femenino. El empleo femenino se caracteriza así por la segregación de carácter horizontal pero también por la segregación vertical, que se traduce en una desproporción a la baja en el número de mujeres que ocupan puestos de liderazgo, puesto que las mujeres trabajadoras tienen mayores dificultades para promocionarse y acceder a puestos directivos.

Sistemáticamente, los trabajos que las convenciones sociales atribuyen a los hombres gozan de mayor consideración social y, en con-

secuencia, de más altas retribuciones. En gran parte, tal situación viene producida por la muy tardía e imperfecta incorporación del sexo femenino al mercado de trabajo. Que, en el caso español, haya sido posterior a otros países de Europa y con unas tasas de empleo femenino todavía muy por debajo de la media europea ha perpetuado un modelo social en el que las rentas salariales de la mujer han sido las de la segunda aportación familiar. Es decir, rentas suplementarias, excepto en casos en los que ella se ha erigido en único sostén familiar. Los cambios en las estructuras familiares no han servido de revulsivo suficiente como para que la situación cambie de modo apreciable.

Otro fenómeno al que sin duda cabe vincular la brecha de género es la proliferación del trabajo atípico. Aunque en las estadísticas oficiales pueda servir para identificar, a conveniencia de quien las exhiba, tal vez, un leve crecimiento del empleo femenino, en realidad sitúa a las trabajadoras en una situación de gran precariedad e inseguridad económica. Ellas son desproporcionadamente más en el tiempo parcial, pero también lo son más en el empleo de duración determinada. En ambos casos, muy a pesar de que el principio de igualdad sería exigible a la vista de la normativa de la UE y de la propia legislación interna, es evidente que se produce un fuerte impacto adverso, que refuerza la injusticia de los actuales modelos de relaciones laborales.

3. LAS POLÍTICAS ACTIVAS A FAVOR DE LAS MUJERES EN EL CONTEXTO GLOBAL

Es imposible acercarse a la nueva regulación del empleo en el ámbito nacional sin hacer referencia al marco internacional desde el que se ha promovido la adopción de políticas públicas centradas en la igualdad en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres.

La multiplicidad de normas multinivel, a nivel internacional y supranacional, que se refieren directa o indirectamente a este tópi-

¹⁶ Así lo señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ en relación a como la crisis económica repercutió negativamente en el empleo femenino y como la reforma laboral del 2012 supuso una regresión patente en materia de igualdad de género. En RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., Efectos de la crisis económica sobre el trabajo de las mujeres, RL, n. 1, 2014, p. 78. En igual sentido, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., (2015). Mujeres, reformas laborales y mercado de trabajo en (la) crisis: ¿Recuperación o precarización? Estudios Financieros. Revista De Trabajo Y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos, n. 386, 2015, p. 6. También

¹⁷ BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., PÉREZ DEL PRADO, D., Políticas activas de empleo desde la perspectiva de género. Una mirada particular a los efectos de la Covid-19, en Femis, Vol. 7, n. 1, 2022, p. 5.

co es una de las fortalezas en la lucha contra la discriminación, normas transnacionales, derecho originario, derecho derivado de la Unión, amén de numerosos instrumentos de soft law. Y que en el caso del Estado Español interaccionan con nuestro propio marco constitucional, leyes estatales, normas de las Comunidades Autónomas, negociación colectiva y programas de actuación.

En definitiva, nos encontramos ante una diversidad de instrumentos de diferente eficacia normativa, caracterizados por situarse en “un mapa multinivel, en cascada y que producen un efecto *spill over* para erradicar la *systemic discrimination*”¹⁸.

Este marco no solo influye sino que condiciona la incorporación de criterios en las agendas públicas que van a regir las políticas de empleo en el ámbito nacional.

Desde que en el año 1979, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobara la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el ámbito internacional, muchas cosas han cambiado pero la realidad de la desigualdad entre hombres y mujeres y sus repercusiones sobre su vida laboral permanecen. Posteriormente, la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing¹⁹ siguieron marcando la agenda internacional, hasta impulsar la implantación, también en el año 2015, de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible²⁰, que entorno a 17 Objetivos (ODS) establecen el marco de actuación y compromiso político para los próximos años, tendentes a conseguir el desarrollo global de los 193 miembros.

De entre todos ellos, el ODS 5 está dedicado expresamente a la consecución de la igual-

dad entre géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, además las metas sobre igualdad de género se encuentran presentes en 11 de los 17 objetivos que impulsan a las naciones a diseñar e implementar estrategias enmarcadas en la igualdad de género. Por otra parte los ODS 8 (trabajo decente y crecimiento económico) y 10 (reducción de las desigualdades) incluyen como metas, entre otras, lograr de aquí a 2030, el pleno empleo productivo; el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos las personas jóvenes y las personas con discapacidad; la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor (Meta 8.2); la igualdad de oportunidades y la reducción de la desigualdad de resultados, incluso si ello comporta la eliminación de leyes, políticas y prácticas discriminatorias y la promoción de otras legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto (Meta 10.3).

La Agenda 2030, por tanto, se propone acabar con la discriminación por razón de género y demás formas de discriminación, como presupuesto para acabar con las desigualdades sistémicas, propiciadas por el reparto patriarcal de roles, de responsabilidades atribuidas al género femenino y construcción social de estereotipos de género.

Siempre en el ámbito de Naciones Unidas es pertinente mencionar la Estrategia de igualdad de género para 2022-2025 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)²¹. Esta estrategia se redacta a penas superada la crisis de la COVID-19, lo que permite tener muy presente los efectos negativos exponencialmente mayores para las mujeres, como consecuencia del desigual reparto de poder y la discriminación de género profundamente arraigada. Sin embargo, se observa el momento actual como una ocasión histórica para establecer nuevos contratos sociales, dejando atrás las economías vinculadas en exclusiva al producto interior bruto (PIB) en favor de economías que se ajusten a objeti-

¹⁸ LÓPEZ LÓPEZ, J., Systemic discrimination y políticas de igualdad efectiva en género, en Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Número Extraordinario, 2019, p. 41.

¹⁹ <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/01/beijing-declaration>

²⁰ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

²¹ <https://www.undp.org/es/publicaciones/estrategia-de-igualdad-de-genero-del-pnud-2022-2025>

vos sociales y ambientales y desde el reconocimiento de que la igualdad de género es inherente a las transformaciones estructurales a largo plazo que sustentan la estabilidad, la resiliencia y el bienestar.

El PNUD se propone trabajar con los países para eliminar la discriminación por razón de género y la segregación ocupacional en los mercados laborales, reducir el trabajo informal y precario, y aumentar las tasas de empleo de las mujeres²².

Por su parte, la OIT siempre ha promovido la adopción de políticas públicas centradas en la igualdad en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres, y muy especialmente en la igualdad salarial. Así cabe señalar el Convenio n° 100 sobre igualdad de remuneración; el Convenio n° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares; el Convenio n° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), que en su art. 1.1, al delimitar qué comprende el término discriminación a efectos de esta norma, incluye el elemento del sexo; y en términos análogos se redacta el art. 1.2.(c) del Convenio n° 122 sobre la política del empleo. Más recientemente, en el año 2019 y en el contexto del primer centenario de la OIT se celebra la 108.^a Conferencia Internacional de Trabajo que analizó el conjunto de recomendaciones de la “Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo. Trabajar para un futuro más prometedor”, que subraya el imperativo social y económico de la igualdad de género, haciendo hincapié en la lentitud “frustrante” del ritmo al que se acometen los cambios reales y ello a pesar de las medidas jurídicas e institucionales adoptadas para prohibir la discriminación y promover la igualdad de trato y de oportunidades, como consecuencia de los obstáculos estructurales, en el “que las mujeres siguen teniendo que adaptarse a un mundo de trabajo conformado por hombres”. A partir de la 108.^a Conferencia, la OIT actualiza sus orientaciones sobre las políticas activas de empleo

y conmina al desarrollo de una agenda transformadora respecto de la igualdad de género²³.

Por otro lado, al trasladar nuestra atención al ámbito de la Unión Europea, encontramos, numerosos documentos legislativos cuya finalidad es la de garantizar que hombres y mujeres obtengan un trato justo e igualitario en el trabajo y en los que se identifica el sexo como factor de discriminación, de manera coherente con la preocupación que ha acompañado a la Comunidad Europea desde su nacimiento de garantizar los derechos de igualdad entre hombres y mujeres. Dichas referencias las encontramos tanto en el derecho originario como en el derivado, así ocurre, entre otras normas, con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 19) o con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 21); pero, también, en el derecho derivado, resulta imprescindible citar la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); referido al trabajo autónomo, la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo y, entre otras, también La Directiva 2019/1158/UE relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

²³ Con anterioridad pero también alrededor del Centenario de la OIT, se presenta la “Iniciativa del centenario de la OIT relativa a las mujeres en el trabajo: impulso en favor de la igualdad”. Es una de las denominadas Siete iniciativas del Centenario, que se ocupa específicamente del trabajo de las mujeres. Con ella se propone analizar las razones de la lentitud para hacer realidad el trabajo decente para las mujeres y dar respuestas a la pregunta de qué es necesario hacer para garantizar un futuro mejor para las mujeres en el trabajo. Sobre la misma, *vid.* RAMOS QUINTANA, M., Las mujeres y el futuro del trabajo en el centenario de la OIT, en Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Número extraordinario, 2019, pp. 125-129.

²² Solución emblemática 6 de conformidad con las soluciones emblemáticas 1 y 3.

Esta última introduce normas mínimas para los permisos familiares y las fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores, y promueve el reparto equitativo de las responsabilidades de cuidado entre ambos progenitores.

Para las instituciones europeas el género es un valor central y, en consecuencia, no se han escatimado esfuerzos en la labor de la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y no solo a través del *hard law*, sino también a través de instrumentos de *soft law*, como ya señalábamos, integrando la perspectiva de género en todas sus políticas y programas de actuación. De esta lógica participan también las políticas de empleo y los distintos documentos en los que se articulan las actuaciones relativas.

Siendo el empleo una competencia exclusiva de los Estados miembros, la UE en el papel de coordinación de aquellos, lo ha constituido en eje de su política social. Para ello, ya en el año 1997 durante la Cumbre de Luxemburgo los jefes de Estado de la UE adoptan la Estrategia Europea de Empleo (EEE), vinculada a la Estrategia Europea 2020²⁴, estableciendo un grupo de objetivos y directrices comunes de política de empleo, compatibles con un crecimiento inteligente, sostenible e integrado orientado a reforzar el empleo en un mercado de trabajo competitivo para el siglo XXI. Íntimamente relacionado con la EEE se encuentran los principios y derechos incluidos en el Pilar Europeo de Derechos Sociales²⁵, que supone un punto de inflexión para el conjunto de las políticas sociales europeas.

El Pilar Europeo de Derechos Sociales establece 20 principios y derechos clave para apoyar un mejor funcionamiento estructural de los mercados de trabajo sobre la base de tres elementos que se incorporan decididamente al marco estratégico y político de la

Unión Europea: la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo; mercados de trabajo dinámicos y condiciones de trabajo justas apoyo público/protección e inclusión social. La responsabilidad de materialización de estos ambiciosos propósitos, antes del 2030, se hace recaer de manera compartida sobre las instituciones de la UE, las autoridades nacionales, regionales y locales, los interlocutores sociales y la sociedad civil²⁶.

El aterrizaje de estos principios se realiza a través del Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales²⁷ que los convierte en acciones concretas. La concreción de la primera de las tres categorías implica promover acciones que garanticen y fomenten la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, también en relación con la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la progresión de la carrera, así como la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor. La Acción que la Comisión propone para desarrollar este principio del Pilar es, a parte de medidas referidas a la transparencia salarial entre mujeres y hombres, la puesta en marcha de la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 (Una Unión de la Igualdad)²⁸.

Es remarcable como las instituciones europeas plantean, de manera singular en este documento, su estrategia para los años 2020-2025 desde la reivindicación del liderazgo de la Unión Europea en materia de igualdad de género, de hecho se autoproclama “líder mundial en igualdad de género” y lo hace desde la visión retrospectiva de lo alcanzado en las últimas décadas, a partir de la construcción de una sólida legislación y jurisprudencia en materia de igualdad de trato, de los esfuerzos

²⁴ Comunicación [COM(2010) 2020 final] denominada Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

²⁵ 26.4.2017, CoM(2017) 250 fina, de 4 de abril de 2017l.

²⁶ RAMOS QUINTANA, M.I., El pilar europeo de derechos sociales, en AA.VV. (dir. CABEZA PEREIRO, J.) La gestión del cambio-laboral en la empresa, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 395-414. APARICIO TOVAR, J., Un pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica, en Revista de Derecho Social, n. 79, 2017, pp. 231-253.

²⁷ COM(2021) 102 final, de 4 de marzo de 2021.

²⁸ COM(2020) 152 final, de 5 de marzo de 2020.

para integrar la perspectiva de género en diferentes ámbitos de actuación, así como a la normativa para hacer frente a desigualdades específicas.

Es indudable que se han realizado progresos significativos en igualdad de género pero no lo es menos que ningún Estado miembro ha alcanzado la plena igualdad de género, que los progresos son lentos, particularmente en el ámbito del empleo, en el que la persistencia de la desigualdad de género es más tozuda que en otros ámbitos. Y este es el punto de partida en el que se sitúa la estrategia, objetivos y acciones claves para el período de referencia, sin dejar de resaltar el potencial de la igualdad de género para propiciar la creación de puestos de trabajo y una mayor productividad²⁹ y su centralidad en la transición verde y digital y ante los retos demográficos.

La estrategia opta, acertadamente, por un enfoque dual integrado por medidas específicamente dirigidas a la consecución de la igualdad de género y un reforzamiento de la inclusión transversal de la perspectiva de género en el diseño de las políticas de la UE en todos sus ámbitos de actuación y en todas sus fases. Al tiempo que este enfoque dual se completa con la lucha sin tregua contra los estereotipos y la utilización de la interseccionalidad³⁰ también de manera transversal, concebida como el concepto o instrumento jurídico que permite identificar la presencia de discriminaciones complejas, resultado de la combinación de género con otras entidades o características personales como raza u origen étnico, religión o

convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual u otras³¹. Y literalmente, como veremos, este enfoque dirigido a las políticas activas de empleo es el que se incorpora en la Ley 3/2023, de 28 de febrero.

4. LA LEY 3/2023 DE EMPLEO COMO VÉRTICE DEL TRIÁNGULO VIRTUOSO DEL IMPULSO LEGAL A LA IGUALDAD EN EL EMPLEO

La Ley 3/2023, de 28 de febrero es la norma que sucede al Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo que suponía la integración en un único texto de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y de las disposiciones que durante los años posteriores a su promulgación habían ido modificando la norma. Una norma que pronto mostró sus deficiencias, siendo objeto de diversas modificaciones en aspectos relevantes³². La norma había quedado desfasada, daba claras muestras de ineficiencia y la realidad exigía una regulación adecuada a las complejas necesidades de las políticas de empleo y del contexto económico, social e, incluso, sanitario, pues no hay que olvidar que el Gobierno Español tuvo que hacer frente al desafío global de la pandemia y al escenario post COVID-19, que sacudió como nunca los pilares de nuestro sistema social y de empleo y del modelo de relaciones laborales. Se trataba en definitiva de una norma que había envejecido mal.

Y he aquí que el año 2023 se promulga la Ley 3/2023, de 28, enmarcada por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el Componente 23 «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico,

²⁹ Para 2050, la mejora de la igualdad entre hombres y mujeres daría lugar a un aumento del PIB per cápita de la UE del 6,1 al 9,6 %, lo que supondrá pasar de 1,95 a 3,15 billones EUR: <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/policy-areas/economic-and-financial-affairs/economic-benefits-gender-equality>.

³⁰ Para el European Institute for Gender Equality la interseccionalidad sería una «herramienta analítica para estudiar, entender y responder a las maneras en que el sexo y el género se cruzan con otras características/identidades y cómo estas intersecciones contribuyen a experiencias complejas y únicas de discriminación» (véase: <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1263?lang=es>).

³¹ Art. 10 del TFUE.

³² Como por ejemplo, entre otras cuestiones, lo referido al sistema de intermediación, mediante la nueva redacción dada al original art. 6.1 Ley 56/2003, por el RD 3/2011, por el que se amplían las competencias del Servicio Nacional de Empleo, atribuyéndole la competencia específica de favorecer la colaboración pública-privada en la intermediación laboral.

resiliente e inclusivo», encuadrado en el área de política VIII “Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo” y, también y de manera muy importante, por la necesidad de hacer frente a los retos emanados de la globalización, de la deslocalización, del impacto de la digitalización, del cambio climático, participando de un modo más amplio y global del nuevo contexto europeo e internacional.

Sin ánimo de exhaustividad, la norma acomete reformas en cuestiones tan importantes como la potenciación de los instrumentos de actuación y coordinación del Sistema Nacional de Empleo, la gobernanza del sistema, el reforzamiento de la dimensión local de la política de empleo o ampliamente la modernización de las políticas activas de empleo, y en lo que se refiere a la igualdad de oportunidades entre las personas trabajadoras la nueva Ley de Empleo destaca por su empeño en la erradicación de los sesgos y estereotipos vinculados a las características personales.

Estamos ante una norma moderna con vocación de pervivencia en el tiempo, es decir, el legislador no se ha conformado con llevar a cabo una reforma coyuntural si no, estructural incidiendo en aspectos nucleares para el empleo y adelantándose a los escenarios que vendrán.

Es precisamente en el ámbito de la consecución de la igualdad real y la no discriminación en y para el empleo que la Ley 3/2023, tiene que ser situada necesariamente junto a otras iniciativas legislativas que han visto la luz en el período coincidente con mediados del año 2022 comienzos del 2023, me refiero a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación 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.

La interacción de la nueva Ley de Empleo (LE) con las otras dos es obligada, puesto que además de existir una coincidencia en cuanto a ámbitos –las tres resultan aplicables a

ámbitos de empleo y de las relaciones de trabajo– su aplicación coordinada garantiza una mejor comprensión y, sobre todo, un mayor éxito y una mayor seguridad en la aplicación respectiva, a efectos de políticas de empleo. De este modo, las tres normas constituirían un triángulo virtuoso, en cuyo vértice superior se situaría la LE, mientras que las otras dos ocuparían los vértices inferiores.

Es un hecho que algunas de las categorías o principios enunciados en la LE necesitan ser completados para su mejor entendimiento y aplicación por las previsiones de las otras normas. Así ocurre, por ejemplo, con el art. 50 de la LE, referido a la definición de los colectivos de atención prioritaria para el empleo, al introducir un criterio de refuerzo de los programas específicos y de las medidas de acción positiva cuando se produzcan situaciones de interseccionalidad. Constituye una nota muy positiva que por primera vez en una norma de empleo nacional se mencione la interseccionalidad, sin embargo, no se aporta una definición de lo que haya que entender por tal, por lo que resulta pertinente y necesario acudir a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y, en concreto, a su art. 3.b) que la define como la concurrencia o interacción de diversas causas de las previstas en la ley, generando una forma específica de discriminación.

Otro ejemplo lo tenemos en la apuesta decidida que la LE realiza por la inclusión de las personas LGTBI y en particular de las personas trans entre los colectivos destinatarios de las políticas de empleo y para la eliminación de cualquier clase de discriminación (arts. 4 y 50 LE) pero sin embargo para conocer cuáles serán las medidas concretas de traslación en las políticas de empleo es necesario acudir a 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, la cual contiene diversas previsiones relacionadas con la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral (arts. 14 y 15) imponiendo a las administraciones públicas que los tengan en

consideración en sus políticas de empleo, desde el derecho de las personas a no ser discriminadas por razón de las causas previstas en esta ley e imponiendo la adopción de medidas adecuadas y eficaces para su consecución³³.

5. LAS MUJERES EN LA LEY DE EMPLEO 3/2023, DE 28 DE FEBRERO

En la nueva Ley de Empleo, a pesar de no incluir ningún capítulo o título específico dedicado a la categoría de las mujeres trabajado-

³³ Entre ellas, medidas como: 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.

ras, la presencia de las mismas es más intensa y extensa que en sus predecesoras pero bajo formulaciones diversas.

Estamos ante una norma moderna, no sólo por su juventud, sino porque es digna tributaria del contexto internacional, haciendo suyas las últimas indicaciones de los principales documentos internacionales y de las estrategias internacionales en materia de igualdad de oportunidades en el empleo entre hombres y mujeres. Es, por lo tanto, una norma con vocación de utilidad para su tiempo y para la sociedad en la que surge.

Además en La LE se aprecia una fuerte determinación de potenciar la modernización de las políticas de empleo a través de la garantía a ultranza de los principios de igualdad y no discriminación en el acceso y consolidación del empleo y desarrollo profesional por motivo de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social favoreciendo de esta manera la cohesión social. Tales principios regirán, en particular, el diseño y ejecución de las políticas de empleo, la garantía y cumplimiento de los servicios garantizados y compromisos reconocidos en esta Ley, así como el acceso a los servicios de empleo, básicos y complementarios, y otros programas o actuaciones orientados a la inserción, permanencia o progresión en el mercado de trabajo (art. 5.a)).

5.1. La opción decidida por la transversalidad de género y la lucha contra las brechas de género

La nueva LE apuesta decididamente por la integración efectiva de la perspectiva de género en las políticas de empleo, en todas las fases del diseño de las mismas. Ello no implica que el legislador haya renunciado a la articulación de medidas específicas sino que por el contrario, como reflejo de la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025

se opta por la adopción de un planeamiento dual que combine ambas técnicas e, incluso, cuando se adopten medidas específicas, estas deben estar impregnadas de la perspectiva de género.

Se deben de favorecer las condiciones para la generación de mercados de trabajo inclusivos en los que se garantice la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, procurando, en particular, la presencia equilibrada de personas trabajadoras de ambos sexos en cualesquiera sectores, actividades o profesiones (art. 4.a)).

Para la LE la inclusión de la perspectiva de género en las políticas de empleo comporta una actuación de los organismos públicos y privados de empleo dirigida 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 (art. 51).

Deberán establecerse objetivos cuantitativos sectoriales de disminución de la brecha de empleo en aquellos sectores en los que exista una diferencia entre el porcentaje de empleo masculino y femenino, en perjuicio de este último, superior a la media total, computada anualmente. Podrá beneficiarse de medidas de incentivo al empleo, reguladas por la normativa laboral, toda aquella empresa perteneciente a dichos ámbitos que en el último ejercicio haya incrementado el porcentaje de empleo femenino sobre el total.

Podrán desarrollarse medidas de incentivo para la incorporación de trabajadores varones en aquellos ámbitos de mayor presencia femenina, al objeto de reducir la segregación ocupacional.

Los servicios de empleo pondrán en marcha acciones de empleabilidad destinadas únicamente a mujeres demandantes de servicios de empleo en aquellos ámbitos con mayor

infrarrepresentación femenina. En particular, se organizarán iniciativas de este tipo destinadas a la promoción hacia los grupos profesionales superiores. A estos fines, se desarrollarán algunas de las acciones consideradas más eficientes de entre las incluidas en el catálogo de instrumentos de empleabilidad.

En referencia a la intermediación y, en concreto, al papel de las agencias de colocación se prevé entre los indicadores que servirán para medir su eficiencia, la reducción de las brechas de género (art. 46).

Para lograr abordar este reto con éxito, son necesarias políticas activas de empleo destinadas a reducir progresivamente las brechas estructurales de género en el empleo.

5.2. La inclusión restringida de la mujer entre los colectivos prioritarios de actuación

Entre los objetivos declarados de la ley se encuentra el de proporcionar una atención especializada a los integrantes de los colectivos prioritarios para las políticas de empleo y la eliminación de cualquier clase de discriminación asegurando políticas adecuadas de incorporación laboral dirigidas a los citados colectivos (art. 4.e.).

La decisión sobre la inclusión de personas con determinadas características que les hace merecedoras de su calificación como vulnerables para el empleo, las sitúa en lo que denominan grupos o colectivos vulnerables. El legislador, en este caso, ha preferido denominarlos colectivos prioritarios de actuación y entre ellos no aparece la mujer como categoría incluida genéricamente.

Las personas cuyas características las hace merecedoras de su inclusión en colectivos considerados prioritarios son, para la LE, las personas jóvenes especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración, personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, personas

con trastornos del espectro autista, personas LGTBI, en particular trans, personas mayores de cuarenta y cinco años, personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales. Cuando se produzcan situaciones de interseccionalidad se reforzarán los programas específicos y las medidas de acción positiva.

Se trata de una lista abierta que permite la inclusión de otros colectivos de especial vulnerabilidad, que son de atención prioritaria en las políticas activas de empleo, u otros que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo (art. 50).

En este listado es importante señalar que las mujeres no aparecen incluidas como categoría homogénea sino que su inclusión solo se produce de manera restrictiva, teniendo, únicamente cabida en dicha lista, mujeres que reúnan una condición adicional al sexo femenino y que les confiera una condición de especialmente vulnerables para el empleo y que justifique su consideración como destinatarias prioritarias de las políticas de empleo: mujeres víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, mujeres con descendientes de dieciséis años o mayores dependientes

a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales.

La condición de colectivo prioritario determinará el establecimiento de objetivos cuantitativos y cualitativos, con perspectiva de género, que deberán establecerse simultáneamente a la identificación, es decir, que sobre aquellos planeará la sombra transversal del género.

5.3. La empleabilidad de las mujeres

La empleabilidad, como señala el propio legislador en la Exposición de Motivos de la LE, se erige en elemento nuclear de la política de empleo, Al mismo dedica el capítulo II del Título III de la Ley. Pocas novedades incorpora la LE en cuanto a su conceptualización, con respecto a sus predecesoras, así se define como “el conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones de mercado” (art. 34). Sin embargo, sí que la LE incorpora novedades en relación a la introducción de herramientas de apoyo a la toma de decisiones para la mejora de la empleabilidad de las personas basadas en evidencias estadísticas, y establece también la existencia de las tasas de empleabilidad, intermediación y cobertura, elaboradas en el seno del Sistema Nacional de Empleo y del Diálogo Social. A la utilización de las mencionadas herramientas, se unirá la valoración de la actitud de las personas, habida cuenta del desarrollo efectivo de las acciones de empleabilidad recomendadas, prestando especial atención a la eliminación de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género; se apela, así mismo, de manera especial, a la evitación de discriminaciones y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad, en el diseño e implementación de acciones de empleabilidad (art. 39).

La proscripción de los sesgos y estereotipos de género se extiende a todas las fases y agentes de la intermediación, así como a los servicios garantizados demandantes de servicios de empleo, en todas las actividades propuestas con objeto de mejorar la empleabilidad del usuario (art.56)

5.4. La interseccionalidad en la ley

Es sin duda un valor positivo de la LE la inclusión del concepto de discriminación interseccional, puesto que la discriminación que se basa en una lista más o menos cerrada de motivos considerados rechazables no cubre todo el espectro de razones por las que una persona o un grupo de personas puede sufrir un tratamiento perjudicial o efecto adverso cuando sólo resulta explicable en atención a una pluralidad de motivos, que las sitúan en una posición diferente y especialmente vulnerable.

El concepto se formula contra la visión sesgada de unas formas de discriminación objeto de consideración separada y estanca, ante la necesidad de identificar las discriminaciones en las encrucijadas entre dos o más causas prohibidas, en concreto a finales de los años ochenta del siglo pasado, en torno a la discriminación que sufren las mujeres afro-americanas³⁴. Su definición se incorpora por primera vez en un texto normativo patrio, en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que recordemos lo hace definiéndola como la que se produce “cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación”³⁵.

³⁴ CRENSHAW, K., Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, in *Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, vol. 1989, n. 1, pp. 139 y ss.

³⁵ Art. 6. 3 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Es común encontrar esas intersecciones entre el sexo y otras causas de discriminación en el empleo. Características como la edad³⁶, la discapacidad, la orientación sexual, la etnia, el origen nacional, entre otras, combinadas con el sexo son susceptibles de provocar un efecto adverso exponencialmente más grave sobre la mujer trabajadora en el empleo, redundando en un incremento de su vulnerabilidad y una disminución de su empleabilidad. Por ello, oportunamente, el legislador introduce la referencia a la interseccionalidad en el art. 50, relativo a los colectivos de atención prioritaria.

5.5. Medidas acción positiva

La LE abre la posibilidad –aunque con una redacción un tanto confusa y desafortunada– con carácter excepcional y en tanto la tasa de desempleo femenino no se equipare a la tasa de desempleo total, con la finalidad de garantizar la igualdad real y efectiva en el acceso y consolidación del empleo de las mujeres, de configurar condiciones de trabajo y empleo específicas, siempre que estén justificadas, objetiva y razonablemente por la concurrencia de una finalidad legítima y resulten adecuadas y necesarias para favorecer el acceso y la consolidación del empleo de las mujeres, sin que, en ningún caso, puedan comportar discriminación por discapacidad, salud, orientación sexual, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

³⁶ Sobre la discriminación interseccional padecida por las mujeres mayores *vid.* In extenso, CARDONA RUBERT, M.B. y CABEZA PEREIRO, J., La discriminación por edad sobre las mujeres mayores, en *Trabajo y Derecho*, n. 59/2019, pp. 30-39. También, CARDONA RUBERT, M.B. y CABEZA PEREIRO, J., La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo, en AA.VV. *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral* (Dir. CABEZA, CARDONA, FLORES), HelpAge España, 2022: https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2022/10/Informe-HelpAge-2022_-La-discriminacion-de-las-personas-mayores-en-el-ambito-laboral.pdf

A través de la disposición adicional séptima se introducen una serie de medidas compensadoras, típicamente incluidas en el ámbito de las medidas de acción positiva con cobertura en el art. 157.4 TFUE, según el cual y con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

6. CONCLUSIONES

La nueva Ley de Empleo, 3/2023, de 28 de febrero en relación al empleo femenino supone el último intento del legislador de reforzar el aparato de medidas que contribuyan a situar a la mujer en una posición de igualdad con respecto a los varones. Lo hace a través de un novedoso enfoque dual, integrado por medidas específicamente dirigidas a la consecución de la igualdad de género y un reforzamiento de la inclusión transversal de la perspectiva de género en el diseño de las políticas de empleo, en todas sus fases. Este enfoque dual se completa con la lucha contra los estereotipos y las brechas de género en el empleo y la utilización de la interseccionalidad también de manera transversal, concebida como el concepto o instrumento jurídico que permite identificar la presencia de discriminaciones complejas, resultado de la combinación de género con otras características personales

El legislador rehuye en la Ley de Empleo los tratamientos generalistas de las mujeres como colectivo homogéneo per se vulnerable para considerarlas exclusivamente dentro de la categoría de colectivos prioritarios de políticas de empleo, cuando

a la condición del sexo femenino se sume otra u otras condiciones que las convierta, efectivamente, en especialmente vulnerables para el empleo y, por tanto, que justifique que sean destinatarias prioritarias de las políticas de empleo: mujeres víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, mujeres con descendientes de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales.

La Ley 3/2023, se ancla en el ámbito de la consecución de la igualdad real y la no discriminación en y para el empleo, junto a otras dos importantes normas: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación 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.

La interacción de la nueva Ley de Empleo (LE) con las otras dos es obligada, puesto que además de existir una coincidencia en cuanto a ámbitos -las tres resultan aplicables a ámbitos de empleo y de las relaciones de trabajo- su aplicación coordinada garantiza una mejor comprensión y, sobre todo, un mayor éxito y una mayor seguridad en la aplicación respectiva, a efectos de políticas de empleo. De este modo, las tres normas constituirían un triángulo virtuoso, en cuyo vértice superior se situaría la LE, mientras que las otras dos ocuparían los vértices inferiores.

En definitiva, estamos ante una norma moderna con vocación de pervivencia en el tiempo. El legislador no se ha conformado con llevar a cabo una reforma coyuntural si no estructural incidiendo en aspectos nucleares para el empleo, con la intención de responder e, incluso, adelantarse a los cada vez más complejos escenarios de los modelos de relaciones laborales.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Coord. LOUSADA AROCHENA, J.F.) Igualdad y diversidad en las relaciones laborales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 32.
- ACKER, J., Hierarchies, jobs, bodies: a theory of gendered organizations. *Gender&Society*, 4, 1990.
- APARICIO TOVAR, J., Un pilar social de la Unión Europea carcomido por la goberanza económica, en *Revista de Derecho Social*, n. 79, 2017.
- ARROW, K., Models of job discrimination. In Pascal A. H. (Eds.), *Racial Discrimination in Economic Life*. New York: Lexington Books, 1972.
- BALLESTER PASTOR, M.A., CORDERO GORDILLO, V., TOMÁS JÍMENEZ, N., Políticas de Empleo (III): Políticas destinadas a colectivos especiales, en AA.VV. (Coord. CARDONA RUBERT, CABEZA PEREIRO) Políticas Sociolaborales. Ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- BENGOETXEA ALKORTA, A., La inclusión socio-laboral de los grupos vulnerables. colectivos y formas de inclusión a través del trabajo, *Revista Jurídica de Economía Social*, n. 36, 2020.
- BIRKELUND, G.E., LANCEE, B., LARSEN, E.N., POLAVIEJA, J., RADL, J., YEMANE, R., Gender Discrimination in Hiring: Evidence from a Cross-National Harmonized Field Experiment, en *European Sociological Review*, 2022, Vol. 38, n. 3.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., PÉREZ DEL PRADO, D., Políticas activas de empleo desde la perspectiva de género. Una mirada particular a los efectos de la Covid-19, en *Femeris*, Vol. 7, n. 1, 2022
- CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M.B., TERRADILLOS ORMAETXEA, E., Políticas de empleo, en AA.VV. (Coord. CARDONA RUBERT, CABEZA PEREIRO) Políticas Sociolaborales. Ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- CARDONA RUBERT, M.B. y CABEZA PEREIRO, J., La discriminación por edad sobre las mujeres mayores, en *Trabajo y Derecho*, n. 59/2019.
- CARDONA RUBERT, M.B. y CABEZA PEREIRO, J., La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo, en AA.VV. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral (Dir. CABEZA, CARDONA, FLORES), *HelpAge España*, 2022
- CASAS BAAMONDE, M.E., Igualdad y no discriminación de las mujeres por sexo y género: el lenguaje de los derechos, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 22, 2018.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., Mujeres, reformas laborales y mercado de trabajo en (la) crisis: ¿Recuperación o precarización? *Estudios Financieros. Revista De Trabajo Y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, n. 386, 2015.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., Systemic discrimination y políticas de igualdad efectiva en género, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Número Extraordinario, 2019.
- RAMOS QUINTANA, M.I., El pilar europeo de derechos sociales, en AA.VV. (dir. CABEZA PEREIRO, J.) *La gestión del cambio laboral en la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- RAMOS QUINTANA, M., Las mujeres y el futuro del trabajo en el centenario de la OIT, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Número extraordinario, 2019.
- RIDGEWAY, C. L. Interaction and the conservation of gender inequality: considering employment. *American Sociological Review*, 62, 1997.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., Efectos de la crisis económica sobre el trabajo de las mujeres, *RL*, n. 1, 2014.

La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia en la política retributiva y la valoración neutra de puestos de trabajo*

Reducing the gender pay gap through transparency in the remuneration policy and neutral job evaluation

PATRICIA NIETO ROJAS**

<https://doi.org/10.55617/revmites.37>

Resumen: El legislador español se ha situado en la vanguardia de los ordenamientos europeos con las herramientas diseñadas en el art. 28 ET, y desarrolla reglamentariamente en el RD 902/2020, para luchar contra la brecha salarial. La apuesta por la transparencia a través del registro salarial, el acceso a la información salarial desagregada por sexo, el desarrollo de un sistema de valoración de puestos de trabajo para garantizar la efectividad del principio igual salario por trabajo de igual valor o las múltiples llamadas efectuadas a negociación colectiva (art. 22.3 ET) para avanzar en el diseño de una política salarial que ataje las discriminaciones salariales por razón de sexo son analizadas de manera crítica en el presente artículo. Y aunque, ciertamente, todas las empresas deben accionar medidas para eliminar la brecha salarial, aquellas que den ocupación a más de cincuenta personas trabajadoras deberán elaborar una auditoría salarial para obtener la información necesaria que determine si el sistema de remuneración de la empresa aplica de forma efectiva, generalizada y exhaustiva, el principio de igualdad entre mujeres y hombres en relación con la remuneración.

Palabras clave: Brecha salarial; discriminación; transparencia; valoración de puestos; registro; auditoría retributiva; negociación colectiva; información salarial.

Abstract: The Spanish legislator has placed itself at the forefront of European legislation with the tools designed in art. 28 ET, and regulatory developments in the RD 902/2020. The commitment to transparency through the wage register, the access to wage information disaggregated by sex, the development of a job evaluation system to guarantee the

* Este trabajo es el resultado del proyecto dirigido por la profesora MOLERO MARAÑÓN, "Ser mujer en el mercado de trabajo", (RTI2018-095398-B-I00).

** Profesora Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia. pnieto@der.uned.es. <https://orcid.org/0000-0003-3734-3392>

effectiveness of the principle of equal pay for work of equal value and the multiple calls for collective bargaining (art. 22.3 ET) are the four measures promoted to fight against the wage gap. Closing the gender pay gap is a challenge for companies of all sizes, but in companies with more of 50 employees, they must execute a pay audit is to obtain the information necessary to ascertain whether the company's remuneration system applies effectively, across the board and comprehensively, the principle of equality between women and men in relation to pay.

Keywords: Gender pay gap; discrimination; transparency; job evaluations; pay registers; pay audits; collective bargaining; salary information.

1. LA PERSISTENTE BRECHA SALARIAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES. ALGUNAS REFLEXIONES PARA INICIAR EL DEBATE

El principio de “igual salario por trabajo de igual valor” fue formulado por primera vez en el preámbulo de la Constitución de la OIT, de 1919, como principio esencial para la justicia social, cuya ausencia podía constituir una amenaza contra la paz y armonía universales, desarrollándose en Convenios fundamentales como el núm. 100, 1951, sobre igualdad de remuneración o, más indirectamente, el núm. 111, 1958, sobre discriminación en el empleo y la ocupación y el núm. 156, 1981, sobre responsabilidades familiares. Por su especificidad, ha merecido particular atención el citado Convenio núm. 100, ratificado por España en 1967¹, el cual se construía sobre el reconocimiento de “salarios iguales para trabajos de igual valor”, instando en su artículo 3 a “adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe”. Con un evidentemente ánimo omnicompreensivo, el artículo 1 del referido convenio señala que el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último. Ahora bien, el texto no aporta los parámetros para evaluar esa identidad de valor de los trabajos sino que contiene únicamente el mandato genérico a los

estados de “promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (art. 2) para seguidamente instar a “adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo”.

A pesar de la potencialidad de este principio, los sucesivos informes sobre salarios elaborados por la OIT han advertido de incumplimientos generalizados en su aplicación² al tiempo que destacan la relevancia de los factores que se sitúan dentro de la parte no explicada de la brecha salarial, significadamente la infravaloración del trabajo femenino y el impacto provocado por la maternidad. La situación descrita también se evidencia en la Unión Europea, donde los últimos informes cifran la brecha en un 13% al tiempo que advierten de los efectos a largo plazo de esta situación en la calidad de vida de las mujeres, en su riesgo de exposición a la pobreza y en la persistencia de la brecha de las pensiones, que en la UE se sitúa en torno al 30% (datos de 2018).

Evidentemente, la falta de transparencia en las políticas de fijación de salarios es uno de los principales obstáculos para cerrar la brecha salarial, de ahí la importancia que reviste avanzar en el marco comunitario en la propuesta de directiva sobre igualdad sala-

¹ «BOE» núm. 291, de 04 de diciembre de 1968.

² ILO. Wages and minimum wages in the time of COVID-19, p. 27 y ss. Accesible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_762534.pdf

rial, actualmente en tramitación³. La misma fue aprobada mediante resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 30 de marzo de 2023, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento (COM(2021)0093 – C9-0089/2021 – 2021/0050(COD)). Hasta que esta normativa se apruebe, solo cabe aplaudir la promulgación de la Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, pues comoquiera que las mujeres siguen teniendo una mayor probabilidad de cobrar estos salarios, su mejora contribuye a la igualdad de género. Buena prueba de la afirmación anterior se observa en el mercado español donde el 27,5% de las mujeres tuvo un salario anual menor o igual que el Salario Mínimo Interprofesional frente al 11,9% de los hombres. Pero es que, además, la proporción de trabajadores con ganancia baja (asalariados cuya ganancia por hora está por debajo de los 2/3 de la mediana) asciende al 16,6% de la población asalariada, siendo el 63% de este porcentaje mujeres⁴.

Las diferencias salariales entre hombres y mujeres son, por lo expuesto, una característica de los mercados laborales de todo el mundo si bien para analizar su origen hay que tener en cuenta la causa que origina dicha diferencia, pues si la única circunstancia que justifica esta menor retribución es el sexo de la persona

será una discriminación prohibida por el ordenamiento⁵ mientras que si la misma deriva de las distintas características y cualificaciones entre un trabajador y una trabajadora, o en los puestos de trabajo ocupados, en principio, constituirá una diferencia salarial fundamentada.

Ahora bien, aunque no toda diferencia de la retribución entre hombres y mujeres implique una conducta empresarial discriminatoria, la brecha salarial es un fenómeno muy complejo en el que coexisten estereotipos de género e intervienen factores que suelen estar altamente interrelacionados entre sí.

En primer lugar, la segregación sectorial que ha coadyuvado a una peor valoración social y económica de los trabajos tradicionalmente feminizados. El empleo de las mujeres se concentra en un número más limitado de trabajos, y en sectores considerados de baja calidad. La segregación ocupacional, lejos de ir desvaneciéndose con la mayor presencia de mujeres en el mercado de trabajo se mantiene con carácter casi inmóvil, perjudicando seriamente el abanico de oportunidades laborales de las mujeres que no alcanzan a los trabajos mejor valorados económicamente.

En segundo lugar, la segregación vertical⁶ que no solo incide en las posibilidades de promoción profesional de las mujeres, sino que

⁵ En definitiva, no toda diferencia de trato irrazonable o no justificada constituye una discriminación en el sentido que este término tiene los artículos 14 de la Constitución y 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los trabajadores, pues la discriminación consiste en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista, STSJ Andalucía (Málaga) 14.2.2018 (Rº 2089/2017).

⁶ Sobre el papel que pueden tener los planes de igualdad en lograr una mayor paridad en los procesos de promoción, NIETO ROJAS, P., "La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español. Propuestas para reducir la segregación horizontal y vertical", *Femeris*, vol. 4, 2, 2019.

³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento, COM/2021/93 final, accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021PC0093>

⁴ Puede consultarse la Encuesta de Estructura Salarial elaborada por el INE. Sobre la última, hecha pública en el año 2020, y la referencia hecha con los valores más destacados: https://www.ine.es/prensa/ees_2020.pdf

tiene un correlato directo en materia retributiva, habida cuenta que estos ascensos llevan generalmente aparejado el reconocimiento de determinados pluses o complementos que retribuyen esta mayor dedicación.

Al tiempo, las interrupciones en la vida laboral relacionadas con la maternidad y la distribución fuertemente desigual de las tareas de cuidado⁷ no solo provoca que las mujeres realicen menos horas de trabajo (por tener reducciones de jornada, por trabajar a tiempo parcial, por tener menos disponibilidad para realizar horas extras, etc.) con el impacto económico de dicha decisión, sino que, como hemos referido, encuentran mayores dificultades para ocupar puestos de responsabilidad y, por tanto, para acceder a complementos salariales que retribuyen esta mayor dedicación (v. gr. plus de disponibilidad, plus de responsabilidad por la asunción de jefaturas).

El problema es que la falta de corresponsabilidad en el cuidado de las personas dependientes y la brecha salarial se retroalimenta, pues la primera no solo es causa de estas diferencias retributivas, sino que también es su efecto, aunque la menor jornada no es el único motivo, pues bien es sabido que la brecha se mantiene cuando medimos la diferencia salarial sobre la ganancia por hora de trabajo, corrigiendo con ello la incidencia de una jornada de trabajo inferior.

Y aunque ciertamente la legislación laboral, tanto europea como española, viene estableciendo una taxativa igualdad de trato por razón de género en materia retributiva, los preocupantes datos relativos a la brecha salarial exigen una actuación decidida de todos los actores implicados. A este respecto, la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014⁸ supuso un punto de inflexión al introducir la transparencia salarial como elemento

central para la consecución de este propósito, y más recientemente, la ya mencionada propuesta de directiva considera que existen dos elementos fundamentales para luchar contra la brecha retributiva:

En primer lugar, medidas para garantizar la transparencia en los salarios. La evaluación efectuada por la Comisión Europea en relación a la aplicación de la normativa de igual salario por trabajo de igual valor constató que la aplicación del principio de igualdad de retribución se ve obstaculizada por la falta de transparencia de los sistemas retributivos, la falta de seguridad jurídica en torno al concepto de «trabajo de igual valor» y los obstáculos procedimentales con los que tropiezan las víctimas de discriminación.

Las personas trabajadoras carecen de la información necesaria para interponer con éxito una demanda de igualdad retributiva, y, concretamente, de los datos sobre los niveles retributivos de las categorías profesionales que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Al tiempo, el informe señaló que una mayor transparencia permitiría revelar sesgos y discriminaciones de género en las estructuras retributivas de las empresas u organizaciones⁹.

En segundo lugar, apuesta por un mejor acceso a la justicia para las víctimas de la discriminación retributiva. A este respecto, la Estrategia Comunitaria para la Igualdad de Género 2020-2025, «Una Unión de la igualdad»¹⁰, plantea una propuesta concreta de indudable interés: la «adopción de normas mínimas de indemnización que pongan a la víctima en la situación en que se encontraría si se hubiera respetado el principio de igualdad de retribución». Esta última acción parece especialmente pertinente, pues en un informe realizado para

⁷ NIETO ROJAS, P., "Responsabilidades familiares, contrato de trabajo y trayectoria laboral de las mujeres. Algunos puntos críticos", *Adapt*, vol. 4, 2018.

⁸ DOUE núm. 69, 8.3.2014.

⁹ El estudio puede consultarse en Commission Staff Working Document Evaluation of the relevant provisions in the Directive 2006/54/EC implementing the Treaty principle on 'equal pay for equal work or work of equal value' {SWD (2020) 51 final}

¹⁰ Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=COM:2020:152:FIN&id=1>

evaluar cuál es la situación en los diferentes Estados Miembros¹¹ se constata las notables dificultades experimentadas para presentar reclamaciones, señalando además que los “niveles de las multas y las indemnizaciones no son, por lo general, suficientemente disuasorios”¹².

Es el art. 16 de la Directiva recientemente aprobada la que determina, a este respecto, que la indemnización o reparación restituirá a la parte que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que se habría encontrado si no hubiera sido discriminada por razón de sexo o si no se hubiera producido ninguna infracción de los derechos u obligaciones relativos a la igualdad de retribución. Los Estados miembros velarán por incluir en la indemnización o reparación la recuperación íntegra de los atrasos y las primas o pagos en especie correspondientes, el resarcimiento por la pérdida de oportunidades, los daños morales, cualquier perjuicio causado por otros factores pertinentes, entre los que se puede incluir la discriminación interseccional, así como los intereses de demora. Y que, en todo caso, la indemnización o reparación no estará sujeta a ningún límite máximo fijado previamente.

En relación a la cuantía indemnizatoria, una pauta que podría servir de orientación en la resolución judicial de estos asuntos, además de la indemnización adicional que debiera reconocerse judicialmente por la vulneración de un derecho fundamental y que reparase el daño sufrido, se habría materializar en una indemnización económica, cuya cuantía compensará los salarios no devengados por la discrimina-

ción retributiva¹³. Esta interpretación resulta la más acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional que afirmó, en relación con un supuesto en el que apreció la discriminación de un varón, que “no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional” (STC 81/1982, de 21 de diciembre). El problema se suscita cuando la retribución “correspondiente al trabajo igual o de igual valor” no es única, en la medida en que los compañeros que prestan estos servicios perciben, en la práctica, retribuciones diversas. Pues bien, a este respecto, resulta de interés traer a colación la STSJ Castilla y León 19-6-2013, R. 909/2013, que concretó la subida salarial en la diferencia que resulta de restar al complemento percibido de promedio por parte de los hombres, el complemento personal percibido por cada una de las trabajadoras demandantes.

Si se constata la existencia de discriminación salarial, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas en las que haya podido incurrir la empresa, la consecuencia lógica e inevitable de esa declaración es el reconocimiento de un salario superior y la condena al abono de las diferencias salariales no prescritas. Estamos, sin duda, ante la solución más razonable desde un punto de vista jurídico pues logra la igualación pura sin detrimento alguno para quienes tenían adquirido el derecho. Este el sentido de algunas recientes sentencias en suplicación¹⁴ extienden al colectivo afectado (mujeres y hombres) las retribuciones fijadas para la categoría profesional superior al entender que el establecimiento de dos categorías laborales distintas, con diferentes salarios, para desarrollar funciones similares y, en todo caso, de igual valor (la empresa no ha acreditado lo contrario) supone una discriminación laboral por razón de sexo si la de menor sueldo es mayoritariamente femenina. La sentencia se basa en que no se ha logrado probar razón objetiva alguna que justifique la diferente

¹¹ Evaluation of the relevant provisions in the Directive 2006/54/EC implementing the Treaty principle on “equal pay for equal work or work of equal value”, SWD (2020) 50. Accesible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/swd-2020-50_en.pdf (fecha de acceso: 9/3/2021).

¹² Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regionen relativo a la aplicación del Plan de Acción de la UE 2017-2019 “Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres” {SWD (2020) 101 final}, p. 8. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=COM:2020:101:FIN&id=2>.

¹³ STSJ Andalucía (Málaga) 14.2.2018 (Rº 2089/2017).

¹⁴ STSJ Canarias 27.7.2021, ECLI:ES:TSJICAN:2021:936.

retribución entre las categorías profesionales comparadas, cuando en ambas se realizan trabajos de valor equivalente en cuanto a exigencia de esfuerzo físico, atención, formación, experiencia y responsabilidad, habiendo quedado probada la feminización de la categoría inferior y la masculinización de la superior.

La STSJ Canarias de 27 de julio de 2021 “viene a nutrir el ya notable reservorio de pronunciamientos judiciales que se han marcado como objetivo eliminar las discriminaciones por razón de sexo y de género en un ámbito, el salarial, en el que con demasiada frecuencia se establecen diferencias retributivas bajo pretexto de realización de trabajos desiguales cuando, en el fondo, se observa que esas diferencias responden a una sistemática infravaloración del trabajo femenino, lo cual obedece a un estereotipo/cliché de género que ve en dichos trabajos, sobre todo en sectores laborales feminizados, una prolongación de los cometidos no remunerados y escasamente valorados socialmente que todavía hoy desempeñan las mujeres en mayor proporción que los varones en el ámbito familiar (alimentación, cuidados, limpieza...)”.¹⁵

Esta solución, que es la única posible ante una brecha discriminatoria, puede resultar compleja desde un punto de vista económico dado el incremento que supondría en los costes laborales unitarios. Precisamente por ello, la doctrina judicial ha considerado ajustada a derecho aquella modificación sustancial de condiciones de trabajo¹⁶, de acuerdo a la cual se corrige la diferencia salarial repartiendo el importe global del complemento que se ha considerado discriminatorio, entre todos los trabajadores sin distinción de sexo¹⁷.

¹⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. “Retribución inferior de trabajos de igual valor constitutiva de discriminación salarial indirecta por razón de sexo: juzgando con perspectiva de género”. *Revista de Jurisprudencia laboral*, BOE, vol. 9, 2021, p. 5.

¹⁶ ARAGÓN GÓMEZ, C.; NIETO ROJAS, P. Herramientas empresariales para la igualdad retributiva. Registro salarial, auditoría retributiva y valoración neutra de puestos de trabajo. Madrid: Wolters Kluwers, 2022, pp. 228-229.

¹⁷ SSTSJ Galicia 13.12.2012, R° 4166/2012, 17.12.2013, R° 4762/2012 y 21.12.2013, R° 4167/2012.

El problema de esta interpretación es que coloca a la persona infra remunerada en una situación de presión inaceptable, que dificulta enormemente el acceso efectivo a los tribunales de justicia, habiéndose defendido que la equiparación salarial vía art. 41 ET, únicamente debería admitirse en el supuesto de que el aumento de gastos derivado de una sentencia judicial o de un acta de infracción de la inspección de trabajo, pusiera en peligro la viabilidad de la empresa y, por ende, el mantenimiento del empleo¹⁸. La advertencia (incluso amenaza) de que, en caso de prosperar la demanda de discriminación salarial, la equiparación retributiva puede generar la aplicación del art. 41 ET puede llegar a “reprimir” implícitamente el ejercicio de acciones legítimas. Es más, la escasa litigiosidad podría deberse a la desconfianza de la representación de los trabajadores frente a eventuales ajustes retributivos a la baja¹⁹. A la luz de lo expuesto, debe plantearse si la garantía de indemnidad debe extenderse a terceros, no tanto como medida de protección de sus derechos sino para evitar afectar la esfera social de las personas que deseen reclamar. El hecho de que como consecuencia del (justo) incremento salarial de una persona se produzca la reducción de las retribuciones de otras o incluso su despido puede tener en la práctica un efecto disuasorio que no debe desdeñarse²⁰.

Como certeramente recuerda la Resolución Legislativa del Parlamento Europeo, de 30 de marzo de 2023, sobre la propuesta de Directiva

¹⁸ Como, con acierto, ha apreciado GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo. “Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial”. En: PUEBLA PINILLA, Ana de la y MERCADER UGUINA, Jesús R. (dirs). *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 162.

¹⁹ Riesgo ya advertido en la proposición de ley para la igualdad retributiva, presentada por el Grupo Parlamentario Unidas Podemos, BOCG Serie B Núm. 171-1 10 de noviembre de 2017.

²⁰ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. “Reequilibrando la masa salarial tras la supresión de una discriminación retributiva por razón de sexo: ¿Modificación lícita o vulneración la garantía de indemnidad?”. Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2021, p. 71.

del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento, “no siempre es fácil ni para las víctimas ni para los órganos jurisdiccionales saber siquiera cómo establecer dicha presunción. En el asunto C-109/88, el Tribunal de Justicia consideró que, cuando exista una política de salarios caracterizada por una falta total de transparencia, la carga de la prueba debe trasladarse a la parte demandada, sin necesidad de que el trabajador tenga que demostrar la existencia de un caso de discriminación retributiva prima facie. De igual manera, la carga de la prueba debe trasladarse a la parte demandada cuando el empleador no haya cumplido las obligaciones de transparencia retributiva establecidas en la presente Directiva, por ejemplo, al rehusar aportar la información solicitada por los trabajadores o al no presentar información sobre la brecha retributiva de género, cuando sea pertinente, salvo cuando el empleador demuestre que dicha infracción fue manifiestamente involuntaria y de carácter menor”.

2. EL IMPULSO A LA TRANSPARENCIA COMO ACCIÓN MÁS DECIDIDA FRENTE A LA BRECHA SALARIAL

“Más allá de las declaraciones de principio generales, indiscutiblemente imprescindibles, resultan clave las reglas de procedimiento y, en particular, los instrumentos que se establezcan en orden a detectar dónde se puede encontrar de manera más perceptible esta brecha de género en materia retributiva, poder diagnosticar las causas determinantes de ello y, a resultados de ello, poder adoptar las medidas oportunas de superación”²¹.

En el caso del mercado de trabajo español, aunque el artículo 28.1 ET señala de manera

²¹ <http://jesusCRUZvillalon.blogspot.com/2021/04/el-registro-salarial-como-instrumento.html>

taxativa que “el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquel”, no parece que el reconocimiento normativo haya sido suficiente. Los datos disponibles en la Encuesta Anual de Estructura Salarial hechos públicos en el año 2022 evidencian la necesidad de una actuación más incisiva, toda vez que la ganancia media para los hombres fue de 27.642,52 euros y para las mujeres de 22.467,48 euro, de manera que el salario medio anual femenino representó el 81,3% del masculino.

Un sistema retributivo transparente, complementado por un sistema de acceso a la información adecuado y una correcta definición de los aspectos relevantes en la conceptualización del trabajo de igual valor son elementos esenciales para combatir la discriminación retributiva²². A este respecto son muy ilustrativos los datos hechos públicos en el documento comunitario “*Plan de Acción de la UE 2017-2019. Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres*”²³:

La mayoría de los europeos (69%) son conscientes de la existencia de una brecha salarial entre hombres y mujeres en todos los sectores económicos, aunque, al tiempo, las personas entrevistadas no creen que exista tal brecha en su propia empresa, mientras que un tercio de los empleados desconocen los salarios de sus colegas. Los europeos apoyarían una mayor transparencia en el trabajo: casi dos tercios estarían a favor de publicar los salarios medios por sexo y tipo de trabajo que se gana en la organización o empresa en la que trabajan. Esta última reco-

²² Véase la pedagógica exposición de motivos de la Proposición de Ley de igualdad de retributiva entre mujeres y hombres, BOCG 10.11.2017, núm. 171-1.

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Plan de Acción de la UE 2017-2019 Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, COM/2017/0678 final

mendación ha sido acogida por el ordenamiento jurídico español en el RD Ley 6/2019²⁴ que, como es de sobra conocido, incorpora tres modificaciones legislativas en los art. 22 y 28 ET que debemos calificar como de suma importancia para la consecución de la igualdad salarial:

En primer lugar, señala que un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, la formación exigida, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

En segundo lugar, impone a todas las empresas la obligación de llevar un registro salarial y reconoce el derecho de acceso al mismo a la representación legal y en empresas que no cuenten con estructuras representativas se reconoce el derecho de acceso directamente a las personas trabajadoras si bien en este último caso, *“la información a facilitar se limitará a las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable”*.

Y, en tercer y último lugar, el legislador hace una llamada a la negociación colectiva al incorporar dentro del contenido mínimo de todos los planes de igualdad (art. 8 RD 901/2020) la obligación de realizar una auditoría salarial al tiempo que insta a las comisiones negociadoras de convenios a asegurar que el sistema clasificatorio pactado se ajuste a *“criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres”*²⁵. Veamos separadamente el alcance de estas modificaciones.

²⁴ Real Decreto-ley 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, BOE, núm. 57, 7.3.2019.

²⁵ Sobre la minusvaloración de los trabajos feminizados en la negociación colectiva, BALLESTER PASTOR, M. A., *La dis-*

El principio de transparencia retributiva reconocido en el RD 902/2020²⁶ tiene por objeto la identificación de discriminaciones, tanto directas como indirectas, particularmente las derivadas de incorrectas valoraciones de los puestos de trabajo, siendo las empresas, pero también los negociadores de convenios y planes de igualdad, los titulares de esta obligación. Todos ellos tienen el deber de integrar y aplicar el principio de transparencia retributiva *“entendido como aquel que, aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución”*. Este principio constituye, al tiempo, un instrumento esencial para posibilitar las reclamaciones judiciales y, consiguientemente, también para inspirar en el empresario un mayor interés (siquiera preventivo) en la instauración de sistemas de retribución objetivos²⁷. O dicho de otro modo esta exigencia es un incentivo para que los empleadores analicen y corrijan sus políticas retributivas antes de que releven públicamente sus brechas salariales, de modo que desempeña por sí mismo una crucial labor de prevención²⁸.

Además, si tenemos en cuenta los datos publicados por la Inspección de Trabajo, son escasísimas las actuaciones que culminan con una sanción por discriminación salarial por razón de sexo (en la memoria del año 2021²⁹ han sido 181 actuaciones inspectoras en esta materia, con 14 infracciones en acta y 58 reque-

criminación retributiva por razón de sexo: Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo, Bomarzo, Albacete, 2018, p. 24.

²⁶ Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. BOE núm. 272, de 14.10.2020.

²⁷ BALLESTER PASTOR, M. A., *La discriminación retributiva por razón de sexo: Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, *cit.*, p. 28.

²⁸ RODRIGUEZ GONZÁLEZ, S., *La no discriminación retributiva por causa de sexo y género. Un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo, Albacete, 2020., p. 279.

²⁹ La memoria puede consultarse en: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_ITSS_2021_8.pdf (p. 156)

rimientos). Y ello, a pesar de que el marco de actuación en la materia viene determinado por la “Instrucción 3/2011, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la vigilancia en las empresas de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, aprobada por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su condición de Autoridad Central de la misma. Ahora bien, no parece que pueda sostenerse la inexistencia de discriminación con base en los datos de los informes de la ITSS sino que “la falta de denuncias, lejos de preconstituir una prueba de ausencia de discriminaciones salariales, revisite más bien la condición de síntoma de la existencia de deficiencias en la estructura misma del ordenamiento jurídico-laboral que impiden la consecución efectiva de la igualdad salarial entre los sexos, por la dificultad objetiva de acreditar la existencia de puestos de idéntico valor y de distinta remuneración”³⁰.

En este escenario, la publicidad de la información retributiva desagregada por género posibilita a las posibles víctimas de discriminación salarial por razón de sexo el acceso a los datos estadísticos necesarios para plantear demandas. Como certeramente recuerda la “Estrategia Europea para la igualdad de género durante el período 2020-2025”³¹ *cuando se dispone de información sobre los niveles salariales es más fácil detectar las brechas y la discriminación. Debido a la falta de transparencia, muchas mujeres no saben o no pueden demostrar que están peor retribuidas*. Este reforzamiento en la transparencia también se observa en la propuesta de directiva al contemplar no solo una obligación preventiva al exigir información previa a la contratación (del salario o el rango en que la retribución se moverá) sino también al incorporar una prohibición expresa de preguntar

a las personas candidatas a puestos de trabajo sobre su historial de remuneración, con el objetivo de evitar, con esta previsión, que las posibles situaciones de desigualdad retributiva previa se consoliden. En cuanto a la información a los trabajadores, el art. 7 de la Directiva establece el derecho de cualquier trabajador a conocer su nivel salarial y el promedio (desagregado por sexos) de las personas de categorías que realizan su mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

2.1. Primer elemento de transparencia: el registro retributivo

El registro retributivo es la primera medida prevista para lograr una mayor transparencia salarial. Esta obligación, que se regula en el apartado segundo del art. 28 ET, se materializa en la obligatoriedad de elaborar un registro en el que aparecerán de manera fidedigna el reflejo de las retribuciones efectivamente percibidas por las personas trabajadoras. El registro se configura, por tanto, como un instrumento de transparencia formal o, dicho de otro modo, es una imagen documentada de lo que ocurre en la empresa desde el punto de vista retributivo durante un periodo de referencia temporal concreto que coincide con el año natural.

A diferencia de las previsiones contenidas en la Recomendación de 7 de marzo de 2014, de la Comisión Europea, que establecía un tratamiento diferenciado en función del tamaño de las empresas, en España, todas las empresas que empleen a otras personas por cuenta ajena tendrán que efectuar este registro en el que aparecerá la totalidad de la plantilla. Esta obligación se extiende a las Administraciones Públicas si bien circunscrito a su personal laboral, toda vez que la DA 4ª RD 902/2020 señala que “al personal laboral al servicio de las administraciones públicas le resultará de aplicación lo previsto en el presente reglamento, de acuerdo con las peculiaridades establecidas en su legislación específica”.

Conforme a lo dispuesto en el art. 5.2 RD 902/2020, este registro tiene por objeto garan-

³⁰ ARAGÓN GÓMEZ, C. El registro retributivo y la auditoría salarial. Una apuesta por la transparencia en el RD Ley 6/2019 y en el RD 902/2020, NIETO ROJAS, Patricia (Dir). Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa. Madrid: Dykinson, 2021, p. 131.

³¹ El texto de la estrategia puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=COM:2020:152:FIN&id=1> (fecha de consulta: 9/3/2020).

tizar la transparencia en la configuración de las percepciones, de manera fiel y actualizada, y un adecuado acceso a la información retributiva de las empresas, al margen de su tamaño, mediante la elaboración documentada de los datos promediados y desglosados.

Aunque el art. 28.2 ET señala que “el empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor”, lo que sirvió para defender una cierta discrecionalidad empresarial en la elaboración del registro en relación a la elección de las variables de análisis, el art. 5.2 RD 902/2020 clarifica este aspecto al señalar que dentro del “registro retributivo de cada empresa” deberán aparecer “convenientemente desglosadas por sexo, la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable” sin que parezca que pueda optarse por una variable u otra, sino que han de consignarse todas ellas³². Partiendo de este desglose, la información del registro debe reflejar los valores medios de las diferentes percepciones, media aritmética y la mediana de lo realmente percibido, en parte porque la media es un valor especialmente sensible a valores extremos y puede ofrecer un resultado distorsionado, de ahí que se exija incorporar una información adicional: la mediana, que refleja el valor ubicado en el centro de la distribución.

De la literalidad del precepto se infiere que en el registro no ha de aparecer el salario pactado, ni siquiera “el importe anual estimado” sino que el art. 28.3 ET hace alusión expresa a

³² De la misma opinión, ARAGÓN GÓMEZ, C. El registro retributivo y la auditoría salarial. Una apuesta por la transparencia en el RD Ley 6/2019 y el RD 902/2020. En NIETO ROJAS, P. (Dir.) *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*. Madrid: Dykinson, 2021, p. 142.

la “media de las percepciones satisfechas”. Ahora bien, la herramienta para elaborar este registro³³, hecha pública por los ministerios implicados, ha contemplado que las empresas puedan adicionalmente realizar una segunda operación denominada “equiparación” o normalización de las retribuciones a fin de proporcionar un dato adicional de comparabilidad (importes equiparables), estableciendo un sistema para realizar esta totalización. De este modo, se permite obtener dos registros diferenciados: el primero en el que se incorporan las retribuciones efectivamente percibidas, y otro que dará una imagen más precisa, el registro que la herramienta denomina “equiparado”, en el que se tienen en cuenta tanto jornadas reducidas (por ERTE o por tiempo parcial) como el tiempo efectivamente trabajado en el periodo (por incorporación o extinción durante el año natural, por ser un contrato temporal o por cualquier otra causa de suspensión). Este último registro puede servir de apoyo cuando exista obligación de justificar diferencias superiores al 25% (por tener 50 o más trabajadores o por haber elaborado un plan de igualdad, aunque la dimensión de la empresa sea inferior) aunque conviene advertir que los datos que aparecen en registro, por sí solos, no serán, en ningún caso, motivo suficiente para considerar que existe una infracción laboral si bien podrá arrojar una información relevante sobre si las políticas salariales de la empresa encubren algún sesgo discriminatorio.

Respecto a cómo proceder a la agrupación de los diferentes complementos, se ha de tener en cuenta que la herramienta permite informar hasta 30 conceptos salariales y hasta 5 conceptos extrasalariales, permitiendo su agrupación únicamente en el supuesto de que existieran más. En tal caso, se agruparán: a) “lo estrictamente necesario (esto es, utilizando en todo caso los 30 disponibles); y b) “atendiendo a un criterio de similitud entre ellos”.

El periodo temporal de referencia del registro será con carácter general el año natural,

³³ <https://www.igualdadenaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/home.htm>.

sin perjuicio de las modificaciones que fuesen necesarias en caso de alteración sustancial de cualquiera de los elementos que integran el registro.

Ahora bien, un elemento no resuelto por la norma es el lapso temporal al que debe referirse el promedio de salarios. Como es sabido, no es infrecuente que, incluso en la negociación colectiva, se marque el salario por días, meses o años, e incluso por hora trabajada y, en este escenario, la elección de una u otra unidad puede arrojar diferentes resultados en el registro. Habida cuenta que el objetivo del registro no es otro que ser una herramienta contra la brecha salarial, resulta lógico buscar valores comparables, por lo que lo más adecuado a la norma será establecer o bien el salario por hora (que incluirá necesariamente la retribución de los descansos) o bien el salario normalizado a una jornada a tiempo completo (lo que se percibiría de trabajar una jornada completa). Este criterio es el que más se ajusta al principio de transparencia retributiva enunciado en el art. 3 RD 902/2020, y no es incompatible con la periodicidad anual prevista en el art. 5.4 del mismo; una cuestión es cada cuanto se elabora o actualiza y otra la información que contenga: el salario hora o normalizado deben referirse al conjunto del año.

De otra parte, y aunque el RD 902/2020 no establece plazo alguno para proceder a esta revisión, cabría defender que sea en el lapso más corto posible desde que se produjo la modificación (v. gr. aprobación de un nuevo convenio con tablas salariales actualizadas o inaplicación del régimen salarial con base en el art. 82.3 ET).

Para dar una cierta certidumbre a las empresas, la referida herramienta³⁴ establece que “a la hora de determinar qué alteraciones tienen carácter sustancial, se puede atender a aspectos cuantitativos y cualitativos de la altera-

ción”. Desde el punto de vista cuantitativo, una alteración tendrá carácter sustancial cuando afecte a toda la plantilla o tenga carácter colectivo. Desde el punto de vista cualitativo, una alteración tendrá carácter sustancial cuando afecte a la política retributiva de la empresa y considera como tales aquellas:

- Alteraciones sustanciales de las retribuciones: revisión salarial convencional, activación de la cláusula de garantía salarial, nuevo texto convencional, inaplicación o descuelgue del salario convencional, modificación sustancial de condiciones de trabajo colectivas.
- Alteraciones sustanciales de la plantilla: subrogación empresarial, reestructuraciones y sucesiones.
- Alteraciones sustanciales que afecten a la clasificación profesional: modificación del convenio colectivo u otros cambios sustanciales de la clasificación profesional, incluidas las modificaciones derivadas de una valoración de los puestos de trabajo. En todo caso, la sustancialidad de los casos puede variar según las circunstancias particulares de cada empresa (plantilla, sector profesional, etc.) y, por tanto, requerir una actualización del registro.

En relación a los posibles incumplimientos en relación al registro salarial, entendemos que los mismos pueden subsumirse en dos posibles infracciones:

- En primer lugar, la no elaboración de este registro debe considerarse como una falta de cumplimiento de una medida legal en materia de igualdad entre mujeres y hombres, y, por tanto, tipificada como infracción grave (art. 7.13 LISOS).
- En segundo lugar, cabe plantearse qué ocurre si hay un incumplimiento en su elaboración (v. gr. no se desagrega suficientemente los datos conforme exige el texto reglamentario, existen errores u

³⁴ https://www.igualdadnlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/docs/Guia_Uso_Herramienta_Registro_Retributivo.pdf (página 5).

omisiones que impiden el cumplimiento de la finalidad de transparencia). Pues bien, siempre que no tengan la entidad para considerarse como el incumplimiento de la obligación podrá calificarse como una mera infracción leve del art. 6.7 LISOS (otras obligaciones formales o documentales).

- La representación legal de las personas trabajadoras debe ser consultada con carácter previo a la elaboración del registro, y también con una antelación de, al menos, diez días, con carácter previo a su modificación, pudiendo ser también la empresa sancionada si incumple esta obligación consultiva.

El modelo de referencia para la realización de este registro, dentro de las utilidades del servicio “Igualdad en la Empresa”, es meramente orientativo, pues ni la ley ni el reglamento disponen su obligatoriedad. La propia herramienta se define como *“un modelo voluntario de registro retributivo que permite a las empresas cumplir con la obligación de elaborar un registro retributivo de acuerdo con las exigencias previstas en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres y en el artículo 28.2 del Estatuto de los Trabajadores”*. Se utilice este modelo o no se haga uso de él, el soporte documental del registro puede ser físico o digital, pero en este último caso, aunque nada se establezca en la norma, resultaría conveniente establecer algún mecanismo que garantice su autenticidad y naturaleza inalterada, como puede ser la firma electrónica del documento, que establece un sello de tiempo y permite verificar tanto la autoría como la fecha.

En cuanto al formato concreto, debe distinguirse el caso de las empresas que tengan auditoría retributiva –necesariamente todas aquellas que hagan plan de igualdad, con independencia de que lo hayan hecho por obligación legal, por imponerlo un convenio colectivo, la Inspección de Trabajo o porque así lo han decidido de forma voluntaria–, de aquellas en que no exista esta obligación, pues en el caso de las

empresas que elaboren un plan de igualdad, el registro que estas elaboren deberá, adicionalmente, incorporar las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, conforme a los resultados de la valoración de puestos de trabajo descrita en los artículos 4 y 8.1 RD 901/2020, y ello “aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional, desglosados por sexo y desagregados conforme a lo establecido en el citado artículo 5.2”³⁵.

El aspecto que reviste más interés deriva del tratamiento de los datos contenidos en el registro. A este respecto, señala el art. 28.3 ET que “cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras”; obligación extendida en el art. 6 RD 902/2020 a todas las empresas que tengan un plan de igualdad, bien porque la dimensión de su plantilla así lo exija, bien porque el convenio colectivo así lo establezca, bien porque voluntariamente haya decidido elaborarlo.

La explicación de las diferencias detectadas en el registro es esencial para la aplicación efectiva del principio de igualdad de retribución. Una diferencia del 25% puede poner de manifiesto *“un sesgo en función de género en las retribuciones percibidas por los trabajadores en la empresa”*³⁶ y debiera incentivar a la empre-

³⁵ GIMENO DIAZ DE ATAURI, P., Las obligaciones de las empresas sobre el registro retributivo con la entrada en vigor del reglamento de desarrollo, <https://www.adeccoinsitute.es/opinion-del-experto/las-obligaciones-de-las-empresas-sobre-el-registro-retributivo-con-la-entrada-en-vigor-del-reglamento-de-desarrollo/>

³⁶ GOÑI SEIN, J. L., “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”, en Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (ed.) *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar*

sa a articular, en su caso, medidas adecuadas para reducir esta diferencia. Ahora bien, en ningún caso, este porcentaje tiene el valor de presunción de existencia de discriminación, de la misma manera que ante una diferencia inferior entre la retribución de ambos sexos tampoco genera ninguna presunción en favor del carácter no discriminatorio. La cuantía de referencia es el agregado para el conjunto de las personas trabajadoras de la empresa, no para un grupo profesional, categoría profesional, o puesto de determinado valor concreto.

La detección de una diferencia del 25% no significa que estemos ante una situación discriminatoria, pues *“puede relevar la pervivencia de estereotipos de género, y por consiguiente una situación socialmente injusta”*³⁷ aunque no reprochable jurídicamente. Respecto a cuáles pueden ser los elementos que justifican esta diferencia, conviene precisar que de la doctrina judicial se infiere que no serían admisibles justificaciones de tal diferencia salarial conexas o derivadas del ejercicio de derechos de ausencia por motivos vinculados a la conciliación³⁸. En relación a la diferencia salarial vinculada a la menor retribución de los trabajadores a tiempo parcial solo podrá justificarse en factores que se justifiquen objetivamente, por razones ajenas a toda discriminación basada en el sexo, y respecto a las diferencias salariales que provengan de diferencias en complementos individuales voluntarios establecidos por la empresa, tampoco podrán justificar tales diferencias salariales si perjudican a las trabajadoras sin ninguna justificación objetiva. Finalmente, si las “diferencias salariales cuestionadas entre hombres y mujeres derivan de la aplicación de criterios de valoración de los trabajos con efectos adversos hemos de aplicar la doctrina del Tribunal de Justicia y de nues-

tro Tribunal Constitucional sobre trabajo de igual valor”³⁹.

La justificación se exige únicamente cuando se alcanza una diferencia en el promedio de las retribuciones del 25% o superior, de modo que no resulta obligatoria cuando su cuantía porcentual sea inferior. Ahora bien, el hecho de que la justificación no sea obligatoria en estos casos “no impide estimar su conveniencia, especialmente cuando la cifra alcance dígitos muy próximos al mínimo legal establecido. La solidez de la justificación contribuirá no solo a que la empresa cumpla con la finalidad del registro, la transparencia salarial, sino también a que reduzca el riesgo de recibir alguna demanda por discriminación salarial, en la medida en que los sujetos con acceso al registro serán conocedores de la existencia de una diferencia retributiva próxima al 25% que, en otro caso, quedaría huérfana de cualquier justificación”⁴⁰. Se echa en falta el establecimiento de algún efecto vinculado a una diferencia tan alta como la que exige justificación en el registro, de ahí que compartamos que sería idóneo que el plan de igualdad o los convenios colectivos establezcan una nueva obligación tendente a “analizar las causas de las diferencias retributivas (identificadas en el registro) a efectos de descartar que no se infravaloran las condiciones de trabajo en la que prestan su trabajo mayoritariamente las mujeres”⁴¹.

2.2. Segundo elemento de transparencia: el acceso a la información salarial

Aunque las cuestiones relativas a la transmisión de datos salariales han ocupado un lugar central en la confrontación entre las “frecuentes renuencias del empresario a facilitar

la igualdad de trato en el empleo, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2020, p. 108.

³⁷ MARTÍNEZ MORENO, C., *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: Causas y vías para combatirla*. Albacete: Bomarzo, 2019, p. 18.

³⁸ Entre otras muchas, SSTs 9-12-2009, Rec. 8/2008, 27-5-2015, Rec. 103/2014, 10-1-2017, Rec. 283/2015 y 23-9-2020, Rec. 70/2019

³⁹ SÁEZ LARA, C., Brecha salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RD Ley 6/2019. *Revista Derecho Social y Empresa*, vol. 2. 2020, p. 25.

⁴⁰ GARCÍA CAMPA, S. “El registro salarial o retributivo”. *CEF. RTSS*, vol. 555, 2021, p. 104.

⁴¹ GOÑI SEIN, J. L., “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”, *cit.*, p. 104.

este tipo de información, normalmente por propio interés y el temor a cometer algún tipo de infracción en materia de protección de datos, y el de la representación legal en acceder a una categoría de datos de especial interés en la acción sindical⁴², tuvo que ser la Sala 4ª del Tribunal Supremo⁴³ la que, de manera meridianamente clara, señalase que el salario no es un dato de carácter personal ni íntimo susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad, sino que es un elemento esencial del contrato de trabajo, de ahí que no sea necesario recabar el consentimiento previo del trabajador individual para que los representantes legales puedan acceder, en su caso, a dicho dato a través de la copia básica del contrato (art. 8.4 ET y art. 64.4 del mismo cuerpo legal). Por su parte, la STC 142/1993 ya había sostenido que la retribución de la persona trabajadora “no permite reconstruir la vida íntima del empleado ni invade la esfera de la privacidad del trabajador, pues las retribuciones que éste obtiene de su trabajo no pueden en principio desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, para introducirse en este último”.

La función preventiva del registro salarial en los términos expuestos requiere que su contenido sea conocido bien por las instancias representativas bien por las propias personas trabajadoras para que ambas puedan accionar, desde la esfera de sus competencias, las herramientas de tutela frente a la discriminación salarial previstas en nuestro ordenamiento. Con este objetivo, el legislador reconoce como competencia del comité el “derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro previsto en el artículo 28.2 y los datos sobre la proporción de

mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo”, reforzando esta intervención colectiva al incorporar una competencia «de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, especialmente en materia salarial».

Por su parte, el art. 28.2 ET señala que “las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores” al registro salarial elaborado por la empresa, y desarrollando este mandato, el art. 5.3 RD 902/2020 señala que “la citada representación” tendrá derecho “a conocer el contenido íntegro del mismo”. La primera cuestión es que sujetos se han de incluir en la noción “representación legal de las personas trabajadoras”, debiendo integrar en ella a la representación de base electiva como a los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa, dado que estos representantes tienen derecho a acceder a la misma documentación e información que la empresa ha de poner a disposición del comité de empresa. (art. 10.3 LOLS en relación con el art. 64.1 ET).

Dado que los datos del registro retributivo se refieren al conjunto de la entidad y no se desglosan por centros de trabajo, y que el art. 28.2 ET hace expresa referencia al “registro salarial de su empresa” no operara aquí el principio de correspondencia para su acceso, de modo que la petición de información podrá efectuarse por cualquier representante electivo sin que el acceso se circunscriba al centro por el que fue elegido.

La segunda cuestión es si es necesario obtener el consentimiento del trabajador para que la empresa facilite el acceso al registro salarial a la representación legal.

La respuesta ha de ser negativa, habida cuenta que el tratamiento de estos datos deriva

⁴² PÉREZ DEL PRADO, D., “Representación de los trabajadores y protección de datos personales como fuente de poder”, *Documentación Laboral*, vol. 119, 2020, p. 71.

⁴³ Véase STS 13.10.2011 (Rec. 210/2011).

del cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable (en este caso, la empresa) y esta es una de las excepciones contenidas en el art. 8 LO 3/2018⁴⁴ a la obtención de la referida autorización. Sentado lo anterior, la utilización de los datos del registro por parte de los representantes debe limitarse a la finalidad de control que el ET les atribuye la ley⁴⁵, teniendo en cuenta que el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos así como a la imposición de obligaciones de la seguridad y conservación impuestas por la legislación de protección de datos, siendo especialmente relevante en este caso el celo en la restricción al acceso de los datos única y exclusivamente a los sujetos legalmente autorizados⁴⁶ sin que puedan ser conocidos por ninguna persona o entidad ajena de los previstos por la ley.

El acceso a estos datos ha de regirse por el cumplimiento estricto de los principios generales establecidos en la LO 3/2018⁴⁷ y, en consecuencia, solo se cederán los necesarios para el cumplimiento de las funciones legalmente atribuidas sin que quepa una interpretación extensiva de este derecho. La Agencia de Protección de Datos recuerda, en este sentido, que “en todos aquellos casos en los que la información pueda presentarse de modo estadístico o

anonimizado, permitiendo al comité cumplir con sus funciones, se optará por este método”⁴⁸.

El art. 7.5 de la Directiva garantiza este acceso a la información salarial, señalando expresamente que “no se impedirá a los trabajadores revelar su retribución a efectos del cumplimiento del principio de igualdad de retribución. En particular, los Estados miembros establecerán medidas para prohibir las cláusulas contractuales que impidan a los trabajadores la divulgación de información sobre su retribución”.

Se ha planteado, no obstante, qué ocurriría si existe una única persona en el grupo, categoría o puesto de trabajo correspondiente. En tal supuesto, sería objeto de registro e información la cuantía salarial real, no promediada, percibida, siendo perfectamente identificable por mera deducción para todo el que pudiera acceder al registro. Cuando ello sucediera, la AEPD⁴⁹ advierte de que el tratamiento de estos datos debiera contar con las medidas de seguridad basadas en el análisis de riesgos conforme al RGPD⁵⁰, y además el empleador debería informar a las personas trabajadoras del tratamiento de datos personales y de su finalidad, mientras que los representantes de las personas trabajadoras estarían obligados a respetar la confidencialidad acerca de esa información. Los representantes de las personas trabajadoras al acceder a información que potencialmente contiene datos personales devienen automá-

⁴⁴ Cuyo apartado primero dispone que “el tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto el mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal”.

⁴⁵ En relación al incumplimiento en materia de acceso, información, consulta a los representantes de los trabajadores, esta conducta constituye infracción grave, conforme a lo dispuesto en el art. 7.7. LISOS.

⁴⁶ STS 22.6.2020 (Rec. 677/2020).

⁴⁷ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, 6.12.2018).

⁴⁸ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía. La protección de datos en las relaciones laborales*, AEPD, Madrid, 2009, p. 35. En el año 2021, la AEPD ha actualizado su guía accesible desde <https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>, y mantiene la misma prevención respecto a la entrega de datos salariales (véase página 60).

⁴⁹ AEPD, *Guía. La protección de datos en las relaciones laborales*, Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2021, p. 38.

⁵⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DOUE 4.5.2016.

ticamente responsables de su custodia y de la preservación de los derechos de los terceros que puedan verse implicados.

Y aunque, ciertamente, el derecho de información reconocido a la representación legal no alcanza, en ningún caso, a la comunicación personal de los salarios de cada trabajador, pues esta petición “puede violar el derecho a la intimidad de los trabajadores afectados”⁵¹, conviene también precisar que se ha considerado contraria a derecho la conducta empresarial tendente a excluir del registro retributivo la información de “determinados puestos de trabajo por estar solo ocupados por personas de un sexo o por ser identificable la retribución que se percibe conculca la legislación vigente pues priva tanto al registro como a la auditoría retributiva de elementos necesarios para identificar posibles discriminaciones indirectas por razón de sexo en materia de retribución. Nótese que el hecho de que un puesto de trabajo esté únicamente ocupado por personas de un sexo, no implica que no existan otros cuyos cometidos puedan ser considerados de igual valor que puedan ser ocupados por personas de ambos sexos o solo de otro, y que el concepto de trabajo de igual valor no es concepto que deba determinar unilateralmente la empresa, ni un tercero, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado, y, por ende, susceptible de ser objeto de consideración tanto por la parte social, como por la empresa, y en último caso objeto de determinación en sede judicial”⁵².

La tercera cuestión de interés se vincula a la forma de acceso al registro, es decir, cabe la mera exhibición o es necesario el acceso al documento en su integridad. Con respecto a esta duda, conviene poner en conexión el derecho de acceso que recoge el art. 5 RD 902/2020 con el derecho de información que prevé el art. 64.3 E/T, pues no debemos olvidar que el propio legislador define la información como “la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de

que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen”. Por lo tanto, la obligación de la empresa sí podría entenderse cumplida con la entrega de una copia de los resultados del registro (sin que parezca suficiente para considerar cumplida la obligación legal una mera exhibición de este) sin necesidad de entregar el fichero. Ahora bien, si por la complejidad de los cálculos se evidenciara que con esa información los representantes no pueden cumplir su cometido de velar porque se garantice la igualdad en la empresa, que es el fundamento legal que motiva esta transmisión, podría ser defendible el que los representantes reclamen el fichero al objeto de poder trabajar directamente con él y poder entender mejor los resultados⁵³.

Con todo, la principal novedad del desarrollo reglamentario fue el reconocimiento del derecho de acceso al registro directamente a las personas trabajadoras en las empresas en las que no existe representación legal de naturaleza estable. De producirse esta circunstancia, la información que se facilitará por parte de la empresa no serán los datos promediados respecto a las cuantías efectivas de las retribuciones que constan en el registro, sino que la información a facilitar se limitará a “las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable”. Como se puede observar, el nivel de desagregación es mucho menor⁵⁴ pues solo se refiere a la naturaleza de la retribución (*stricto sensu* salarial o extrasala-

⁵³ Sin embargo, para ROQUETA BUJ, R., *La igualdad retributiva entre mujeres y hombres- Registros y auditorías salariales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 85, “en ningún momento se obliga al empresario a entregar una copia del registro retributivo, por lo que, en principio, este cumpliría con sus deberes de información mostrando o enseñando a la representación legal de los trabajadores el contenido del registro retributivo”.

⁵⁴ Ya defendía este acceso analizando el RD Ley 6/2019, MIÑARRO YANINI, M., “Un nuevo impulso normativo a la brecha salarial por razón de género”, *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa: (RGDS)*, vol. 8, 2019, p. 157.

⁵¹ STS 22.6.2020 (Rec. 677/2020).

⁵² SAN 23.2.2023. (Proc. 355/2022).

larial, pero en el contexto parece razonable entender que también básica o complementaria), debiendo defender que esta información alcanza a las medias y medianas de las retribuciones efectivamente percibidas.

Esta previsión solventa una de las principales carencias que tenía la previsión legal, y era qué ocurría en aquellas empresas que no tenían representación legal de naturaleza estable, toda vez que el derecho de acceso contenido en el art. 28.2 ET se configura como un derecho derivado, toda vez que debía instrumentarse a través de las estructuras colectivas existentes en la empresa. Y aunque ciertamente se planteó si la regulación reglamentaria podría haber incurrido en un efecto *ultra vires*, compartimos la argumentación sostenida por el Consejo de Estado⁵⁵, el cual recordaba que “si bien el art. 28.2 ET solo contempla la posibilidad de acceder al registro a través de la representación legal de los trabajadores, es compatible con dicha regulación que el ejercicio del derecho de acceso al registro retributivo pueda ejercitarse por el propio trabajador en caso de carecer de representación legal. De lo contrario, se privaría a los trabajadores que careciesen de representación legal del derecho de acceso al registro retributivo”.

Respecto a si la persona peticionaria deberá acreditar la causa de la petición, de la literalidad de la norma puede defenderse que la misma admite el mero interés en conocer la situación retributiva en materia de igualdad como razón suficiente. Esta información, por otra parte, no tiene por qué haberse calculado en el registro, aunque la herramienta hecha pública por los ministerios implicados calcula este dato automáticamente, de forma que únicamente habrá que extraerla para mostrársela a las personas interesadas.

2.3. Tercer elemento de transparencia: las auditorías retributivas como contenido mínimo del plan de igualdad

El tercer y último instrumento para garantizar el principio de transparencia retributiva se vincula a las empresas obligadas a contar un plan de igualdad, pues en ellos se ha de efectuar una “auditoría retributiva” que tiene por objeto obtener la información necesaria para comprobar si el sistema retributivo de la empresa cumple el principio de igualdad entre mujeres y hombres, y, a la luz de los resultados obtenidos, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades que pudieran producirse. Aunque ya hemos referido que la Recomendación de la Comisión de la Unión Europea de 7 de marzo de 2014 sugería que las auditorías salariales no se exigieran a las empresas con menos de 250 trabajadores (pues ello podía suponer una carga desproporcionada para las mismas y el art. 9 de la Directiva lo circunscribe a empresas de más de cien empleados, en España), el art. 7.1 RD 902/2020 impone esta obligación a todas las empresas “*que elaboren un plan de igualdad*”.

Atendiendo a la literalidad del precepto, toda empresa que decida contar con un plan de igualdad, aunque no alcance el umbral de 50 personas en plantilla, deberá incorporar en su contenido una auditoría salarial⁵⁶ en los términos previstos en el art. 7 RD 902/2020.

Para la realización de este trabajo analítico podrían utilizarse las herramientas de diagnóstico elaboradas desde el Instituto de las Mujeres, con el concurso de patronales y sindicatos más representativos, aun advirtiendo del carácter más amplio de la auditoría que requiere un trabajo preciso para cada empresa.

⁵⁵ Dictamen del Consejo de Estado 515/2020, de 17-9-2020, sobre el Proyecto de Real Decreto, por el que se regula el Reglamento para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2020-515>

⁵⁶ En sentido contrario, SÁNCHEZ PÉREZ, J. “Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y la tutela frente a la discriminación”. *CEF. RTSS*, vol. 453, 2020, p. 112 para quien la condición previa viene dada porque la empresa alcance el número de personas trabajadoras que determine la obligación de realizar planes de igualdad.

La auditoría retributiva exige, en primer lugar, la realización de un diagnóstico de la situación retributiva en la empresa y también del sistema de valoración de los puestos de trabajo.

Este diagnóstico requiere no solo analizar los factores que pueden desencadenar una diferencia retributiva (evaluación de puestos de trabajo, deficiencias en el diseño o en el uso de las medidas de conciliación o corresponsabilidad, dificultades de promoción profesional, etc.), sino que también exige una interpretación de los datos que arroje el registro retributivo con el objeto de identificar los orígenes de las posibles diferencias salariales.

Para realizar esta auditoría, las empresas obligadas tendrán que efectuar una valoración de puestos de trabajo, realizando una estimación global de todos los factores que concurren o pueden concurrir en un puesto de trabajo, asignándoles una puntuación o valor numérico al mismo. Los factores requeridos para el desempeño de cada puesto deben ser considerados de manera objetiva y deben estar vinculados de manera necesaria y estricta con el desarrollo de la actividad laboral. Esta valoración debiera referirse a cada una de las tareas y funciones de cada puesto de trabajo, tendría que ofrecer confianza respecto de sus resultados y ser adecuada al sector de actividad, tipo de organización de la empresa y otras características que a estos efectos puedan ser significativas. Señala, a este respecto, el art. 28.1 ET que “un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”. Y aunque nada impide que se apliquen criterios no incluidos en esa enumeración en la retribución de las personas trabajadoras, su toma en consideración no ha de generar resultados diferentes en atención al sexo de aquellas.

Con el objeto de facilitar el cumplimiento de las obligaciones legales para las que resulta necesario realizar una valoración de los puestos de trabajo, la disposición final primera del RD 902/2020, en su apartado 1, dispuso la aprobación, a través de una orden dictada a propuesta conjunta de las personas titulares de los Ministerios de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad, de un procedimiento de valoración de los puestos de trabajo. En cumplimiento de este mandato, el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Instituto de las Mujeres, adscrito al Ministerio de Igualdad, han trabajado, con la participación de los interlocutores sociales, en el desarrollo de una herramienta informática que diese soporte a dicho procedimiento.

La herramienta, aprobada a través de la Orden PCM/1047/2022, de 1 de noviembre, por la que se aprueba y se publica el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo previsto en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres incorpora un modelo voluntario de procedimiento de valoración de puestos de trabajo⁵⁷, que posibilita que cada empresa pueda evaluar de forma efectiva el valor que realmente aporta cada puesto de trabajo al conjunto de la organización.

Se trata de una herramienta que permite visibilizar las tareas, funciones y actividades que tradicionalmente, por estar ligadas a puestos de trabajo altamente feminizados, no se valoran debidamente. Debido a que este procedimiento, precisamente, tiene como objetivo el constituirse como canal de cumplimiento del RD 902/2020, procede la aplicación del efecto previsto en el apartado 2 de la disposición final primera del citado real decreto, que no es otro que el de declarar que la valoración efectuada a través del mismo cumple con los requisitos formales exigidos.

El procedimiento de negociación de la auditoría retributiva se tendrá que regir por la

⁵⁷ BOE núm. 264, de 3 de noviembre de 2022.

buena fe de ambas partes, señalando el art. 5.2 RD 901/2020 que en lo no expresamente regulado en el desarrollo reglamentario se estará a lo establecido en el artículo 89 ET. Respecto a los sujetos colectivos con los que se tendrá que negociar esta nueva obligación legal, habrá que estar a lo dispuesto en el desarrollo reglamentario de planes de igualdad, y ante un bloqueo negocial en la elaboración de esta auditoría, se podían plantear el recurso a los sistemas de mediación, algo que el RD 901/2020 ya contempla cuando establece que “en caso de desacuerdo, la comisión negociadora podrá acudir a los procedimientos y órganos de solución autónoma de conflictos”⁵⁸. Solo ante el fracaso de estos sistemas extrajudiciales, la empresa adoptará unilateralmente el plan, y dentro de este, la auditoría retributiva.

En lo que hace a su vigencia, es el art. 7.2 RD 902/2020 el que señala que la misma podrá tener idéntica duración que el plan de igualdad en el que se inserta, salvo que se determine otra inferior. Respecto a su articulación con el plan, conviene insistir en que la auditoría retributiva representa una acción específica dentro del plan de igualdad, y aunque la misma presente cierta autonomía, la auditoría culminará con un plan de corrección de las desigualdades retributivas detectadas, “con determinación de objetivos, actuaciones concretas, cronograma y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento”, priorizándose aquellas áreas en las que se haya detectado una situación discriminatoria, debiendo cesar en dicha política retributiva y proceder a la igualación salarial en los términos ya referidos.

No obstante, puede que del resultado de la auditoría retributiva se constate que la causa de la brecha salarial obedece a razones, en principio, legítimas, pero sobre las que es necesario intervenir para lograr una empresa más igualitaria. En tal caso, se identificarán las

áreas en las que será necesario intervenir desde la perspectiva de género, como, por ejemplo:

- Existencia de retribuciones no sujetas a la regulación colectiva.
- Incidencia desigual en el devengo de pluses y complementos debidos a la segregación ocupacional.
- Existencia de criterios de promoción que generan desigualdades entre mujeres y hombres.
- Uso desigual de medidas de conciliación con impacto en la brecha salarial.

Identificado el área de mejora, se establecerá un plan de actuación, con determinación de objetivos, actuaciones concretas, cronograma y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento. Por ejemplo, si del resultado de la auditoría se advierte que hay determinadas retribuciones de carácter variable por encima de convenio, y cuya cuantía se vincula a los resultados de la evaluación del desempeño, plausible sería una medida que estableciese una garantía de “indemnidad” en relación a su devengo ante la suspensión contractual derivada de situaciones vinculadas a la conciliación de la vida laboral y familiar. De este modo, se podrá pactar que el cálculo de la retribución variable, para empleados y empleadas que disfruten del permiso de suspensión por nacimiento y cuidado, se realizará sobre el promedio del tiempo efectivo trabajado en el ejercicio correspondiente sin tener en cuenta el tiempo que la persona ha estado de baja. Podría pactarse también que la cuantía de la retribución variable no se vea aminorada por la realización de jornada reducida por cuidado de menor o de familiar a cargo, más allá de la correspondiente reducción del salario fijo por disminución de la jornada, y lo mismo ocurriría con los beneficios sociales, que tampoco se verían afectados en los casos de reducción de jornada. Para poder evaluar el logro de esta medida se establecerán como indicadores válidos: el número de mujeres y hombres que han suspendido su contrato y a los que se les ha aplicado esta medida, y

⁵⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M., El plan de igualdad imposible en <http://grupo.us.es/iwpr/2021/04/07/el-plan-de-igualdad-imposible/>

también el número de mujeres y hombres con reducción de jornada a los que se les ha aplicado esta medida.

2.4. Cuarto elemento de transparencia: la llamada a la negociación colectiva para la eliminación de la brecha salarial

Los convenios colectivos son la fuente principal de fijación tanto de los sistemas de clasificación profesional como de las estructuras salariales, de forma que los interlocutores sociales se convierten en corresponsables de las discriminaciones indirectas generadas por una minusvaloración del trabajo de las mujeres. Lamentablemente, muchos convenios y planes de igualdad solo contemplan una declaración programática tendente a garantizar la igualdad de remuneración por la prestación de un trabajo de igual valor, pero sin establecer ninguna referencia a la determinación de los parámetros que sirven para la conformación la retribución salarial. Sin embargo, la acción de los interlocutores sociales en este ámbito resulta imprescindible, no solo porque la reclamación individual en un contexto de precariedad generalizada no otorga adecuada solución al problema, sino sobre todo porque la discriminación retributiva es un tipo de discriminación que tiene actualmente una indudable dimensión colectiva.

La clasificación profesional no es solo el instrumento que determina las funciones de los trabajadores, sino que también sirve para concreción de las retribuciones. Precisamente, por esta funcionalidad, el sistema clasificatorio puede configurarse como un potencial instrumento de gestión empresarial antidiscriminatorio⁵⁹. Sin embargo, numerosos estudios cualitativos advierten de *“que los mecanismos de clasificación profesional establecidos en la*

negociación colectiva sectorial son, en determinados casos, fuentes de discriminación directa o indirecta”⁶⁰, bien porque incorporan en su articulado discriminaciones directas por la herencia de convenios que distinguían sin justificación algunas clasificaciones diversas para hombres y mujeres, bien porque su aplicación genera discriminaciones indirectas, esto es, “tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diferente sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o razonablemente desiguales tienen sobre los derechos de uno y otro sexo”⁶¹, generalmente al pactar una retribución inferior de categorías o grupos profesionales feminizados⁶² en comparación con otros de mayor presencia masculina⁶³.

En demasiadas ocasiones, es el convenio colectivo el que cronifica la segregación ocupacional al incorporar cláusulas que, sin ser discriminatorias en su formulación jurídica, vienen a jugar el papel de encubrir posibles discriminaciones, por ejemplo, limitándose simplemente a dar una regulación aparentemente neutra, pero que encubre estereotipos de género en la clasificación profesional.

Es, además, muy frecuente que las estructuras salariales sean opacas, y ello a pesar de que, desde hace varios años, los sindicatos insisten en la necesidad de que, en la negociación de los convenios y planes de igualdad, el valor

⁶⁰ GIMENO DIAZ DE ATAURI, P., “Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial”, *cit.*, p. 119.

⁶¹ SÁEZ LARA, C., “Negociación colectiva e igualdad salarial entre hombres y mujeres”, en SÁEZ LARA, C., Navarro Nieto, F. (eds.) *La negociación colectiva ante los retos sociolaborales del Siglo XXI. Libro en memoria de la profesora María José Rodríguez Crespo*, Bomarzo, Albacete, 2020, p. 100.

⁶² MERCADER UGUINA, J. R., “Art. 17”, en AAW. (ed.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª, Lex Nova, Valladolid, 2014, p. 250.

⁶³ BALLESTER PASTOR, M. A., “Discriminación por razón de sexo y negociación colectiva”, en *Discriminación de Género en la negociación colectiva del País Valencià*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 91.

⁵⁹ SALDAÑA VALDERAS, E., “Discriminación salarial”, en PÉREZ DEL RÍO, T. (ED.), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, p. 217.

de cada trabajo se determine utilizando criterios objetivos, tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad⁶⁴. A juicio de la más autorizada doctrina⁶⁵, “ello significa algo más que la sola prohibición de establecer sistemas de clasificación basadas en criterios no discriminatorios: el deber legal impuesto va más allá y supone, en realidad, que cuando los sujetos negociadores vayan a fijar el sistema clasificatorio habrán de poner en el centro de sus intereses la garantía de la ausencia de toda discriminación, ya sea directa o indirecta”. O, dicho de otro modo, para revertir que el sistema clasificatorio sea, al tiempo, causante y perpetuador de la brecha salarial, el RD Ley 6/2019 insta a que, en los convenios colectivos, pero también en los planes de igualdad, se haga un análisis correlacional para evitar sesgos de géneros en la estructura en la que se divide la plantilla de una concreta empresa.

La valoración objetiva de los puestos de trabajo es, probablemente, la medida más importante que debe cumplirse en materia de igualdad retributiva⁶⁶. Y, de hecho, sin ella resulta imposible el correcto cumplimiento de las obligaciones exigibles en relación con el registro y la auditoría salarial. La doctrina define la valoración de puestos como la actividad consistente en determinar el valor de un puesto dentro de la organización empresarial, en relación con los demás⁶⁷ y para ello es necesario realizar una estimación global de todos los factores que concurren o pueden concurrir en un puesto de trabajo, teniendo en cuenta su incidencia y

permitiendo la asignación de una puntuación o valor numérico al mismo. Ahora bien, si en el convenio colectivo de ámbito supraempresarial de aplicación en la empresa ya se ha revisado el sistema de clasificación profesional en clave de valoración de puestos, y el sistema de clasificación de la empresa no presenta peculiaridad alguna respecto al del sector, se podrá acreditar el cumplimiento de esta obligación por remisión al sistema de valoración del convenio colectivo aplicable⁶⁸.

Desde la perspectiva del diseño de una clasificación profesional que no encierre infravaloración del trabajo de las mujeres, la metodología que propone la redacción del art. 22.3 ET y su desarrollo en el art. 4 RD 902/2020 exige un proceso secuencial para los negociadores sociales:

En primer lugar, se ha de proceder a un análisis de la totalidad de puestos de trabajo existentes en la empresa, teniendo en cuenta los criterios de equivalencia previstos en el art. 28.1 ET. En el caso de la negociación de sector deben valorarse, en la medida de lo posible, los posibles puestos “tipo” que se dan en el ámbito funcional correspondiente, determinando con claridad cuáles son, con carácter general, los requisitos para el acceso a ellos (educativos, formativos, profesionales).

En segundo lugar, en lo que hace a las posibles vías de agrupación y encuadramiento, y siempre respetando la regla prevista en el apartado primero del art. 22 ET⁶⁹, deberá valorarse cuál es la composición por sexos de la plantilla en esa concreta empresa.

Atendiendo a los dos puntos anteriores, debe evitarse que entre puestos equivalentes –en el estricto sentido de tener igual valor conforme a los criterios legales del

⁶⁴ SECRETARÍA CONFEDERAL DE LA MUJER DE IGUALDAD DE CCOO. *La Brecha Salarial de Género: análisis y propuestas sindicales para la negociación colectiva*. Confederación Sindical de CCOO, Madrid 2015, pág. 9. <https://www.ccoo.es/480fe783e-f5ada4611e4ff2418c1288a000001.pdf>

⁶⁵ RAMOS QUINTANA, M., “Carrera profesional de las mujeres y promoción en el trabajo: un análisis jurídico con perspectiva de género”, en LÓPEZ LÓPEZ, J. (ed.) *Derechos@género*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 95.

⁶⁶ LÓPEZ BALAGUER, M., “Nuevas obligaciones para la igualdad retributiva en la empresa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2022, núm. 466, p. 101.

⁶⁷ GARCÍA GIL, B., “Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género”, *Femeris*, 2021, núm. 2, p. 146.

⁶⁸ LÓPEZ BALAGUER, M., “Nuevas obligaciones para la igualdad retributiva en la empresa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2022, núm. 466, p. 105.

⁶⁹ Se atenderá a “aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación”.

art. 28 ET– se generen diferencias retributivas que puedan producir una discriminación por razón de sexo.

Lamentablemente, en el análisis efectuado sobre el tratamiento negocial más reciente en la materia⁷⁰ se constata que apenas se ha avanzado en este análisis correlacional y además se observa una excesiva diversidad de partidas en las que en muchos casos no se conoce la causa real del complemento, ni los criterios de atribución retributiva, y lo que es más preocupante, se constata la ausencia de una vocación clara de equiparación salarial por parte de los agentes sociales. Las diferencias tienden a ser encubiertas en la negociación colectiva mediante una infravaloración económica sistemática de las tareas realizadas por mujeres en el sector, o mediante el establecimiento de complementos económicos indirectos tales como penosidad, esfuerzo físico, nocturnidad que benefician a los trabajadores varones, en detrimento de puestos que requieran especial paciencia, destreza o habilidad, con mayor presencia femenina⁷¹. Esta misma conclusión se alcanza en un estudio cualitativo más reciente que analiza el contenido de más de trescientos planes de igualdad acordados después de la entrada en vigor del RD 901/2020 advirtiendo que unas de las causas que genera brecha salarial en las empresas analizadas es la elevada segregación horizontal, de manera que, en puestos de igual valor relativo, las ocupaciones masculinizadas suelen ser las que tienen asociados mayor cuantía de complementos salariales (por ejemplo, en puestos de carácter técnico en la industria, donde hay una presencia mayoritariamente masculina, se asocian complementos vinculados a la peligrosidad, nocturnidad,

turnicidad,... no vinculados a profesiones feminizadas como pueden ser puestos de carácter administrativo)⁷².

A luz de estas conclusiones, parece evidente la necesidad de revisar el contenido de los convenios colectivos para unificar la regulación de los aspectos retributivos, siendo exigible que todas y cada uno de los pluses o complementos aparezcan definidos cualitativamente, y detallados cuantitativamente. Al tiempo, se debería reclamar a los negociadores un mayor rigor jurídico, no escondiéndose detrás de dichos pluses de convenio, brechas de género por percibirse solo para los trabajadores a tiempo completo o fijos, reconocimiento que perjudica claramente al sexo femenino que concentra una mayor parcialidad o temporalidad en nuestro país. Los estereotipos de género en un mercado de trabajo claramente segregado como el español tienen una proyección directa en la peor valoración económica del empleo femenino.

Para tratar de enmendar esta situación, el art. 22.3 ET mandata a los negociadores sociales a diseñar el sistema de clasificación profesional de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo, teniendo presente el importante impulso que ha supuesto para el cumplimiento de esta obligación la definición de cuándo estamos ante un trabajo de igual valor: *“cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”*. A pesar de este esfuerzo normativo, lo cierto es que la identificación del trabajo de igual valor es un problema muy esquivo a resolverse con pautas generales; consciente de esta dificultad, señala el art. 3 RD 902/2020 que *“a fin de garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en ma-*

⁷⁰ NIETO ROJAS, P., “La reducción de la brecha salarial a través de mecanismos de transparencia. Registro retributivo y auditorias salariales”, MOLERO MARAÑÓN, M. L. (Dir.), *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*–Navarra: Aranzadi, 2021, pp. 197-208.

⁷¹ Recuerda, a este respecto, la STSJ Canarias 2-7-2019, Rec. 369/2019, de la que es ponente la magistrada Gloria Poyatos Matas, que el concepto mismo de “peligrosidad” utilizado por la normativa laboral se ha forjado sin perspectiva de género.

⁷² ADECCO, Informe “Estudio en materia de Igualdad de mujeres y hombres en empresas españolas”, 2023, p. 25. El estudio analiza más de 300 planes aprobados tras el RD 901/2020.

teria retributiva entre mujeres y hombres, las empresas y los convenios colectivos deberán integrar y aplicar el principio de transparencia retributiva entendido como aquel que, aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución”.

Esta nueva obligación se materializa en el art. 9 RD 902/2020 cuando exige a las mesas negociadoras de los convenios colectivos “asegurarse de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor”. Que la negociación colectiva sea llamada a desarrollar una función de garantía de la igualdad retributiva tendrá que evidenciarse en los mecanismos de control de legalidad del convenio colectivo⁷³, de modo que la política salarial pactada se debería diseñar garantizando que los ítems que han servido para el diseño de la estructura de clasificación profesional⁷⁴ eliminen cualquier sesgo que pueda generar una discriminación salarial por razón de género, seguramente de naturaleza indirecta.

Llegados a este punto, cabría plantearse si sería una buena práctica convencional la inclusión de una cláusula de equiparación progresiva, similares a las pactadas en los casos de subrogación de empresas⁷⁵, si en el diagnóstico que ha sido utilizado para la elaboración de la auditoría salarial se detectaran agravios comparativos, no discriminatorios, en las retribuciones de trabajos similares o equivalentes, bien porque en unos de ellos se establece unos pluses que no se devengan en los otros,

⁷³ SÁEZ LARA, C., “Negociación colectiva e igualdad salarial entre hombres y mujeres”, *cit.*, p. 107.

⁷⁴ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Discriminación retributiva por razón de género y responsabilidad social corporativa”, *Revista Ministerio de Trabajo e Inmigración*, vol. Mujer en el mercado de trabajo. Número Extraordinario, 2019, p. 269.

⁷⁵ UGT. Herramientas para combatir la brecha salarial, UGT, Madrid, 2015, p. 36.

bien porque hay una concentración del empleo femenino en categorías peor valoradas económicamente que las masculinizadas. A pesar de lo plausible que pudiera parecer esta fórmula, conviene destacar que en la muestra analizada en un anterior trabajo sobre el tratamiento negociado⁷⁶ no se ha encontrado ningún convenio que haya previsto algún mecanismo en este sentido. Evidentemente este tipo de cláusulas pretende corregir la posible brecha salarial no discriminatoria mediante una reducción progresiva de estas diferencias, debiendo admitirse su inclusión al suponer un reconocimiento, más o menos explícito, del empresario con la obligación legal.

La propia redacción del art. 8.2 b) RD 902/2020 refuerza la virtualidad de este tipo de fórmulas cuando señala que será contenido mínimo de la auditoría el “establecimiento de un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas, con determinación de objetivos, actuaciones concretas, cronograma y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento. El plan de actuación deberá contener un sistema de seguimiento y de implementación de mejoras a partir de los resultados obtenidos” lo que parece abrir la puerta a una cierta transitoriedad en la eliminación de la brecha salarial. Ahora bien, atendiendo al art. 17.1 ET “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo”.

Si existe un tratamiento retributivo discriminatorio bien por la aplicación de un convenio colectivo, bien por una práctica empresarial, y este resultado es detectado en la auditoría re-

⁷⁶ NIETO ROJAS, P., La reducción de la brecha salarial a través de mecanismos de transparencia. Registro retributivo y auditorías salariales”, *cit.* p. 198.

tributiva se ha de instar a la equiparación inmediata de condiciones. O, dicho de otro modo, si se detecta que es el convenio colectivo el que regula para trabajos de igual valor una retribución inferior por razón de sexo, la discriminación se ha de solventar mediante una igualación⁷⁷, y debe interpretarse, aunque no se mencione expresamente⁷⁸, que la equiparación es siempre en favor del quien sufría la discriminación y no contra el que gozaba el privilegio, conforme dispone el nuevo apartado tercero del art. 9 ET:

“En caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor”. Cabe lamentar la deficiente técnica jurídica de la redacción estatutaria⁷⁹, pues probablemente lo que pretendía el RD Ley era garantizar la retribución más alta a quien ganaba un proceso por discriminación retributiva, pero con la formulación utilizada no se consigue necesariamente este efecto porque parece legitimarse también la posibilidad de condenas a la equiparación a la baja.

A diferencia de lo que ocurre en las decisiones unilaterales del empresario o en los pactos individuales que la empresa pueda alcanzar trabajador, la negociación colectiva se encuentra en una posición intermedia en relación al principio de igualdad, sin que sus posibilidades de diferenciación (en el objeto de estudio de este trabajo, salarial) sean totalmente libres más allá de la interdicción de discriminación⁸⁰.

⁷⁷ BALLESTER PASTOR, M.A., "Discriminación por razón de sexo y negociación colectiva", *cit.*, p. 67.

⁷⁸ Discutiendo esta cuestión, por comparación con la propuesta de Unidas-Podemos, BALLESTER PASTOR, M. A., "El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol", *Femeris*, vol. 4, 2, 2019, p. 21.

⁷⁹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., La no discriminación retributiva por causa de sexo y género. Un derecho constitucional laboral específico, *cit.*, p. 298.

⁸⁰ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., "Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial", en PUEBLA PINILLA, A., MERCADER UGUINA, J. R (eds.) *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresa-*

3. CONCLUSIONES

Con el convencimiento de que la negociación colectiva por su propia configuración y naturaleza –dinámica, actual y pactada– es el instrumento idóneo para la consecución de la igualdad salarial, la primera acción que debieran realizar los interlocutores sociales pasaría por detectar en fase de diagnóstico los factores que propician la brecha, tratando de evitar que en la regulación convencional de los complementos salariales se incorporen pluses sin definir o con definiciones confusas.

Con todo, el elemento que reviste más interés es que el convenio identifique cuando dos trabajos, grupos o categorías de la estructura convencional han de ser considerados con el mismo valor, por lo que es necesario concretar su significado, debiéndose valorar si los trabajadores se encuentran en una situación comparable⁸¹, en cuyo caso, tendrán derecho a un salario igual.

Como se ha expuesto en este trabajo, las competencias y capacidades de las mujeres están a menudo infravaloradas pues, en demasiadas ocasiones, se considera que reflejan características «femeninas», en lugar de capacidades y competencias adquiridas; es más, cuando las mujeres constituyen la mayoría de las personas que trabajan en una ocupación determinada, reciben salarios más bajos. En el caso de los hombres sucede todo lo contrario: cuanto mayor es su predominio en una ocupación determinada, más elevados son sus salarios.

Para revertir esta situación, es necesario avanzar en el uso de herramientas de valoración de puestos de trabajo que tomen en

rial y de la cohesión social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 150.

⁸¹ BENAVENTE TORRES, I., "Igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo", en Navarro Nieto, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y GÓMEZ MUÑOZ, J. M. (Dir), *Manual de derecho social de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid 2010, pág. 239.

consideración exclusivamente los factores relacionados con la actividad efectivamente desarrollada, describiendo cada puesto de trabajo y las condiciones que lo singularizan sin que ninguno de los requisitos se invisibilice e infravalore. A tal efecto, el valor del trabajo deberá evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo.

Los datos hechos públicos por la encuesta de estructura salarial evidencian que los complementos y pluses, muchas veces sin causa definida de atribución y con un alto margen de discrecionalidad empresarial⁸², suponen un peso menor en el conjunto de retribuciones de las mujeres que en el de los hombres y es en los mismos donde más posibilidades de que se produzca un desigual impacto en hombres y mujeres. Muchas veces, los criterios de atribución de estos pluses suelen ser inexistentes u ocultarse detrás de criterios aparentemente limpios pero muy maleables (calidad, disponibilidad...)⁸³.

La eliminación de la brecha salarial requiere la utilización de medidas muy diversas, como múltiples son los factores que la determinan, y no se limitan al ámbito estrictamente laboral. Pero una normativa como la aquí analizada, que acomete de modo global y transversal la igualdad retributiva real y efectiva es, sin duda, un instrumento muy importante para combatir la llamada brecha salarial. Veremos en unos años si ha cumplido el loable propósito que estuvo detrás de su aprobación. Confíemos en que así sea.

⁸² CASAS BAAMONDE, M. E. (Dir.), *Guía de buenas prácticas. Propuestas de herramientas convencionales para combatir la brecha salarial de género*, Madrid: UGT, 2015, accesible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/node_gallery/GALER-a%20UGT/GuiaBuenasPracticas_brechaSalarial_UGT_Mujer.pdf

⁸³ Problema ya advertido en la proposición de ley para la igualdad retributiva planteada por el Grupo Parlamentario Unidas Podemos, BOCG Serie B Núm. 171-1 10 de noviembre de 2017

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN GÓMEZ, C.; NIETO ROJAS, P., *Herramientas empresariales para la igualdad retributiva. Registro salarial, auditoría retributiva y valoración neutra de puestos de trabajo*. Madrid: Wolters Kluwers, 2022.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “El registro retributivo y la auditoría salarial. Una apuesta por la transparencia en el RD Ley 6/2019 y en el RD 902/2020”, NIETO ROJAS, Patricia (Dir). *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*. Madrid: Dykinson, 2021.
- BALLESTER PASTOR, M. A., “Discriminación por razón de sexo y negociación colectiva”, en *Discriminación de Género en la negociación colectiva del País Valencià*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- BALLESTER PASTOR, M. A., *La discriminación retributiva por razón de sexo: Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2018.
- BALLESTER PASTOR, M. A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Femeris*, vol. 4, 2, 2019.
- BENAVENTE TORRES, I., “Igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo”, en Navarro Nieto, F., RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M. C. y GÓMEZ MUÑOZ, J. M. (Dir), *Manual de derecho social de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid 2010
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “Retribución inferior de trabajos de igual valor constitutiva de discriminación salarial indirecta por razón de sexo: juzgando con perspectiva de género”. *Revista de Jurisprudencia laboral*, BOE, vol. 9, 2021
- CASAS BAAMONDE, M.E., (Dir.): *Guía de buenas prácticas. Propuestas de herramientas convencionales para combatir la brecha salarial de género*, Madrid: UGT, 2015
- GARCÍA CAMPA, S., “El registro salarial o retributivo”. CEF. RTSS, vol. 555, 2021, p. 104.
- GARCÍA GIL, B., “Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género”, *Femeris*, 2021, núm. 2, p. 146.
- GIMENO DIAZ DE ATAURI, P., “Valoración del trabajo desde una perspectiva de género en la empresa y en la negociación colectiva”. NIETO ROJAS, P. (Dir). *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*. Madrid: Dykinson, 2021,

- GIMENO DIAZ DE ATAURI, P., “Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial”. MERCADER UGUINA, J. R. y De la PUEBLA PINILLA, A. (Dirs). *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- GIMENO DIAZ DE ATAURI, P., “Reequilibrando la masa salarial tras la supresión de una discriminación retributiva por razón de sexo: ¿Modificación lícita o vulneración la garantía de indemnidad?”. Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- GOÑI SEIN, J. L., “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”, en Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (ed.) *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2020.
- LÓPEZ BALAGUER, M., “Nuevas obligaciones para la igualdad retributiva en la empresa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2022, núm. 466.
- MARTÍNEZ MORENO, C., *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: Causas y vías para combatirla*. Albacete: Bomarzo, 2019.
- MERCADER UGUINA, J. R., “Art. 17”, en AAVV. (ed.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª, Lex Nova, Valladolid, 2014,
- MIÑARRO YANINI, M., “Un nuevo impulso normativo a la brecha salarial por razón de género”, *Revista Galega de Dereito Social – 2ª etapa: (RGDS)*, vol. 8, 2019.
- NIETO ROJAS, P., “Responsabilidades familiares, contrato de trabajo y trayectoria laboral de las mujeres. Algunos puntos críticos”, *Adapt*, vol. 4, 2018.
- NIETO ROJAS, P., La reducción de la brecha salarial a través de mecanismos de transparencia. Registro retributivo y auditorías salariales”. MOLERO MARAÑÓN, M. L. (Dir.), *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*– Navarra: Aranzadi, 2021.
- PÉREZ DEL PRADO, D., “Representación de los trabajadores y protección de datos personales como fuente de poder”, *Documentación Laboral*, vol. 119, 2020
- RAMOS QUINTANA, M., “Carrera profesional de las mujeres y promoción en el trabajo: un análisis jurídico con perspectiva de género”, en LÓPEZ LÓPEZ, J. (ed.) *Derechos@género*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 95.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *La no discriminación retributiva por causa de sexo y género. Un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- ROQUETA BUJ, R., *La igualdad retributiva entre mujeres y hombres.Registros y auditorías salariales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- SÁEZ LARA, C., “Brecha salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RD Ley 6/2019”. *Revista Derecho Social y Empresa*, vol. 2. 2020.
- SÁEZ LARA, C., “Negociación colectiva e igualdad salarial entre hombres y mujeres”, en SÁEZ LARA, C., Navarro Nieto, F. (eds.) *La negociación colectiva ante los retos sociolaborales del Siglo XXI. Libro en memoria de la profesora María José Rodríguez Crespo*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- SECRETARÍA CONFEDERAL DE LA MUJER DE IGUALDAD DE CCOO. *La Brecha Salarial de Género: análisis y propuestas sindicales para la negociación colectiva*. Confederación Sindical de CCOO, Madrid 2015.

Familias monomarentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación

Single-parent families and the new Family Law: the long road towards the recognition of their rights of Work-Life balance

MILENA BOGONI*

<https://doi.org/10.55617/revmites.38>

Resumen: El marco normativo español en materia de conciliación y corresponsabilidad ha evolucionado lentamente pero de forma continua en las últimas décadas, de la mano, constantemente del derecho social europeo. Los avances han sido notable aunque sigue habiendo ciertos ámbitos en los que el legislador, se resiste a entrar. Uno de ellos es el de las familias monomarentales. Los datos demuestran que se trata de un modelo familiar en aumento y que, tanto los progenitores al cargo como los niños y niñas que lo integran necesitan protección. En materia de conciliación y corresponsabilidad, concretamente, los estudios demuestran que es necesario un ajuste específico para que este derecho fundamental pueda ser ejercido y tutelado en el marco de todo tipo de familia, incluidas aquellas donde sólo hay un progenitor y este está en la imposibilidad de compartir, de forma corresponsable, la crianza. Los esquemas y mecanismos clásicos de las políticas de conciliación tienen que ser repensado, modulando alternativas que tengan en cuenta cuestiones novedosas como son el “interés superior del menor” o la “crianza en red”. Para poder operar este cambio de perspectiva se propone un estudio de la normativa existente en las nuevas disposiciones introducidas por la (futura) Ley de Familias, así como de los más recientes avances del debate jurisprudencial relacionado con la acumulación de permiso de nacimiento en el supuesto de familias monomarentales.

Palabras clave: Maternidad; Familia monomarental; Ley de Familias; Acumulación; Conciliación y corresponsabilidad; Directiva (UE) 2019/1058.

Abstract: The Spanish regulatory framework on Work-Life balance and co-responsibility has evolved slowly but continuously in recent decades, constantly hand in hand with European social law. The advances have been notable, although there are still certain areas in which the legislator is reluctant to enter. One of them is that of single-parent families. The data shows that it is a family model that is on the rise and that both the parents in charge and the boys

* Prof. Contratada Doctora. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha. Milena.BOGONI@uclm.es

and girls who make it up need protection. In terms of conciliation and co-responsibility, specifically, studies show that a specific adjustment is necessary so that this fundamental right can be exercised and protected within the framework of all types of families, including those where there is only one parent, and this is impossible to share parenting in a co-responsible way. The classic schemes and mechanisms of reconciliation policies must be rethought, modulating alternatives that consider novel issues such as the “best interests of the child” or “parenting in a network”. In order to operate this change of perspective, a study of the existing regulations is proposed considering the new provisions introduced by the (future) Family Law, as well as the most advanced jurisprudential debate related to the accumulation of birth permits in the assumption of single-parent families.

Keywords: Maternity; Single-parent family; Family Law; Accumulation; Work-Life Balance and corresponsability; Directive (EU) 2019/1058.

INTRODUCCIÓN

Conciliar en el mundo contemporáneo, no es cosa fácil. Tampoco lo es trabajar, en condiciones dignas y con salarios adecuados. Encontrar el equilibrio entre estas dos dimensiones, sin que ninguna de las dos se convierta en una trampa involuntaria y acabe perjudicando a los sujetos más débiles, es sin duda uno de los desafíos de esta época. Son muchos, de hecho, los planes nacionales y autonómicos dirigidos a fomentar la conciliación y la corresponsabilidad y muchos los cambios normativos introducidos. Sin embargo, siguen existiendo tensiones atávicas, cuestiones sin resolver y obstáculos que aún mantienen alejados los objetivos perseguidos. Hay además otra serie de problemáticas, que tienen que ver especialmente con el tema que se pretende desarrollar en este artículo, y que se relaciona con todos aquellos contextos en los que, por una razón o por otra, las políticas de conciliación y corresponsabilidad encajan con mayor dificultad, como es el caso de modelos atípicos de familias, en específico las familias monomarentales. El objetivo de este artículo será por tanto el de ahondar en la cuestión de las familias monomarentales centrándonos en el análisis normativo, subrayando sus avances y sus deficiencias, para terminar planteando la construcción de un marco normativo *ad hoc*, arraigado en la (futura) Ley de Familias y desarrollado en el seno de un plan global de conciliación y corresponsabilidad que tenga en cuenta las diferentes tipologías de familias existentes, así como sus

necesidades especiales de tutela. Proteger las familias, las maternidades y la conciliación pasa necesariamente por un reajuste normativo valiente y coherente que trate sin tapujos de allanar los nudos tradicionales e incorpore los nuevos desafíos de cuidado del siglo XXI. Y esto no puede esperar más.

El texto por tanto, se estructurará, esencialmente en tres partes. Una primera de carácter introductorio se dedicará a delimitar el objeto de estudio, definiendo las familias monomarentales y analizando los principales datos que las identifican como hogares de alto riesgo de pobreza, además de hogares donde las madres pueden acabar siendo víctimas de discriminación múltiple. La segunda parte de este trabajo se dedicará integralmente al marco normativo en materia de conciliación en cuyo análisis se intentará evidenciar, desde la perspectiva de este modelo específico de familia, los elementos de mayor complejidad. Se dedicará además un apartado concreto al estudio de la acumulación del permiso de nacimiento en supuesto de familias monomarentales, siendo una cuestión muy debatida a nivel jurisprudencial y sin duda uno de los elementos más delicados para su reconfiguración de manera inclusiva. También se planteará una lectura de las medidas ya introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2019, a la luz de las modificaciones propuestas por la Disposición Final Tercer del Anteproyecto de Ley de Familias, que pretende operar la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2019/1058. Después de proponer el aná-

lisis del marco normativo desde una perspectiva crítica, fundamental para entender la escasa presencia de normas dirigidas a modular la conciliación en supuestos de familias atípicas (especialmente monomarentales), se procederá, en la tercera y última parte de este trabajo, a analizar el contenido de la propuesta integral en materia de familias que propone el Anteproyecto de Ley de Familias que, especialmente en su capítulo III, pretende ofrecer anclaje y cobijo a estrategias generales de protección y tutela de los derechos de conciliación de las familias monomarentales.

1. LAS FAMILIAS MONOMARENTALES EN ESPAÑA COMO OBJETO DE ESTUDIO Y OBJETIVO DE REGULACIÓN JURÍDICA

Cuando se habla de familias monoparentales, sustancialmente, se está haciendo referencia a esos grupos familiares compuestos por “un solo progenitor y sus descendientes”, unidos, en definitiva, por lo que se puede definir como un “núcleo estable de convivencia”¹. Sabemos, sin embargo, que las familias monoparentales —especialmente en su concreción terminológica de familias *monomarentales*, como veremos— son una realidad altamente compleja que, pese a estar presente en la sociedad española desde siempre, han tradicionalmente sufrido cierta marginalización y estigmatización ligada al hecho de no encajar en los moldes prefabricados de la familia tradicional. El avance social, cultural y político del Estado español de las últimas décadas ha permitido configurar las familias con un solo progenitor como realidades en aumento, emancipadas de los supuestos de crisis familiar (separaciones, divorcios y situaciones de viudedad) y cada vez más ancladas a decisiones conscientes y voluntarias de elegir este tipo de familia como uno más de los posibles actualmente. En este sentido la materni-

dad en solitario, por elección, se configura, cada vez más como una opción concreta destinada a configurar núcleos familiares “atípicos”, inmerecidamente al margen de las tutelas legales más básicas.

Los datos, una vez más, nos ayudan a presentar una fotografía de la realidad que nos permite contextualizar este fenómeno. En la última *Encuesta Continua de Hogares* del Instituto Nacional de Estadística (INE), actualizada a 7 de abril de 2021², queda evidente que se trata de una realidad en expansión: en 2014 habían en España 1.754.700 hogares monoparentales —entendiendo con esta denominación aquellas familias en las que sólo hay un progenitor al cargo, incluidos los supuestos en los que esta circunstancia venía determinada por viudedad, separación o divorcio (con régimen de custodia exclusiva de uno de los progenitores)— mientras que en 2021 ya se registraban casi 2.000.000 (concretamente 1.944.800). Es significativo que, analizando la variación anual de familias constituidas en el territorio nacional en un periodo determinado, los únicos datos en alza son los de los hogares en los que viven personas solas con personas de 65 años o más y, en efecto, los de las madres o padres que conviven, en solitario, con uno o más hijos. El envejecimiento progresivo de las familias españolas se une, por tanto, a la consolidación de una realidad interesante, la de la familia monoparental, contribuyendo a deslumbrar “una foto de familia” muy lejana de la que se podía tomar hace sólo unos cuantos años.

Si se observa, además, al Estado civil de la persona de referencia de estos hogares resulta que la viudedad sigue constituyendo la primera causa de conformación de estas familias (724.100), seguida por el divorcio (607.500). Las maternidades y paternidades en solitario en las que, en cambio, el otro progenitor no existe jurídicamente (o no participa ni ha participado nunca, de manera formal, en la crianza de la descendencia) ascienden en la actualidad al

¹ Por núcleo estable de convivencia se entiende aquel en el que dos o más personas comparten de forma habitual y continuada el mismo domicilio.

² Esta Encuesta está publicada en la base de datos del INE y es de consulta pública.

14% del total de los hogares monoparentales³. De estos hogares, además, más del 80% del total (es decir más de un 1.582.100 hogares) son hogares *monomarentales*, es decir familias en las que el progenitor al cargo es mujer. El sesgo de género aparece, por tanto, de manera evidente del simple análisis inicial de los datos y merece ser incorporado a la reflexión que se desarrolla en estas páginas, empezando por una significativa y simbólica modulación del lenguaje.

Las familias monomarentales se han desarrollado en la casi total indiferencia e invisibilidad en lo que a políticas públicas se refiere. No cuentan con reconocimiento (más allá de alguna regulación específica y reciente a nivel de Comunidad Autónoma⁴) en materia fiscal, laboral o social y su equiparación formal a las familias que cuentan con dos progenitores ha acabado enquistando y amplificando las problemáticas ya reveladas. Concretamente, si bien las políticas específicas de protección y tutela han sido escasas, no así ha ocurrido con los estudios y las investigaciones. De hecho en la última década y en contemporánea con el incremento de este modelo familiar, han sido varios los estudios que han analizado el fenómeno de las familias monoparentales y sus problemáticas. Sobre la base de estos datos es posible dibujar una situación especialmente preocupante, si se analiza la situación de las familias monomarentales en relación directa con el riesgo de pobreza. Es en el marco de este modelo familiar donde “la vulnerabilidad social se materializa en términos de privaciones materiales, de carencias en alimentación, vestidos

y calefacción. También en problemas de salud y en la precariedad o la ausencia de empleo”⁵. Todas estas situaciones contribuyen al “proceso de exclusión social que directamente impacta en la infancia, incrementando las tasas de riesgo de pobreza y exclusión infantil”⁶.

La relación directa entre pobreza infantil y nivel de protección de las familias queda registrada en diferentes estudios de carácter general⁷ y si esta situación se analiza, en concreto, en el contexto específico de las familias monomarentales, los datos aún empeoran. Según los datos publicados en un estudio reciente realizado por el *Alto Comisariado contra la pobreza infantil* en colaboración con el Gobierno de España, el riesgo de pobreza para niños, niñas y adolescentes en hogares monomarentales simples —es decir sin otro conviviente adulto— es 20 puntos superior (47,3%) al riesgo medio en España (27,4%). El riesgo es aún mayor para los niños, niñas y adolescentes en núcleos monoparentales con otros convivientes (52,3%)⁸.

⁵ Estudio financiado por Save The Children, de junio de 2015: AA.VV., *Más solas que nunca. La pobreza infantil en familias monomarentales*, Save the Childrens ed., 2015, p. 9 (disponible en la web de la ONG).

⁶ *Ibidem*.

⁷ Según datos de carácter general, la alta incidencia de riesgo de pobreza infantil resultaría ser anómala con respecto al nivel de renta de España. Concretamente, la OCDE en un reciente informe del 2022, titulado: *Evolving family models in Spain. A new national framework for improved support and protection for families*, en su condición de Libro Blanco para la reforma de la protección a las familias en nuestro país, ALERTA de que la pobreza infantil es muy alta en España en comparación con la mayoría de los demás países de la OCDE, con casi uno de cada cinco niños (19,3%) viviendo en pobreza relativa de ingresos en comparación con un promedio de la OCDE de 12,9% (teniendo en cuenta que el umbral de la pobreza está calculado en los estudios de la OCDE, en el 50% de la renta mediana disponible en cada país). Además, siempre en este estudio se resalta que hay una relación directa entre pobreza infantil y políticas públicas de apoyo a las familias. En España, en efecto, el gasto público en prestaciones para las familias, especialmente importantes para paliar los supuestos más graves de pobreza, está por debajo de la media de la UE (2,7%) y de la OCDE (2,4%), situándose en un 1,4%, siendo Francia el país que más invierte en estas prestaciones con un 3,7% del gasto público.

⁸ Se trata: AA.VV., *Madres no hay más que una: monoparentalidad, género y pobreza infantil*, Gobierno de España

³ Según datos proporcionados por la Unión Europea en el 2021, las familias monoparentales ascienden, en todo el territorio de la Unión a un 12,6% del total de familias con niños o niñas a cargo, siendo los países bálticos y Dinamarca los países de la Unión Europea que más familias monoparentales tienen registradas (alrededor del 20% del total).

⁴ Por ejemplo, merece la pena recordar el marco regulador de la Comunidad Valenciana o de Cataluña, sin olvidar ciertas referencias concretas que se han hecho a estas familias, especialmente en materias como son la tributaria, en regiones como Castilla-La Mancha o Andalucía. Véase, por ejemplo el Decreto 19/2018, de 9 de marzo del Consell, por el que se regula el reconocimiento de la condición de familia monoparental en la Comunitat Valenciana.

En el año 2019 (que es el que resulta analizado en el estudio en cuestión) “la infancia ha sido el único grupo de edad en el que este indicador creció desde el año previo y la cifra coloca España como el tercer país con mayor tasa de pobreza infantil de la Unión Europea, sólo por detrás de Rumanía y Bulgaria”⁹. Lo cual evidentemente es bastante llamativo y no puede ser ignorado durante mucho más tiempo por parte de los poderes públicos.

Estos datos elevados de pobreza infantil tienen una relación directa con las condiciones de vida y trabajo de estas familias. En efecto, los estudios realizados ponen de manifiesto que factores como la parcialidad, temporalidad o paro, así como las dificultades evidentes de conciliar, con los instrumentos tradicionales (permisos, reducción y excedencias) afectan directamente al nivel económico en estas familias, al ser los salarios de las madres las únicas fuentes de ingresos. La pobreza infantil además, mantiene un significativo sesgo de género que no puede ser enfatizado y señalado en esta publicación, ya que si se comparan los índices de riesgo de pobreza entre familias monomarentales cuyo progenitor es hombre o mujer, se puede ver que en el caso de los progenitores masculinos en contextos de familias monomarentales, la tasa de pobreza infantil se sitúa en el 25% (por debajo de la media del país, 27,4%, y de la de los hogares cuyos progenitores principales son mujeres, en cuyo caso la pobreza asciende a un 47,3%). Esta diferencia tiene evidentemente que ver con la doble discriminación y, posiblemente, tiene una relación directa también con la aún baja implicación de los hombres en las tareas de cuidado que terminan, especialmente en hogares monoparentales (pero no sólo), por “externalizar” el cuidado de los menores (a abuelas u otras

mujeres del entorno familiar, preferiblemente), sin recurrir a las medidas de conciliación clásicas, claramente perjudiciales para los niveles salariales. Los datos oficiales, proporcionados por estudios relacionados con el reparto del tiempo en familias tradicionales y monoparentales, son sin duda reveladores en este sentido. Esto se puede reforzar, desde el punto de vista argumentativo, no sólo si analizan los resultados de la “Encuesta de empleo del tiempo”¹⁰ que se publicaron en 2010, sino también si se toman en cuenta los numerosos estudios realizados a lo largo en los últimos años¹¹. Estos datos evidencian un apunte preocupante, para nada corregido hasta la fecha pese a las políticas implantadas, y es que el tiempo dedicado por parte de las mujeres al trabajo no remunerado (cuidado de hijos, familiares y tareas domésticas) es de 26,5 horas a la semana, mientras que los hombres les dedican una media de 14 horas. Y eso no sólo se da en todos los tipos de contratos de trabajo de la mujer, sino que se amplifica con la llegada de las hijas e hijos y en supuesto especiales, como es el caso de las familias monomarentales en las cuales es posible comprobar que, en las familias donde una mujer es cabeza de familia, ésta dedica 31,9 horas a la semana al trabajo no retri-

¹⁰ Tal y como se afirma en la página web del Instituto Nacional de Estadística en la que se publican estos resultados, la encuesta “tiene como objetivo principal obtener información primaria para conocer la dimensión del trabajo no remunerado realizado por los hogares, la distribución de las responsabilidades familiares del hogar, la participación de la población en actividades culturales y de ocio, y el empleo del tiempo de grupos sociales especiales (jóvenes, desempleados, ancianos, etc.). La EET es una encuesta no periódica dirigida a una muestra de más de 9.500 personas. La muestra se distribuye uniformemente a lo largo del año, con la finalidad de que todos sus días estén representados. No obstante, se potencia en el fin de semana por considerar que en estos días hay una mayor variabilidad en el comportamiento de la población”. Fuente: https://www.ine.es/prensa/eet_prensa.htm.

¹¹ Como es el caso, por ejemplo, de los resultados recopilados por SANTAELLA VALLEJO A., relativos a un trabajo de investigación realizado por el Centro de Investigación Sociológica en el año 2017 y disponibles en SANTAELLA VALLEJO A., *Corresponsabilidad en la vida laboral y familiar. Una asignatura sobre la igualdad jurídica*, Aranzadi ed., Pamplona, 2019, pp. 318 y ss.

ed., 2020, publicado en la web del Comisariado, en el que se cruzan datos de la Encuesta Continua de Hogares (ECH) con los de la Encuesta de Condiciones de Vida (ECV), con el fin de proporcionar una imagen más real de la situación analizada.

⁹ AA.VV., *Madres no hay más que una: monoparentalidad, género y pobreza infantil*, op. cit., p. 13.

buido. En cambio, en los supuestos que sean los hombres los responsables del núcleo familiar, ellos dedican 13,5 horas, dando a entender que, en esos casos, se produce, además, una externalización de las tareas de cuidado (probablemente, como decíamos, a cargo de otra mujer de la familia o una cuidadora, trabajadora doméstica profesional). Hay aquí hallada otra de las razones que, a mi entender, justifican la oportunidad y necesidad de referirnos, en este trabajo, a hogares monomarentales de manera específica.

Hablar de pobreza infantil en hogares monomarentales puede seguir siendo, sin embargo, demasiado abstracto y merece ser traducido a través de un indicador, armonizado a nivel europeo, y que es el de “carencia material severa” que mide la capacidad de acceso a determinados bienes y servicios en el hogar. Y, en este sentido, se entiende que un hogar está en carencia material severa cuando no puede acceder por razones económicas a, por lo menos, cuatro de los nueve ítems que se incluyen en el indicador y que tienen que ver con cuestiones relacionadas con la calidad de alimentación o vivienda así como de la posibilidad de acceder a ciertos extras (como las vacaciones). Según la investigación realizada por el *Alto Comisariado español contra la pobreza infantil*, la tasa de carencia material severa infantil en España se sitúa en el 6%. Para los menores que viven en hogares monomarentales este dato se duplica llegando al 13,5%. Si bien por tanto las familias monomarentales no son, de por sí, sinónimos de pobreza, el riesgo de exclusión social de los niños y niñas de estos hogares (y de sus madres) es tan evidente y tan llamativo que merece que se abra un debate político urgente dirigido a replantear las políticas públicas actuales con el fin que se tenga en cuenta esta especificidad para planificar estrategias *ad hoc*, pensada por este tipo de familias en concreto (de la misma manera que tradicionalmente se hacía y se hace para otros núcleos familiares como son las familias numerosas).

Si se analiza, por tanto, la forma en la que se ha tenido en cuenta la situación de las fa-

milias monomarentales en España, desde el punto de vista jurídico, queda bastante claro que existe cierto vacío normativo, que dificulta, sobre manera, la resolución de los dos problemas más profundos a los que tienen que enfrentarse estas familias, es decir, la pobreza y el elevado riesgo de exclusión social de sus miembros, especialmente de los niños y niñas, así como de las dificultades evidentes de conciliación que se acaban traduciendo en un peor y más precaria vida laboral de los responsables de los hogares monomarentales, en primer lugar y posteriormente, de los hijos e hijas que son parte de ellos.

En relación especialmente con este tema y desde la perspectiva más concreta del derecho laboral, resulta ser esencial ahondar en el tema de la conciliación desde esta concreta perspectiva de análisis. Esto se tiene que hacer empezando por tener en cuenta el marco teórico en el que se concibe, en la actualidad, la maternidad (tan importante en una dimensión de familias monomarentales en las que, las madres son el eje de desarrollo de todo el núcleo familiar). Esto servirá, en definitiva, para llegar al objetivo principal de este trabajo que es estudiar si (y eventualmente de qué manera) se han declinado las medidas de conciliación en los supuestos de familias monomarentales (empezando por la más importante de todas: el permiso por cuidado de hijos o hijas) antes de la elaboración del Anteproyecto de Ley de Familias y qué aportaría, en este sentido, este importante instrumento normativo que se encuentra, actualmente, en fase de elaboración y aprobación.

2. CONCILIACIÓN Y FAMILIA MONOMARENTAL EN LAS NORMAS JURÍDICAS NACIONALES Y EUROPEAS. PRESENTE, PASADO Y FUTURO

Las políticas de conciliación llevan en el propio ADN un marcado indicador de género. Su previsión, planificación y aplicación jurídica, en efecto, responde a una exigencia que se manifiesta en la sociedad a raíz de la

incorporación de la mujer al mundo laboral, escenificando la que podríamos definir como la *salida del hogar*. Este fenómeno obliga a afrontar la cuestión de la relación entre tiempo y trabajo, ahondando en esa tradicional separación entre tiempo de trabajo, tiempo libre y tiempo de descanso sobre la cual se asienta la histórica fijación de la jornada máxima de trabajo¹².

Esta organización básica y clásica de tiempos vitales se resiste a una modificación ya que se ajusta, con cierta facilidad, a lo que se define en doctrina como el prototipo de *trabajador champiñón*. Éste, sería aquel trabajador que es el modelo perfecto de empleado dotado de una extrema facilidad y rapidez de colocación en el mercado de trabajo: un trabajador “sin responsabilidades de cuidado ni necesidades de cuidado”, es decir, un trabajador que, básicamente, “brota de una seta, es decir de una nada y que lo hace justo cuando aparece en el ámbito público, de la empresa, y desaparece cuando sale de ahí”¹³. Este arquetipo de trabajador (probablemente hombre) no necesita reorganizar el tiempo de trabajo para atender a necesidades y obligaciones de cuidado ya que éstas, fundamentalmente, no le afectan, dando a entender que habrá otra persona (probablemente una mujer) que se haga cargo de todo este aspecto.

Esta organización tradicional de tiempos vitales tiende a desmoronarse cuando, la mujer –es decir el sujeto encargado, en función de ese reparto de roles de género, a su vez derivados y asociados con una concepción de maternidad muy concreta– se incorpora al trabajo remunerado, sin abandonar el trabajo de cuidado no remunerado, las políticas de concilia-

ción se convierten en indispensables. Es, por tanto, a partir de ese momento –y con el fin esencial de “mantener y sobre todo aumentar la presencia femenina en el mundo del trabajo a la vez que, por otro lado, se intenta frenar el envejecimiento de la población, fomentado el crecimiento de la tasa de natalidad”¹⁴– que se empieza a plantear la cuestión de implantar medidas concretas de conciliación. Todo esto, para favorecer la gestión por parte de sujetos concretos (generalmente las mujeres) de periodos de tiempo concretos y excepcionales (relacionados en gran medida con la maternidad y solo más recientemente con la paternidad y el cuidado de hijas e hijos), despreocupándose de conciliar, en sentido amplio y complejo, la cotidianidad. Es importante tener en cuenta además, que las políticas de conciliación dan por supuesto la presencia de una pareja (preferiblemente tradicional) de cuidadores que tiene muy claro cuales roles cumplen cada uno en el marco de la familia y si bien, en su origen las políticas de conciliación se dirigen esencialmente hacia las mujeres, éstas se presuntamente acompañadas por un hombre. Lo cual no es poca cosa si se plantea la extensión de estas políticas hacia hogares monomarentales.

Este sesgo de las políticas de conciliación, muy evidente en sus orígenes, se sigue manteniendo, a mi entender, por el simple hecho de seguir planteando la cuestión del cuidado como una cuestión casi exclusivamente relacionada con la igualdad de género *en* el mercado de trabajo¹⁵, aunque es cierto que, como veremos a continuación, son muchos los

¹⁴ BOGONI, M., “La conciliación de la vida laboral y familiar: una mirada desde la perspectiva de la precariedad laboral juvenil”, en MORA CABELLO DE ALBA, L. (dir.), *Trabajar en femenino, trabajar en masculino. Un libro a once voces*, Bomarzo ed., 2013, p. 163.

¹⁵ Se utiliza intencionalmente esta expresión –igualdad de género– para contraponerla a la igualdad sexual. Con el término “género”, como es sabido, se hace referencia a una connotación que diferencia mujeres y hombres en función de un “rol o estereotipo cultural que se ha asignado tradicionalmente a cada uno de los sexos”. Perseguir la igualdad de género significa, de alguna manera, buscar la eliminación de los roles como elementos diferenciadores, teniendo en cuenta y respetando las diferencias biológicas entre los sexos.

¹² CASAS BAAMONDE, M.E., “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 3 (2019) pp. 230 y ss.

¹³ PÉREZ OROZCO, A., “La sostenibilidad de la vida en el centro... ¿y eso qué significa?”, en MORA CABELLO DE ALBA, L. – ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. (dirs.), *La ecología del trabajo: el trabajo que sostiene la vida*, Bomarzo ed., Albacete, 2015, p. 84.

avances teóricos y prácticos, que han permitido elaborar una variante matizada de esa estrategia política de conciliación que pasa a llamarse, poco a poco, “corresponsabilidad”. Es la corresponsabilidad, entonces, el concepto que abre el camino a un cierto cambio de estrategia, que implica la inclusión en estas políticas del sujeto varón como sujeto co-protagonista en el ámbito del cuidado, con la finalidad, en cierta medida, y no sin ciertas complicaciones, de fomentar una redistribución más igualitaria de los tiempos de trabajo remunerado y no remunerado.

La superación del modelo clásico de conciliación es, en cierta medida, acelerado también por el hecho que los mismos fundamentos de las normas tradicionales del ordenamiento jurídico (jornada ordinaria a tiempo completo) han ido, progresivamente perdiendo validez, “en una organización del trabajo mucho más variable, imprevisible y que utiliza el tiempo de trabajo como un *derecho adaptativo* para el trabajador, especialmente en los trabajos de menos calidad, muchas veces desempeñados por mujeres y jóvenes”¹⁶.

En ese escenario replantear la conciliación, no sólo sustituyéndola con una corresponsabilidad genérica, sino con un modelo real de reparto de trabajo productivo y reproductivo de igual valor¹⁷, es urgente y necesario. Eso implica, sin embargo, meter mano en profun-

dididad a la cuestión atávica de la relación entre tiempo y trabajo, teniendo el valor de cambiar profundamente el paradigma¹⁸ y, tal vez, empezar a plantear la conciliación y la corresponsabilidad como algo más que una *cuestión de género e inter-género*. Queda por ver cuánto de este cambio de paradigma ha sido absorbido y fomentado por parte de las normas jurídicas con la que contamos en la actualidad y esta cuestión es esencial preámbulo, a mi entender, del análisis de los ultimísimos avances normativos y jurisprudenciales ya que nos indican en qué punto estamos del camino.

Si se mira, concretamente, al marco normativo en materia de conciliación y corresponsabilidad, es posible llegar fácilmente a la conclusión que, en estas últimas décadas, ha habido un gran avance en el tratamiento jurídico de las políticas de conciliación, y que este cambio ha contado, desde sus orígenes con una gran implicación de las Instituciones europeas. Tanto es así que la búsqueda de equilibrio entre vida y trabajo se ha configurado y consolidado como un tema central del Derecho social europeo en todas sus manifestaciones. Desde la producción de normas jurídicas vinculantes, hasta la elaboración del conocido *soft law*, pasando por un prolífica y esencial jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que es, hoy en día, referente inevitable de toda estrategia de conciliación, bien sea nacional o supranacional¹⁹.

Este marco normativo europeo tiene un doble fundamento jurídico que permite su desarrollo en dos direcciones muy claras: la protección de la maternidad en el marco de la

¹⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, n. 11 (2021), p. 43.

¹⁷ “Las nuevas generaciones en España, las que se encuentran en el periodo de ser padres y educadores, el rango de edad entre los 30-45 años, tienen actualmente serias dificultades para atender a sus responsabilidades familiares y a su desarrollo profesional. Unido a esto, debido al aumento de la esperanza de vida de las personas, también han de atender a sus mayores, en muchos casos, personas dependientes. Esta labor, tarea de cuidado, fue acometida tradicionalmente por las mujeres, pero éstas ya se han integrado al mercado laboral; por eso la búsqueda de soluciones debe tener en cuenta, no sólo la igualdad de la mujer en derechos y deberes productivos, sino también la igualdad del hombre en los derechos y deberes reproductivos”. En SANTAELLA VALLEJO A., *op. cit.*, p. 25.

¹⁸ Este cambio de paradigma es especialmente difícil si se tiene en cuenta lo que constata la doctrina, es decir que “la igualdad de género representa necesariamente una pérdida de poder, recursos y estatus para muchos hombres, si no todos. La retórica general de la conciliación de la vida familiar y laboral evita abordar este hecho clave”. En PASTOR GOSÁLBEZ, I., “Contenido y limitaciones de las políticas para la conciliación familiar y laboral”, en LÓPEZ PUIG, A. – ACAREDA, A. (coords.), *Entre la familia y el trabajo. Realidades y soluciones para la sociedad actual*, Narcea S.A. ed., Madrid, 2017, p. 123.

¹⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *op. cit.* (2021), p. 43-44.

tutela de la seguridad y salud y la protección de la igualdad entre mujeres y hombres en el marco de la defensa del empleo (derivada a su vez de la preocupación inicial de la Unión Europea para la igualdad retributiva)²⁰.

Es en este juego de conexiones e interconexiones jurídicas donde se sitúa, en primer lugar, la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, 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 periodo de lactancia (la conocida "Directiva de la maternidad" que es la modificación de la anterior Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero). Esta Directiva conecta la protección de la mujer a la competencia UE en materia de seguridad y salud y por eso dedica un amplio espacio a la protección de la salud durante el embarazo y la lactancia (incluida unas previsiones específicas sobre la protección frente al despido y el trabajo nocturno), conjuntamente con la previsiones de unos permisos concretos, entre los cuales, sin duda, destaca el permiso de maternidad²¹. Como bien resalta la doctrina, la esencia de este permiso es la protección del vínculo entre el recién nacido y la madre²² y la protección de la salud y seguridad de la mujer embarazada y que acaba de dar a luz. No tendría, por tanto, como fin directo construir *tiempos para la crianza*. Cosa que, sin embargo, sucede con otros tipos de permisos (por ejemplo, el permiso de lactancia²³), gra-

cias a un trabajo continuo de erosión y molde jurisprudencial, que ha acabado encajando este permiso, de manera específica, en el grupo más genérico de permisos parentales.

Si se analiza el permiso de maternidad en contextos de *otras maternidades*, y concretamente el de las familias monomarentales, hay que reconocer que en estos supuestos el permiso de maternidad se convierte en el eje central y esencial de tutela del espacio de crianza y cuidado, entre otras cosas porque, como veremos, el acceso y disfrute a las otras fórmulas de permisos parentales son bastante complejas en un hogar monomarental. Pese a la importancia que esta cuestión tiene, hay que adelantar que la falta de actualización y revisión de las características y duración del permiso de maternidad en la normativa europea y nacional²⁴ (por lo menos hasta la reciente Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, 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, precedida en el Ordenamiento español por el muy debatido Real-Decreto Ley 6/2019 de 1 de marzo y nada nuevo parece introducir el Anteproyecto de Ley de Familias, como veremos más adelante) es preocupante. Llama la atención que, hasta la fecha, una cuestión tan delicada –y al centro de toda reivindicación de los colectivos representativos de los hogares monomarentales²⁵– carezca de la mínima previsión específica –con alguna excepción llamativa sobre la

²⁰ CABEZA PEREIRO J., "La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional", en *Revista de Derecho Social*, n. 92 (2020), p. 42.

²¹ La redacción del art. 8 de la Directiva –titulado "permiso de maternidad"– encarga a los Estados miembros la tarea de regular y tipificar este permiso, aclarando que éste debería tener, "como mínimo, una duración de catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales". La Directiva establece, además, en el mismo artículo, que de esos catorce semanas, dos semanas de permiso tendrán carácter obligatorio.

²² CABEZA PEREIRO J., *op. cit.*, p. 42.; BENITO BENÍTEZ, M. A., "La protección de la maternidad y de la corresponsabilidad", en *Trabajo y Derecho*, n. 74 (2021).

²³ Recuérdese, por todas, la STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09, Asunto *Roca Álvarez*.

²⁴ De hecho, la doctrina reconoce que, justamente la Directiva (UE) 2019/1158 de 20 de junio, es heredera de esta frustración reformadora (que atraviesa tanto la Directiva 96/34/CE, como la Directiva 2010/18/UE en las que simplemente se consigue ampliar, parcialmente, el ámbito de aplicación subjetivo del permiso para integrar la mayor tipología posible de madres trabajadoras) y tiene un "enfoque consistente con su iniciativa fallida de reformar el permiso de maternidad". En CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.*, (2020), p. 47.

²⁵ Es suficiente para comprobar eso realizar una sencilla búsqueda en los manifiestos reivindicativos de asociaciones como "Madres solteras por elección" u otras, de carácter regional o local, agrupadas en la FAMS-Familias Monomarentales (Federación de Asociaciones de Madres Solteras) cuyas peticiones relacionadas con los permisos maternales y de cuidado

que volveremos²⁶– de alguna pauta legal que, aplicada a este supuesto, permita extender o modificar las reglas de acceso, duración y disfrute de ese permiso en caso de maternidades en solitario. Sobre las complejidades específicas derivadas de la actual configuración del permiso de maternidad y paternidad (unificado conceptualmente y en su definición jurídica en el ordenamiento jurídico español, después de las reformas legales más recientes, bajo el nombre de “permiso para el nacimiento de hijo”) en un contexto de familia monomarental volveré, de manera específica, más adelante. Sin embargo es importante a este punto, seguir profundizando sobre cómo ha quedado configurado el marco normativo, teniendo en cuenta que, poco a poco, la protección específica de la maternidad desde una óptica esencialmente ligada a la protección de la salud, ha ido evolucionando hacia un modelo de conciliación responsable.

La Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental, es la Directiva que simbólicamente, inaugura el marco normativo europeo en materia de conciliación corresponsable, entendiendo que ésta ya no es sólo una cuestión de seguridad y salud, sino que tiene que ver con la igualdad de trato y oportunidades en el marco de una estrategia compleja de búsqueda del pleno empleo. Esto permite, progresivamente, empezar a configurar una competencia específica de la Unión Europea en materia de conciliación y corresponsabilidad capaz de reconfigurar el permiso de maternidad desde

otra perspectiva, facilitando que empiece a diluir su esencia en una dimensión de tutela del cuidado mucho más compleja en la que, además tiene cabida un “permiso de paternidad” independiente y dotado de una regulación de mínimos. Las Directivas 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 BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES (y se deroga la Directiva 96/34/CE) y la ya citada Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, siguen el camino marcado por la anterior Directiva, manteniendo los fundamentos teóricos sustancialmente inalterados, aunque sin duda es posible identificar esa superación de “las políticas de primera generación”²⁷, que centraban la conciliación en una cuestión de reorganización de los tiempos femeninos en la gestión de la *doble jornada*. Esta nueva política se materializa en un esfuerzo titánico en reconocer y fomentar (a veces a toda costa) el papel de los otros progenitores en las responsabilidades de cuidado.

En estas Directivas (y especialmente en la Directiva (UE) 2019/1058), sin embargo, sigue siendo muy visible el “esquema clásico de la conciliación”, que se asienta sobre la centralidad de los permisos, a los cuales se van añadiendo unas medidas de flexibilidad horaria y cierta previsión del papel esencial de los servicios públicos²⁸. Esta estructura, reformada no sin ciertas dificultades y muchas renuncias y rebaja de expectativas²⁹, se mantiene, en sus elementos sustanciales, revisión tras revisión,

quedan recogidas, entre otros, en los Informes adjuntos al Anteproyecto de Ley de Familias.

²⁶ Se está haciendo referencia al Proyecto de Ley de modificación 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, y del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en materia de regulación de los permisos de maternidad y paternidad permitiendo su ampliación a 26 semanas en los supuestos de familias monoparentales (122/000192) presentado y votado en el Congreso de los Diputados y publicado el Boletín Oficial de las Cortes Generales del 14 de enero de 2022.

²⁷ CABEZA PEREIRO J., *op. cit.*, p. 47.

²⁸ Para un estudio profundo del contenido de la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio véase especialmente MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *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 ed., 2022.

²⁹ El contenido de las diferentes propuestas de modificación elaborada en ocasión de las diferentes revisiones de la Directiva es sobradamente conocido y comentando en doctrina. Las propuestas de modificación del permiso de maternidad para mejorar su duración –se llegó a plantear una extensión a las dieciocho o veinte semanas– así como para incorporar la previsión de adaptaciones de este permiso a necesidades concretas de cuidado –como los supuestos de partos múltiples, hospitalización (o fallecimiento) de la madre o del bebé, hijos o

contribuyendo, sin duda, a dibujar, en los Estados miembros, una política de conciliación muy poco flexible —es, en efecto, complicado promover formas alternativas al esquema clásico y a la re-proposición de los estereotipos sociales— y con difícil encaje para las diferentes formas de maternidades y de familias³⁰. Éstas acaban integrándose (o, mejor dicho, *mal* integrándose) a través de parches e interpretaciones jurisprudenciales que, como veremos, no siempre son fáciles de conseguir³¹.

Evidentemente se está pensando en la tutela de la maternidad y paternidad en solitario, pero también en todos esos supuestos en los que la configuración del ámbito subjetivo de la norma se hace tan estricto que, aunque se trate de maternidades más tradicionales, la desprotección sigue siendo muy elevada. Ese es el caso, por ejemplo, de las maternidades en contexto de precariedad laboral, de trabajo autónomo o de desempleo, cuya inclusión en el marco protector de la Maternidad y de los Permisos parentales no ha sido nunca ni sencilla, ni rápida, fomentando la idea que la crianza al margen del trabajo asalariado a tiempo complejo y con contrato indefinido es el extrarradio de la tutela, la periferia absoluta y total de la ciudadanía en la que toda la carga de la vida profesional y familiar es una preocupación privada que las mujeres tendrán que resolver y gestionar en función de capacidades económicas y sociales propias. En este espacio desaparece el marco de la tutela, esencialmente porque es un espacio que se crea fuera del mercado de trabajo.

Cabe remarcar, además, que en los trabajos de revisión, así como en el resultado final-

mente aprobado de estas Directivas, la familia monomarental es definida como un supuesto peculiar que necesita una regulación o una referencia específica en el marco de la tutela y se pide, explícitamente, a los Estados miembros que regulen con especial atención este espacio familiar, modulando los instrumentos principales de conciliación y tutela de maternidad y paternidad en función de las peculiaridades de este modelo de familia³². Sin embargo, no todas las opiniones institucionales, desde la UE, manifiestan un sentimiento de apertura e inclusión de estas familias en el marco protector de la Directiva. De hecho (y en cierta medida sorprendentemente), en la Opinión de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, manifestada en ocasión de la elaboración y aprobación de la Directiva (UE) 2019/1158, se afirma que la falta de introducción de un permisos ampliado para progenitores en familias monoparentales tiene su justificación en el hecho que “los objetivo de la Directiva se centran en el aumento de la presencia de las mujeres en el mercado laboral” y por ello, considera que “ampliar los períodos de permiso para las familias monoparentales puede, en la práctica, prolongar la ausencia del mercado laboral de las madres solteras, que representan la mayoría de las familias monoparentales, y, por tanto, ir en detrimento del objetivo de la Directiva, con repercusiones negativas sobre la independencia financiera de estas mujeres”³³. La dureza (y a mi entender la contradicción) de estas afirmaciones, se

hijas con discapacidad- fracasaron totalmente o parcialmente una vez tras otra, antes de la Directiva (UE) 2019/1158.

³⁰ En este sentido hay quienes se pregunta si, una vez más se ha perdido una oportunidad para romper los moldes y trabajar un modelo realmente diferente. Véase, entre otros: RECHE TELLO, N., “La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y los cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?”, en *Revista de Derecho Social*, n. 89 (2020), pp. 86 y ss.

³¹ Véase en este sentido NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La maternidad. Nuevas realidades en el derecho de la Unión Europea*, Dykinson ed., Madrid, 2017, p. 35.

³² En el Considerando 37 de la Directiva (UE) 2019/1158 se dice textualmente: “No obstante el requisito de evaluar si las condiciones de acceso al permiso parental y las modalidades detalladas del mismo deben adaptarse a las necesidades específicas de los progenitores en situaciones particularmente adversas, se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros”.

³³ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *op. cit.*, p. 110.

deben, a mi entender, en primer lugar, a una equivocación fundamental en la consideración de los permisos de cuidado de menores ya que, estos se regulan y establecen pensando, exclusivamente, en la empleabilidad de los progenitores y no en la efectiva tutela y protección de la infancia de los niños y niñas que son beneficiarios directos de ese tiempo de cuidado. Y además, da la sensación de que este tiempo de cuidado sigue siendo considerado como un tiempo “extra” (y en definitiva marginal) que tiene que interferir (y perjudicar) lo menos posible con el tiempo principal, que es (y sigue siendo) el tiempo “productivo” del trabajo. Es cierto, por otro lado, que tal vez falte en el ordenamiento laboral europeo, un fundamento jurídico sólido para perpetrar esta revolución interpretativa, que probablemente trasciende las fronteras específicas del derecho laboral, para terminar involucrando cuestiones que afectan claramente a otras ramas del derecho. En efecto, cabría esperar que la preocupación de las instituciones europeas sobre la escasa empleabilidad de las madres solteras, que disfruten de periodos largos de permisos de maternidad, podrían ser resueltas dibujando, en primer lugar, un conjunto de medidas serio y valiente de soporte económico a estas familias (lo cual efectivamente se escapa de los límites específicos de acción de las Directivas laborales) y, en segundo lugar, un marco jurídico sólido de protección de la maternidad en el trabajo, estableciendo por ejemplo, medidas de protección del empleo de las madres trabajadoras, garantizando su entrada y salida (temporal) del mercado laboral, sin que la maternidad (y más si se trata de una maternidad en solitario) siga considerándose, en el siglo XXI, un obstáculo al crecimiento profesional de una mujer. Y esto sí que entraría dentro de las competencias específicas de las Directivas laborales³⁴.

³⁴ Aunque sean las normas laborales nacionales las que propugnan eso, como parece sugerir el Comité Europeo de las Regiones, en el documento titulado *La Conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores* (SEDEC/VI.028). En este documento se destaca que las familias monoparentales “trabajan con muchas más frecuencia

Si dejamos el marco europeo y nos adentramos en el ordenamiento jurídico nacional, y si se analiza la forma en la que el legislador nacional ha incorporado estas recomendaciones, el escenario –hasta la fecha e incorporando al debate las modificaciones propuestas por el Anteproyecto de Ley de Familias– es bastante descorazonador. En el Real-Decreto 6/2019 de 1 de marzo, que recoge los principales elementos de la actual tutela en materia de maternidad, paternidad y necesidades de cuidado, no aparece ninguna referencia concreta a las familias monomarentales, ni siquiera en la regulación del “permiso por nacimiento de hijo” (que, como ya se ha dicho, absorbe, en el ordenamiento jurídico interno, las definiciones de permiso de maternidad y paternidad equiparando su contenido), el definido permiso parental en sentido estricto o las medidas de flexibilidad horaria (adaptación de jornada). Es significativo que, en cambio, otros supuestos concretos como son las familias numerosas³⁵, sí que aparecen citadas en el texto de la norma, marcando en cierta medida un vacío que difícilmente es comprensible y que sigue sin resolverse en el ordenamiento jurídico interno, pese a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 por la futura Ley de Familias y

a tiempo parcial, tienen menos oportunidades de ascenso profesional y afrontan dificultades específicas en el ámbito de la educación y la formación continua”, por lo que solicita a los Estados miembros y a los interlocutores sociales “que ofrezcan modelos de tiempo de trabajo flexible, en particular a los progenitores solos, y que se les proporcionen una oferta de formación profesional que sea compatible con las responsabilidades familiares” (Enmienda política núm. 20).

³⁵ Hay una referencia directa a esta tipología de familias, en relación con la reserva de puesto de trabajo por excedencia: Art. 46.3. ET, modificado por art. 2.11 RDL 6/2019: “No obstante, cuando la persona trabajadora forme parte de una familia que tenga reconocida la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de quince meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de dieciocho meses si se trata de categoría especial. Cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de dieciocho meses”.

de las presiones de colectivos y actores sociales de sensibilización y movilización³⁶.

El análisis del contenido de estas normas, matizadas teniendo en cuenta las últimas modificaciones debidas a la Disposición Final Tercera del Anteproyecto de Ley de Familias, permite ver, por tanto, que la política española, presente y futura, de reparto corresponsable de la vida laboral y familiar se basa esencialmente en una reestructuración del modelo clásico de conciliación basado en tres ejes esenciales: el permiso por nacimiento de hijo, los permisos parentales (para el cuidado del lactante de manera específica, pero también por genéricas “necesidades de cuidado”) y el derecho a la adaptación de jornada. Todo esto dibujado bajo un paraguas protector de prestaciones de la Seguridad Social y mecanismos de tutela frente al despido. Existe también un espacio concreto para previsiones sobre la protección de la dependencia, dando en este sentido, una señal clara de su necesaria regulación en el marco normativo de la conciliación y corresponsabilidad, así como su relación conceptual directa con el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

3. LOS PERMISOS DE CUIDADO DEL LACTANTE, EXCEDENCIAS Y ADAPTACIÓN DE JORNADA, ANTES Y DESPUÉS DE LA APROBACIÓN DE LA LEY DE FAMILIAS, ¿TIENEN EN CUENTA SU APLICACIÓN EN UNA FAMILIA MONOMARENTAL?

Sin entrar a valorar los detalles de las medidas, que son objeto específico de estudios doctrinales relevantes³⁷, me centraré exclu-

sivamente en aquellos aspectos que pueden ocasionar (o ya han ocasionado) ciertos problemas aplicativos en el ámbito de un modelo alternativo de familia, especialmente si se trata de una familia monomarentales. Está claro que el escollo más grande tiene que ver con la configuración, en el ordenamiento jurídico español, del “permiso por nacimiento de hijo” entendido como un permiso personal e intransferible de cada progenitor, con una duración equiparada para los dos, de dieciséis semanas. Debido a la amplitud y trascendencia de este debate, que ha acabado involucrando también la jurisprudencia nacional y europea, se dedicará a esta cuestión un apartado específico de este artículo. Además, con el fin de realizar un análisis con perspectiva de futuro, se intentará completar el estudio normativo con una propuesta de lectura de las aportaciones del Anteproyecto de la Ley de Familias que, en cuanto encargada de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1058, representa la puerta de acceso de las recientes normas europeos en materia de conciliación al sistema jurídico español.

Si se analizan medidas como el permiso de cuidado del lactante, el régimen y disfrute de las excedencias por razones de cuidado o el derecho a la adaptación de jornada, es relativamente fácil detectar, desde un primer momento, ciertas dificultades objetivas a la hora de aplicarlas en contextos atípicos, como el de las familias monomarentales, ya que ninguna de ellas ha sido mínimamente adaptada al supuesto de maternidad en solitario. Concretamente, además, aparecen ciertas incongruencias que hacen pensar que el legislador, aunque haya tenido en cuenta ciertos supuestos especiales de maternidad, haya completamente ignorado –y consecuentemente invisibilizado– casi dos millones de hogares, es decir los hogares en los cuales hay un solo cabeza de familia.

Los primeros problemas surgen ya en relación con la nueva regulación del permiso para el cuidado del lactante. En este caso – además de configurarse, de manera parecida

³⁶ Se puede, en este sentido, recordar la labor de la Asociación de Madres Solteras por Elección (AMSE), la Asociación PETRA-Maternidades feministas o la Asociación Club de Malas madres, entre otras.

³⁷ Véase por todos: BALLESTER PASTOR M.A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, en *Temas Laborales*, n. 146 (2019), pp. 13-40.

a lo que ocurre en el supuesto del permiso por nacimiento de hijo, como un derecho totalmente individual que corresponde a cada uno de los progenitores, reconociéndose, así de manera clara, “la naturaleza de permiso parental de la lactancia”– se establece una especie de “premio a la corresponsabilidad” de doble contenido. Por un lado, se permite su ampliación en tres meses más –respecto a los iniciales nueve meses establecidos y siempre si se haya elegido su disfrute en la forma de “reducción de jornada”– en el supuesto que sea disfrutado por parte de ambos progenitores. En ese caso uno de los dos generaría un derecho a una prestación remunerada correspondiente a en ese periodo de ampliación. Al haber, por tanto, dos progenitores, no sólo se aumenta el tiempo de cuidado, sino que además se genera un derecho a una prestación que, si bien es cierto que es más de naturaleza simbólica que real (ya que la cuantía resultante es escasamente relevante en el cómputo del salario de un mes) el efecto promocional acaba excluyendo una parte importante de madres que, por el simple hecho de no contar con nadie con quien corresponsabilizarse, acaban desapareciendo del marco de tutela. Tal vez, como sugiere la doctrina³⁸, “hubiera sido más adecuado aumentar directamente a doce meses la edad del hijo que da derecho al permiso para el cuidado del lactante (como además ya se establece en el Estatuto Básico del Empleado Público)” garantizando de esta manera una mayor cobertura de la medida, así como evitar posibles discriminaciones en su dinámica aplicativa. Sin embargo, cabe destacar, que ni siquiera la transposición de la Directiva (UE) 2019/1058, de 20 de junio, ha sido la ocasión propicia para modificar este dispositivo y corregir esos elementos. De hecho en la nueva redacción propuesta para el art. 37.4 ET por la Disposición Final Tercera del Anteproyecto de la Ley de Familias, se mantiene tanto la intransferibilidad del permiso, como el definido “premio de corresponsabilidad”.

³⁸ BALLESTER PASTOR M. A., 2019, *op. cit.*, p. 35.

Algo parecido ocurre también en la articulación de otros permisos parentales, como es el caso de la excedencia por cuidado de hijos (regulada en el art. 46.3 Estatuto de los Trabajadores – ET), tal y como resulta de las modificaciones aportadas por el Real-Decreto Ley y por el Anteproyecto de Ley de Familias). Llama, en cierta medida, la atención que el legislador en 2019 y en 2022 haya seguido apostando por una medida que está comprobado ser “poco útil” para la conciliación y “hasta perjudicial” para la igualdad. Las estadísticas³⁹ indican que tradicionalmente acaba provocando la salida, durante largos periodos de tiempo de las mujeres que son, tradicionalmente, el progenitor con condiciones económicas y laborales más precarias y con una estabilidad más baja, y, por tanto, el que normalmente acaba haciendo uso de la excedencia por cuidado de hijos. Al margen de esta cuestión, criticable de por sí, en cuanto provocaría justo lo que se quiere evitar –es decir, la salida del mercado laboral de la mujer y la producción, a largo plazo, de una brecha salarial de género, de difícil solución, con consecuencias directas sobre otras cuestiones, como es el caso del acceso a unas prestaciones contributivas dignas– esta medida sigue representando un privilegio para las familias monomarentales, ya que al no estar retribuidas, ni estar previsto en el ordenamiento jurídico español ninguna otra ayuda ni fuente de financiación alternativa, se convierten en opciones muy caras para aquellos hogares en los que solamente entra un sueldo. Está claro que, además, podrán utilizar estas medidas aquellas madres que tengan cierta seguridad en el empleo y cier-

³⁹ Según datos publicados por el Ministerio de Trabajo y Economía social, en el 2021 se han registrado 37.354 excedencias por cuidado de niño o niña registradas, de las cuales 32.645 corresponden a mujeres y 4.709, a hombres. Las excedencias habrían disminuido, en términos globales, respecto al 2020 (43.226), al 2019 (47.388) y a 2018 (45.249), aunque si se realiza una comparativa entre las variaciones de datos entre hombres y mujeres, las que han disminuido son las de los hombres mientras que las solicitudes de las mujeres se mantienen más o menos invariadas. Datos disponibles, incluso, detallados en función de la Comunidad Autónoma, en: <https://www.in-mujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>

ta estabilidad, además de, como se acaba de decir, cierta capacidad de ahorro para poder financiar la falta de ingresos durante todo el tiempo que dure la excedencia. A eso se añade que, de forma parecida a lo que ocurre con el permiso de cuidado del lactante, existe cierto “premio a la corresponsabilidad” difícil de entender, para fomentar el disfrute por parte de los dos progenitores de la excedencia.

El art. 46.3 ET, en efecto –y así se mantiene en su regulación propuesta por la Ley de Familias– establece que la duración de la reserva del puesto de trabajo se amplía hasta los dieciocho meses si son los dos progenitores los que disfrutan de la excedencia “con la misma duración y régimen”. Esto, además de penalizar, una vez más, las familias monomarentales, acaba siendo de aplicación marginalísima en los supuestos de familias compuestas por dos progenitores ya que, normalmente, la excedencia, por implicar una pérdida de retribución, “no se reparte entre hombres y mujeres por medidas como esta, sino fundamentalmente por razones económicas (la menor retribución femenina es la causante de su disfrute feminizado)”. Este *premio*, además, parece poco necesario, al haberse ya consolidado una doctrina del Tribunal Supremo que reconoce que, el derecho efectivo y directo al reingreso, sin necesidad de esperar a que existan vacantes adecuadas, “se mantiene durante todo el tiempo de la excedencia por cuidado de hijos y familiares”⁴⁰. Tal vez, hubiera sido más acertado haber planteado una revisión total y absoluta de la excedencia, incluso planteado su eliminación conjuntamente a un alargamiento del permiso por nacimiento de hijo hasta las cincuenta y dos semanas (como se hace en otros países europeos⁴¹) y resolviendo el tema de la financiación, estableciendo una cobertura es-

calonada, según la duración del permiso. Esto también podría coordinarse con estrategias para la reincorporación de las personas trabajadoras, especialmente de las mujeres, una vez terminado el periodo de permiso, cuestión ésta última, ya en parte al centro de las más recientes estrategias de corresponsabilidad, tanto a nivel nacional como europeo (y que tanta falta parece tener en relación específica con las madres de hogares monomarentales).

En lo que se refiere, para concluir, a la regulación del derecho a la adaptación de jornada, éste, como bien sabemos, tiene una serie de limitaciones que, por un lado, tienen que ver con los requisitos de acceso y su naturaleza de “derecho condicionado” –al preverse su disfrute siempre y cuando se demuestre su carácter razonable y proporcionado en una ponderación entre los intereses de la persona trabajadora y las necesidades organizativas y productivas de la empresa– y por el otro, con su característica de ser un “derecho sujeto a solicitud”, que la empresa, por lo tanto, puede acabar reconociendo o denegando. Cuestiones además, que se mantendrían sin correctivos específicos, aún después de la entrada en vigor de la futura Ley de Familias. Estos elementos convierten esta importantísima medida –tal vez la única que, de manera directa y clara, establece una adaptación de los tiempos de trabajo a los tiempos de vida y cuidado (y no al revés)– en una medida de difícil aplicación práctica, especialmente, una vez más, en el contexto de las familias monomarentales. Estas tienen, probablemente, una complejidad organizativa mayor, al depender en su gran mayoría de la disponibilidad del único cuidador. Las dificultades de llegar a poner en práctica el derecho regulado en el art. 37.4 ET, acabarán, por tanto, frustrando las expectativas de aquellas madres que puedan permitirse intentarlo, con un coste familiar, profesional y personal elevado, en los casos en los que finalmente acabe denegándose⁴².

⁴⁰ BALLESTER PASTOR, M.A., 2019, *op. cit.* p. 46.

⁴¹ Este es caso por ejemplo de Reino Unido, cuyo ordenamiento establece además que la madre disfrute de las cincuenta y dos semanas mientras que el padre tenga reconocido un permiso de paternidad de dos semanas. En Suecia también son un poco más de cincuenta y dos semanas (doce meses), aunque en este caso tanto el padre como la madre tienen reconocido un permiso, cada uno, de doce meses.

⁴² Al respecto es muy interesante, como ejemplo, lo que ocurrió a una trabajadora de Eroski, madre divorciada, que solicitó una adaptación de los turnos de trabajo de fin de semana

Este breve y resumido análisis de las medidas en materia de corresponsabilidad y protección de la(s) maternidad(es) y paternidad(es) –implantadas por el Real Decreto-Ley 6/2019 y moduladas, acorde al derecho europeo, por el Anteproyecto de Ley de Familias– evidencia, por tanto, que una vez más, se ha perdido la ocasión de una regulación realmente inclusiva y transversal de estas medidas que tuvieran en cuenta los supuestos de familias monomarentales. La tutela de estos modelos de familia no es sólo una exigencia derivada de la necesidad de dibujar marcos de tuteladas abiertas y eliminar, así, espacios de limbo legal⁴³, sino también de la necesidad de perseguir, en profundidad el objetivo de erradicar cualquier atisbo de discriminación, en el que el componente del “estado civil” del progenitor acabe determinando un diferente nivel de protección por parte del sistema. Si el fin último de las medidas de conciliación es promocionar y garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el trabajo y en el cuidado, discriminar doblemente la maternidad en solitario de trabajadoras, madres, cabezas de familia, no sólo representa un atraso jurídico imperdonable, sino que acaba viciando y diluyendo el poder transformador del modelo normativo que se quiere proponer e incentivar.

Otro aspecto que podría tal, vez, haberse aprovechado más, ya en el Real Decreto-Ley del 2019 y más aún en la redacción del Anteproyecto de Ley de Familias y de su Disposición Final Tercera, para imaginar una política de corresponsabilidad inclusiva y adaptable a los diferentes modelos de familias existentes,

tiene que ver con el espacio normativo que la Directiva (UE) 2019/1058, dedica a los cuidadores, configurando un permiso de cinco días al año por trabajador con el fin de “prestar cuidados o ayuda personales a un familiar⁴⁴ o a otra persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro. Está claro que es una referencia mínima, de escaso impacto pero sin duda representa un comienzo hacia una nueva configuración de los derechos de cuidado y así se incorporará en el ordenamiento jurídico español cuando entre en vigor la Ley de Familias. Quien tiene hijas o hijos y personas dependientes que cuidar sabe muy bien que cinco días al año pueden quedarse en algo muy insuficiente, si realmente lo que se está intentando buscar es dar cobertura a unas necesidades reales de las familias. Esta norma, sin embargo, podría haberse configurado, como una puerta para plantear la opción de una forma diferente de cuidado, en la que no participan sólo los progenitores o los familiares estrictos, sino otras personas que, en función del vínculo afectivo (y no necesariamente, por tanto, con obligación contractual), pueden llegar a ser sujetos claves en la crianza y cuidado, especialmente de los menores y especialmente en los supuestos de familias monomarentales. En estos supuestos, la “carga de la crianza”, aunque no se reparta entre progenitores, siempre cuenta con la participación mayor o menor de personas cercanas a la familia⁴⁵ (y/o, por supuesto, con cuidadores profesionales e instituciones públicas y privadas de cuidado)⁴⁶. Es cierto

para que le fuera posible cuidar de sus hijas cuando estaban a su cargo (fin de semanas alternos). El supuesto acabó judicializándose y resolviéndose en la SJS de Toledo de 24 de febrero de 2020, tal y como resulta relatado y analizado por el Prof. BAYLOS GRAU en su blog: <https://baylos.blogspot.com/2020/03/adaptacion-de-jornada-y-relacion.html>.

⁴³ La situación de precariedad y dificultad de las familias monoparentales es un problema que lleva detectándose desde hace mucho tiempo. Para todos, véase: GOÑI SEIN, J. L., “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, en *Temas Laborales*, n. 82 (2005), pp. 11-45.

⁴⁴ Donde por familiar, en función de lo establecido por el art. 3 de la Directiva, se entiende: hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional.

⁴⁵ Hay países europeos donde se establece incluso la posibilidad de que el “permiso de paternidad” de veintiocho semanas, pueda ser disfrutado por otra persona, diferente al progenitor, que esté trabajando y que se encargue de cuidar el menor, previo acuerdo con la madre. Este es el caso, por ejemplo, de Eslovaquia.

⁴⁶ Esta opción es valorada muy positivamente también por parte de aquellos estudios que defienden la intransferibili-

que la fórmula prevé la posibilidad de extender este concepto de “cuidador” (y el relativo permiso) en función de un criterio de convivencia⁴⁷, lo cual sin duda parece resultar especialmente interesante en los supuestos de “familias alargadas” en las que el cuidado de los hijos de cada unidad familiar es compartido entre los integrantes de la nueva unión, con los cuales, muchas veces los hijos conviven y trascurren mucho tiempo. Cuestión que, en ese caso, el texto del Anteproyecto de Ley de Familias parece aprovechar para incluir explícitamente esta situación en el marco de tutela de la Ley.

Dicho esto, queda claro que una definición abierta de “familiar” y de “cuidador” puede provocar ciertos abusos, pero, tal vez, justamente una reflexión sobre “la carga real de cuidados” podría servir para visibilizar cuidadores ocultos (como los abuelos y las nuevas

lidad de los permisos de nacimiento, justamente en relación al modelo de familias alternativas, aunque en ese caso habría que trabajar conceptualmente el término “otro progenitor” para hacerlo extensivo e inclusivo y “el interés del menor” sería estrechar vínculos con más personas que no sean la madre y si se consigue que, a la vez, fomentar el definido “institucionalismo del cuidado”, mejor. En este sentido: “(...) volviendo a la idea de conciliación corresponsable, cuyo objetivo es que sea buena para las mujeres y para la infancia, el diseño ideal consiste, en una primera fase, durante el primer año o el mayor tiempo posible, que se turnen los progenitores para que ninguno de los dos progenitores sea penalizado y, también porque está demostrado que para la criatura en BUENO, tener vínculos emocionales con más de una persona. En este sentido, cuando son familias monoparentales y sobre todo monomarentales, tal vez se podría dar la opción de elegir a otra persona como cuidador o cuidadora, por ejemplo, un servicio de cuidados subvencionado. (...) En una segunda fase, a partir del primer año de edad del menor, tener una red de escuelas infantiles universales y de calidad. Este es el diseño ideal para una conciliación corresponsable” (en JURADO, T. – BUENO, X., “Avanzando hacia los permisos parentales igualitarios en España. Una conversación con Teresa Jurado-Guerrero, en *Encrucijadas. Revista crítica de ciencias sociales*, n. 18 (2019), p. 11).

⁴⁷ Aunque resulta llamativo, sin embargo, la escasamente ambiciosa que es esta propuesta, allá donde, por ejemplo, jurídicamente, en la categoría de “familiares” incluyen explícitamente las abuelas y los abuelos, de manera tal que una de las redes de cuidado más importantes en países como España, quedaría totalmente invisibilizada. Las normas nacionales obviamente pueden mejor y ampliar este concepto.

parejas de personas divorciadas o separadas) y reconocer ciertos derechos. Como bien se señala en doctrina⁴⁸, podrá ser esencial la labor interpretativa del TJUE de los conceptos y definiciones de la Directiva. Sin embargo, seguir con la contemplación estricta del concepto de familia convertiría esta norma en una enésima ocasión perdida para dar un espacio jurídico a otra forma de crianza y cuidado.

Este análisis, entre presente y futuro, nos lleva, por tanto una amarga conclusión, desde la mirada de las familias monomarentales, es decir el modelo de conciliación corresponsable debería, más pronto que tarde, tomar otro rumbo. Abandonar “la vieja técnica del alargamiento de los permisos o de reducción de jornada”, para avanzar hacia una nueva técnica de “adaptación razonable de la organización del trabajo a fin de favorecer un modelo de conciliación útil con el menor coste posible, económico y profesional”⁴⁹ (para las personas implicadas). Un nuevo modelo en el que empiece a plantearse el respeto y promoción de la igualdad de género conjuntamente con la protección de la infancia (al ser posible, no agotada en los primeros meses de vida).

3.1. El debate sobre la acumulación de permisos de nacimiento en el contexto de familias monomarentales, desde la STSJ de País Vasco, de 6 de octubre de 2020 hasta la STS 169/2023, de 2 de marzo: ¿dónde está el legislador?

Una de las novedades más esperadas y debatidas en ocasión de la elaboración, antes, y de la aplicación, después, del Real-Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de “Medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de

⁴⁸ CABEZA PEREIRO J., *op. cit.*, p. 52.

⁴⁹ MOLINA NAVARRETE, C., “Permiso por nacimiento y recelo comunitario de acumularlo en la mujer: ¿y si elige ser familia monoparental?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 454, 2021, pp. 167.

oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, así como de la modificación del art. 48 ET derivada de la aprobación de la Ley de Familias, tiene que ver con la regulación de los permisos de maternidad y paternidad, ya que se esperaba que fuera a ser controvertida y novedosa. Al respecto y de manera resumida, es interesante resaltar que los aspectos más destacados de esta nueva configuración tienen que ver con: la nueva denominación (permiso por nacimiento de hijo), la equiparación del tiempo de permiso de los dos progenitores (dieciséis semanas); su configuración relativamente flexible (gracias a su posible fraccionamiento, con todas las complejidades añadidas, y su posible disfrute a tiempo parcial por parte de los dos progenitores); la obligatoriedad de las seis semanas post-parto, para ambos padres y, finalmente, la intransferibilidad total y sin (casi) excepciones, de los permisos entre los dos progenitores. Si bien lo que más ha sido comentado en los medios de comunicación, en ocasión de la publicación de la norma, ha sido la equiparación total, después de décadas de intentos y acercamientos progresivos, de la duración del permiso para los dos progenitores, es cierto que el tema de la transferibilidad o menos del permiso ha acabado por encender la mecha y visibilizar con más fuerzas un debate latente, dentro y fuera del movimiento feminista y dentro y fuera del mundo jurídico, que llevaba tiempo gestándose.

Antes de la reforma de 2019, se establecía la opción de cesión por parte de la madre de un segmento de tiempo de su permiso de maternidad (la intransferibilidad quedaba limitada a las primeras seis semanas después del parto y se justificaba en la necesidad de recuperación de la salud de la mujer que acababa de dar a luz). De esta manera, el otro progenitor, más allá de las semanas de permiso de paternidad reconocidas como un permiso propio⁵⁰, podía

⁵⁰ El permiso de paternidad, introducido en España por la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, se ha mantenido durante casi una década en una duración de dos semanas, que estuvo vigente durante una década, y ya en 2017 se extendió a cuatro

disfrutar de un periodo extra, cedido por la madre y por tanto administrado por ella. La centralidad de la figura materna y la capacidad de adaptación del disfrute de este permiso según las exigencias de cada familia representaban los elementos más valorados y, a la vez, más criticados (según la diferentes posturas).

Esta concepción parecía responder, en cierta medida, a un modelo de conciliación antiguo en el que la crianza y las tareas de cuidado, estaban claramente centralizada en la mujer y la ley, simplemente, intentaba garantizarle un reparto equilibrado de su tiempo, para que pudiera llegar a cumplir con su *doble jornada*. Era inevitable, por tanto, en el marco de esta visión, que antes o después, se fomentara el ingreso de los hombres en el espacio doméstico, a través de la atribución de un tiempo específico para eso y el consecuente reparto de los tiempos de trabajo y vida. Sin embargo, la manera y las opciones de reorganización del protagonismo de los dos sexos en relación con crianza y cuidado, nunca ha sido libre de cierta discusión y polarización. Varias y variadas han sido las voces que han alimentado el debate, de una postura y de otra, desde la política, el asociacionismo y también desde el derecho⁵¹.

Este debate, sin embargo, ha adquirido una dimensión especial en el momento que se ha empezado a tratar desde una perspectiva

semanas y en 2018 a cinco, hasta que finalmente se modificó su regulación en los términos que hemos comentado con el RDL 6/2019.

⁵¹ En este sentido, en este trabajo se han integrado y resumido los argumentos de las dos posturas, utilizando como base dos entrevistas. Por el lado de la defensa de la transferibilidad de los permisos, se trata de la entrevista con Patricia Merino de la *Plataforma de madres feministas para la ampliación de los permisos transferibles* (PETRA FEM) realizada por Adriana RAZQUIN de la Universidad de Málaga y publicada en 2019 en la Revista Encrucijadas (MERINO, P. – RAZQUIN, A., “La transferibilidad de los permisos de maternidad y paternidad en la encrucijada”, en *Encrucijadas. Revista crítica de ciencias sociales*, n. 18 (2019). En cambio, por el otro lado, el que está a favor de la intransferibilidad de los permisos, se trata de la entrevista con Teresa Jurado-Guerrero, experta en sociología de familia, realizada por Xiana BUENO, del Centre d’Estudis Demogràfics de Barcelona y publicada también en 2019 (JURADO, T. – BUENO, X., *op. cit.*).

muy concreta que es la de las maternidades en solitario. En este sentido, el impacto de la jurisprudencia ha sido fundamental y ha permitido trasladar y profundizar la cuestión desde dentro del mundo jurídico en general y desde el Derecho del trabajo en especial. Las sentencias de País Vasco, Galicia, Asturias, Cataluña o Comunidad valenciana de 2020 y 2021, así como la polémicas Sentencias de Comunidad Valenciana o Madrid de 2021 y 2022 y especialmente la muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de marzo de 2023, consienten aterrizar esta cuestión, atándola a supuestos reales y aprovechar el “ruido teórico” para reflexionar, desde la práctica.

Es curioso y evidente que, en el marco del debate, las distintas posturas tienen en común el punto de salida: existe una constatación compartida del hecho que la división sexual del trabajo es uno de los principales escollos para la igualdad de género. Ahora, en el momento en el que se busca una solución a este problema y se articulan las respuestas es donde se enfatizan las diferencias y es donde, además, vuelven a emerger los matices ideológicos de fondo. Es aquí donde surge la pregunta esencial: ¿dónde se coloca la maternidad en la sociedad actual?

Está claro que, dependiendo de la perspectiva en la que se sitúe cada postura estaremos más cerca o más lejos de la que algunas definen como herencia del feminismo hegemónico, para el cual el trabajo remunerado haría libres las mujeres y para eso era (y es) necesario caminar hacia una *desesencialización* de los roles de género, lo cual implica, necesariamente, considerar el vínculo materno como una construcción cultural⁵². Eso, claramente, choca con una visión alternativa que propone recalibrar la centralidad de la maternidad sobre la base de una idea que parte de sacudir las propias fundamentas del sistema capita-

lista patriarcal⁵³. La centralidad de la maternidad, una vez más acaba trasladándose al ámbito jurídico.

Desde el Derecho de la postmodernidad, se afirma insistentemente y justamente que “las labores de cuidado no tienen género”, y que, sin embargo “éstas se vinculan tradicionalmente con lo femenino”⁵⁴. Esta consideración, es sin embargo aprovechada para enlazar, de manera casi indisoluble, la cuestión de la superación del reparto de roles tradicionales con una búsqueda –siempre inacabada– de igualdad entre géneros. En esta búsqueda la *dimensión de cuidado* aparece como un obstáculo, un elemento de retraso y distracción que, por su carácter perjudicial respecto a la valiosa dimensión laboral, tiene que ser re-partida para, así “perjudicar por igual” mujeres y hombres. La *dimensión de cuidado*, en cambio y a entender de muchas voces críticas, tendría más que ver con una revalorización de la diferencia sexual que con la búsqueda de la igualdad. Una revalorización, además, destinada a reconfigurar la realidad jurídica, social y política poniendo al centro los que la doctrina define, magistralmente, como “trabajos que sostienen la vida”⁵⁵.

⁵³ Cabe reproducir las palabras de DEL OLMO que considera que el hecho de quitar a las madres el poder de decidir respecto a cómo y cuándo repartir el permiso de nacimiento es un acto más del paternalismo imperante, en concreto: “no hace falta defender cadenas del trabajo asalariado para que las mujeres trabajen, las mujeres trabajan porque les da la gana, porque nuestra socialización incluye el trabajo” (<https://ctxt.es/es/20181003/Politica/21991/permisos-de-paternidad-ppiina-debate-feminista-intrasferibles.htm>). O Patricia MERINO MURGA que dice: “en los próximos años será importante estar atentas a la implicación de los varones en los cuidados: si ahora ellos se van a encargar de llevar las criaturas al parque, acostarlas y bañarlas de modo que las madres con doble jornada tengan tiempo para fregar, limpiar y cocinar a diario ¿es esto un avance en materia de igualdad o se trata de una nueva estrategia de apropiación patriarcal? Véase MERINO MURGA, P., “Ya tenemos los permisos iguales e intransferibles, ¿y ahora qué?”, en *Pikara Magazine*, 17 de julio de 2019 (<https://www.pikaramagazine.com/2019/07/ya-tenemos-los-permisos-iguales-e-intransferibles-y-ahora-que/>).

⁵⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *op. cit.*, p. 41.

⁵⁵ MORA CABELLO DE ALBA, L., “La ecología del trabajo: el trabajo del pan y las rosas”, en MORA CABELLO DE ALBA, L. – ESCRI-

⁵² Idea de María José GARRIDO (<https://ctxt.es/es/20181003/Politica/21991/permisos-de-paternidad-ppiina-debate-feminista-intrasferibles.htm>).

Estos diferentes enfoques permiten, por ejemplo, llegar a razonar de manera heterogénea sobre muchas cuestiones. Por ejemplo, hay un tema especialmente interesante en el que se materializa claramente esta diferencia en el enfoque: la externalización de los cuidados. Si para las personas defensoras de la intransferibilidad de los permisos, ésta es una parte esencial de ese búsqueda de pleno empleo en el que los y las trabajadoras domésticas y cuidadoras profesionales tienen que encajar⁵⁶; para las defensoras de la transferibilidad, la externalización no es otra cosa que visibilizar la paradoja de la “casa vacía”⁵⁷, en la que madres, explotadas laboralmente, precarias y mal pagadas, derivan, de mala gana y a caro precio, a otros y otras algo que, a lo mejor, es lo que más le apetece hacer en esos momentos (y que además coincide con las necesidades fisiológica del bebé) que es cuidar, o mejor dicho: *maternar*⁵⁸.

En este contexto, por tanto, y desde un Derecho del Trabajo fuertemente marcado por su existencia, se pueden contemplar e integrar esos dos impulsos teóricos catalizadores. Por un lado, el que atrae el núcleo esencial de los derechos de conciliación hacia una óptica dicotómica entre empleo remunerado y no remunerado, donde la *monetización* del tiempo (y no la *soberanía sobre el tiempo*⁵⁹) marca la utilidad/inutilidad de su uso (y abuso) y en el que el objetivo es eliminar cualquier atisbo de “competencia desleal de origen sexual”, y, por otro lado, la fuerza que empuja hacia una re-fundación del trabajo basado en un

nuevo pacto social y sexual⁶⁰. El Derecho del Trabajo, se atribuye, por tanto, la ardua tarea de buscar, en los matices normativos y jurisprudenciales, la huella de estos fundamentos teóricos, capaces, aun partiendo del mismo presupuesto, de marcar sendas y contenidos diferentes en la tutela de los mismos derechos.

Como si el debate sobre la transferibilidad o intransferibilidad de los permisos no fuera ya lo suficientemente encendido, falta por hacer una referencia directa a la acumulación de los permisos por nacimiento en familias monomarentales. Éste es el fenómeno que se da cuando, actualmente por decisión de un juez, se permite a una madre, cabeza de familia en un contexto de maternidad en solitario, acumular a las semanas correspondientes a su permiso de maternidad, las semanas de permisos equivalentes al permiso de paternidad que, al no haber otro progenitor, de no acumularse en la persona de la madre, acabaría perdiéndose. El reconocimiento de esta posibilidad, tal y como se ha dicho, no deriva de una norma jurídica, sino por una acción directa de las diferentes Administraciones Públicas, en algunos casos, o por una interpretación jurisprudencial derivada de un procedimiento judicial, en otros. Hasta la fecha quedan registradas casi un centenar de Sentencias pronunciadas por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia y, muy recientemente, se ha resuelto una apelación al Tribunal Supremo por unificación de doctrina, que sin duda tendrá un impacto fundamental en el tratamiento jurídico del tema. Se trata de la Sentencia 169/2023 del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2023. Esta Sentencia ha terminado por fallar en sentido contrario a la acumulación, aunque cuenta con un interesantísimo voto particular, emitido por el magistrado Ignacio García-Perrote Escartín, al que a su vez se ha sumado también la magistrada Rosa María Virolés Piñol.

BANO GUTIÉRREZ, J. (dirs.), *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida*, Bomarzo ed., Albacete, 2015, pp. 25-38.

⁵⁶ JURADO, T. – BUENO, X., *op. cit.*, pp. 10-11.

⁵⁷ Expresión utilizada por CAÑERO RUIZ, J., “La casa se quedó sola. Una reflexión feminista sobre la maternidad”, en *Pikara Magazine*, 3 de abril de 2019 (<https://www.pikaramagazine.com/2019/04/la-casa-se-queda-sola-una-reflexion-feminista-sobre-la-maternidad/>).

⁵⁸ Carolina del Olmo es cristalina en este sentido: “(...) la gente quiere más tiempo para cuidar, y quien puede permitirselo, lo toma” (<https://ctxt.es/es/20181003/Politica/21991/permisos-de-paternidad-ppiiina-debate-feminista-intrasferibles.htm>).

⁵⁹ CASAS BAAMONDE, M.E., *op. cit.*, p. 233 y ss.

⁶⁰ MORA CABELLO DE ALBA, L., “El trabajo y la maternidad de las mujeres en un espacio único de tiempos múltiple”, en *Duoda. Estudios de la diferencia sexual*, n. 40 (2011), pp. 168-173.

Si damos un pequeño paso atrás y analizamos las sentencias de los Tribunales inferiores, éstas estaban siendo tanto estimatorias como desestimatorias de la acumulación y aunque acaben reconociendo la acumulación, hay sentencias que reconocen el total de las semanas correspondientes al otro progenitor, mientras que otras únicamente acumulan restando las que, con carácter obligatorio, el otro progenitor debería disfrutar tras el nacimiento. Teniendo en cuenta la ampliación legal progresiva del permiso regulado por la Disposición Transitoria 13 ET, desde el año 2019, actualmente la acumulación permitiría, en términos generales, ampliar el permiso por nacimiento de dieciséis semanas a veintiséis semanas (frente a las treinta y dos semanas totales de las familias biparentales)⁶¹. El argumentario de estas sentencias se puede resumir diferenciando las sentencias que reconocen la acumulación en supuestos de familias monomarentales de las que, en cambio, no lo hacen.

La sentencias estimatorias, que reconocen la acumulación, fundamentan su posición sobre los argumentos que se plantearon por primera vez en la STSJ de País Vasco de 6 de octubre de 2020 y es a ella a la que hay que referirse en primer lugar⁶². En este supuesto los hechos son muy sencillos: una trabajadora, Angélica, madre en solitario, solicita, el 4 de septiembre de 2019, al INSS una solicitud para acumular a su prestación por nacimiento y cuidado de menor, las (entonces fijadas) ocho semanas del permiso del otro progenitor.

El INSS la deniega, alegando que Angélica no se encontraba, en ese momento, en ninguna de las situaciones protegidas y que esas semanas correspondían a un permiso intransferible. La trabajadora presenta, entonces, demanda al Juzgado de lo Social n. 5 de Bilbao que, finalmente acaba desestimando su demanda por el simple hecho de no tratarse de una familia biparental⁶³.

Al recurrirse la sentencia a petición de la interesada, el TSJ de País Vasco interviene en el asunto, reconociendo el derecho de acumulación partiendo de una perspectiva muy interesante: coordinar el objetivo de la igualdad de género —que está detrás del modelo de conciliación corresponsable, en el que la regulación del permiso por nacimiento de hijo se inscribe— con la necesaria tutela del interés del menor⁶⁴. Este argumento se fundamenta en la Sentencia sobre la base unas sugestivas fuentes internacionales: la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada en España el 26 de enero de 1990 y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, así como sobre el art. 39 y 14 de la Constitución Española. El Tribunal afirma que si se deniega la acumulación se produciría un vulneración del derecho de igualdad *del niño* ya que “el menor afectado va a sufrir una clara merma respecto a aquellos otros que, en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir” ya que el *tiempo de atención y cuidado* del menor sería inferior o

⁶¹ Sobre los argumentos a favor de una acumulación de veintiséis o treinta y dos semana véase el comentario de sentencia de BALLESTER PASTOR, I., “Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral* n. 8 (2022); DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., “Ampliación de la duración del permiso y la prestación por nacimiento y cuidado de menor en familias monoparentales. Comentario de la Sentencia JS de Santander (Cantabria) de 31 de enero de 2022, sentencia n.º 19/2022”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* n. 254 (2022).

⁶² ROMERO GARCÍA, B., “Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral* n. 6 (2022).

⁶³ Apartado Primero de los Fundamentos de Derecho STSJ de 6 de octubre de 2020: “La prestación de nacimiento y cuidado de menor es un derecho intransferible de cada progenitor, con lo que si solamente existe uno de ellos no concurre ninguna prestación más. (...) Nos encontramos ante un supuesto de ejercicio único del derecho, sin que se aprecie ningún elemento de discriminación en el supuesto, porque el integrante de la familia monoparental sea hombre o mujer, disfruta del beneficio, sin posibilidad de transferirlo”.

⁶⁴ Concepto ampliamente usado en el derecho de familia y cuyo impacto y significado ha sido desarrollado por la doctrina civilista de manera muy completa. Véase, entre otros, GARCÍA RUBIO, M. P., “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* n. 13 (2020).

mayor, dependiendo del modelo de familia en el que nace y/o crece.

En esta Sentencia, así como en la mayoría de las que conceden la acumulación, además, se plantea una cuestión de especial trascendencia y que tiene que ver con la consideración que la no acumulación en familias monomarentales implicaría perpetrar una discriminación indirecta respecto a la madre trabajadora, cabeza de familia. El TSJ de País Vasco —después de analizar los datos estadísticos de las familias monoparentales y relevar que éstas en su amplia mayoría, tal y como hemos visto anteriormente, son constituidas por mujeres— teje, así, la conexión entre el *interés superior del menor*⁶⁵ y la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Denegar la acumulación de permisos en estos supuestos de monomarentalidad significaría introducir “una nueva brecha que nos sitúa no ante el techo de cristal sino ante el suelo pegajoso y ante una concepción de la igualdad funcionalista, que obvia el que las distintas manifestaciones de esta se desarrollan dentro de los hábitat o estructuras sociales”⁶⁶. El Tribunal va más allá considerando, además, que con la incorporación del varón o de otro progenitor en el disfrute del permiso por nacimiento, se estaría perjudicando indirectamente la mujer, madre y única progenitora de estas familias monomarentales, ya que “el tiempo de

dedicación al menor por parte de ella es superior, porque no lo comparte, ni simultánea ni diacrónicamente lo bifurca; el tiempo de dedicación a la formación y promoción profesional también se merma; la promoción en el empleo y el desarrollo personal se reduce. La situación de la mujer vuelve a empeorarse y en la buena apariencia, sin embargo, se vuelve a favorecer un colectivo, pero a una parte del mismo se le perjudica”⁶⁷.

El impacto simbólico de esta Sentencia es doblemente fuerte, a mi entender, ya que por un lado, refuerza la idea de que habría que modificar la normativa en materia de permiso por nacimiento, “desde la perspectiva real del interés superior del menor, incluyendo la referencia a las familias monomarentales”⁶⁸ y por el otro, re- coloca el foco sobre la necesidad que los derechos de conciliación tendrían que “suponer la integración de la maternidad y el trabajo, no sólo en un intento de ampliar la natalidad, sino de preservar la relación filial, asumiendo socialmente el rol familiar como parte de la dinámica social”. La forma, por tanto, con la que se consigue esta integración importa (y no todo vale).

Esta posibilidad de acumulación en familias monomarentales no ha sido, sin embargo, admitida por todos los Tribunales. Especialmente llamativos en este sentido son algunos pronunciamientos recientes. Uno del TSJ de la Comunidad Valenciana (STSJ 3020/2021, de 19 de octubre), que es el primero que desestima la acumulación al que se unen posteriormente más sentencias en este sentido, entre las cuales destaca la sentencia del TSJ de Madrid (STSJ 886/2022, de 5 de octubre), que está entre las más recientes. El argumento, en este caso, se sustenta en dos cuestiones esenciales. Por un lado, según el juez, la regulación

⁶⁵ La posibilidad que “el interés superior del niño” funcione como “correctivo” o elemento de reajuste de las medidas de conciliación no es valorada por parte de todos como algo positivo. De hecho, se duda sobre su eficacia y se plantea el riesgo de que sea altamente perjudicial para el fin igualitario de las medidas mismas. Teresa Jurado-Guerrero, concretamente, en su entrevista, afirma lo siguiente: “no veo el escollo de perjudicar a los menores y sus cuidados como motivo para justificar los permisos transferibles frente a los intransferibles (...), no veo que la tendencia hacia políticas de permisos intransferibles se traduzca en un problema para los propios hijos, más más bien todo lo contrario. Pensemos en una madre sobrecargada o una madre con inestabilidad laboral o que pierde su empleo, (...) esas son situaciones que sí pueden generar problemas que afectan directamente al cuidado del menor. En JURADO, T. – BUEÑO, X., *op. cit.* p. 5.

⁶⁶ Fundamento de Derecho Séptimo, STSJ de País Vasco de 6 de octubre de 2020.

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ PÉREZ GUERRERO, M. L., “Familias monoparentales: ¿es la regulación de la prestación y el permiso por nacimiento discriminatoria con las mujeres trabajadoras” publicado el 15 de marzo de 2021 en <http://grupo.us.es/iwpr/2021/03/15/familias-monoparentales-es-la-regulacion-de-la-prestacion-y-el-permiso-por-nacimiento-discriminatoria-con-las-mujeres-trabajadoras>.

derivada del Real Decreto-Ley 6/2019, no pretende otra cosa que extender los derechos de conciliación con el fin de promover la igualdad y no discriminación en el ámbito doméstico. Es decir el objetivo de fomentar la corresponsabilidad eclipsaría por completo, según estas sentencias judiciales, la protección del interés superior del menor⁶⁹. Una vez más, por lo tanto hablaríamos de un “premio a la corresponsabilidad”. Por otro lado, se argumenta que en las familias monomarentales sólo concurriría una única cotización al igual que ocurre cuando, en familias con dos progenitores, el otro progenitor no tiene derecho a la prestación. Este segundo argumento, más de carácter económico y ligado a la naturaleza contributiva de la prestación que se pretende ampliar, se acerca mucho a uno de los puntos que desarrolla la esperadísima sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2023. En esta Sentencia el TS rechaza la posibilidad de ampliar el permiso de nacimiento de hijo en supuestos de familias monomarentales, por dos razones fundamentales: no habría discriminación indirecta ni vulneración del interés superior del menor y el órgano judicial no es el competente para ampliar la capacidad protectora de una prestación, prevista y regulada por Ley, sino que para eso debe haber una intervención legislativa clara en este sentido. Procedemos por tanto, con orden, a analizar el contenido de esta relevante sentencia. En primer lugar, en ella se analiza la cuestión de la posible discriminación indirecta a la que estaría so-

metidas las madres, en cuanto mujeres, progenitoras de estos hogares monomarentales y también los niños y niñas, en comparación con aquellos y aquellas que se crían en familias biparentales. El TS, en este punto, acaba abrazando en prácticamente su totalidad lo defendido por el Ministerio Fiscal. Concretamente considera que “la nueva redacción del art. 48 ET en sus apartados 4, 5 y 6 no establece un trato discriminatorio, vulnerador del principio de igualdad, entre los niños de las familias biparentales o monoparentales”⁷⁰. Añade que en este supuesto, en primer lugar, “no se produce una discriminación indirecta por razón de sexo por el hecho de que existan más familias monoparentales constituidas por mujeres que por hombres”⁷¹.

Esto se debería a una doble razón que tiene que ver, en primer lugar, con el hecho que el Tribunal considera que el marco de comparación sería erróneo (“pues el término de comparación sería con las familias biparentales, integradas, salvo escasísimas excepciones, por hombres y mujeres por igual”⁷²) y, en segundo lugar, porque la valoración sobre la configuración del sistema de Seguridad Social y sus requisitos de acceso así como “las circunstancias y múltiples condicionantes, entre ellos, los económicos, para introducir cualquier modificación de dicho sistema”⁷³ es competencia del legislador, así como lo es establecer excepciones “en atención a la disponibilidad del momento y a las necesidades de los grupos sociales”⁷⁴. Y según el TS es evidente que en el supuesto de las familias monomarentales esta excepción no se ha querido configurar por parte del legislador, por lo menos hasta la fecha. El Tribunal llega hasta más lejos ya que considera que reconocer la acumulación de permisos en estos supuestos significa “inaplicar unos preceptos cuya constitucionalidad no se ha pue-

⁶⁹ Concretamente, además, en la STSJ 3020/2021, de 19 de octubre, se afirma (no sin ciertas perplejidad en el lector) que no existiría un marco teórico del derecho del menor de las familias monomarentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las familias con dos progenitores. Lo cual no hace más que justificar la necesidad y urgencia de que este marco regulador sea claro y, una vez por toda, puesto negro sobre blanco. Así se remarca por parte de la doctrina, entre otras: ROMERO RODENAS, M. J. – CANTOS MARTÍNEZ, A., “Prestación por nacimiento y cuidado del menor, ¿menor protección a familias monoparentales? Entre la corresponsabilidad y el interés del cuidado del Hijo e hija”, en *Hoja de Actualidad “Clara Campoamor”*. 11 de julio de 2022. (https://blog.uclm.es/catedraclaracampoamor/wp-content/uploads/sites/158/2022/07/Hoja_actualidad_julio-2022.pdf).

⁷⁰ Fundamento de Derecho Segundo, STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ *Idem*.

to en cuestión” y en definitiva “quebrar el espíritu de la norma”⁷⁵. En definitiva, reconocer esta ampliación determinaría, en opinión del TS, reconocer a la madre el disfrute de una “nueva prestación de tal naturaleza que le hubiera correspondido al otro progenitor” y este reconocimiento afectaría tanto al ámbito de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social como a la relación contractual con el empleador, dado que para el disfrute de esta “nueva prestación” resultaría inevitable ampliar también la duración de la suspensión del contrato prevista por el art. 48.4 ET. Esta alteración, insiste el TS, sería injustificada al no haber vulneración de ninguna norma internacional, ni hacia la mujer (no pudiéndose detectar elementos de discriminación indirecta por razón de sexo) ni hacia el menor (ya que en este caso, la ponderación del interés superior del menor se habría hecho correctamente respecto al principio de igualdad entre hombre y mujeres por parte del legislador en ocasión del redacción del Real Decreto-Ley 6/2019). Esta última cuestión es especialmente interesante (y peligrosa), a mi entender, ya que, a diferencia de lo que se argumenta en el voto particular a la Sentencia⁷⁶, no sólo se admite que el “interés superior del menor” pueda entrar en juego de ponderación (que no se permite en otros supuestos jurídicos, como por ejemplo, cuando hay que determinar el régimen de custodia de menores en supuestos de separaciones y divorcios) con otros derechos e intereses, sino que en este caso el derecho de conciliación

y corresponsabilidad prevalecería⁷⁷. El interés del menor, por tanto, dejaría de ser considerado “superior”, según esta Sentencia, por lo menos en tanto en cuanto choque con el derecho de conciliación. Imaginar una conciliación en el que el interés del menor siga siendo superior, a mi entender, no sólo es fundamental, sino que es el único camino posible porque es el que de verdad consentirá profundizar en la función central que deben ocupar los cuidados en el espacio jurídico del presente y, especialmente del futuro. Una sentencia, como la del 2 de marzo de 2023, hablando en estos términos de conciliación y de interés superior del menor, sin duda, aleja (y mucho) este objetivo.

Sin duda, el argumento sobre el cual la STS 169/2023 pone especialmente el foco es el de la incapacidad del tribunal de intervenir en la materia con una acción integradora ya que, según palabras del Tribunal Supremo “una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y Tribunales” y “su función es la aplicación e interpretación de la norma, no la creación del derecho”⁷⁸. La naturaleza de prestación contributiva, así como la implícita modificación del régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo, impedirían esa labor integradora del Tribunal. Es evidente –y sobre esta cuestión volveremos de manera específica más adelante– que la toma de posición del legislador (y del Gobierno) en este asunto es urgente y necesaria, sin embargo da la sensación de que, en este caso, el Tribunal prefiere optar por no tomar la iniciativa, cosa que, en cambio, se hizo en supuestos parecidos

⁷⁵ Fundamento de Derecho Segundo, punto 3, STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

⁷⁶ Según lo que se puede leer el Punto segundo del voto particular formulado por el magistrado Ignacio García-Peñate Escartín, al cual se ha adherido también la magistrada Rosa María Virolés Piñol, “la interpretación integradora de las normas aplicables” se debería haber hecho “especialmente en base al interés superior del niño” ya que tanto la Constitución Española, como las leyes orgánicas de protección de la infancia y otros instrumentos de derecho internacional, “establecen que el interés superior del niño debe tenerse en consideración primordial, llegando en varios casos a afirmarse expresamente que ese interés superior del menor y su necesaria consideración primordial, son un derecho y, en todo caso, el principio interpretativo que debe prevalecer”.

⁷⁷ La Sentencia afirma que el “disfrute de los derechos de conciliación y protección dispensados en esos casos evitan que el ejercicio de aquellos perpetúe roles de género que no se corresponden con la situación social actual ni mucho menos con el principio de igualdad que sustenta todo el ordenamiento jurídico” y por eso en la ponderación con el interés del menor, el derecho de conciliación y corresponsabilidad tiene que prevalecer. Punto 4, Fundamento de Derecho Cuarto, STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

⁷⁸ Punto 3, Fundamento de Derecho Tercero, STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

en el pasado. Como bien se indica en el Voto Particular, el “criterio de interpretación con perspectiva de género” se ha utilizado por el TS en repetidas ocasiones, a partir de la famosa Sentencia del Pleno del 21 de diciembre de 2009⁷⁹ y siempre con el fin de extender la protección del sistema de Seguridad Social, así como la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de la Seguridad Social. Además, llama especialmente la atención que en supuestos de maternidad subrogada, la labor del TS ha sido especialmente significativa con el fin de extender el margen de protección, en algunos casos adjuntándose explícitamente “el interés superior del menor y la protección de la familia y de la infancia”⁸⁰.

Es cierto que, tal y como se alega en la Sentencia en cuestión, hubiera sido preferible no alargar tanto tiempo el silencio del legislador, especialmente teniendo en cuenta que son ya varios años en los que se ha trasladado al espacio judicial la búsqueda de soluciones en el supuesto de permiso de nacimiento en familias monomarentales, al punto que el mismo TS, en varios puntos de la sentencia, declara que hay “un déficit de protección”⁸¹. Las ocasiones para llevar a cabo una reforma en este sentido, no han faltado ni faltarán, entre las cuales destacan, claramente, la aprobación del Real Decreto-Ley 6/2019 y la transposición de

la Directiva (UE) 2019/1058, que, como veremos, se realizará a través de la Disposición Final Tercera del Anteproyecto de Ley de Familias, de próxima aprobación en el 2023. El Tribunal Supremo en la STS 169/2023, de 2 de marzo recalca que el silencio del legislador indicaría una voluntad del mismo de no regular el asunto en un sentido favorable a la acumulación del permiso y al respecto, recuerda que ha habido momentos, incluso recientes, en los que el Parlamento, interpelado sobre el asunto de manera directa o indirecta, se habría pronunciado en contra⁸². Es llamativo que, en esta Sentencia, no se tenga en cuenta otra votación en un sentido radicalmente contrario⁸³, esta vez en el Congreso, en cuya ocasión se aprobó la toma en consideración de una Propuesta de Ley concreta y específica sobre el tema del permiso de cuidado en supuesto de familias monomarentales. Esa votación, celebrada en marzo de 2022, se concluyó, de manera inequívoca, con la práctica totalidad de votos a favor de los y las diputadas presentes (337 votos a favor, ningún voto en contra y 2 abstenciones)⁸⁴. Si se analiza, además, el

⁷⁹ Se trata, por lo menos, de las Sentencias: las SSTs 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (rcud 1352/2017); 778/2019, 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018); 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018); 79/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 097/2017); 115/2020, 6 de febrero de 2020 (rcud 3801/2017); 580/2020, 2 de julio de 2020 (rcud 201/2018); 908/2020, 14 octubre 2020 (rcud 2753/2018); 645/2021, 23 junio 2021 (rec. 161/2019); y 747/2022, 20 de septiembre de 2022 (rcud 3353/2019). Punto 6 Voto particular, STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023.

⁸⁰ En particular véase, en este sentido: STS 881/2016, de 25 de octubre de 2016, STS 953/2016, de 16 de noviembre de 2016 y STS 1005/2017, de 14 de diciembre, así como, posteriormente, STS 277/2018, de 13 de marzo de 2018, STS 347/2018, de 22 de marzo de 2018

⁸¹ Concretamente habría “un déficit de protección querido y consentido” por el legislador (Punto 1, Fundamento de Derecho Quinto, STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023).

⁸² Punto 2, Fundamento de Derecho Quinto de la STS 169/2023, de 2 de marzo de 2023. Concretamente el TS se está refiriendo a unas votaciones celebradas en el Senado en cuya ocasión se desestimó una enmienda (la n. 93) del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2019, de 2 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. La enmienda en cuestión proponía la modificación del art. 48.4 ET en el siguiente sentido: “en el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera”.

⁸³ O se haga en manera algo confusa no resulta claro por qué el TS considera que en esa ocasión la deliberación fue en el sentido contrario, rechazando esta propuesta (y que se deliberó sobre una ampliación de 32 semanas). Cosa que claramente no coincidiría con los hechos, acreditados en el Boletín Oficial del Congreso y en toda la documentación relativa a la presentación, debate, votación de la Propuesta de Ley (véase concretamente el siguiente enlace: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&tp_p_lifecycle=0&tp_p_state=normal&tp_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122/000192).

⁸⁴ Proposición de Ley de modificación 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,

contenido de esta Propuesta de Ley, en la Exposición de motivos se recalcan justamente los argumentos que plantean las sentencias a favor de la acumulación⁸⁵. Es decir, en esta Propuesta de Ley, actualmente en fase de tramitación, la presunta ponderación entre “derecho de conciliación y corresponsabilidad” e “interés superior del menor”, se resuelve claramente hacia la extensión del marco protector, y no el contrario, como en cambio indica la sentencia comentada. Es por tanto más que dudoso el argumentario de la Sentencia hacia la posible inamovilidad del Poder legislativo en esta materia. Aunque está claro que el silencio de este Poder –y la lentitud de su trabajo en este aspecto– sin duda, no ayuda a dejar suficientemente clara su postura.

En la actualidad –y pese al impacto profundo que esta Sentencia del Tribunal Supremo aportará, especialmente, en los casos judicializados– el tema sigue encima de la mesa del Legislador. Resulta, sin duda, muy sorprendente comprobar que en la actual versión del Anteproyecto de Ley de Familias no

y del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en materia de regulación de los permisos de maternidad y paternidad permitiendo su ampliación a 26 semanas en los supuestos de familias monoparentales. (122/000192), presentada el 1 de enero de 2002 por parte del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, publicada en el Boletín Oficial del Congreso el 14 de enero de 2022 y votada en el Congreso el 24 de marzo de 2022. Actualmente, según la información publicada en la web del Congreso, se encuentra en fase de debate en la mesa de la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones Enmiendas del Congreso.

⁸⁵ Concretamente se afirma que “en la actualidad, la Ley, que ha de seguir protegiendo a las madres trabajadoras, debe fijarse también en el interés de los hijos a la hora de regular los permisos laborales” y que “el permiso por nacimiento o adopción de hijos tiene una doble vertiente: por un lado, protege la salud de la mujer que ha alumbrado a un hijo, pero por otro se establece también en interés del niño o niña que acaba de nacer para asegurarle un desarrollo saludable en lo físico y en lo emocional al permitir que sus progenitores puedan ocuparse de ellos a tiempo completo. Es ese interés del menor el que justifica el permiso que la ley concede al progenitor que no ha alumbrado al hijo, o el que se reconoce con motivo de la adopción. Sin olvidar que se debe buscar la corresponsabilidad en todas estas iniciativas, objetivo indispensable a la hora de alcanzar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres”.

se incluya la ampliación del permiso de nacimiento en supuesto de familias monomarentales, pese a que, como veremos, dedica un capítulo entero a las familias monomarentales y en su Disposición Final Tercera se encarga de modificar el art. 48 ET, para adecuarlo a lo dispuesto por el derecho europeo. Concretamente, en la reforma de este artículo la única referencia a la acumulación de permiso se hace cuando establece la especial prórroga del permiso de nacimiento en supuestos de discapacidad o partos múltiples. En este caso, y de manera totalmente excepcional, establece que el en supuesto de las familias con un solo progenitor se podrá proceder a la acumulación de las ampliaciones para eso establecidas. En cambio, en todas las demás situaciones, el legislador mantiene el más sigiloso (y llamativo) de los silencios, aun siendo consciente del estruendo que está provocando este asunto en los Tribunales (y en los medios de comunicaciones). Cabe preguntarnos el porqué de esta renuncia a regular la acumulación en la Ley de Familia. Especialmente porque consta que el Gobierno se ha pronunciado, en varias ocasiones, a favor de esta ampliación (y de su inclusión específica en el texto de la futura Ley de Familias)⁸⁶.

En definitiva, la Sentencia del Tribunal Supremo representa un claro retroceso muy cuestionable respecto del régimen de protección jurídica de las familias monomarentales que se defiende en estas páginas y se pretende llevar a cabo en España, a través de una regulación normativa de esta materia más urgente aún ante la Sentencia comentada. Esta regulación podría apoyarse en un marco regulador más amplio que, como veremos a

⁸⁶ Declaraciones en este sentido, al parecer, se han producido por la Ministra de Derechos Sociales y Agenda 2023, Ione Belarra y el Ministro de Seguridad Social, José Luis Escrivá. También, hay fuentes que indican que el Ministerio de Trabajo incluyó la ampliación del permiso por nacimiento de hijo o hija en supuestos de familias monomarentales, en la parte específica dedicada a la Transposición de la Directiva (UE) 2019/1058, de 20 de junio. Véase: <https://www.epe.es/es/igualdad/20220324/familias-monoparentales-permisos-maternidad-paternidad-13422861>.

continuación, podría identificarse claramente en el capítulo III de la futura Ley de Familias.

4. EL CAPÍTULO III DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE FAMILIAS Y SU REFERENCIA A LAS FAMILIAS MONOMARENTALES, ¿PODRÍAN CONFIGURAR EL MARCO NORMATIVO DE RECONOCIMIENTO QUE FALTABA?

El 13 de diciembre de 2022 se aprobó en el Consejo de Ministros, en primera lectura, el Anteproyecto de Ley de Familias anunciando su tramitación urgente y su próxima publicación. Esta Ley, producto del trabajo coordinado del Ministerio de Igualdad y del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, constituye un paso importante en el reconocimiento de la diversidad familiar y de su tutela y se encuentra actualmente en la fase preliminar a su debate parlamentario, siendo probable la aprobación del texto definitivo en este primer semestre del 2023.

La Ley, de contenido complejo y ambiciosos objetivos, llega con la voluntad evidente de reconstruir, desde su reconocimiento jurídico, la diversidad de los modelos de familia existentes en la actualidad cimentando su existencia sobre un nivel mínimo de derechos básicos, desde un complejo equilibrio, en todos sus matices, entre igualdad, universalidad, libertad y transversalidad. Se podría describir esta norma como un proyecto normativo de amplio calado ya que se inserta en un contexto muy poco normado, como es el de las familias en España, al existir, hasta la fecha, una sola norma específica dirigida, concretamente, a tutelar las familias numerosas⁸⁷. Lo que resulta especialmente interesante es la consideración que lleva a plantear la tutela de las familias, a través de un marco normativo basado en varios ejes, entre los cuales destacan, como veremos, la protección más efectiva de la infancia (lucha contra la pobreza infantil), una

estructura más potente de protección social y la modulación de un sistema de cuidados que tenga en cuenta las diferentes necesidades y realidades sociales en un contexto complejo y cambiante como el actual.

Sin perder de vista el prisma esencial con el que se pretende enfocar el análisis de este proyecto de Ley (es decir, la tutela de las familias monomarentales), es interesante resaltar que la Ley se articula en tres partes esenciales: una general dedicada a las medidas de apoyo a todas las familias, en la que se desarrollan estrategias de carácter jurídico y económico; otra, más específica, que se dedica a la protección de algunos tipos de situaciones familiares (entre las cuales destacan, por lo que a nosotras nos concierne, las familias monomarentales, pero también parece interesante la referencia que se hace –por novedosa– a las familias en el entorno rural, a las procedentes de otros Estados o territorios o las que tienen situaciones de reclusión entre sus miembros); finalmente, hay una parte final entre cuyas disposiciones merece la pena resaltar la disposición final tercera en la que se incluyen todas las modificaciones al texto del Estatuto de los Trabajadores, introducidas para dar cumplimiento al deber de transposición de la Directiva (UE) 2019/1058, de 20 de junio, a las cuales ya hemos hecho referencia anteriormente.

Sobre la base del mandato representado por el art. 39 de la Constitución española (CE) y con el objetivo claro de “alinearse con el deber de protección de las familias recogido en numerosos tratados internacionales y europeos”⁸⁸, la Ley pretende, en efecto, “instar

⁸⁷ Se trata de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas.

⁸⁸ La Exposición de Motivos recoge como fuentes internacionales directas la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16.3), la Carta Social Europea (art. 16), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 33.1) y hace referencia también a las reiteradas recomendaciones que la Comisión Europea y el Consejo de la UE han hecho a España sobre la necesidad de mejorar el marco protector de las familias en España (especialmente en 2019 y 2020) así como a los compromisos adquiridos por parte de España como parte del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del 27

los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de las familias”⁸⁹. La ley, además, pretende adecuar el ordenamiento jurídico a las transformaciones demográficas y sociales producidas en las últimas décadas, teniendo en cuenta los cambios en su tamaño y composición y reflejando en los textos jurídicos la evolución jurisprudencial del concepto “familia” más allá del “origen matrimonial”, tal y como la ha venido reforzando el propio Tribunal Constitucional. Esto sin perder de vista el impacto que puede haber tenido “el avance del feminismo, de los derechos LGTBI o la creciente demanda de cuidados por el progresivo envejecimiento de la población”⁹⁰. El apoyo y la protección social a los diferentes tipos y modelos familiares⁹¹ acaba traducándose en una mayor y mejor protección a la infancia, ya que se reducirían, según palabras del propio Proyecto normativo, las posibles diferencias de trato en función de la familia de pertenencia, notorio preámbulo, a su vez, de posibles discriminaciones.

La futura Ley de Familias pretendería, por tanto, colocarse en el sistema jurídico como norma transversal y con la vocación profunda de ser una norma de referencia para anclar, sustentar y orientar las futuras reformas legales que tengan como objetivo regular aspectos concretos de política social relacionados con

la(s) familia(s). Es en función de esta finalidad que se dibujan, en el contenido específico del Anteproyecto de Ley, unas medidas concretas de apoyo a las familias definidas “generales” entre las cuales destacan la conocida “Renta Crianza”, entendida como una prestación de la Seguridad Social y el definido “plan de apoyo a los primeros 1000 días” que es una medida económica más compleja, que necesita la coordinación de los diferentes niveles de la Administración Pública y que estaría elaborado teniendo como referencias planes parecido previstos en países como Australia, Nueva Zelanda, Finlandia y Francia. Siempre en el marco de la tutela de “las familias generales”, merece la pena resaltar que se pretende desarrollar un tratamiento amplio del tema, intentando ofrecer un marco jurídico de tutela que no se limite a la protección económica o el apoyo a la crianza y cuidado en un marco de corresponsabilidad, sino que pretende abarcar también aspectos concretos como son la política de vivienda, la salud (incluida la salud mental), la educación⁹² y la cultura, así como establecer un marco normativo de garantía del acceso a la tecnología para las familias.

Si se procede a analizar el contenido específico que esta norma dedica a las familias monomarentales, tenemos que concentrarnos en lo dispuesto en el título III del Anteproyecto de Ley. La Ley después de aclarar el ámbito de aplicación y detallar los supuestos protegidos, diferenciando los supuestos de familias monomarentales generales de las especiales

de abril de 2021(hito 316, que a su vez se enmarca dentro del Componente 22, en la Reforma 3 recogido en el Anexo revisado de la Propuesta de Decisión de Ejecución, del Consejo, relativa a la aprobación de la Evaluación del Plan de julio de 2021).

⁸⁹ Punto I de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Familias, p. 1.

⁹⁰ Punto I de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Familias, p. 1.

⁹¹ El conjunto de familias que quedaría englobado en el marco protector del Anteproyecto de Ley de Familias sería bastante amplio ya que se incluirían: “familias formadas por parejas de hecho, familias formadas por una sola persona progenitora, familias formadas por personas pertenecientes a los colectivos LGTBI, familias en las que uno o ambos miembros de la pareja tienen hijas o hijos de uniones anteriores, familias adoptivas o acogedoras, familias procedentes de otro Estado o territorio, o en que alguno o algunos de sus integrantes residen fuera del territorio nacional, o familias entre personas que proceden de entornos culturales o étnicos diferentes”.

⁹² En este sentido parece interesante recordar que este Anteproyecto de Ley plantea en su art. 24 el reconocimiento de “la diversidad familiar como principio del sistema educativo”, poniendo fin al debate sobre el reconocimiento del conocido “pin parental” en determinadas Comunidades Autónomas con el fin de limitar el acceso de los hijos e hijas a cierto contenido educativo a petición de sus padres en función de la que sus promotores definen “ideología de género”. Específicamente el art. 24,3 del Anteproyecto de Ley de familias establece lo siguiente: “Los progenitores o adultos responsables no podrán limitar o impedir el acceso de niñas, niños y adolescentes a la información y su participación en actividades de sensibilización y difusión de la diversidad familiar que se desarrollen en el marco educativo, a fin de evitar una restricción de sus derechos a la educación y al libre desarrollo de su personalidad”.

(que son las que cuentan con un progenitor y dos o más hijas o las que, pese a tener un solo menor a cargo, están en situaciones de especial vulnerabilidad, es decir discapacidad del niño/niña o del progenitor), procede a reconocer “el derecho a la protección específica de las situaciones familiares en que exista una sola persona progenitora”. Este derecho, muy importante desde el punto de vista simbólico, se construye por parte del Anteproyecto sobre la base de un continuo renvío a las Administraciones Públicas, así que hará falta cierto desarrollo normativo y aplicativo para conocer el alcance del contenido efectivo de este derecho en la práctica.

Otra cuestión, sustancialmente formal, pero que cumple una de las peticiones históricas de los colectivos de familias monomarentales y que tiene que ver con la disparidad de tutela que sufren estas familias en función de su lugar de residencia, es la previsión a nivel nacional del certificado de familia monomarental. Hasta la fecha, diferentes normativas autonómicas –y en algunos casos hasta municipales– reconocen el estatus de familia monomarental y con ello el acceso a determinados derechos o prestaciones. Se trata del “título de familia monoparental” que, a partir de cuando se apruebe y entre en vigor la Ley de Familias, tendrá una regulación común de mínimos a nivel estatal, manteniendo la competencia de los Poderes Públicos autonómicos para completar, detallar y concretar los requisitos formales de expedición. Esto, en principio, facilitará el reconocimiento de este estatus especial (al igual que ocurre con el “viejo” título de familia numerosa) y evitará posibles discriminaciones territoriales, generalizando este título a nivel nacional. Está claro, también en ese caso, que habrá que ver lo que aportarán las normas autonómicas y también los derechos y beneficios a los que dará acceso este título para comprender el alcance concreto de este reconocimiento, sin embargo es un paso importante hacia la visibilización de este colectivo.

En lo que se refiere al ámbito sociolaboral, el Anteproyecto de Ley de Familias dibuja un plan protector basado esencialmente en recon-

figurar el acceso a determinadas prestaciones, estableciendo correctivos que permitan o bien modificar los límites de rentas (en las prestaciones económicas de nacimiento, crianza y cuidado) o bien su equiparación a las situaciones familiares con dos progenitores (en el ingreso mínimo vital). Se disponen también dos medidas destinadas a favorecer la conciliación de las madres trabajadoras de hogares monomarentales. Una está dedicada integralmente a las madres trabajadoras autónomas reconociendo, de manera explícita, “el derecho a igual cuidado y protección de la persona menor de edad y el mantenimiento de los ingresos familiares”. Esta medida, loable en su planteamiento, queda bastante abierta en cuanto a su posible aplicación ya que requerirá de unas modificaciones legislativas en este sentido en normas laborales y de la Seguridad Social específicas (*in primis*, tal vez la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, Ley 20/2007 de 11 de julio). Sin duda este reconocimiento tiene el gran valor de encender el foco hacia las familias monomarentales de madres trabajadoras autónomas, aunque esto tiene que traducirse, luego, en políticas concretas y eficaces de gran calado. La otra medida está dirigida, directamente, a facilitar el acceso gratuito, con carácter preferente respecto a otras situaciones familiares, en centros de educación infantil durante, al menos, 16 semanas dentro de los veinticuatro meses desde el nacimiento. Esta medida, dirigida a reforzar el acceso a los servicios públicos de cuidado tiene, sin duda un sabor agrí dulce ya que, considerado que la Ley no ha tratado el tema de la acumulación del permiso de nacimiento en supuestos de familias monomarentales, parece que el único derecho de una madre monomarental es delegar, más pronto que tarde, el cuidado de su hijo o hija a un centro de educación infantil con preferencia de plaza. Por supuesto no hay nada criticable en esta opción, pero, tal vez, hubiera sido más justo y más honesto dejar esa decisión en las manos de la madre, al igual que se hace en el caso de las madres y/o padres de familias biparentales con permisos de nacimiento significativamente (y notoriamente) más amplios.

Cierra este artículo una disposición interesante que tiene directa relación con la reciente pandemia por COVID-19. El art. 38.5 establece que “estas familias tendrán una especial consideración en las medidas que se adopten en casos de emergencia sanitaria en atención a sus específicas responsabilidades de cuidado”. Está claro que medidas como la limitación de movilidad o de acceso de menores a los establecimientos, tal y como se planteó en la primera fase del *lockdown* en España, afectaron directamente a las familias monomarentales, especialmente aquellas con niños pequeños, que vieron seriamente mermada su capacidad de acceder a los espacios públicos como supermercados o farmacias.

Es indudable, por tanto, que las peculiaridades de estas familias tienen que ser consideradas a la hora de establecer reglas de carácter general ya que, tal vez, su especificidad necesita de algún correctivo mínimo. En lo que se refiere a las estrategias de empleo, el Anteproyecto insiste en la necesidad que los programas, que se pongan en marcha por parte de las Administraciones Públicas, tengan en cuenta el perfil de las madres trabajadoras de hogares monomarentales y además deberán plantear “programas formativos específicos” o configurar un “acceso preferente a planes de formación”, tendrán que tener en cuenta la “especial dificultad de conciliar de estas familias, garantizando que puedan participar en dichos programas con horarios compatibles con horarios escolares, o servicios de cuidado en paralelo para atender a las personas menores de edad”.

El Capítulo III se cierra con una serie de disposiciones de dirigidas a proteger el acceso a una vivienda digna de las familias monomarentales (art. 39) y en ámbito educativo (art. 40) y finalmente, con unas medidas de exención y bonificación en tasas de transporte público, acceso a bienes y servicios del ámbito social, cultural, deportivo o de ocio.

El Anteproyecto de Ley de Familias tiene también unas referencias específicas a las familias monomarentales, especialmente en la

parte final de la norma, es decir la dedicada a dar transposición en el ordenamiento jurídico español a la Directiva (UE) 2019/1058, de 20 de junio 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 Consejo⁹³. Sobre estas disposiciones ya se ha hablado anteriormente, sin embargo es oportuno resaltar que, si se hubieran llevado un poco más allá, trabajado con mayor intensidad y aprovechado mejor el marco derivado del derecho europeo, para dibujar algún espacio de reconocimiento de los derechos de conciliación de las familias monomarentales, hubiera sido un gran acto de valentía y un gran acierto.

El impacto de esta Directiva en el marco del derecho interno resultaba especialmente deseado por parte de la doctrina que, al haber profundizado en el estudio de su contenido, atisbaba en este instrumento jurídico europeo una oportunidad muy interesante para avanzar en esta materia, especialmente si se pretende modernizar el esquema tradicional de los permisos de cuidados. Todo esto teniendo en cuenta los cambios ya introducido en esta materia por parte del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, y cuyo impacto real se encuentran ahora mismo en fase de estudio, especialmente después de haber pasado por la “prueba del fuego” de la emergencia sanitaria por COVID-19 del 2020.

La reforma en materia de cuidados, realizada por la futura Ley de Familias en adaptación al Derecho europeo, hubiera sido y sigue siendo, por tanto, uno de los puntos importan-

⁹³ Es importante recordar que la fecha límite para la transposición de esta Directiva era el 2 de agosto de 2022 y que por tanto el Gobierno tiene que acelerar los trámites legales de transposición para evitar verse involucrado en algún procedimiento por incumplimiento del deber de transposición regulado por los Tratados constitutivos de la Unión Europea. De hecho una de las razones por las que la aprobación de la Ley de Familias seguirá el procedimiento de urgencia (establecido en los arts. 93 y 94 del Reglamento del Congreso) es justamente la necesidad de acortar los plazos y garantizar así una pronta transposición de la Directiva (UE) 2019/1058, ya caducada.

tes de esta norma. Sin embargo, si se tiene en cuenta la perspectiva concreta de esta investigación que es la de las familias monomarentales, tal vez las únicas modificaciones relevantes introducidas tienen que ver con los nuevos permisos introducidos. En concreto, se está pensando en el permiso de 5 días al año para cuidar a un familiar (hasta el segundo grado) o un conviviente, con o sin relación de parentesco; en el permiso parental de ocho semanas al año, que podrá disfrutarse de manera continua o discontinua y a tiempo parcial o completo, hasta que el menor cumpla 8 años (en este caso y de momento no retribuido –pese a lo que indica la Directiva– y de implantación progresiva) y en el permiso por ausencia por fuerza mayor familiar que será de 4 días retribuidos al año. Está claro que son permisos importantes que amplían el abanico de posibilidad para la conciliación respecto al ya existente y sirven para dar respuestas concretas a situaciones como los periodos no lectivos o de adaptación en las escuelas infantiles, así como a la visibilización de la red de cuidados invisible que sustentan la mayoría de los hogares y que, como se ha dicho anteriormente en otros apartados, muchas veces se mantiene gracias a la labor silenciosa y valiosa de mujeres cercanas o convivientes. Está claro, sin embargo, que, pensando al uso efectivo de estos permisos hubiera sido mejor plantear su retribución completa ya que, de no ser así podrían ser perjudiciales o de difícil aplicación en contextos de familias monomarentales (y no sólo). Cada vez que cuidar implique una disminución de salario, una renuncia al crecimiento profesional o una desmonetización de este tiempo, en mi opinión, nos estamos alejando de una oportunidad real de cambiar la perspectiva, poniendo la vida al centro. Tal vez, esta pequeña “r-evolución de los cuidados”⁹⁴, hubiera podido empezar por poner en valor el tiempo de cuidado, retribuyendo estos permisos, tal

⁹⁴ Tomando presentada la magnífica expresión que da título al reciente libro de MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: La (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1058”.

y como, de hecho, establece la Directiva (UE) 2019/1058. Esperemos que de aquí a cuando la Ley de Familias vea la luz se puedan corregir estas pequeñas cuestiones y mejorar una Ley que de por sí es buena, ambiciosa y valiente en lo que se refiere a los objetivos principales que se propone –reconfigurar el marco de tutela de las familias desde la diversidad familiar, la inclusión y la tutela transversal– y cuyo impacto dependerá en gran medida, de las políticas públicas que se pongan en marcha para darle continuidad y profundidad.

5. CONCLUSIONES

El largo recorrido de la conciliación está, sin duda, emprendido. Las complejidades son evidentes y especialmente si se trasladan al marco de las familias monomarentales. Después de haber analizado el marco normativo existente, las Directiva europeas en materia de conciliación especialmente la Directiva (UE) 2019/1058 y y las normas nacionales especialmente el Real Decreto-Ley 6/2019 y el Anteproyecto de Ley de Familias hemos podido relevar ciertas debilidades en la regulación, ya que demasiado poco se sigue haciendo para los supuestos de familias monomarentales.

Los datos indican, sin embargo, que son una tipología familiar en aumento y que hay cierta preocupación sobre el riesgo de pobreza o exclusión social que puedan tener los integrantes de estas familias. Las madres de los hogares monomarentales son las que asumen la totalidad de la carga de la crianza y son las que necesitarían tener cierta protección económica y laboral en la maternidad, especialmente en las primeras etapas, para que los ingresos de la familia se mantengan y el cuidado de los menores esté garantizado.

Está claro que los derechos de conciliación han evolucionado en estas décadas y en países como España es indudable que el cambio, conceptual y práctico, ha sido significativo. El modelo de conciliación corresponsable, sin embargo,

sigue teniendo ciertas debilidades estructurales que, a mi entender, mucho tienen que ver con varios factores, entre los cuales está la falta de valentía necesario (y de apoyos, tal vez) para “revolver” el sistema, con el fin de redibujarlo bajo nuevas perspectivas, entre las cuales destacan la revalorización y centralización del tiempo y tareas de cuidados, que aún está lejos de conseguirse, en un sistema en el que el núcleo político de estos derechos sigue atado al capitalismo patriarcal. La fragilidad del modelo ha quedado especialmente evidente si se analiza en relación con las maternidades en solitario. Es en este espacio, por tanto, vulnerable de por sí, en el que haría falta actuar de manera directa, corrigiendo y matizando algunos aspectos concretos de las medidas de conciliación, repensando su arquitectura conceptual. Está claro que dejar irresuelta una cuestión tan controvertida como la acumulación del permiso de nacimiento en supuestos de familias monomarentales no es buena idea, especialmente después de su amplia jurisdiccionalización. La Ley de Familias hubiera sido una ocasión estupenda para tomar carta en el asunto y legislar –desde el diálogo con los representantes sociales, políticos y de la sociedad civil– normas inclusivas, respetuosas, protectoras. Normas, en definitiva, capaces de arrojar luz en las sombras de la inseguridad jurídica y del vacío legal en el que, aún, miles de familias monomarentales se tienen que mover. Es indudable que la Ley de Familia, tiene en sus manos, por lo menos, la oportunidad de atajar la cuestión de la acumulación del permiso por nacimiento de hijo o hija, introduciendo esta opción en el nuevo regulado del art. 48 ET. De momento el silencio es atronador, pero aún hay tiempo y espero que se aproveche esta oportunidad.

Ahora hay, además, otras cuestiones para tener en cuenta, si miramos a las futuras normas jurídicas –Anteproyecto de Ley de Familias, en especial– y que sobre las cuales se ha intentado debatir en estas páginas. Se puede comprobar que su configuración, desde el preámbulo, como norma base para el reconocimiento de los diferentes modelos de familias y la extensión de la protección jurídica a las diferentes esferas de la vida privada y pública

de sus integrantes, parece algo ya ineludible en el ordenamiento jurídico español. Y esto podría ser algo interesantísimo ya que es la primera Ley de Familias en cuanto tal que se elabora en este sentido.

Tal vez, lo que haría falta, para completar y dar profundidad a este marco legal, al margen de las novedades legislativas que atisban al horizonte, sería una regulación integral de la conciliación, desde el derecho del trabajo y de forma inclusiva. Este marco normativo, cuya necesidad ya he defendido en otras ocasiones⁹⁵, tendría que ser multifocal para incidir en materias tan diversas como las condiciones de trabajo y la contratación, la seguridad social, pero también las políticas de cuidado y el tratamiento fiscal. En este tratamiento integral, la *monomarentalidad* podrían debatirse y resolverse jurídicamente, cerrando muchas de las cuestiones planteadas a lo largo de estas páginas y mal resueltas por parte de los Tribunales. Por ejemplo –y queriendo ser algo más concreta– se podrían imaginar alternativas a los permisos de crianza retribuidos (como las excedencias, los permisos no retribuidos y las reducciones de jornadas) en un plan integral que quiera fortalecer la existencia de permisos por nacimiento y cuidado de hijos largos (el objetivo de las cincuenta y dos semanas no debería dejar de perseguirse), con opciones de transferibilidad en ciertos supuestos (entre los cuales es urgente y necesario contemplar los casos de único progenitor) y dotados (y acompañados) de cierto nivel de cobertura financiera. Además, esta podría ser una ocasión perfecta para integrar en el modelo legal experiencias alternativas de cuidado –especialmente interesantes y creativas cuando se trata de familias monomarentales por el simple hecho de ser, para estas familias, más apremiante que para otras, encontrar soluciones concretas a las necesidades de cuidado de los niños– en las que se

⁹⁵ BOGONI, M., “Los derechos de conciliación en las familias monoparentales”, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. – MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M. (dirs.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras. Presente y futuro*, J. M. Bosch ed., 2021, pp. 245-284.

fomenta la crianza colectiva o “crianza en tribu”. Estas experiencias, donde otras personas (esencialmente otras mujeres, pero no es exclusivo, como madres, abuelas, hermanas, amigas, vecinas...) participan activamente en el cuidado y la educación de los menores, son extremadamente enriquecedora por las madres y para los hijos, ya que rompen con ese mito moderno de la *soledad en la maternidad*.

En definitiva, la Ley de Familias, podría ser el marco en el que en un futuro, espero que no muy lejano, se fragüe la regulación de la conciliación y corresponsabilidad del siglo XXI, sin miedos y sin olvidos, con el objetivo claro de replantear la función de los cuidados como uno de los ejes de la política social del presente y del futuro. Creo que la Ley tiene capacidad y recorrido para impulsar todo esto, aunque nada podrá lograrse sin voluntad política y financiación. Quedan caminos que andar, y no pocos, pero las coordenadas están claras, espero que esta vez se vaya avanzando sin dejar a nadie atrás, pertenecer, forme o quiera la familia que sea.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Más solas que nunca. La pobreza infantil en familias monomarentales*, Save the Childrens ed., 2015.
- AA.VV., *Madres no hay más que una: monoparentalidad, género y pobreza infantil*, Gobierno de España ed., 2020.
- BALLESTER PASTOR, M.A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, en *Temas Laborales*, n. 146 (2019).
- BALLESTER PASTOR, I., “Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega”, en *Revista de jurisprudencia Laboral* n. 8 (2022).
- BENITO BENITEZ, M. A., “La protección de la maternidad y de la corresponsabilidad”, en *Trabajo y Derecho*, n. 74 (2021).
- BOGONI, M., “La conciliación de la vida laboral y familiar: una mirada desde la perspectiva de la precariedad laboral juvenil”, en MORA CABELLO DE ALBA, L. (dir.), *Trabajar en femenino, trabajar en masculino. Un libro a once voces*, Bomarzo ed., 2013.
- BOGONI, M., “Los derechos de conciliación en las familias monoparentales”, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., – MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M (dirs.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras. Presente y futuro*, J. M. Bosch ed., 2021.
- CABEZA PEREIRO, J., “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, en *Revista de Derecho Social*, n. 92 (2020).
- CAÑERO RUIZ, J., “La casa se quedó sola. Una reflexión feminista sobre la maternidad”, en *Pikara Magazine*, 3 de abril de 2019.
- CASAS BAAMONDE, M.E., “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 3 (2019).
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., “Ampliación de la duración del permiso y la prestación por nacimiento y cuidado de menor en familias monoparentales. Comentario de la Sentencia JS de Santander (Cantabria) de 31 de enero de 2022, sentencia n.º 19/2022”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* n. 254 (2022).
- GARCÍA RUBIO, M. P., “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 13 (2020).
- GOÑI SEIN, J. L., “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, en *Temas Laborales*, n. 82 (2005).
- JURADO, T. – BUENO, X., “Avanzando hacia los permisos parentales igualitarios en España. Una conversación con Teresa Jurado-Guerrero”, en *Encrucijadas. Revista crítica de ciencias sociales*, n. 18 (2019).
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *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 ed., 2022.
- MERINO, P. – RAZQUIN, A., “La transferibilidad de los permisos de maternidad y paternidad en la encrucijada”, en *Encrucijadas. Revista crítica de ciencias sociales*, n. 18 (2019).
- MERINO MURGA, P., “Ya tenemos los permisos iguales e intransferibles, ¿y ahora qué?”, en *Pikara Magazine*, 17 de julio de 2019.

- MOLINA NAVARRETE, C., “Permiso por nacimiento y recelo comunitario de acumularlo en la mujer: ¿y si elige ser familia monoparental?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 454, 2021.
- MORA CABELLO DE ALBA L., “La ecología del trabajo: el trabajo del pan y las rosas”, en MORA CABELLO DE ALBA L. – ESCRIBANO GUTIÉRREZ J. (dirs.), *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida*, Bomarzo ed., Albacete, 2015.
- MORA CABELLO DE ALBA, L., “El trabajo y la maternidad de las mujeres en un espacio único de tiempos múltiple”, en *Duoda. Estudios de la diferencia sexual*, n. 40 (2011).
- PASTOR GOSÁLBEZ, I., “Contenido y limitaciones de las políticas para la conciliación familiar y laboral”, en LÓPEZ PUIG, A. – ACAREDA, A. (coords.), *Entre la familia y el trabajo. Realidades y soluciones para la sociedad actual*, Narcea S.A. ed., Madrid, 2017.
- PÉREZ GUERRERO, M. L., “Familias monoparentales: ¿es la regulación de la prestación y el permiso por nacimiento discriminatoria con las mujeres trabajadoras” publicado el 15 de marzo de 2021 en <http://grupo.us.es/iwpr/2021/03/15/familias-monoparentales-es-la-regulacion-de-la-prestacion-y-el-permiso-por-nacimiento-discriminatoria-con-las-mujeres-trabajadoras>.
- PÉREZ OROZCO, A., “La sostenibilidad de la vida en el centro... ¿y eso qué significa?”, en MORA CABELLO DE ALBA, L. – ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. (dirs.), *La ecología del trabajo: el trabajo que sostiene la vida*, Bomarzo ed., Albacete, 2015.
- RECHE TELLO, N., “La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y los cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?”, en *Revista de Derecho Social*, n. 89 (2020).
- ROMERO GARCÍA, B., “Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral* n. 6 (2022).
- ROMERO RODENAS, M. J. – CANTOS MARTÍNEZ, A., “Prestación por nacimiento y cuidado del menor, ¿menor protección a familias monoparentales? Entre la corresponsabilidad y el interés del cuidado del Hijo e hija”, en *Hoja de Actualidad “Clara Campoamor”*. 11 de julio de 2022.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, n. 11 (2021).
- SANTAELLA VALLEJO A., *Corresponsabilidad en la vida laboral y familiar. Una asignatura sobre la igualdad jurídica*, Aranzadi ed., Pamplona, 2019.

La prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género

The prevention of work risk from a gender perspective

EVA M. BLÁZQUEZ AGUDO*

<https://doi.org/10.55617/revmites.39>

Resumen:

La división sexual del trabajo y la segregación laboral vertical y horizontal, que sufren las trabajadoras en el mercado laboral, impactan directamente en su salud, de forma que es preciso ajustar la prevención de riesgos laborales a sus necesidades a través de una evaluación adecuada. Otro factor que va a influir en este ámbito son las diferencias físicas entre hombres y mujeres, en especial las relacionadas con la reproducción. Por último, la violencia, el acoso sexual y el acoso por razón de género tienen una estrecha relación con los riesgos psicosociales. Todo lo cual pone en valor la aplicación de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales.

Palabras clave: Prevención de riesgos; perspectiva de género; riesgos psicosociales; acoso sexual; derecho a la desconexión.

Abstract:

The sexual division of work and the vertical and horizontal labour segregation, which are been suffered by women in labour market, impact directly in their health. For this reason, the prevention of work risks has to adjust to the female necessities from a proper evaluation. Other factor to consider is the physical differences between women and men, above all the reproduction ones. Finally, the violence, the sexual harassment and the harassment based on sex have a special relationship with psychosocial risks. All of these circumstances carry out the application of gender perspective to prevention of work risk.

Keywords: Prevention of work risk; gender perspective; psychosocial risks; sexual harassment; disconnection right.

* Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid. evamaria.blazquez@uc3m.es

1. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El artículo 4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales¹ (en adelante, LPRL), define el riesgo laboral como *“la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado de su trabajo”*. La prevención de riesgos trata de evitar o eliminar dichos riesgos.

La inclusión de la perspectiva de género en la prevención se alienta desde el ámbito internacional desde hace tiempo. Ya desde la Organización Internacional de la Trabajo (en adelante, OIT) se ha señalado como la división sexual del trabajo (en especial, la asunción de los cuidados por las mujeres) y la segregación laboral de las trabajadoras (en ciertas actividades feminizadas) impactan directamente en su salud. Desde esta idea, se proclama la necesidad de que la prevención de riesgos laborales se desarrolle desde la identificación de la distinta forma de exposición a los riesgos de las mujeres y los hombres y reclama a los Estados la integración de la perspectiva de género en las políticas de prevención de riesgos².

A estas diferenciaciones que impone el mercado laboral hay que añadir otros elementos que también llevan a demandar una visión por géneros de la prevención como son las distinciones físicas entre sexos, sobre todo las consustanciales al sistema de reproducción, pero, también la prevalencia de ciertas enfermedades. En general, los hombres están más expuestos a riesgos de seguridad, lo que lleva a que tengan más accidentes traumáticos; mientras que las mujeres sufren más riesgos psicosociales y

ergonómicos, los cuales son más complicados de probar y aparecen a largo plazo³.

Cuando el daño se origina en condiciones psicosociales laborales disfuncionales (factores psicosociales de riesgo), se denominan riesgos psicosociales. Las mujeres sufren un mayor número de procesos originados por los denominados riesgos psicosociales. Los factores psicosociales se relacionan con la forma de organización del trabajo, el contenido de la actividad laboral y el modo de realización de la tarea. Pueden afectar tanto al bienestar como a la salud (física, psíquica o social) de la persona trabajadora o a los resultados del trabajo. Cuando son desfavorables de forma continua, provocan respuestas de estrés, y pasan a ser factores psicosociales de riesgo.

Esta realidad física y de las condiciones de trabajo lleva a que sea preciso este análisis con perspectiva de género de los riesgos laborales, de cómo evaluarlos y vigilarlos y de qué medidas tomar para reducirlos o eliminarlos.

A continuación, en primer lugar, se analizarán cómo las diferencias físicas entre hombres y mujeres influyen en los riesgos laborales. Posteriormente, se determinarán qué condiciones del mercado laboral tienen las mujeres y qué efectos tienen estas de provocar riesgos psicosociales. En concreto, se examinarán los riesgos por la asunción de las labores de cuidado y su compatibilidad con la actividad laboral, los riesgos generados por la segregación horizontal (las actividades y los puestos de trabajo que desarrollan habitualmente las mujeres) y la segregación vertical (las condiciones que sufre en el mercado).

¹ (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995).

² OIT. *Género, salud y seguridad en el trabajo Hoja informativa*, La perspectiva de género en salud y seguridad en el trabajo, 2013.

³ OSALAN. *Pautas para la integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales*: Gobierno Vasco, 2017, p. 7.

1.1. Los riesgos relacionados con las diferencias físicas, en especial el sistema reproductivo

Además de la especial consideración de la gestación, el puerperio y la lactancia en la prevención de riesgos, hay otras fases del sistema reproductivo que tienen consecuencias en la salud de las mujeres.

En especial, y por su duración en el tiempo, la menstruación provoca en algunas mujeres dificultad para desarrollar una vida laboral plena. La Asociación Española de Ginecología y Obstetricia indica que el 10% de la población femenina padece dismenorrea (en concreto, sufren síntomas tales como dolor abdominal, lumbalgia, náusea, vómitos, cefalea o diarrea, asociados a los períodos menstruales). Continúa señalando que es preciso diferenciar entre la dismenorrea primaria, donde los dolores menstruales no tienen causa, que tienden a disminuir cuando la mujer tiene hijos; y la dismenorrea secundaria, especialmente invalidante, que es producida por procesos tales como la endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo⁴.

Pero, también habrá que tener especial atención en la prevención de riesgos a las mujeres en proceso de menopausia, con incidencia entre los 45 y 55 años. En todo caso, esta situación no debe contemplarse solamente como un período en el cual la mujer sufre una serie de efectos físicos y psíquicos que deben valorarse para colaborar en el mejor desarrollo de la actividad laboral, sino también es importante la valoración de cómo ciertas exposiciones a determinados riesgos, incluso el estrés, afecta a la aparición temprana de este proceso⁵.

⁴ Dismenorrea (aego.es).

⁵ Se ha puesto de manifiesto la falta de estudios sobre la relación de estas dos cuestiones, *Vid.* AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. *Las cuestiones de género*

Además, fuera de las cuestiones ginecológicas, hay rasgos físicos definitorios de la mujer que genera el aumento de ciertos riesgos concretos. Así, generalmente las mujeres tienen menos fuerza muscular que los hombres, provocando un mayor riesgo en las mismas condiciones de exposición que los hombres; por otro lado, se incrementa el riesgo debido a la relación entre los factores hormonales y las condiciones ambientales de trabajo⁶.

Por ejemplo, los cánceres con origen laboral tienen diferente incidencia por sexos. En el caso de los hombres corresponde al cáncer de pulmón, seguido del cáncer de vejiga, el cáncer de colon y el mesotelioma, mientras que en el caso de las mujeres corresponde al cáncer de mama, seguido del mesotelioma, cáncer de pulmón y del cáncer de riñón⁷. No obstante, se ha puesto de manifiesto que no existen demasiados estudios, y falta información, de forma que, aunque la incidencia del cáncer con origen laboral es mayor en los hombres⁸, seguramente en esta conclusión hay un problema de carencia de datos sobre este tema o un trasvase de estas enfermedades al ámbito de las comunes en el caso de las mujeres.

En todo caso, las enfermedades que sufren en mayor medida los hombres o las mujeres tienen mucha relación con el tipo de sectores donde trabajan y el tipo de actividad laboral que desarrollan, cuestiones sobre las que se volverá más adelante.

en relación con la seguridad y la salud en el trabajo, revisión, 2006, p. 94.

⁶ SECRETARÍA DE SALUD LABORAL Y JUVENTUD, *Guía de prevención de riesgos laborales*: CCOO Castilla y León, Valladolid, 2009, p. 26.

⁷ AA.VV. *Costes sanitarios directos del cáncer de origen laboral atendido en el Sistema Nacional de Salud*: UGT-CEC, 2016, p. 104.

⁸ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. *Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el trabajo*, op. cit., pp. 79 a 82.

1.2. Los riesgos provocados por la división sexual del trabajo y la asunción de la doble jornada

El conflicto trabajo– familia tiene efectos cruzados, en cuanto a que las presiones en uno de los elementos impactan negativamente en el otro⁹. Por una parte, cuando las actividades relacionadas con el trabajo dificultan el desempeño de las responsabilidades familiares (p. ej., cuando se continúa trabajando en casa o no se ejerce el derecho a la desconexión); o, al contrario, cuando son las responsabilidades familiares las que impiden el desarrollo correcto del trabajo (p. ej., no se asiste a una reunión cuando un hijo se ha puesto enfermo). Sobre todo, la relación de ambos elementos lleva a que la persona se incline por uno en detrimento del otro, es decir, siempre se dedica más tiempo a uno, y se pierde en el otro.

Así, junto al desarrollo del trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, hay que asumir los trabajos no remunerados de cuidado que llevan implícitos las relaciones familiares. La asunción de las tareas de cuidado, simultáneamente con la actividad laboral, aumenta el riesgo de sufrir patologías tanto físicas como psíquicas¹⁰. Y como de acuerdo con el reparto de roles en el seno de las familias, suele ser la mujer quienes los asumen, como consecuencia son ellas las que se ven en mayor medida afectadas por las patologías indicadas.

Desde el conocimiento de los datos esta conclusión queda perfectamente justificada. Las mujeres dedican diariamente 2 horas y cuarto más que los hombres a las tareas del hogar. En el otro polo, el tiempo medio diario dedicado al trabajo remunerado por los hombres supera en más de una hora al

de las mujeres. De esta forma, se produce la denominada “*brecha horaria*”: en general, las mujeres trabajan menos horas, ya que tienen menos tiempo disponible para desarrollar una actividad laboral, debido a que se encargan del cuidado de la familia.

De hecho, los datos indican que cuando se tienen hijos/as de menos de 12 años, mientras las mujeres reducen su tiempo de trabajo, los hombres lo aumentan. Así, entre 2005 y 2015 la semana media de los trabajadores de la Unión Europea era de 39,1 horas, lo que significaba 6 horas más que la media de las trabajadoras, diferencia que se acrecienta especialmente desde el momento que son madres y hasta que los/as hijos/as tienen 12 años¹¹.

En la misma línea, un 88% de las mujeres y un 64% de los hombres mayores de 18 años han realizado diariamente actividades de cuidado a sus hijos/as en la Unión Europea¹².

Asimismo, los hombres participan más que las mujeres en actividades de tiempo libre y durante más tiempo, especialmente en deportes y actividades al aire libre y en aficiones e informática¹³.

Estos datos tampoco le serán favorables a las mujeres, las cuales tendrán más posibilidad de estrés por el propio reparto de las tareas familiares y el intento de conciliarlas con la actividad laboral, lo que se acrecentará por la falta de tiempo libre y de descanso. Las mujeres están más afectadas por la doble jornada (la que representa el trabajo remunerado y la que representa el trabajo de cuidados); y, por otro, tienen menos tiempo libre y participan en menor medida en

⁹ GREENHAUS, J.H, BEUTELL, N J. "Sources of conflict between work and family roles". *Academy of management review*. N. 10 (1985), p. 77.

¹⁰ SECRETARÍA DE SALUD LABORAL Y JUVENTUD, *Guía de prevención de riesgos laborales*: CCOO Castilla y León. *op. cit.*, p. 26.

¹¹ Fuente: EUROFOUND. *Work–life balance and flexible working arrangements in the European Union*, contribution to the Informal Employment and Social Affairs Council (EPSCO) under the Estonian Presidency of the Council of the EU, Tallinn, July 2017, p. 2.

¹² Fuente: EUROFOUND. *European Quality of Life Survey*. 2016 (publicado en enero de 2018).

¹³ Fuente: INE. *Encuesta de Empleo del Tiempo 2009-2010* (publicado en julio de 2011).

actividades de ocio. Ambas situaciones impactan directamente en el aumento de posibilidades de sufrir un accidente de trabajo y de tener una mayor predisposición de ser afectadas por los riesgos psicosociales¹⁴.

Esta situación tiene especial incidencia en el aumento de procesos por incapacidad temporal originados por enfermedad común, sobre todo en los musculoesqueléticos y en los causados por estrés por los denominados conflictos familia-trabajo¹⁵. De hecho, es abrumador el número de bajas por incapacidad temporal de las mujeres respecto a los hombres por enfermedades comunes, siendo más del doble¹⁶. Y no hay que perder de vista que estas diferencias se muestran cuando todavía las mujeres desarrollan una actividad laboral en menor medida que los hombres, dado que aún hay diferencia en la tasa de actividad de las mujeres y los hombres, que en 2022 es de 58,52% para las mujeres y 63,53% para los hombres. Del mismo modo, en la tasa de empleo también se reflejan diferencias (siendo para los hombres de 56,34% y para las mujeres 45,93%)¹⁷.

No obstante, ya desde este momento hay que poner en aviso al lector que no es que las mujeres sean más absentistas que los hombres, sino que una serie de elementos llevan a esta situación, en especial, la inclusión de las patologías del embarazo como bajas por enfermedad común, pero también las consecuencias de la doble jornada, tal y como se está indicando, y las propias condiciones del

mercado que afectan a su bienestar y salud especialmente¹⁸.

Pero, además, consecuentemente a todo ellos, seguirán compaginando labores de atención a su familia con su recuperación física o psíquica, mientras duré la situación de baja, lo que de forma probable complicará su recuperación¹⁹, y, además, hará más habitual la recaída en estas situaciones.

1.3. Los riesgos desde la segregación horizontal del mercado laboral

Se entiende por segregación horizontal del mercado laboral, la división del trabajo que sufren las mujeres por sectores y por actividades, siendo este dato muy relevante en la prevención de riesgos²⁰.

En general, hay pocos sectores en los que la plantilla sean más mujeres que hombres. Aquí, solamente se van a tratar aquellos cuya diferencia es significativa y, por tanto, hay que tenerlo en cuenta en la prevención de riesgos laborales por ser sectores femeninos.

En concreto, en el cuadro siguiente se pone de manifiesto cuáles son esos sectores, la comparativa del número de trabajadores y trabajadoras, así como los riesgos determinados que hay que valorar debido al tipo de actividad desarrollada²¹:

¹⁴ RIVAS VALLEJO, P. "Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N. 74 (2009), pp. 227-286.

¹⁵ RODRÍGUEZ MUÑOZ, A. "Riesgos psicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género" en AA.VV. (dirigido por BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.), *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*: UC3M, octubre 2017, pp. 21 y ss.

¹⁶ En 2022, han sido 1.326.797 procesos de incapacidad temporal finalizados en estos periodos por las mujeres frente a 575.696 de los hombres (sin incluir a las personas autónomas). Fuente: INSS. Ministerio de Inclusión. Seguridad Social y migraciones. 2022.

¹⁷ INE. *Tasas de actividad, paro y empleo por provincia y sexo*: EPA (datos del cuarto trimestre de 2022).

¹⁸ En este sentido, se puede consultar el voto particular de la magistrada Doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre de 2019.

¹⁹ AA.VV. "Desigualdades de género en salud laboral en España". *Gaceta Sanitaria*. N. 26 (2012).

²⁰ EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK. *Gender issues in safety and health at work. A review*, 2003.

²¹ Fuente: Tabla de creación propia a partir de los datos publicado por el INE, Ocupados por sexo y rama de actividad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo, EPA, cuarto trimestre de 2022 y la AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO, *Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el trabajo*: Estudio de investigación. 2006, pp. 12 y 13.

Actividad	Riesgos	Mujeres (en miles)	Hombres (en miles)
Actividades inmobiliarias	Movimientos repetitivos, posturas forzadas, dolor de espalda; y estrés asociado al trato con clientes.	97,6	75,9
Actividades administrativas y servicios auxiliares	Movimientos repetitivos, posturas forzadas y dolor de espalda.	572,4	473,0
Actividades financieras y de seguro	Movimientos repetitivos, posturas forzadas y dolor de espalda.	261,4	224,9
Actividades sanitarias y de servicios sociales	Enfermedades infecciosas; productos de limpieza, esterilizantes y de desinfección; medicamentos; gases de anestesia; trabajo manual y posturas forzadas; exigencia emocional; trabajo por turnos y nocturno; violencia.	1.488,9	410,4
Comercio al por mayor y al por menor; y reparación de vehículos de motor y motocicletas	Estrés asociado al trato con clientes; y posturas de pie prolongadas.	1.538,2	1502,4
Educación	Enfermedades infecciosas; posturas de pie prolongadas; problemas de voz; exigencia emocional; y violencia.	998,4	495,5
Fabricación de productos farmacéuticos	Dermatitis; quemaduras; y efectos de los productos químicos.	60,7	49,4
Hostelería	Dermatitis; cortes causados por cuchillos, y quemaduras; caídas; calor; productos de limpieza; estrés causado por trabajo a ritmo frenético, trato con el público, violencia y acoso.	849,4	757,5
Otros servicios personales (por ejemplo, peluquería o limpieza)	Posturas forzadas, movimientos repetitivos, posturas de pie prolongadas; manos húmedas; cortes; aerosoles químicos y tintes; enfermedades infecciosas; dermatitis; productos de limpieza: horas asociales; y violencia.	245,2	73

De acuerdo con lo expuesto, si bien es verdad que en total los hombres sufren más enfermedades profesionales que las mujeres (10.428 afectados frente a 9.953 afectadas en 2021), en el ámbito, donde más enfermedades profesionales hay, el de servicios, son 7.106 mujeres las afectadas frente a 2.983 hombres. En concreto, ellas desarrollan más actividad en el comercio al por mayor y menor; y reparación vehículos, en la hostelería y en las actividades sanitarias²², ámbitos con gran incidencia en estas patologías. Por lo que en dichos sectores tendrá que valorarse el impacto de

dichas enfermedades desde el punto de vista del desarrollo del trabajo por las mujeres.

En general, en los sectores que trabajan las mujeres predominan los riesgos relacionados con la organización del trabajo –las posturas de trabajo inadecuadas, largas jornadas de pie, trabajos repetitivos, manipulación de numerosos objetos de poco peso, entre otros. En general, las trabajadoras sufren ciertas enfermedades con mayor incidencia, por ejemplo, se incrementa la posibilidad de sufrir dolores musculoesqueléticos²³.

²² Fuente: MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Condiciones de Trabajo y relaciones laborales*, enfermedades profesionales (datos de 2021).

²³ ROLLMANN, GB., LAUTENBACHER, S. "Sex differences in musculoskeletal pain". *The Clinical Journal of Pain*, 2001. Especialmente afectadas por las enfermedades musculoesqueléticas se encuentran las camareras de piso. Respecto a esta actividad, la STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 2 de julio

Estas condiciones producen daños que aparecen de manera lenta y progresiva, como son las lesiones en el cuello, en los brazos, por ejemplo, que habitualmente no son reconocidas como enfermedades profesionales y, por tanto, tampoco computan para las cifras globales de siniestralidad, ni tienen la misma cobertura en el ámbito de la protección social²⁴.

Por otro lado, la exposición a productos químicos en ciertos sectores como el de limpieza, peluquería y cosmética, o en los relacionados con los cuidados de la salud también afectan especialmente a las mujeres²⁵, provocado cierto tipo de cánceres e influyendo en el sistema hormonal²⁶.

También hay que tener en cuenta que, respecto a las enfermedades infecciosas, las mujeres tienen mayor incidencia que los hombres, sobre todo por el hecho de tener mayor actividad en el sector sanitario. Pero, también en el sector educativo, existe un alto riesgo en este ámbito, aunque, en muchas ocasiones, no se reconocen dichas enfermedades como originadas en el trabajo, sino como enfermedades comunes²⁷.

En otro orden de cosas, queda constatado que la violencia laboral es más habitual en determinadas actividades como son las desarrolladas en el sector educativo, el comercio minorista, la sanidad y el trabajo social, que como se ha señalado son actividades con una

prevalencia mayor de trabajadoras que de trabajadores²⁸. En general, queda demostrada la existencia de mayor violencia en los trabajos que se trata de forma directa con el público, donde prevalecen las mujeres, por lo que, en general se podrá deducir que son ellas quienes sufren mayor riesgo de violencia en el trabajo²⁹.

Otra cuestión a valorar es la exigencia emocional de las actividades feminizadas, en concreto los sectores sanitarios y educativos, que son las que mayor implicación personal precisan y, por tanto, en los que sus trabajadoras pueden estar más expuestas pueden provocar³⁰.

Respecto a los sectores, por último, hacer una mención a la Disposición Adicional Decimotercera de la LPRL que recoge como especialidad la protección de la seguridad y la salud en el trabajo de las personas trabajadoras en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, poniendo especial énfasis en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. Importante esta cuestión, sobre todo es porque es un ámbito distinto a la de la empresa y donde no existen convenios colectivos que puedan dirigir la prevención³¹.

Para finalizar hay que poner de manifiesto que, desde otra perspectiva, la del análisis de los sectores donde las mujeres están infrarrepresentadas, también es preciso que se adopte una perspectiva de género en la prevención

de 2019 (Rec. 369/2019) reconoce la sanción a la empresa, imponiendo una cautela específica de cumplimiento de medidas de prevención de riesgos que afectan solo al sector profesional del servicio de limpieza de habitaciones, donde declara que se proyecta exclusivamente sobre el colectivo de trabajadoras, sin afectar al resto de sectores profesionales.

²⁴ PÉREZ CAMPOS, AI. "La incidencia del género en la prevención de riesgos laborales". *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*. LIV (2021), p. 128.

²⁵ U-OSHA *New risks and trends in the safety and health of women at work*: European Risk Observatory, 2013.

²⁶ AA.VV. "Occupational Exposures and Reproductive Health: 2003 Teratology Society Meeting Symposium Summary". *Birth Defects Research*. N. 74 (2005), pp. 157-163.

²⁷ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. *Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el trabajo*, op. cit., p. 75.

²⁸ RODRÍGUEZ MUÑOZ, A. "Riesgos sicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género". op. cit., p. 19.

²⁹ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. *Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el trabajo*, op. cit., p. 68.

³⁰ AA.VV. *Manual del método CoPsoQistas21 para la evaluación y la prevención de los riesgos psicosociales en empresas con 25 o más trabajadores*: Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (ISTAS)-CCOO, Barcelona, 2014, p. 29.

³¹ NIETO ROJAS, P. "Dimensión de género en el tratamiento convencional de la seguridad y salud laboral". AA.VV. (dirigido por BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.). *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*: UC3M, 2017, p. 78.

de riesgos laborales, en cuanto a que toda la actividad se desarrolla de acuerdo con los parámetros masculinos. Así, por ejemplo, las herramientas de trabajo utilizadas son estándares³², y no tienen en cuenta las personas que las utilizan, de forma que especialmente en las actividades más masculinizadas, las mujeres van a desarrollar sus trabajos con medios no adaptados a su físico.

1.4. Los riesgos desde la segregación vertical

Las mujeres están sometidas en el mercado laboral a una segregación vertical, esto es, tienen diferentes, y peores, condiciones de trabajo que los hombres.

La mayoría de las cuestiones que afectan a la posición de la mujer en el mercado laboral vienen influenciadas por las necesidades relacionadas con el cuidado de la familia, que impactan directamente con las condiciones de la mujer en el mercado laboral, tal y como ya se ha puesto de manifiesto.

Y no hay que perder de vista que las propias condiciones laborales sufridas por las mujeres (las dificultades de conciliación, ya mencionadas, pero, también, la discriminación en todas sus facetas, incluida la brecha salarial³³, la limitación en la promoción, la parcialidad³⁴, las carreras profesionales discontinuas, entre otras) tienen consecuencias en el padecimiento de los riesgos psicosociales³⁵. En general, la inseguridad en el mercado laboral es una

³² SECRETARÍA DE SALUD LABORAL Y JUVENTUD, *Guía de prevención de riesgos laborales*: CCOO Castilla y León, *op. cit.*, p. 26.

³³ La media salarial anual es de 22.467,48 euros para las mujeres y 27.642,52 para los hombres. Fuente: INE. *Encuesta de Estructura salarial* (datos 2020).

³⁴ Un 10,4% de mujeres trabajan a tiempo parcial del total de las personas trabajadoras frente a un 3,5% de los hombres. Fuente: INE. *Empleo. Porcentaje de los trabajadores a tiempo parcial en el empleo total según periodo* (datos 2021).

³⁵ ORDÓÑEZ PASCUA, N. "El desarrollo de enfermedades psicosociales como consecuencia de estresores ajenos a las relaciones laborales". *Revista Aranzadi Doctrinal*. Estudios. N. 2 (2018).

de las cuestiones que afecta a las mujeres en su bienestar y que se presenta como un riesgo importante a valorar por la empresa³⁶.

Asimismo, como las mujeres en general desarrollen actividades más precarias, están más expuestas a riesgos laborales que no sufren los mandos intermedios³⁷. La precariedad de las actividades, generalmente de tipo más físico, también lleva a que la prevención de riesgos deba valorar esta situación.

Pero, también, en general, las mujeres sufren más estrés, violencia en el trabajo, acoso psicológico, el acoso sexual, el burnout o desgaste profesional. No se puede olvidar que las mujeres tienen un mayor riesgo de sufrir acoso sexual, hasta tres veces más que los hombres³⁸; lo que provoca estrés o ansiedad³⁹. Estas circunstancias igualmente tienen consecuencias físicas como son las enfermedades coronarias, hipertensión, alteraciones del sueño, debilitamiento del sistema inmunológico, dependencia de drogas o sustancias farmacológicas⁴⁰.

Otra cuestión a tener en cuenta son los riesgos derivados del trabajo en las denominadas "plataformas de trabajo en línea", donde mayoritariamente trabajan mujeres, y donde se detecta un incremento importante de acoso en línea o ciberacoso, derivándose del mismo el estrés laboral de las trabajadoras y otros riesgos de tipo psicosocial⁴¹.

³⁶ CASTRO TRANCÓN, N. "Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género". *Revista Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, N. 44 (2020), pp. 280 y ss.

³⁷ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. *Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el trabajo*, *op. cit.*, p. 151.

³⁸ U-OSHA, *New risks and trends in the safety and health of women at work*. *op. cit.*

³⁹ URRUTICOETXEA BARRUTIA, M. "Reflexiones en torno a la prevención de riesgos psicosociales", *Revista de Derecho Social*. N. 39 (2007), p. 80.

⁴⁰ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. "Algunas consideraciones sobre igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo", *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*. N. 5 (2011), pp. 159 y ss.

⁴¹ RUIZ SANTAMARÍA, J. L. "Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección

Así, como del teletrabajo, un tipo de desarrollo de la actividad laboral que es mayoritariamente femenino, que lleva implícito los mismos riesgos mencionados⁴², sobre todo cuando no se trata de un trabajo híbrido, esto es, no se compagina con la actividad en el centro de trabajo. En concreto, se han señalado como riesgos laborales asociados a este tipo de desarrollo de la actividad: los trastornos músculo-esqueléticos (debido a posturas incorrectas, mantenimiento prolongado de posturas estáticas y movimientos repetitivos); fatiga visual; riesgos psicosociales y carga mental asociados el trabajo en soledad, con dificultad de determinar el límite entre vida personal y familiar; acoso y violencia en el trabajo (el ciberacoso)⁴³.

2. EVALUACIÓN DE LOS RIESGOS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS ADECUADAS

En el artículo 16 de la LPRL se señala que, dentro de los planes de prevención de riesgos laborales, que deben quedar integrado en el sistema general de gestión de la empresa, los instrumentos esenciales son la evaluación de riesgos laborales y la posterior planificación de la actividad preventiva. Pero, ¿hay una obligación de hacerla con perspectiva de género?

En el ámbito de la Unión Europea, la Comisión de 11 de marzo de 2002 relativa al

de la salud y seguridad de la mujer trabajadora". *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*. N. 4 (2020), p. 33.

⁴² Resolución del Parlamento Europeo de 21 enero 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar", 24 de marzo 2021.

⁴³ LOUSADA AROCHENA, F., "La incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y desconexión digital". *Revista Derecho Social y Empresa*. N. 14 (2021), p. 9.

estudio de una Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el trabajo incluyó la integración de la evaluación de riesgos desde el principio de igualdad de hombres y mujeres y la promoción de medidas preventivas de acuerdo con las condiciones concretas del empleo femenino, que luego han sido recogidas han sido recogidas en las siguientes estrategias sobre seguridad y salud.

Aunque la Constitución Española recoge en su articulado la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo y reconoce a todas las personas el derecho a la protección de la salud, sin embargo, no se incluye la perspectiva de género. Pero, sí se hace mención en el artículo 5.4. de la LPR, señalando que las Administraciones Públicas deben promocionar la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres; incluir variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigaciones generales en materia de prevención de riesgos laborales, detectar y prevenir las situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores; y los riesgos psicosociales.

Por otra parte, la inspección de trabajo en su Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social 2021-2023 recoge la necesidad de establecer campañas integrales, en diversos temas, pero en especial en materia de seguridad y salud teniendo en cuenta la perspectiva de género. Además, en concreto se menciona la necesidad de establecer un nuevo modelo de investigación de enfermedades profesionales, que tendrá en cuenta la perspectiva de género⁴⁴. Cuestión importante, dado que, como ya se señaló, en el ámbito de los sectores feminizados, hay enfermedades que se originan en el trabajo, pero que luego

⁴⁴ Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023 (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2021).

son reconocidas como comunes debido a su falta de identificación como tales.

Con independencia de las declaraciones de los instrumentos recogidos ya en este epígrafe, es esencial, señala la norma, que en la evaluación de riesgos se valore la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo, así como de los trabajadores que deban desempeñarlos. Por lo que parece obvio que en esta evaluación tendrán que estimarse las especiales condiciones de las trabajadoras en el contexto de su actividad y del puesto ocupado.

En todo caso, es preciso que cada empresa examine previamente la situación de las trabajadoras en relación con los hombres antes de la evaluación de riesgos laborales con el objeto de comprender en qué contexto tiene que poner en marcha su plan de prevención de riesgos desde la perspectiva de género⁴⁵.

En este sentido, pueden ser de utilidad los diagnósticos que hay que desarrollar antes de los planes de igualdad que regula el artículo 7 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo⁴⁶.

En este precepto, se señala que es preciso la toma y recogida de datos (indicadores cuantitativos y cualitativos, de las desigualdades, diferencias, desventajas, dificultades y obstáculos, existentes o que puedan existir en la empresa para conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres). En concreto, continua, será preciso referirse a las siguientes materias: proceso de selección y contratación, clasificación profesional, formación y promoción profesional; condiciones de trabajo (incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres); ejercicio corresponsable de los derechos de la

vida personal, familiar y laboral; infrarrepresentación femenina; retribuciones; y prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

A través de estos datos, se pondrá de manifiesto la situación de las mujeres de acuerdo con aspectos propios de la segregación horizontal, vertical y de su papel en el ámbito de la conciliación de su vida familiar y laboral, que colaborarán a determinar los riesgos precisos que evitar mediante los planes de prevención de riesgos de la empresa concreta.

Cuando de la evaluación se ponga de manifiesto la existencia de situaciones de riesgo, la empresa debe realizar aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos, por supuesto, adaptado a las necesidades concretas de las personas trabajadoras que hayan sido detectadas en la evaluación.

Desde esta necesidad general, se pasa a valorar cómo la prevención se relaciona con los riesgos que se han mencionado.

2.1. La evaluación de los riesgos relacionados con el proceso reproductivo

En este ámbito, se encuentran las situaciones relacionadas con los procesos de menstruación, incluidos los menopaúsicos; y los relacionados con el embarazo y la lactancia.

2.1.1. La menstruación y los procesos menopaúsicos

Los trastornos relacionados con las patologías causadas por la menstruación y los procesos de la menopausia pueden impedir el correcto desarrollo de la actividad laboral. En la mayoría de los casos, la solución a esta situación es la solicitud de la baja por incapacidad temporal, aunque es posible establecer otros remedios que traten de evitar esta solución. Sobre todo, teniendo en cuenta que el trabajo en estas situaciones no

⁴⁵ OSALAN. *Pautas para la integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales*, op. cit., p. 27.

⁴⁶ BOE núm. 272, de 14 de octubre de 2020.

permite una productividad adecuada⁴⁷, con lo cual será preciso establecer medidas que palien esta situación, sobre todo evitando la estigmatización de las mujeres que sufren de dismenorrea invalidante.

Así, por ejemplo, se pueden reconocer bolsas de horas para ausentarse por razón de dolores menstruales, tiempo que incluso se podría recobrar posteriormente⁴⁸. Pero, también se podría hacer uso del teletrabajo para colaborar en evitar el traslado desde el domicilio al centro de trabajo, cuando sea posible de acuerdo con la actividad de la empresa.

Por otro lado, se han recogido posibles remedios que se pueden poner en funcionamiento en las empresas para colaborar en la reducción de los síntomas asociados a los procesos menopáusicos que se ven agravados por el desarrollo del trabajo. Así, por ejemplo, regular la temperatura, ajustar la humedad, incrementar la ventilación, o suministrar uniformes adaptados (para evitar sofocos y sudores); permitir el acceso a instalaciones de descanso y reconocer pausas (para evitar estrés y cansancio); o aumentar la variedad ofertada de de comida sana (para evitar problemas dietéticos)⁴⁹.

Hasta ahora, si una mujer tenía una patología relacionada con la menstruación que la incapacitará para desarrollar una actividad laboral durante unos días del mes, su opción era solicitar una baja por incapacidad temporal por enfermedad común. En la

⁴⁷ De acuerdo con un estudio de la revista *BMJ Journals*⁴, citado en EL BLOG DE EDUARDO ROJO: Medidas laborales y de protección social en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Una nota descriptiva. (eduardorojotorrecilla.es)

⁴⁸ 8 horas al mes en el Ayuntamiento de Gerona y en el Ayuntamiento de Castellón, pero incluso hasta 12 en el Ayuntamiento de Sabadell incluyendo también las patologías relacionadas con la menopausia.

⁴⁹ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. *Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el trabajo*, revisión, 2006. pp. 94 y ss.

*Guía sobre tiempos óptimos de las incapacidades temporales*⁵⁰, que publica la Seguridad Social, se incluyen las situaciones relacionadas con la menstruación, adjudicando una duración media de 4 días a las irregulares y abundantes. Aunque para el caso de menstruación excesiva y frecuente con ciclos irregulares se eleva incluso hasta a 10 días. Pero, teniendo en cuenta que en supuestos de baja por incapacidad temporal causada por enfermedad común durante los 3 primeros días no se cobra ni salario, ni prestación, excepto si la negociación colectiva señala lo contrario, muchas afectadas seguramente no la habrán solicitado para no perder sus retribuciones.

Ahora, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁵¹, ha modificado la norma de Seguridad Social y ha reconocido una situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes en determinadas situaciones en los días de la menstruación, cuando esta sea incapacitante para la trabajadora⁵².

⁵⁰ INSS, *Manual de Tiempos óptimos de incapacidad temporal*, 4ª edición, 2017.

⁵¹ BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

⁵² En Europa es el primer Estado que regula permisos de estas características, aunque sí existen en países de Asia y África. Ya en 1947, en Japón se reconoció un permiso no remunerado de esta naturaleza siempre y cuando las trabajadoras tengan dificultades para desarrollar su actividad laboral durante el período menstrual. De hecho, después de tantos años desde que se instauró este derecho, no hay muchas beneficiarias del derecho (un 0,9% de las mujeres lo han utilizado. Fuente: *Ministerio de Trabajo de Japón*, de abril 2019 a marzo de 2020). Un año después, en 1948, este derecho también se reguló en Indonesia, prohibiendo que las mujeres sean obligadas a trabajar durante los dos primeros días de su menstruación, cuando su salud lo impide y en 2003 se proclama como un verdadero derecho esta prerrogativa, reconociendo un permiso remunerado, siendo obligatorio regular su contenido en el contrato. En Corea del Sur se regula en 1953 la "licencia fisiológica" y en Taiwán, donde es posible disfrutar de un permiso de un día al mes, si se tienen dificultades con la menstruación dentro de las bajas por enfermedad; o China que incluye dos días de permiso bajo prescripción médica. Asimismo, en África existen países como Zambia que reco-

En el artículo 2 de la LO 1/2023 se define la menstruación incapacitante secundaria como “*situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada*”.

En esta línea, se entiende como situación protegida por la incapacidad temporal especial las de menstruación incapacitante secundaria o dismenorrea secundaria asociada a patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros. Por tanto, solamente podrán optar por esta baja las mujeres que sufran alguna de las patologías listadas.

Es justamente el elemento de “*incapacitante*” el que determinará el derecho a la protección especial o no. La redacción de la situación de hecho protegida dota de objetividad a esta calificación, dado que se describen las patologías concretas que provocan dicha incapacitación. De hecho, la acreditación de la patología llevará seguramente al reconocimiento automático de esta situación incapacitante.

Aunque, el último inciso (“*entre otros*”) puede tener un cierto efecto de cajón de sastre, dado que permite el acceso genérico a la protección en caso de dificultad en la salida de la sangre menstrual de cualquier tipo, aunque, eso sí, asociada a otros síntomas como la dispareunia (dolor en las relaciones sexuales), disuria (micción dolorosa), infertilidad o sangrados más abundantes de lo normal. Además, difícil será determinar la causa de “*sangrados abundantes*”, en cuanto a que habrá que buscar un término de com-

paración, con las dificultades intrínsecas de determinar dicho punto.

Para facilitar su acceso en vez de exigir el mismo período de cotización previa (180 días en los últimos 5 años) que el resto de las bajas originadas en una incapacidad temporal por enfermedad común, se elimina el requisito, de forma que no se demanda ninguna carencia para acceder al beneficio.

Además, se reconocen otras ventajas como es el abono de la prestación desde el día de la baja en el trabajo. Desde ese momento será la entidad gestora correspondiente quien asumirá la carga económica. Estas ventajas seguramente fomentarán la solicitud de la incapacidad temporal y la aceptación de la situación por la empresa.

Aunque también puede tener ciertas desventajas. La calificación de estas bajas como especiales llevará a que la empresa conozca cuál es su causa y a concluir que dicha patología se extenderá en el tiempo. Lo que puede estigmatizar a las mujeres e influir en su contratación y en su promoción.

En conclusión, habrá que esperar al impacto en el mercado laboral de este nuevo beneficio que, aunque tiene muchas ventajas, puede conllevar a retrocesos en la inserción laboral de las mujeres en total igualdad que los hombres.

En todo caso, similares problemas de salud se pueden sufrir en los procesos menopáusicos que pueden ser solucionados con remedios similares a los mencionados.

La *Guía sobre tiempos óptimos de las incapacidades temporales* reglamentan tiempos medios de baja relativos a cuestiones premenstruales (4 días) y también en los períodos de la menopausia (en general, con patologías que duran de media también 4 días), aunque tiene el efecto de que durante los 3 primeros días no se cobra ni salario, ni prestación. Hubiese sido conveniente incluir también estas cuestiones en el ámbito de la situación especial de incapacidad temporal,

noce un día de ausencia al mes para todas las mujeres, sin que sea preciso acreditar la circunstancia de malestar físico para acceder al derecho.

sobre todo teniendo en cuenta que cada vez será una situación más habitual dado que la población activa está en proceso de envejecimiento y cada vez habrá más mujeres en dicha situación.

2.1.2. *El embarazo*

La Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o que esté en periodo de lactancia, ha sido traspuesta al derecho español a través de diversos instrumentos legislativos como el artículo 26 de la LPRL y de la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad entre Mujeres y Hombres, desarrollado a su vez por el RD 298/2009, en relación con 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 periodo de lactancia⁵³, y por el RD 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, vienen a establecer un marco normativo regulador de los riesgos en el trabajo que pueden afectar a cualquier situación derivada de la maternidad⁵⁴.

En concreto, el artículo 26 de la LPRL recoge la obligación de que en la evaluación específica de riesgos se tenga especialmente en cuenta a las mujeres embarazadas o a las que han tenido un parto reciente y su exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de ellas o del feto, recayendo la evaluación sobre el estado personal de la trabajadora y del puesto de trabajo⁵⁵.

En este sentido, hay que tener especialmente en cuenta la sentencia del Tribunal de la Unión Europea (en adelante, STJUE) de 19 de septiembre de 2018 (asunto C-41/17, Caso González Castro), donde se describe el contenido que debe incluirse en la evaluación: por un lado, habrá que determinar los riesgos concretos del puesto de trabajo y, por otro, los riesgos genéricos y su repercusión en el embarazo. Y, además, se admite la concurrencia de riesgos propios o exclusivos para las embarazadas, con otros generales que pueden agravarse por dicho estado⁵⁶.

De forma que, si hay algún riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo, se tendrán que tomar las medidas necesarias de adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, buscando las que se entiendan menos gravosas para las embarazadas (STJUE de 1 de julio de 2010, asunto C-194/08, Caso Gassmayr), en especial, se prohibirá el trabajo nocturno y el trabajo a turnos.

Cuando no sea posible adaptar las condiciones o del tiempo de trabajo o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, habrá que buscar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.

La empresa deberá determinar, previa consulta con los representantes de las personas trabajadoras, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. Cuando no exista un puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a

⁵³ BOE núm. 57, de 7 marzo de 2009.

⁵⁴ BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009.

⁵⁵ FERNÁNDEZ ORRICO, F. "La prevención de riesgos laborales en caso de maternidad", AA.VV. *Análisis práctico de la prevención de riesgos laborales*: Thomson Reuters, 2016, p. 429

y BENAVENTE TORRES, I. *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural*: Laborum, Madrid, 2016, p. 69.

⁵⁶ STS de 22 de noviembre de 2012 (recurso 1298/2011).

su grupo o categoría equivalente, si bien su salario se mantendrá sin cambios. En caso de que tampoco exista este puesto, se suspende la actividad laboral y se accede a una prestación de la Seguridad Social que sustituye al salario perdido.

Si esta evaluación es obligatoria en cuanto a la relación entre la mujer embarazada y el puesto de trabajo desempeñado, no sigue igual suerte cuando se trata de las molestias propias del estado gestante que les impiden desarrollar adecuadamente sus actividades profesionales, en este caso, no se desarrolla todo este procedimiento, sino que el camino es la suspensión de la relación laboral y el reconocimiento simultáneo de una baja por incapacidad temporal por enfermedad común. Mientras que en el caso de que dicho estado no sea compatible con el propio puesto de trabajo, solamente se suspende el contrato de trabajo y se accede a una baja por riesgo durante el embarazo, cuando no sea posible la adaptación o el cambio.

A lo que hay que añadir, que la diferencia entre las protecciones de ambas situaciones es importante. Primero en la cuantía, donde la incapacidad temporal se determina de acuerdo con la base de cotización por riesgos comunes del mes anterior a la de la fecha de iniciación de la situación, a la que se le aplica un porcentaje equivalente al 60% entre los días 4º al 20º y de un 75% a partir del día 21º. Sin percibir ninguna contraprestación en los primeros 3 días. Mientras que en el caso de riesgo durante el embarazo se toma la base por riesgos profesionales (que será más alta en el caso de que se hayan desarrollado horas extraordinarias) a la que se le aplica un 100%.

Pero, también, hay que poner en valor las condiciones de acceso. Mientras que se exige alta y cotización de 180 días en los últimos 5 años para acceder a la prestación por incapacidad temporal, en la segunda no hay que acreditar ninguna cotización mínima.

Además, las ventajas también son para la empresa, dado que, en el primer caso, soporta

el coste directo de la incapacidad desde el día 3 al 15 y luego el pago delegado (el adelanto de la cuantía de la prestación a cuenta de la entidad gestora), mientras que en el riesgo durante el embarazo solo se encarga de la cotización.

Realmente en ambos casos hay una situación de riesgo para la trabajadora embarazada si continúa prestando la misma actividad, con independencia de que el origen esté en el propio puesto o en sus circunstancias concretas y personales. Por lo que sería adecuado que, sin diferencias, se dejara intentar primero la adaptación del puesto de trabajo o, cuando esta no fuese posible, la búsqueda de otro puesto de trabajo compatible y, finalmente, si ninguna de estas opciones funciona, que se reconozca una protección idéntica.

Sobre todo, teniendo en cuenta que, en ocasiones, es muy complicado deslindar las dos situaciones, lo que se pone de manifiesto en la evolución de los datos relativos a las bajas por suspensión por riesgo durante el embarazo.

En 2008, en el régimen general se reconocieron un total de 11.846,00 procesos por el INSS y 11.629,0 por las MATEPSS; mientras que, en 2022, el número de procesos fueron de 56.650 (reconocido por las MATEPSS) y 3.278 (reconocido por el INSS)⁵⁷. Desde estas cifras, se puede afirmar que cada vez más existe una tendencia a proteger estas situaciones bajo el paraguas del riesgo durante el embarazo. De modo que sería adecuado que la evaluación de riesgos se ampliase y tratase de adaptar el puesto de trabajo o el cambio a otro compatible con independencia del origen de la dificultad de desarrollar una actividad laboral durante el embarazo.

En todo caso, un paso en este sentido se ha dado con la modificación que introduce la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3

⁵⁷ Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Estadísticas. Otras prestaciones de la Seguridad Social.

de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en el artículo 144.4 de la LGSS, donde se reconoce como situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la de gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena. Como ya se analizó respecto a la menstruación incapacitante, la carga económica no recae en la empresa, de forma que hay que valorar positivamente esta extensión del derecho.

Asimismo, también parece positivo reconocer como situación especial de incapacidad temporal, con idénticas condiciones la debida a la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la interrupción del embarazo sea debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso tendrá la consideración de situación de incapacidad temporal por contingencias profesionales.

Después del parto, la norma preventiva más importante es la que prohíbe la vuelta al trabajo hasta trascurridas 6 semanas desde este momento. Así, el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores declara que el contrato de trabajo de la madre biológica se suspenderá durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de su salud.

Una vez que la mujer ha vuelto a su puesto de trabajo después de las 6 semanas obligatorias, se entiende que habrá que interpretar de forma extensiva el artículo 26 de la LPRL y, por tanto, concluir que también debe quedar protegido el tiempo posterior al parto, cuando la salud de la mujer aún no ha conseguido reponerse del embarazo y del parto⁵⁸.

⁵⁸ LÓPEZ AHUMADA, J.E. *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico laboral*: Marcial Pons, 2010, p. 65.

2.1.3. La lactancia

La protección a la lactancia también es recogida en el artículo 26 de la LPRL. Si el desarrollo del puesto de trabajo puede causar riesgos para la lactancia, entonces siguiendo el mismo camino que para el riesgo durante el embarazo, se intentará la adaptación del puesto de trabajo, posteriormente la búsqueda de un puesto de trabajo que sea compatible y, si tampoco es posible, se suspenderá la relación laboral.

En este último supuesto, el salario perdido es sustituido por el cobro de una prestación de la Seguridad Social, que consiste en un beneficio del 100% de la base reguladora por riesgos profesionales, mientras que la de prestación por nacimiento y cuidado del menor se calcula de acuerdo con la base de riesgos comunes, que puede ser inferior si se ha cotizado por horas extraordinarias, las cuales se incluyen en la base de profesionales, pero no en la de comunes. Es decir, se protege económicamente de forma más conveniente al riesgo durante la lactancia que el tiempo de suspensión por nacimiento y cuidado.

Es destacable que la STSJUE de 19 de octubre de 2017 (C-531/15, caso Otero Ramos) ha entendido que en el caso de que no se establezca una correcta prevención de riesgos en la lactancia, se está cometiendo un acto de discriminación por razón de género.

En esta línea, ya en el ámbito nacional, las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero 2019 (recurso 2027/2017) y 6 de febrero de 2019 (recurso 4016/2017) han señalado que (...) lactancia, se está vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora, dado que se le niega la posibilidad (...) de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia.

De esta forma, se está reconociendo que en la prevención de riesgos desde la perspectiva de género debe tenerse en cuenta de forma general, incluyendo en su seno también las cuestiones que tienen que ver con la maternidad y la lactancia.

2.2. Más allá de la función reproductiva

Si bien es verdad que la prevención de riesgos desde la perspectiva de género, se ha centrado en los aspectos biológicos relacionados con la función reproductiva de la trabajadora, es preciso dar un paso adelante y tener en cuenta este aspecto en otros ámbitos⁵⁹. Así, se deriva del artículo 15.1 d) LPRL, que establece el principio general de adaptación del trabajo a la persona, entre cuyas características habrá que tener en cuenta, sin lugar a dudas, su género y su incidencia en su puesto de trabajo.

En el Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027⁶⁰, se incide en la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación, poniendo especial atención en la adopción de medidas encaminadas a evitar el sesgo de género a la hora de evaluar los riesgos y establecer prioridades de actuación en determinados sectores, sobre todo en el reconocimiento de los riesgos en profesiones que tradicionalmente se han pasado por alto o se han considerado «trabajos ligeros» (por ejemplo, personas cuidadoras o limpiadoras).

Como ya se ha mencionado, el trabajo en los sectores feminizados, los riesgos psico-

sociales, las condiciones de trabajo, y, en especial, los relacionados con la doble jornada, influyen en los posibles riesgos a los que está sometido una persona trabajadora⁶¹, y esto debe tenerse en cuenta en la evaluación y en la determinación de las medidas que eviten los efectos de dichos riesgos.

De hecho, la evaluación de las actividades preventivas ha pasado de focalizarse en la atención de los riesgos físicos o biológicos de las personas trabajadoras a la protección de factores y riesgos psicosociales, como el estrés, el desgaste profesional, o el acoso psicológico. No obstante, hay que poner de manifiesto la dificultad de evaluar estos últimos respecto a los primeros.

Es preciso la identificación de indicadores que cuantifiquen por sexo cuando se hacen las evaluaciones, para luego desde dichos datos establecer las medidas adecuadas de acuerdo con las condiciones de cada uno de ellos que, como se ha señalado, son diferentes en muchas ocasiones.

En este ámbito, se precisa una doble actuación. Por una parte, la lógica relacionada con la obligación impuesta de los planes de igualdad, pero, por otra, también en su análisis dentro de la evaluación como origen de los riesgos psicosociales para evitar sus posibles efectos⁶². En cualquier caso, como ya se mencionó, es adecuado partir de los datos

⁵⁹ RUIZ SANTAMARÍA, J. L. "Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora". *op. cit.*, p. 38.

⁶⁰ Comunicación de la COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. *Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027*. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación, 2021 (COM (2021) 323 final).

⁶¹ El Juzgado de lo Social N. 2 de Guadalajara (sentencia de 17 de septiembre de 2022, N. 381/2022) se ha sancionado a una empresa dedicada a la lavandería por incumplir los requerimientos de la inspección de trabajo sobre la necesidad de evaluar los riesgos de los puestos de trabajo, valorando si hombres y mujeres desarrollaban las mismas tareas de igual forma, ni valorado los riesgos psicosociales teniendo en cuenta factores desde la perspectiva de género. Se señala que las empresas tienen un deber jurídico de integrar la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales, dado que los riesgos laborales no afectan igual y ha de analizarse en la evaluación.

⁶² AA.VV. *Guía sindical. Mujeres, trabajos y salud*: Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud, 2012, p. 27 (<https://www.ccoo.es/34711b36c79dab3ef68ba88c2187d63e000001.pdf>) y DIRECCIÓN GENERAL PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, *Herramienta de apoyo 10: Salud y riesgos laborales con perspectiva de género*, Maquetación 1 (igualdadempresa.es).

del diagnóstico de los planes de igualdad, los cuales pueden ser empleados sobre todo para colaborar en la evaluación de los riesgos relacionados con la segregación horizontal en el trabajo que sufren las mujeres.

2.2.1. La aportación de la negociación colectiva

Centrándose en la prevención de riesgos, la perspectiva de género debe incluirse tanto en la negociación colectiva como por las empresas en el diseño de sus políticas de prevención, yendo más allá de la mera regulación de los riesgos relacionados con el embarazo y la lactancia⁶³.

Sin embargo, ya hay que denunciar que en general los convenios colectivos apenas incluyen medidas en materia preventiva⁶⁴ y, menos aún, en concreto, en el ámbito de la prevención por razón de género⁶⁵.

Aquí se quieren traer algunos ejemplos de inclusión en convenios colectivos de empresa de la perspectiva de género de la prevención de riesgos, sin ánimo de exhaustividad, pero sí de ejemplificar posibles caminos en la negociación colectiva.

En primer lugar, con reconocimientos limitados a ciertos ámbitos, el VII Convenio colectivo de Supermercados Grupo Eroski señala que siendo conscientes que los riesgos músculo-esqueléticos son una de las mayores afectaciones a la salud laboral de las trabajadoras, y teniendo en consideración que las lesiones músculo-esqueléticas, sin ser exclusivas de

las mujeres, si tienen más incidencia en las mismas, decide incluir un Plan específico de prevención de Lesiones Músculo-esqueléticas con el fin de corregir hábitos de vida laboral y cotidiana y colaborar en prevenir las lesiones que se producen en el trabajo (en concreto, se establece la elaboración de Protocolos de Reconocimientos Médicos Específicos Músculo-esqueléticos y la implantación de Escuelas de Espalda)⁶⁶.

Por otra parte, también limitado a un ámbito concreto, en el Convenio Colectivo del Grupo AENA se pone de manifiesto la mayor incidencia de los riesgos psicosociales en las mujeres, por lo que se entiende necesario establecer en cada una de las empresas que constituyen el grupo la implantación de procedimientos de prevención de riesgos laborales de evaluación de factores psicosociales⁶⁷.

Asimismo, pero, de forma más extensa, desde el Convenio Colectivo de Mercadona en materia de salud laboral desde la perspectiva de género, se establecen las siguientes obligaciones: la información a la comisión de seguimiento sobre la siniestralidad y enfermedad profesional desagregada por sexo; el seguimiento del Comité Intercentros de Seguridad y Salud de las evaluaciones periódicas de riesgos laborales para que se valoren actuales y futuros factores que puedan condicionar el acceso de las mujeres a determinados puestos de trabajo; la garantía de un embarazo y una lactancia saludables; la garantía de puesta en marcha del protocolo existente en caso de acoso sexual y por razón de sexo en un supuesto de denuncia, así como garantizar la celeridad y el sigilo de la Comisión de Instrucción; la formación a los representantes sindicales formación a los delegados y delegadas sindicales

⁶³ NIETO ROJAS, P. "Género, prevención de riesgos y negociación colectiva". *Revista de Información Laboral*. N. 9 (2017), p. 5.

⁶⁴ BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. "Marco convencional" en AA.VV. *V Informe Adecco sobre Absentismo*, 2016, pp. 113 y ss.

⁶⁵ En este punto, hay que hacer una llamada especial de atención al ámbito del servicio doméstico, feminizado de forma absoluta, que carece de convenios colectivos aplicables. *Vid.* NIETO ROJAS, P. "Dimensión de género en el tratamiento convencional de la seguridad y salud laboral", *op. cit.*, p. 78.

⁶⁶ Resolución de 12 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo de Supermercados Grupo Eroski (BOE núm. 101, de 12 de abril de 2022).

⁶⁷ Resolución de 29 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (BOE núm. 305, de 20 de diciembre de 2011).

con liberación en la prevención, detección y tratamiento de los casos de acoso sexual o por razón de sexo; la colaboración a través de convenios con ayuntamientos, asociaciones especializadas, entre otras, para la contratación de mujeres víctimas de violencia de género; la información a la plantilla a través de los medios de comunicación interna de los derechos reconocidos legalmente a las mujeres víctimas de violencia de género⁶⁸. Como se puede observar, se centra en el embarazo y lactancia, aunque incluye algún otro elemento relacionado con la violencia laboral o el acoso.

Con independencia de todo lo señalado, todas las medidas de corresponsabilidad que se incluyan en los convenios colectivos tendrán un efecto positivo en la prevención de los riesgos laborales que afectan a las mujeres. Siendo así que la flexibilidad en el tiempo de trabajo colaborará directamente con el objetivo de prevenir riesgos, sobre todo psicosociales.

2.2.2. *La aportación desde los planes de prevención de riesgos laborales*

Es precisa la evaluación de las necesidades de las trabajadoras de acuerdo con las patologías que sufren más habitualmente: desde las relacionadas con el proceso reproductivo hasta las vinculadas a los riesgos psicosociales, todo con una visión de las nuevas patologías tales como el tecnoestrés⁶⁹, riesgos asociados al teletrabajo⁷⁰, a la conexión digital continua,

que afectan a todas las personas trabajadoras en general. Habrá que poner especial énfasis en los ámbitos laborales más feminizados para que se adapten con mayor rigor a las necesidades concretas que presentan.

En concreto, entre los puntos que se podrían incluir en la evaluación a los efectos de posteriormente determinar las concretas medidas, podrían ser los siguientes:

- Reflejar en la evaluación la organización del trabajo y la doble presencia de las mujeres (en el trabajo remunerado y en el no remunerado)⁷¹, aplicando medidas con el fin de acabar con las largas jornadas, las jornadas partidas y la idea del presentismo como factor necesario para evitar los conflictos familia-trabajo⁷². Esta cuestión tiene una relación directa con la idea de desconexión sobre la que luego se volverá.
- Establecer protocolos sobre lesiones músculo-esqueléticas de acuerdo con las peculiaridades de las trabajadoras⁷³, sobre todo en ciertos sectores, donde el trabajo se realiza de pie.
- Valorar los riesgos psicosociales y poner en marcha medidas que busquen rebajar los efectos del estrés tales como gimnasios, talleres de ocio, entre otros; o también la puesta a disposición de las empleadas de actividades de desconexión psicológica⁷⁴.
- Adaptación de los equipos de trabajo individuales a las características personales de las trabajadoras⁷⁵.

⁶⁸ 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 núm. 42, de 18 de febrero de 2019).

⁶⁹ MARTÍN RODRÍGUEZ, O. "El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador". *Revista Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*. N. 44 (2020).

⁷⁰ En el ámbito del teletrabajo, en el artículo 16 de la Ley 10/2021, de 9 de julio de trabajo a distancia (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021), señala que en la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva en este ámbito debe tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo. Asimismo, se puede consultar el Criterio

técnico Inspección de Trabajo y Seguridad Social. N. 104 (2021), p. 6.

⁷¹ SECRETARÍA DE SALUD LABORAL Y JUVENTUD, *Guía de prevención de riesgos laborales*: CCOO Castilla y León, *op. cit.*, p. 28.

⁷² RODRÍGUEZ MUÑOZ, A. "Riesgos sicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género" *op. cit.* p. 23.

⁷³ SECRETARÍA DE SALUD LABORAL Y JUVENTUD, *Guía de prevención de riesgos laborales*: CCOO Castilla y León, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁴ RODRÍGUEZ MUÑOZ, A. "Riesgos sicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género" *op. cit.* p. 25.

⁷⁵ SECRETARÍA DE SALUD LABORAL Y JUVENTUD, *Guía de prevención de riesgos laborales*: CCOO Castilla y León, *op. cit.*, p. 28.

- Fomento de la cultura de la prevención. Impartir acciones formativas y promover acciones de concienciación en las que se ponga de manifiesto como ciertos riesgos laborales afectan más a las mujeres y qué medidas preventivas se pueden poner en marcha para evitarlos.

Otra faceta importante es la desarrollada a través de la vigilancia de la salud. El artículo 22 de la LPRL recoge la obligación empresarial respecto a su plantilla de vigilar periódicamente de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, siempre y cuando la persona trabajadora preste su consentimiento.

En este ámbito, sería preciso que las empresas ofrecieran chequeos médicos adaptados a las patologías femeninas y medidas preventivas adaptadas. No parece adecuado que no se tenga en cuenta las diferencias entre las trabajadoras y trabajadores no solo físicas, sino las relacionadas con sus puestos de trabajo que, en ocasiones, son distintas por el hecho de la propia segregación del mercado, tal y como ya se ha puesto de manifiesto.

Sin embargo, en general, los protocolos que emplean los servicios de prevención no tienen en cuenta la perspectiva de género. Es preciso, valorar las diferencias tales como las medidas antropométricas, funciones endocrinas, diferente distribución de la grasa corporal en el organismo, diferente forma de presentarse determinados síntomas en hombres y mujeres, entre otras muchas⁷⁶, con el objetivo de identificar los riesgos concretos y poder prevenirlos o, en su caso, reducirlos.

2.3. Los protocolos de acoso como medidas de prevención de riesgo

El art. 27 de Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad entre Mujeres y Hombres, recoge la inte-

gración del principio de igualdad en las políticas de salud con la consideración del acoso sexual y acoso por razón de sexo en las medidas de salud laboral.

De acuerdo con la norma mencionada, sin ánimo de entrar a analizar este tema, sino solamente de hacer algún breve apunte como parte de la prevención de riesgos laborales con perspectiva de género, hay que señalar que se entiende por 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. Mientras que se define acoso por razón de sexo, como 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. Ambos se califican como discriminatorios por razón de sexo.

La Ley de igualdad impone a la empresa la obligación de prevenir dichos comportamientos a través de la puesta en marcha de medidas que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo; y cuando esto ya no sea posible, de remediar a través de la determinación de medidas después de seguir procedimientos específicos para prevención y para dar cauce a denuncias o reclamaciones. Es decir, establece el deber de organizar protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo.

Si bien la prevención es importante, también lo es la colaboración para que salga a la luz cualquier comportamiento que sea susceptible de ser calificado como acoso sexual y como acoso por razón de género.

La LPRL no recoge esta faceta como parte de la prevención, sin embargo, la jurisprudencia sí la ha incluido, poniendo en valor la necesidad de evaluación de los riesgos psicosociales a los efectos de prevenir el acoso. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2014 (recurso 788/2013) reconoce una obli-

⁷⁶ SECRETARÍA DE SALUD LABORAL Y MEDIO AMBIENTE UGT-CE. *La perspectiva de género en la prevención de Riesgos Laborales*, 2019, p. 35.

gación empresarial en materia de prevención laboral de proteger frente al acoso y los riesgos psicosociales derivados de la actividad laboral.

No obstante, también se reconoce por la norma desde la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual⁷⁷, que incluye en su artículo 12 la obligación de las empresas de incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras.

Dicho reconocimiento se encuadra en los principios integrados en el Convenio de la OIT 190, sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el trabajo, ratificado por España, donde se obliga a la identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes para adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos.

En idéntica línea, se puede consultar la Recomendación de la OIT núm. 206 (2019) sobre la violencia y el acoso, que establece que en la evaluación de riesgos se deberían tener en cuenta los factores que aumenten las posibilidades de violencia y acoso, incluyendo los peligros y riesgos psicosociales. Concretando que dicha evaluación debería desarrollarse sobre las condiciones y modalidades de trabajo; la organización del trabajo y la gestión de recursos humanos; o la posible implicación de terceros, tales como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes o público; y cualquier otra circunstancia de la cual se pueda derivar situación de discriminación y abuso de relaciones de poder.

Sin embargo, no parece suficiente el precepto antes mencionado para asegurar el cumplimiento de lo recogido en el Convenio,

⁷⁷ BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2022.

siendo preciso que la legislación española en materia de prevención expresamente recoja el deber de evaluación de los riesgos de acoso y violencia⁷⁸.

Con el objeto de que la empresa prevenga y remedie estas situaciones, el artículo 8 del Real decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social⁷⁹, recoge como infracción grave el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.

Además, no hay que olvidar que es posible el reconocimiento del recargo de prestaciones por accidentes de trabajo.

Como se ha señalado, el acoso sexual y el acoso por razón de género tienen importantes efectos psicológicos, constituye un factor de estrés⁸⁰, pero también consecuencias físicas que se provocan por el estrés afectando al sueño, provocando problemas gastrointestinales o hipertensión, entre otros, que deberían tratarse como accidente de trabajo⁸¹.

Aunque las empresas deben establecer protocolos para que se analicen estas situaciones y de acuerdo con su resultado determinar medidas para paliar los efectos provocados y sancionar al culpable de los comportamientos, en la realidad, muchas veces no

⁷⁸ SAEZ LARA, C. "Violencia sexual, mujer y trabajo". *Revista Galega de Dereito Social*. N. 16 (2022), p. 32.

⁷⁹ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000.

⁸⁰ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. *Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el trabajo*, op. cit., p. 70.

⁸¹ SECRETARÍA DE SALUD LABORAL Y JUVENTUD, *Guía de prevención de riesgos laborales*: CCOO Castilla y León, op. cit., p. 16.

se llega a estos procedimientos o no se reconoce como tal, de modo que las patologías que se desarrollan terminan siendo consideradas como contingencias comunes en vez de profesionales con las consecuencias en la reducción de la protección.

Y, como ya se ha señalado, este es uno de los factores que incrementa el número de procesos de incapacidad temporal por enfermedad común, cuando estos comportamientos tienen efectos en la salud de las mujeres. Una de las cuestiones más importantes en este contexto, además de prevenirlos, es tratar de evitar las consecuencias perniciosas de estas situaciones a través de protocolos de acoso en los que se facilite su inicio, se determine una comisión de seguimiento objetiva, se establezcan medidas cautelares que impidan la continuación de los acosos y finalmente se sancione al acosador de acuerdo con su acción, llevando, cuando sea preciso, a su despido.

2.4. La desconexión digital como medida de prevención de riesgos

El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral se recogió por primera vez en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD). En este precepto, se garantiza este derecho a las personas trabajadoras, tanto en el sector privado, como público *fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido. En el Estatuto de los Trabajadores*, recogiendo dicho derecho, aunque sin desarrollarlo en el artículo 20 bis.

El contenido del derecho a la desconexión no es una novedad, su contenido estaba ya implícito en el respeto obligatorio a los tiempos de descanso. No obstante, refuerza una perspectiva diferente como es la digital. Con el uso masivo de aparatos tecnológicos y de comunicación ha cambiado las formas posibles de comunicación en los tiempos de descanso, con independencia de que la persona trabajadora

se encuentre o no en el centro de trabajo y es justamente esta faceta a la que se dedica el derecho a la desconexión digital.

El cumplimiento estricto de los horarios de trabajo y el respeto a las horas de descanso, en los cuales la persona trabajadora debe desconectarse digitalmente, colaboran en la mejora de su salud física y psíquica. Consecuentemente, su bienestar personal es un beneficio claro para la empresa, dado que existirá un mejor clima laboral, se elevará la productividad y el desarrollo del trabajo será más eficiente.

De acuerdo con lo señalado en la LOPD, el derecho a la desconexión digital tiene las siguientes funciones: reforzar el derecho al descanso reconocido en el ET, colaborar en la conciliación de la vida laboral con la personal y la familiar; y ayudar al uso razonable de los medios tecnológicos para evitar la fatiga informática. Como se puede observar, el derecho a la desconexión digital se relaciona especialmente con la prevención de riesgos en especial en su implicación con el derecho al descanso y en el uso razonable de los medios informáticos⁸², incluso se ha llegado a afirmar que el artículo 88 de la LOPD es una norma de prevención de riesgos descontextualizada⁸³.

En este contexto, hay que recordar que el derecho al descanso es un límite infranqueable, que no pueden ser alterado, ni siquiera por acuerdo de las partes (empresa y persona trabajadora). Se establecen límites en la norma, que, eso sí, pueden ser mejorados en convenio colectivo como son el diario (entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente debe haber, al menos, 12 horas de descanso obligatorio); el semanal (al menos, un

⁸² AYERRA DUESCA, N. "El derecho a la desconexión digital desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales". *Revista Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*. N. 47 (2022), p. 51.

⁸³ ARRIETA IDIAKEZ, F.J. "La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia". *Revista Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*. N. 42 (2009).

día y medio ininterrumpido de descanso, que podrá acumularse por períodos de hasta 14 días); el anual (14 días festivos al año, entre los cuales siempre se encontrará el 1 de enero, el 1 mayo, el 12 octubre y el 25 de diciembre); y el vacacional (al menos, un mínimo de 30 días naturales de vacaciones retribuidas o parte proporcional si el trabajo es parcial). Durante estos períodos de descanso necesarios e indisponibles no puede desarrollarse ningún tipo de actividad laboral. Pero, igualmente debe extenderse a las licencias y los permisos reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores y en los convenios colectivos aplicables y a las reducciones de jornada por las causas reconocidas legalmente.

Y, como ya se ha señalado, la regulación como derecho mínimo, indisponible, de ciertos períodos de descanso tiene una relación intrínseca con el derecho a la prevención de riesgos laborales. Si la persona trabajadora no descansa, ni desconecta de su actividad laboral, tiene mayores riesgos de sufrir un accidente de trabajo, pero también riesgos psicosociales.

La regulación en la LOPD del derecho a la desconexión digital determina como otro de sus objetivos la colaboración con la conciliación de la vida laboral con la personal y la familiar. Sin lugar a dudas es la flexibilización del tiempo de trabajo de acuerdo con las necesidades personales y familiares de la persona trabajadora la herramienta que, en mayor medida, puede colaborar a esta conciliación y, por tanto, con la evitación de los riesgos que ya se han mencionado con anterioridad.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. “Desigualdades de género en salud laboral en España”. *Gaceta Sanitaria*. N. 26 (2012).

AA.VV. *Costes sanitarios directos del cáncer de origen laboral atendido en el Sistema Nacional de Salud*: UGT-CEC, 2016.

A.VV. “Occupational Exposures and Reproductive Health: 2003 Teratology Society Meeting Symposium Summary”. *Birth Defects Research*. N. 74 (2005).

AA.VV. *Manual del método CoPsoQistas21 para la evaluación y la prevención de los riesgos psicosociales en empresas con 25 o más trabajadores*: Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (ISTAS)-CCOO, Barcelona, 2014.

AA.VV. *Guía sindical. Mujeres, trabajos y salud*: Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud. 2012.

AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. *Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el trabajo*, revisión, 2006.

ARTIETA IDIAKEZ, F.J. “La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia”. *Revista Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*. N. 42 (2009).

AYERRA DUESCA, N. “El derecho a la desconexión digital desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales”. *Revista Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*. N. 47 (2022).

BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. “Marco convencional” en AA.VV. *V Informe Adecco sobre Absentismo*, 2016.

CASTRO TRANCÓN, N. “Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género”. *Revista Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, N. 44 (2020).

DIRECCIÓN GENERAL PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, *Herramienta de apoyo 10: Salud y riesgos laborales con perspectiva de género*.

EUROFOUND. *Work-life balance and flexible working arrangements in the European Union*, contribution to the Informal Employment and Social Affairs Council (EPSCO) under the Estonian Presidency of the Council of the EU, Tallinn, July 2017.

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK. *Gender issues in safety and health at work. A review*, 2003.

GREENHAUS, J.H, BEUTELL, N J. (1985). “Sources of conflict between work and family roles”. *Academy of management review*. N. 10 (1985).

LÓPEZ AHUMADA, J.E. *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico laboral*: Marcial Pons, 2010.

LOUSADA AROCHENA, F. “La incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y desconexión digital”. *Revista Derecho Social y Empresa*. N. 14 (2021).

MARTÍN RODRÍGUEZ, O., “El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador”. *Revista Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*. N. 44 (2020).

- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. “Algunas consideraciones sobre igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo”. *Lan Harremannak. Revista de Relaciones Laborales*. N. 5 (2011).
- MORENO SOLANA, A. *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*: Tirant lo Blanch. 2010.
- NIETO ROJAS, P. “Dimensión de género en el tratamiento convencional de la seguridad y salud laboral”. AA.VV. (dirigido por BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.). *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*: UC3M, 2017.
- NIETO ROJAS, P. “Género, prevención de riesgos y negociación colectiva”. *Revista de Información Laboral*. N. 9 (2017).
- OIT. *Género, salud y seguridad en el trabajo Hoja informativa*, La perspectiva de género en salud y seguridad en el trabajo, 2013.
- ORDÓÑEZ PASCUA, N. “El desarrollo de enfermedades psicosociales como consecuencia de estresores ajenos a las relaciones laborales”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Estudios. N. 2 (2018).
- OSALAN. *Pautas para la integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales*: Gobierno Vasco, 2017
- PÉREZ CAMPOS, AI. “La incidencia del género en la prevención de riesgos laborales”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. LIV (2021).
- RIVAS VALLEJO, P. “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N. 74 (2009).
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, A. “Riesgos sicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género” en AA.VV. (dirigido por BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.), *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*: UC3M, octubre 2017.
- ROLLMANN, GB., LAUTENBACHER, S. “Sex differences in musculoskeletal pain”. *The Clinical Journal of Pain*, 2001.
- RUIZ SANTAMARÍA, J. L. “Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora”. *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*. N. 4 (2020).
- SAEZ LARA, C. “Violencia sexual, mujer y trabajo”. *Revista Galega de Dereito Social*. N. 16 (2022).
- SECRETARÍA DE SALUD LABORAL Y JUVENTUD, *Guía de prevención de riesgos laborales*: CCOO Castilla y León, Valladolid, 2009. EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK. *Gender issues in safety and health at work. A review*, 2003.
- SECRETARÍA DE SALUD LABORAL Y MEDIO AMBIENTE UGT-CE. *La perspectiva de género en la prevención de Riesgos Laborales*, 2019.
- U-OSHA *New risks and trends in the safety and health of women at work*: European Risk Observatory, 2013.
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., “Reflexiones en torno a la prevención de riesgos psicosociales”, *Revista de Derecho Social*. N. 39 (2007).

Democracia paritaria y relaciones laborales: propuestas para una composición equilibrada de los órganos de representación de las personas trabajadoras

Equal democracy and labour relations: proposals for a balanced composition of workers' representative bodies

JAIME CABEZA PEREIRO*

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL**

<https://doi.org/10.55617/revmites.40>

Resumen:

Dos presupuestos se erigen en punto de partida del presente estudio. Por un lado, la constatación de que las mujeres participan en menor medida que los hombres en las instituciones de representación y ejercicio de la actividad sindical, en la empresa y, así mismo, en las organizaciones sindicales. Por otro lado, la inaplicación, en el marco de las relaciones laborales, de los principios de composición equilibrada y democracia paritaria establecidos por LO 3/2007 para la participación política. A partir de ellos, el estudio indaga en el sustrato teórico que exige la trasposición del tópico de la paridad también al ámbito de los derechos de representación y libertad sindical, basado en el mandato de igualdad material o sustantiva. Por consiguiente, se aborda una revisión, en clave de género, de los canales de representación sindical y unitaria, conjugando composición equilibrada y acción positiva. En cuanto al contexto de las organizaciones sindicales, puesto que el sindicalismo más representativo ya se ha dotado, aunque con diferencias significativas, de reglas internas de democracia paritaria, la intervención ha de proyectarse sobre la actividad sindical desarrollada en la empresa, impulsando, en particular, la designación de delegadas sindicales. En el ámbito de la representación unitaria, se aboga por la articulación temporal de medidas con impacto inmediato: acciones positivas dirigidas a garantizar el acceso de mujeres a candidaturas y cargos de representación.

Palabras clave: Igualdad entre hombres y mujeres; democracia paritaria; composición equilibrada; libertad sindical; elecciones sindicales.

Abstract:

Two assumptions stand as the starting point of this study. On the one hand, the corroboration that women participate to a lesser extent than men in the institutions of representation and

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo. jcabeza@uvigo.es

** Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo. franfernandez@uvigo.es

exercise of trade union activity, in the company, and, likewise, in trade union organisations. On the other hand, the non-application, within the framework of labour relations, of the principles of balanced composition and parity democracy established by LO 3/2007 for political participation. In this sense, the study explores the theoretical foundation that requires the transposition of the topic of parity also to the scope of the rights of representation and freedom of association, based on the mandate of material or substantive equality. Therefore, a review is addressed, in terms of gender, the union, and unitary representation channels, combining balanced composition and positive action. Regarding the context of trade union organisations, since the most representative trade unionism has already provided itself, although with significant differences, with internal rules of parity democracy, the intervention must be projected on the trade union activity carried out in the company, promoting, in particular, the appointment of union delegates. In the field of unitary representation, the temporary articulation of measures with an immediate impact is advocated: positive actions aimed at guaranteeing women's access to candidacies and representative positions.

Keywords: Equality between men and women; parity democracy; balanced composition; trade union freedom; union elections.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

En el ámbito de las relaciones laborales, la intervención en pro de la igualdad entre hombres y mujeres ha sido, en el marco europeo y también interno, especialmente intensa. Con todo, la ordenación de los canales de representación de las personas trabajadoras ha permanecido prácticamente inmune a dicho proceso, sin embargo, por naturaleza, transversal. Ni los órganos de representación, ni los procesos de elección, ni las prerrogativas y garantías de que gozan los representantes han sido objeto de una revisión en clave de género. Tan solo las competencias de los miembros de los comités de empresa y, correlativamente, de los delegados de personal, se han visto afectadas, si bien muy tardíamente. Solo la LOIMH¹, en efecto, pone fin

¹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por la que, como es sabido, se procede a la transposición de la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, 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. Hoy por hoy, tales normas se hallan refundidas, junto a otras también dirigidas a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo del Consejo, de 5 de julio de 2006.

a la clamorosa ausencia de atribuciones legales expresas relativas a los derechos de igualdad y no discriminación de sus representados. Lo que, dicho sea de paso, determinó que los representantes no fuesen, hasta entonces, del todo conscientes de su cometido en defensa de los principios de igualdad y no discriminación. Y ello pese a la perspectiva de género que, obviamente, ya imbuía sus funciones tradicionales e incluso al papel, vertebrador del Estado Social y Democrático de Derecho, otorgado, *ex art. 7 CE*, a las organizaciones sindicales². De modo que solo con la LO 3/2007 se revierte la situación, mediante el reconocimiento a los representantes electos de nuevas competencias: así, en esencia, de información (art. 64.3 ET) –por lo demás, hoy por hoy, reforzada en singulares materias como la retributiva (art. 28.2 ET)–, vigilancia (art. 64.7.a) 3º ET) y colaboración (art. 64.7.d) ET), a su vez objeto de posteriores reformas –la más reciente por RD-ley 6/2019, de 1 de marzo–. Pero, más allá de ello, ninguna regla se detiene en otras destacadas cuestiones. Así, en la composición, por sexos, de los órganos de representación de las personas trabajadoras. De modo que nin-

² Así se destacó, con ocasión de la aprobación de la Ley 3/2007: CABEZA PEREIRO J. "Los planes de igualdad y la negociación colectiva", en AA.VV. ELÓSEGUI ITXASO, M. (Dir^a). *Políticas de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 154.

guna norma exige, hoy por hoy, una presencia mínima –y máxima– de mujeres y hombres, ni menos aún una composición paritaria de aquéllos. Al respecto, las normas legales son formalmente neutras, lo que redundará en una extrapolación a la instancias representativas del reparto tradicional de roles y, por consiguiente, en una acusada masculinización de representaciones unitarias y sindicales. Es muy probable, incluso, que un análisis desde una óptica de género de los procesos de elección y designación de aquéllas revele, habida cuenta la indiferenciación referida, discriminaciones, señaladamente indirectas, por razón de sexo.

Resulta reveladora, en línea con lo apuntado, la escasísima información disponible. En términos generales, particularmente en el ámbito estatal, ni las Administraciones con competencias en el ámbito laboral³, ni las específicamente dedicadas a la promoción de políticas de género –y, por consiguiente al previo desarrollo de los preceptivos diagnósticos⁴, ni tampoco aquellas a las que compete la recogida y análisis de toda suerte de datos estadísticos⁵ publican, hoy por hoy, datos, desglosados por sexos, relativos a las representaciones legales y sindicales. Lo que, por otro lado, deriva en una también muy residual atención por or-

ganismos consultivos⁶ y doctrina científica –lo que por cierto contrasta, como se desarrollará más adelante, con una posición más proactiva del sindicalismo más representativo, si bien dirigida, en clave interna, a la articulación de fórmulas que alienten una composición equilibrada de sus órganos de gestión y dirección–. En el marco autonómico, sí se hallaron, tras una exhaustiva búsqueda, algunos datos, por cierto reveladores. Así, en Galicia, el porcentaje de representantes unitarias alcanzó, en 2021, el 36,99% del total de los elegidos⁷. Tasa que, en Andalucía, se elevó al 43,76% –si bien es llamativo que, en dicha Comunidad Autónoma, en la misma anualidad, el porcentaje de delegadas sindicales, en cambio, fuese tan solo del 29%⁸–.

De modo que puede, aunque desde la prudencia, presumirse cierto estado de la cuestión. Sin perjuicio de las singularidades de algunos sectores o empresas –fuertemente feminizados, dada la muy marcada división sexual del trabajo–, cabe aventurar una postergación generalizada de las trabajadoras en el acceso a las funciones de representación, tanto unitaria como sindical. Y ello como consecuencia de varios factores por todos muy conocidos: por un lado, la tardía incorporación de las mujeres al mercado laboral, fruto de su tradicional dedicación a las tareas de cuidado de familia y hogar y, por otro lado, también en virtud de esto último, la asunción por aquéllas, ya activas, de la denominada “doble jornada”. Las trabajadoras, pues, a falta de un reparto

³ Es clamorosa la ausencia de referencia alguna en informes recientes, señaladamente del Ministerio de Trabajo y Economía Social: así, entre otros, en el Informe “La situación de la mujer en el mercado de trabajo en 2021”, disponible en:

https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/situacion-mujeres/Mujeres-y-Mercado-de-Trabajo-2021.pdf

⁴ Es el caso del Instituto de las Mujeres, cuyos datos estadísticos –“Mujeres en Cifras”– apenas recogen –en el epígrafe “Poder y toma de decisiones –Partidos políticos y Sindicatos”– datos, de 2012 hacia atrás, de afiliación y de participación de las trabajadoras en las directivas de tres organizaciones sindicales: <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/PoderDecisiones/PartidosPoliticosSindicatos.htm>

⁵ Así ninguna referencia incluye el informe, elaborado por el INE, “Mujeres y hombres en España”: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&cid=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&tp=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&tparam1=PYSDetalleGratuitas&tparam2=1259925558048&tparam4=Mostrar

⁶ Muestra de ello es el Informe del CES “Mujeres, trabajos y cuidados: propuestas y perspectivas de futuro” (2022), disponible en <https://www.ces.es/documents/10180/5282746/Inf0122.pdf>

⁷ Datos extraídos del Informe 2021 sobre a situación sociolaboral de Galicia, elaborado por el Consello Galego de Relacións Laborais –p. 450–, según el cual, por otro lado, en el período 2018–2021, la presencia media de mujeres fue del 32,41% –p. 443–. El Informe puede consultarse en <https://www.cgri.gal/informe-sociolaboral-2021/>

⁸ Según datos proporcionados por la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo de la Junta de Andalucía, disponibles en https://www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/badea/operaciones/consulta/anual/5924?CodOper=b3_772&codConsulta=5924

equilibrado de las obligaciones de crianza, domésticas y de atención a dependientes –aún en proceso, por tanto, la efectiva corresponsabilidad entre sexos– a menudo carecen de disponibilidad –o al menos enfrentan mayores dificultades de conciliación que los varones– a efectos de asunción de otras responsabilidades no estrictamente laborales, señaladamente de representación.

Y debe referirse, así mismo, el impacto de la segmentación por sexos del mercado de trabajo, determinante de la concentración del trabajo femenino en ámbitos, habida cuenta la vigente configuración legal de la unidad electoral, poco propicios al desarrollo de elecciones sindicales. Es el caso del sector servicios, marcado por una atomización de los centros de trabajo, que, a menudo, ni siquiera alcanzan los seis trabajadores exigidos, *ex art. 62 ET*, a efectos de elección, voluntaria o no preceptiva, de un representante unitario. Incluso es frecuente, en las actividades feminizadas, el recurso a estrategias de externalización –contratas y subcontratas o concesiones administrativas–, así mismo, determinantes de una fragmentación y dispersión de las plantillas en múltiples localizaciones, a su vez, en no pocas ocasiones estimadas centros de trabajo a efectos electorales⁹. Razonamiento que puede, más si cabe, extrapolarse al elenco de requisitos exigidos, *ex art. 10 LOLS*, a efectos de designación de delegados sindicales. Por lo que la obsolescencia del vigente marco de representación unitaria y sindical –singularmente, la configuración del centro de trabajo como circunscripción electoral única o la elección de “delegados LOLS” en unidades de 250 trabajadores al menos–, con un impacto evidente sobre el conjunto de los trabajadores y también sobre las organizaciones sindicales, resulta especialmente incisiva en el caso de las trabajadoras. La infrarepresentación de las personas

trabajadoras, objeto de reiterada denuncia en la última década¹⁰, probablemente, pues, presente un destacado grado de feminización.

Incluso genera efectos perversos la contratación, acusada en el caso de las mujeres, al amparo de modalidades contractuales atípicas –señaladamente, de duración determinada y a tiempo parcial– o en virtud de contratos fijos pero discontinuos, que, al implicar una menor vinculación, en términos temporales, a la empresa y al entorno laboral, desincentivan la participación de las trabajadoras en los procesos electorales o de designación de delegados sindicales. Consecuencia que también cabe anudar al desarrollo del trabajo a distancia –en su caso, en la modalidad de teletrabajo–, con frecuencia, por cierto, fruto de la necesidad de conciliación –por disponerlo así el art. 34.8 ET y también por el ya referido reparto de roles¹¹–. Lo que, de nuevo, se traduce en una feminización del colectivo de trabajadores a distancia, cuyos derechos colectivos, si bien reconocidos legalmente, presentan evidentes dificultades de orden práctico¹². Y deben referirse también, a modo de fenómenos más generales así mismo determinantes de distorsiones en materia de representación, el impacto de las nuevas tecnologías¹³ o la propagación del trabajo autónomo, de nuevo,

¹⁰ BAYLOS GRAU, A. “Un nuevo modelo democrático de relaciones laborales”. *Revista de Derecho Social*. N. 70 (2015), p. 26; AA.VV. *Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del Grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales* (FIDE: Fundación para la investigación sobre el Derecho y la Empresa). *Derecho de las Relaciones Laborales*. N. 11 (2016), p. 1069.

¹¹ Sobre el particular, *vid.* FERNÁNDEZ PROL, F., “Teletrabajo en clave de género: ¿herramienta de corresponsabilidad o foco de segregación”, en AA.VV. *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, p. 575 y siguientes, así como “Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género”. *Revista de Derecho Social*. N. 89 (2019), p. 108 y siguientes.

¹² Art. 19 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, cuyo apartado 3, sin embargo, solo refiere el derecho de sufragio activo, y no pasivo.

¹³ Que habrían de considerarse, por otro lado, también a efectos de desarrollo mismo del proceso electoral. Sobre esta cuestión, recientemente, GALLEGO MONTALBÁN, J., “La necesaria

⁹ *Vid.*, sobre esta cuestión, ROMERO RODENAS, M. J. “El centro de trabajo como circunscripción electoral. Centro de trabajo y lugar de trabajo”, en AA.VV. ROMERO RODENAS, M. J. (Coord^a). *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*. Albacete: Bormarzo, 2006, p. 87 y siguientes.

particularmente en actividades –servicios o comercio– con gran presencia de trabajadoras.

A todo ello deben sumarse, por otro lado, obstáculos, de índole cultural o social, o estereotipos, determinantes de una mayor reticencia de las mujeres al desempeño de funciones representativas que se desarrollan extramuros del ámbito privado en que se hallaron tradicionalmente confinadas. Lo que implica que la menor presencia de las mujeres en el estamento representativo de las personas trabajadoras no siempre guarde estricta relación con la composición por sexos de la correspondiente unidad electoral. Esto es, si bien una mayor presencia de trabajadores varones en un ámbito determinado trasciende a los correspondientes órganos de representación, una feminización de la plantilla, en cambio, probablemente no conduzca, al menos de modo tan directo, a igual resultado, accediendo los trabajadores varones, también en dicho contexto en que su presencia es minoritaria, a los cargos de representantes unitarios y sindicales.

En clave dinámica, finalmente, la tendencia es, con toda probabilidad, de signo positivo, habida cuenta la paulatina remoción de las múltiples dificultades más arriba indicadas. Con todo, la articulación de medidas de impulso a la participación femenina no resulta por ello accesoria. Ha de convenirse, por el contrario, al margen consideraciones estrictamente jurídicas –más adelante objeto de desarrollo–, su conveniencia y utilidad para la reversión del desequilibrio –y, por ende, desigualdad– señalado¹⁴.

Sin duda, la intervención debe ser transversal. El modelo mismo de representación, así como los procesos de elección y designación

adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital y telemático". *Revista de Derecho Social*. N. 99 (2022), p. 70.

¹⁴ Conveniencia e utilidad similares, de algún modo, a las ya predicadas respecto de las cuotas electorales. Sobre esta cuestión, *vid.* RUIZ MIGUEL, A. "En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres", en AA.VV. ELÓSEGUI ITXASO, M. (Dir.). *Políticas de género...*, *op. cit.*, p. 348 y siguientes.

de los representantes deben ser objeto de revisión desde una óptica de género –incluso sería conveniente una reflexión más amplia aún, en clave de adaptación del sistema a la nueva fisonomía de las relaciones laborales–. Con todo, el propósito del estudio es, en términos cuantitativos al menos, más modesto. Solo se detiene, en particular, en la participación de las trabajadoras en los órganos de representación sindical y unitaria. Así, es objeto de análisis la participación femenina en el gobierno y gestión de las organizaciones sindicales y, así mismo, ya en la empresa, en los procesos de designación de delegados sindicales y de elección de delegados de personal y comités de empresa. Tras una justificación teórica de la intervención –al amparo, en esencia, del concepto de democracia paritaria–, se proponen reformas concretas dirigidas a garantizar, en ambas representaciones, una presencia mínima de trabajadoras.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. El sustrato doctrinal de la democracia paritaria en el contexto de la legislación interna

La LO 3/2007 generó el principio de presencia o composición equilibrada entre mujeres y hombres en la participación política, pero omitió hacerlo en otros ámbitos como es, por lo que aquí importa, el de las representaciones unitarias o sindicales de las personas trabajadoras¹⁵. Ese principio, explicitado en el

¹⁵ Así se justificó en la Exposición de Motivos: "De la preocupación por el alcance de la igualdad efectiva en nuestra sociedad no podía quedar fuera el ámbito de la participación política, tanto en su nivel estatal como en los niveles autonómico y local, así como en su proyección de política internacional de cooperación para el desarrollo. El llamado en la Ley principio de presencia o composición equilibrada, con el que se trata de asegurar una representación suficientemente significativa de ambos sexos en órganos y cargos de responsabilidad, se lleva así también a la normativa reguladora del régimen electoral general, optando por una fórmula con la flexibilidad adecuada para conciliar las exigencias derivadas de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución con las propias del derecho de sufragio pasivo

art. 14.⁴¹⁶ como criterio general de actuación de los Poderes Públicos en cuanto a las candidaturas electorales, y luego regulado en cuanto a los nombramientos y procesos selectivos, en ocasiones con carácter puramente admonitorio¹⁷ o como deber de promoción¹⁸, y en otras como deberes perfectos legalmente exigibles¹⁹,

vo incluido en el artículo 23 del mismo texto constitucional. Se asumen así los recientes textos internacionales en la materia y se avanza en el camino de garantizar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito de la representación política, con el objetivo fundamental de mejorar la calidad de esa representación y con ella de nuestra propia democracia".

¹⁶ "La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones". Este principio luego se especifica, para ámbitos concretos diferentes de los electorales, en algún otro precepto. Por ejemplo, en el art. 24.2 d), en cuanto a la política de educación, o 26.2 d), en el ámbito de la creación y producción artística e intelectual, o 37.2 e), en cuanto a la política de salud.

¹⁷ Art. 16.1. "Nombramientos realizados por los Poderes Públicos. Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan". Igualmente, en cuanto a los nombramientos de las personas titulares de órganos directivos, art. 52: "Titulares de órganos directivos. El Gobierno atenderá al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en el nombramiento de las personas titulares de los órganos directivos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, considerados en su conjunto, cuya designación le corresponda".

¹⁸ En cuanto a los órganos de selección y valoración de personal (art. 51 d).

¹⁹ En cuanto a los órganos de selección y valoración del personal en la Administración General del Estado, en el art. 53: "Órganos de selección y comisiones de valoración: "todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos". Por su parte, en cuanto a los órganos de evaluación de las Fuerzas Armadas, art. 108.2 de la Ley 17/1999, de 18 mayo, del régimen del personal de las Fuerzas Armadas, modificado por la disposición adicional vigésima de la LO 3/2007. Y, de la Guardia Civil, art. 56.2 de la Ley 42/1990, de 25 noviembre, del régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, modificado por la disposición adicional vigésimo cuarta de la LO 3/2007. Igualmente, en cuanto a la designación de representantes de la Administración General del Estado, en

alcanzó, aunque sin imperatividad alguna, el ámbito de los consejos de administración de las sociedades mercantiles²⁰. Se definió, a los efectos de la propia ley, en la disposición adicional primera, como "la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento"²¹ y propició una muy importante modificación en la LO 5/1985, de 19 junio, del régimen electoral general (LOREG), que incorporó su conocido art. 44 bis, el cual propició la STC 12/2008, de 29 enero, a la que se hará referencia más adelante.

El ámbito representativo y sindical quedó, así pues, al margen de la composición equilibrada. No hay ninguna obligación legal de establecer cuota alguna en el contexto de las instituciones de participación, de representación y de ejercicio de la actividad sindical en

el art. 54: "la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella designarán a sus representantes en órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Asimismo, la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella observarán el principio de presencia equilibrada en los nombramientos que le corresponda efectuar en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe". Como corolario de estos preceptos, y en el ámbito del Poder Judicial, la disposición adicional tercera introdujo un nuevo art. 136 bis en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, que regula la composición de su comisión de igualdad de acuerdo con el principio de composición equilibrada.

²⁰ "Art. 75: Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles. Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley. Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley".

²¹ Acompañada de la disposición transitoria primera de la propia LO 3/2007, sobre régimen transitorio de los nombramientos: "Las normas sobre composición y representación equilibrada contenidas en la presente Ley serán de aplicación a los nombramientos que se produzcan con posterioridad a su entrada en vigor, sin afectar a los ya realizados".

la empresa y fuera de ella. Ahora bien, parece razonable pensar que sí debiera haberla, por un sustrato doctrinal, político y programático que invita a hacerlo, aunque sea bastantes años más tarde de que la LO 3/2007 diera los primeros pasos en esta línea.

En efecto, los roles sociales y la distribución de tareas entre hombres y mujeres configuran un tópico de debate constante en el contexto de las democracias europeas. Asuntos aparentemente tan desconectados entre sí como una política de cuotas electorales, la corresponsabilidad como enfoque necesario de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral o la no discriminación entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios forman parte de ese mismo debate, que discute los convencionalismos tradicionales que han relegado a la mujer al área doméstica y a las tareas de crianza y cuidado de la familia en detrimento de su mayor presencia social y pública. En términos estructurales, la combinación de reglas formales y normas sociales informales ha producido la exclusión de las mujeres de los ámbitos de gobierno, participación y toma de decisiones.

En la esfera constitucional, el discurso de la participación política y de la democracia paritaria guarda una relación evidente con el mandato de igualdad material o, en términos frecuentemente utilizados por el constitucionalismo comparado, con la igualdad sustantiva.

Se trata, pues, de permitir que hombres y mujeres participen en pie de igualdad en todas las esferas de la ciudadanía. En realidad, la relegación femenina en el ámbito doméstico es una situación característica de las sociedades preindustriales²². Ha habido, en este sentido, dos movimientos fundamentales que la han paliado, aunque solo en parte. De un lado, la extensión del sufragio femenino a partir

de principios del siglo XX. De otro, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, que abre un progresivo camino de “desconfinamiento” de la mujer. La garantía, desde una perspectiva formal, de iguales derechos en este escenario a mujeres y hombres no fue, sin embargo, suficiente, porque no alteró el problema subyacente de la situación desigualitaria en los ámbitos privados familiares. Es decir, el sufragio y el empleo confirieron derechos políticos y sociales, pero no necesariamente eso superó la situación de desigualdad predominante en las esferas más privadas de la vida.

Aunque debe reconocerse que la participación de la mujer en el empleo y la obtención de un salario para su subsistencia trasciende en su importancia de la esfera económica. La exclusión y marginalización social producen la privación de otros bienes no materiales derivados del pleno disfrute de la condición de ciudadanía. En consecuencia, el trabajo formal provee de un estatus que, si no de pleno disfrute de los derechos políticos, sí es de participación en la vida social. Ahora bien, persisten múltiples desigualdades. No por casualidad, la situación femenina en el empleo se asocia desproporcionadamente a la precariedad, en sus distintas manifestaciones, en particular al trabajo a tiempo parcial y, en menor medida, de duración determinada. Desde otra perspectiva, todo el análisis acerca de la discriminación directa e indirecta en el empleo y en la ocupación no ha servido para cuestionar las reglas sociales informales y, en particular, las que les atribuyen a las mujeres el trabajo doméstico.

Incluso la pugna del Derecho entre sus concepciones más clásicas procedentes de dogmas liberales y otras más proclives a la igualdad material se manifiesta de forma muy violenta en el escenario de la presencia y desarrollo profesional de la mujer en el empleo. La igualdad material debela con mejores argumentos las concepciones pretéritas, que todavía se manifiestan en no pocas sentencias muy refractarias a la discriminación positiva o a cualquier política de cuotas. En realidad,

²² Sobre este tema, FERNÁNDEZ GALIÑO, M. D. y LOUSADA AROCHENA, J. F. “Prejuicios de género en las relaciones laborales”. *Derecho Social y de Empresa*. N. 16 (2022).

son técnicas necesarias en un debate más general sobre la calidad y la perfección de las democracias liberales. En este sentido, la política de cuotas ha nacido muy vinculada al objetivo del empoderamiento de las mujeres. Pero, más allá de las cuotas, el reto es transitar desde las acciones “afirmativas” a las acciones “transformativas”²³.

La igualdad de género es, en este sentido, una necesidad democrática, que debe aglutinar las esferas públicas y las privadas. Por este motivo, la participación equilibrada de mujeres y hombres en las decisiones políticas y públicas se ha convertido en un tópico de mucha trascendencia en el seno de las sociedades europeas. Se trata de dismantlar la jerarquía entre ambos sexos y expandir el ámbito de la democracia paritaria para que alcance todas las esferas del libre desarrollo de la personalidad. Orientadas en este objetivo, las sociedades europeas contemplan con creciente hostilidad y como una anomalía democrática los órganos de gobierno esencialmente compuestos por hombres, del mismo modo que los órganos corporativos de las sociedades mercantiles masculinizados en unos porcentajes desproporcionados.

La democracia paritaria se expresa, así pues, como una determinada forma de organización socio-sexual en la cual hombres y mujeres ostentan iguales derechos e igual status político, están equitativamente representados y participan de forma equilibrada en estructuras políticas y de gestión. Se trata de producir esa paridad, o ese equilibrio, en todas las esferas de la vida pública y asegurar la participación de unos y otras en los procesos de toma de decisión. Ahora bien, tal vez el propio concepto de democracia paritaria debería ser matizado por otro más sutil y flexible, democracia de género, porque aquél está acaso demasiado

centrado en la proporcionalidad, en tanto que éste pone el acento en la exigencia de garantizar la igualdad en las esferas de la sociedad civil y de la participación pública²⁴.

En realidad, en el debate sobre la esencia de la democracia paritaria y de la composición equilibrada de los órganos deliberativos y decisivos se encuentra el problema de diferenciarla de la acción positiva y de la discriminación positiva. Como expresa el art. 41 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), “la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”. Se busca, como ha expresado el Comité encargado de supervisar ese convenio de Naciones Unidas, acelerar la mejora de las condiciones de la mujer para alcanzar la igualdad material con los hombres mediante cambios estructurales, sociales y culturales necesarios para superar formas de discriminación pasadas y presentes²⁵.

Ahora bien, el problema reside en diferenciar entre las medidas necesariamente temporales que configuran el campo de juego de la discriminación positiva de las estructurales y con vocación de indefinición en el tiempo que responden más bien a una democracia paritaria o de género. Y no solo en consolidar los perfiles entre unas y otras, sino también en argumentar que las segundas tengan que ser permanentes. Sobre la primera cuestión, basta con decir que la participación equilibrada

²³ Sobre estos conceptos, RUBIO MARTÍN, R. “A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and Why it Won't Fly in the United States”. *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 60 (2012), p. 116. Parte de las reflexiones se han extraído de este estudio.

²⁴ En cuanto a estas definiciones y matices, HRYTSAY, I. O. “Concept and Interaction of Gender Democracy and Parity Democracy: Theoretical and Legal Aspects”. *The Journal of Eastern European Law*. N. 41 (2017), p. 32 y siguientes.

²⁵ Véanse, en este sentido, los comentarios de O'BRIEN, J. “Affirmative Action, Special Measures and the Sex Discrimination Act”. *UNSW Law Journal*. Vol. 27(3) (2004), p. 844.

de hombres y mujeres en todas las esferas de la vida pública constituye una exigencia de calidad democrática que debe preservarse en el tiempo. No se trata de apurar las condiciones materiales para que se genere una situación más igualitaria entre mujeres y hombres, sino de asegurar la plena integración masculina y femenina en la vida pública.

Más dificultoso es el segundo reto, no porque plantee problemas intrínsecos insalvables, sino porque la discriminación por razón de sexo entra en concurrencia tal vez conflictiva con otras que también pugnan por hacerse su propio espacio y requieren asimismo su consideración para la mayor diversidad en la toma de decisiones. Del mismo modo que la relegación de la mujer ha exigido una respuesta en términos de democracia de género, habría que tomar en consideración otros grupos o colectivos victimizados, en términos, vg., de discapacidad, de edad, de etnia o raza, de religión o convicciones, o de orientación o identidad sexual o de género, por hacer referencia a algunas de las causas que hoy en día se contienen en la Ley 15/2022, de 12 julio. Y, por supuesto, considerar también las situaciones particulares producidas por la discriminación múltiple e interseccional.

Indudablemente, el perfeccionamiento del sistema democrático exigiría reclamar para todos ellos medidas de ajuste del modelo que los integraran en los diversos mecanismos de participación civil y pública y que los tuvieran en cuenta para la tutela de sus intereses respectivos. En este sentido, se ha expresado que la democracia paritaria puede asumir una fisonomía diversa, a la vista de los diversos ámbitos en los que ha de aplicarse, cada uno con sus propias reglas y su propia idiosincrasia. De este modo, se califica como un concepto en permanente construcción: no hay modelos válidos en abstracto, sino que deben ser contextualizados en un modelo político, jurídico, social y cultural²⁶.

²⁶ CASADEI, T. "Donne, democrazia e rappresentanza. Non una semplice questione di quota (né tanto meno rossa)". Cos-

Ahora bien, este reconocimiento no desdice que los estereotipos de género han servido ontológicamente para configurar un concepto sexuado de orden público, modulado a imagen de los hombres, que exige un mecanismo permanente de contrapeso al servicio de una mayor ambivalencia en las diferentes esferas de participación ciudadana. Los hombres han detentado desproporcionadamente el poder y han diseñado las reglas por las que se rigen las sociedades. Es, pues, incontestable, la exigencia de nivelación de la otra mitad de la sociedad. Pero, obviamente, habrá que ensayar mecanismos más flexibles de paridad para que los colectivos victimizados por otras formas de discriminación –probablemente, no todas, pero sí algunas de las más significativas, como la edad, la discapacidad, la orientación e identidad sexual o de género, o la raza o etnia– se integren asimismo en los diferentes campos de la gobernanza²⁷.

2.2. Su necesaria trasposición al ámbito de los derechos de participación y libertad sindical

Va de suyo que los derechos de representación y de acción sindical en la empresa configuran campos de participación en los que todos los motivos esgrimidos plantean la exigibilidad de que a ambos se extiendan las normas de democracia participativa o de democracia de género, aunque no con una técnica idéntica a la de la participación política. En realidad, algunos de los argumentos de la STC 12/2008 apuntan en ese sentido²⁸. Por supuesto, su amparo en el art. 9.2 de la CE y en

mopolis, Rivista di Filosofia e Teoria Politica. Vol. XVIII. N. 2 (2021).

²⁷ Enunciando algunas de estas reflexiones, RUBIO MARTÍN, R. "En defensa de la paridad como forma de entender la democracia, con vocación de permanencia: En respuesta a Micaela Alterio". *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 19(4) (2021), p. 1445 y siguientes.

²⁸ Con un espectro más amplio, STC 13/2009, de 19 enero. Sobre ambas, REY MARTÍNEZ, F. "Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español". *Revista Derecho del Estado*. N. 25 (2010), p. 5 y siguientes.

la garantía de la igualdad material. También, su consideración como fórmula de equilibrio entre los sexos, y no como medida de discriminación inversa o compensatoria²⁹. O que no afecta al derecho de sufragio pasivo, pues no se tiene que regular como causa de ineligibilidad, sino como medida destinada a las entidades y grupos de personas que promueven candidaturas. O que la composición equilibrada no se configura como una exigencia legal única, sino que se une a otras que, en definitiva, condicionan la confección de las candidaturas, ya sean individuales, mancomunadas o colectivas. Igualmente, que no existe un derecho incondicionado a formar candidaturas, sino solo a hacerlo en los términos y condiciones fijadas por la ley, del mismo modo que las personas individuales no ostentan un derecho subjetivo a ser presentadas como candidatas por las entidades, colectividades o grupos de personas con capacidad de presentar candidaturas.

El mundo representativo y sindical configura, en resumen, un ámbito en el que debe desarrollarse también la democracia participativa, ya sea bajo el paraguas del principio de composición equilibrada, ya sea a través de una técnica más o menos próxima. Su regulación, por otra parte, encaja en el III Plan de Acción de Género de la UE GAP³⁰. Uno de sus cinco pilares apela al avance de las mujeres y de las niñas en participación y liderazgo. Pero, sobre todo, otro alude al establecimiento de liderazgos con responsabilidad de género y con equilibrio entre mujeres y hombres al más alto nivel político y de gestión. En desarrollo de ambos, se insiste en que es necesaria la plena participación de las mujeres para alcanzar una democracia y una economía plenamente funcionales en el contexto de unas instituciones democráticas reforzadas. Por desgracia,

las mujeres están infra-representadas en Europa como votantes, líderes políticos, cargos electos o mediadores, entre otras responsabilidades. Del mismo modo, los cambios hacia su mayor participación en los organismos de adopción de decisiones son lentos. Como respuesta, la Unión Europea debe contribuir a incrementar el nivel de participación, representación y liderazgo femenino en la política, el gobierno y los procesos electorales de todos los ámbitos, a través de programas de incremento de la democracia y buen gobierno y de reformas públicas. Más allá de estas consideraciones genéricas, el documento enfatiza el liderazgo que debe tener la UE en esta materia y el ejemplo que debe dar en su funcionamiento interno, en su agenda política y en su capacidad de influencia exterior. Lo cual debe actuar como motor de cambio que se proyecte también en los Estados Miembros y no solo en su acción exterior, por más que este último sea el propósito prioritario del documento. En definitiva, expandir la participación femenina debe ser un proceso paralelo con el de densificarla hacia dentro.

3. REPRESENTACIÓN SINDICAL Y PARIDAD

Las organizaciones sindicales tienen la misión fundamental de dar voz a la clase trabajadora. La pregunta inquietante consiste en contrastar a qué concretos “trabajadores” dan voz, y en constatar si existen, y en qué medida, sesgos de género. Tal vez, aunque de forma involuntaria, promuevan una división patriarcal del trabajo, aunque es probable que esa tendencia esté en trance de superación. Cuando menos, es una afirmación reiterada por la doctrina académica que los sindicatos infra-representan sistemáticamente los intereses de las trabajadoras y fomentan políticas discriminatorias³¹.

²⁹ Aunque el sesgo bidireccional que apunta la sentencia para las elecciones políticas tal vez deba ser matizado en el caso de las sindicales. Al respecto, *vide infra*.

³⁰ Comunicación conjunta de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo III Plan de acción de género de la UE (GAP). Una agenda ambiciosa para la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres en la acción exterior de la UE (Bruselas, 25 noviembre 2020) JOIN(2020) 17 final.

³¹ LURIE, L. “Do unions promote gender equality?”. *Duke Journal of Gender and Policy*, vol. 22 (2014), p. 89 y siguientes.

Ha sido una realidad estructural la más reducida tasa de afiliación sindical entre las mujeres que entre los hombres, aunque la diferencia se va recortando³². Pero más aun que, una vez sindicalizadas³³, ellas han accedido en mucho menor porcentaje a los cargos organizativos y a las mesas de negociación³⁴. De modo que, en términos generales, sus intereses han sido insuficientemente considerados en las relaciones colectivas de trabajo³⁵. Como se ha expresado, han condicionado en escasa medida las agendas y las prioridades de las organizaciones sindicales³⁶.

Como es evidente, la intervención activa de las mujeres entre los cargos sindicales, los negociadores y, en general, allí donde se adoptan decisiones resulta imprescindible. Tiene una relación directa con el ejercicio del poder en esas organizaciones y con la capacidad de estas de promover la igualdad a través de sus diversas formas de acción dentro y fuera de la empresa. Aunque, por supuesto, no garantiza

esa promoción, e incluso puede producirse una complicidad con el poder masculino, es necesaria para que las preocupaciones de las trabajadoras alcancen el debate público.

Esa escasa presencia del género femenino en la dirección de los sindicatos ha sido, claramente, un denominador común a nivel global³⁷ y, como es obvio, ha generado un déficit democrático³⁸, difícil de justificar. Se ha sugerido que, con los patrones sociales dominantes, a las mujeres les exigiría en su labor representativa una “triple jornada”, que disuade de asumir cargos en los entornos sindicales y que genera un estereotipo femenino poco involucrado en la actividad sindical. También se han buscado explicaciones basadas en la posición más precaria en el empleo que afecta a las trabajadoras, sobre-representadas en el trabajo atípico³⁹.

Con todo, se ha puesto de manifiesto que el establecimiento de políticas que tiendan a superar la brecha en la posición representativa de hombres y mujeres no ha sido suficiente en sí mismo para que prevalezca una agenda sindical más neutra en términos de género⁴⁰.

La posición de la Confederación Europea de Sindicatos ha expresado con claridad su implicación en que exista equilibrio de género en los órganos decisorios de las organizaciones sindicales⁴¹. Si que se ha expandido una práctica de establecer, en los distintos niveles de la estructura de gobierno de las organizaciones sindicales, órganos y direcciones dedicadas a la promoción de la igualdad entre hombre y mujeres⁴².

³² Según la CES (<https://www.etuc.org/en/issue/gender-equality>) el 45 por 100 de las personas afiliadas a organizaciones sindicales son mujeres.

³³ Incluso en sistemas en los que la tasa de afiliación es casi paritaria, la mayoría de los representantes sindicales son hombres (LURIE, L., *op. cit.*, p. 94).

³⁴ Como expresa la Comisión Europea, entre los sistemas de relaciones laborales de los Estados Miembros hay una tendencia hacia el incremento de mujeres afiliadas, pero, en todo caso, permanecen infra-representadas en las posiciones de liderazgo (*Strengthening social dialogue in the European Union: harnessing its full potential for managing fair transitions*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Bruselas, 25 enero 2023, COM(2023) 40 final).

³⁵ Sobre el particular, en la experiencia de USA, FISCHBACH, D. F. "Union liability for sex discrimination". *The Hasting Law Journal*. N. 23 (1971), p. 295 y siguientes. Corolario de lo cual ha sido la demanda de una mayor participación de mujeres en las mesas de negociación y un incremento de la presencia femenina en los cargos sindicales. En este sentido, STIEGLER, B. "Gender-appropriate trade union activities-The example of bargaining policy", en AA.VV., *Gender in trade union work: experiences and challenges*, Friedrich Ebert Stiftung, <https://library.fes.de/fulltext/iez/01107005.htm>, p. 40.

³⁶ DICKENS, L., "Collective bargaining and the promotion of gender equality at work: opportunities and challenges for trade unions". *Transfer*. N. 2 (2000), pp. 202 y 203.

³⁷ En cuanto a la realidad argentina, y la normativa sobre cuotas que trató de enfrentarla, GÓMEZ, V. M. "Desigualdad laboral y falta de poder político, sindical y empresarial: ¿Cómo salir de este círculo de discriminación?" *Descentrada*. Revista interdisciplinaria de feminismos y género. Vol. 6. N. 1 (2022).

³⁸ DICKENS, L., *op. cit.*, p. 203.

³⁹ Estas explicaciones en LURIE, L., *op. cit.*, p. 95.

⁴⁰ LURIE, L., *op. cit.*, p. 95.

⁴¹ *Gender equality*, en <https://www.etuc.org/en/issue/gender-equality>

⁴² Datos al respecto, vg., en TAVOR, I. *Trade unions and gender equality in the workplace: Case-based evidence from the UK*. University of Bristol, 2012, p. 3 y siguientes.

En todo caso, como ha expresado la doctrina, se trata de “ampliar la mirada” y llevar la democracia paritaria, con una conformación dúctil, también al ámbito de las organizaciones sindicales y de la acción sindical en la empresa⁴³.

3.1. La participación femenina en los órganos sindicales

Algún plan de igualdad establece compromisos más o menos concretos de que exista una presencia equilibrada de hombres y mujeres en los sindicatos o de que se produzca ese equilibrio en las candidaturas electorales⁴⁴, o en la comisión negociadora y de aplicación y vigilancia de los propios planes⁴⁵. Otros, con carácter más genérico, se limitan a garantizar el principio de igualdad de trato en la participación en las organizaciones sindicales⁴⁶. Pero, al margen de estas muy aisladas referencias, la negociación colectiva no ha hecho absolutamente nada en la búsqueda de la democracia sindical paritaria. Parece que se justifica, así

⁴³ CASADEI, T., *Donne, democrazia...op. cit.*

⁴⁴ *Vg.*, I Plan de Igualdad del personal al servicio del Ayuntamiento de Vigo (BO de Pontevedra de 30 septiembre 2021) o II Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres del Consorcio Hospitalario de Castellón (2022-2025) (BO de la provincia de Castellón). Añade este plan que, en caso de no ser posible, habrá que emitir un informe para justificarlo.

⁴⁵ Art. 2 del acuerdo derivado del convenio colectivo autonómico de enseñanza y formación no reglada de Catalunya (DOGC de 4 mayo 2021). También, arts. 72 y 76 del convenio colectivo de trabajo de preparados alimentarios y productos dietéticos de la Comunidad Autónoma de Catalunya (DOGC de 18 febrero 2022), en cuanto al procedimiento de elaboración del plan de igualdad y a su vigencia y aplicación. Lo mismo en el art. 90 del convenio colectivo de enseñanza privada reglada no concertada de Catalunya (DOGC de 25 enero 2022). Igualmente, disposición adicional quinta del convenio colectivo autonómico de establecimientos sanitarios, hospitalización, consulta y asistencia de Baleares (BOIB de 27 octubre 2022).

⁴⁶ Plan de igualdad de BOFROS, SAU (BOE de 29 marzo 2019) p. 32623. También Plan de Igualdad de Hipermercados Carrefour (BOE de 26 enero 2019) p. 7232, capítulo 13 del Plan de Igualdad de Cementos Cosmos, S.A. (BOE de 12 julio 2018) p. 76193, Plan de Igualdad de Iberia LAE, S.A. Operadora SU (BOE de 25 mayo 2018) p. 54721 y Plan de Igualdad de Urbaser, S.A. (BOE de 1 febrero 2018) p. 12972.

pues, y ante la inacción de las partes sociales, una intervención directa del legislador.

Por su parte, los convenios colectivos apenas apelan a la composición equilibrada cuando regulan comisiones de igualdad⁴⁷. Solo son más exigentes, en alguna ocasión, en relación con la composición de las plantillas y en los órganos de selección para la contratación o para la promoción profesional⁴⁸. Pero únicamente en algún caso muy aislado se predica la composición equilibrada para la comisión paritaria o de seguimiento del convenio⁴⁹.

Algo más ambiciosos son los Estatutos de las organizaciones sindicales más representativas. Los de la Confederación Sindical de CCOO, expresan entre otras ideas en la “Definición de principios” que “CCOO se propone... remover los obstáculos para avanzar en una representación paritaria de hombres y mujeres en todos los niveles y en todos los órganos de dirección del sindicato”.

⁴⁷ Art. 46 del IV acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería (BOE de 21 mayo 2015), art. 57 del IV convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 enero 2022), art. 87 del convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 octubre 2022), art. 43 del convenio colectivo de restauración colectiva (BOE de 14 diciembre 2022), art. 47 del convenio colectivo del sector del comercio del automóvil, motocicletas, bicicletas y sus accesorios de Sevilla (BOS de 10 septiembre 2021), art. 75 del convenio colectivo provincial para la industria siderometalúrgica de A Coruña (BOAC de 3 agosto 2022) y art. 42 del convenio colectivo del sector del comercio del metal de la provincia de Barcelona (BOB de 20 enero 2023).

⁴⁸ *Vg.*, art. 133 del III convenio colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias (BOE de 13 junio 2019) y art. 28 del convenio colectivo para el personal laboral del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional (BOE de 9 diciembre 2013), aunque en ambos casos exigidos por la propia LO 3/2007, de 22 marzo. También, art. 19 del I convenio colectivo del personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas de Canarias (BOC del 26 julio 2012), art. 30 del convenio colectivo de Universidades Públicas de la Región de Murcia (BORM de 5 abril 2016) e II Plan de Igualdad de Oportunidades para empleadas y empleados públicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCLM de 29 octubre 2021).

⁴⁹ *Vg.*, art. 4 del II convenio colectivo para el personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Mazarambroz (BOT de 16 marzo 2021).

Seguidamente, su art. 11.3 regula un sistema de presentación de candidaturas acorde con el principio de democracia paritaria: “3. En la constitución y desarrollo de la CS de CCOO como sindicato igualitario de hombres y mujeres, y para lograr la plena participación, compromiso y responsabilidad en todos los órganos del sindicato y en las delegaciones que corresponda elegir en los congresos y/o asambleas, las candidaturas que se presenten se ajustarán a las reglas siguientes: a) En las organizaciones en las que la afiliación de hombres o mujeres sea inferior al 30% incorporarán como mínimo un número de hombres o mujeres proporcional al mismo número de afiliados y afiliadas en dicha organización incrementado en un 10 %. b) En aquellas organizaciones en las que la afiliación de mujeres sea igual o superior al 30 % e inferior al 50 % guardarán la proporción del 60/40% para cada uno de los géneros. c) En aquellas organizaciones en las que la afiliación de mujeres sea igual o superior al 50 % incorporarán un porcentaje de mujeres no inferior al 50%. d) Las candidaturas deberán respetar las proporciones mencionadas en los dos niveles: titulares y suplentes. e) En los congresos y/o asambleas congresuales del primer nivel, el número de mujeres y hombres que integrarán las candidaturas que se presenten será proporcional a la afiliación de cada sexo en la circunscripción correspondiente, tanto para los órganos como para las delegaciones a las asambleas o congresos superiores. f) Todas las candidaturas se elaborarán garantizando la alternancia entre hombres y mujeres, desde la primera posición hasta donde el número de candidatos y candidatas lo permita, en concordancia con las reglas anteriores”.

Por su parte, los Estatutos confederales de UGT disponen lo siguiente, en relación con sus órganos colectivos, en su art. 3.4: “el conjunto de la Confederación establecerá en sus congresos un sistema de participación en los congresos, comités y comisiones ejecutivas, a todos los niveles, que garantice una presencia de hombres y mujeres en dichos órganos más en consonancia con la realidad afiliativa de

UGT. Esta presencia tenderá a ser proporcional al número de afiliados y afiliadas en cada organización. En todo caso, se garantizará una presencia mínima del cuarenta por ciento para cada sexo en aquellas organizaciones que alcancen o sobrepasen dicho porcentaje y para aquellas que no alcancen el cuarenta por ciento se incrementará el porcentaje del sexo que no lo alcance en un diez por ciento. Esta cuota de género operará obligatoriamente para las uniones de comunidad autónoma (UCAS) y para las federaciones estatales (FFEE). En los ámbitos inferiores, atendiendo a las dificultades afiliativas que pudiesen surgir, se contemplarán las posibilidades de su cumplimiento. En el cálculo resultante de la proporcionalidad, si hubiese un puesto sobrante se atribuirá al mayor resto (afiliadas, afiliados). Asimismo, el conjunto de la Confederación establecerá sistemas de participación en todos los niveles que fomenten la presencia de afiliados y afiliadas menores de 35 años”. Y, en cuanto a la comisión de seguimiento, dispone el art. 58.2 que “tenderá a la paridad en su composición entre hombres y mujeres”.

En cuanto a la CIG, el art. 91 de los Estatutos confederales se expresan en los términos siguientes, en cuanto a los órganos directivos: “para lograr a participación das mulleres en todos os órganos de dirección da CIG, tanto territoriais como federativos, será de carácter obrigatorio a aplicación dos seguintes criterios para a composición das candidaturas: 1º. Naquelas estruturas nas que a afiliación de mulleres sexa igual ou superior ao 30% do total da afiliación, serán válidas aquelas candidaturas que garden a proporción do 60/40% para cada un dos xéneros. 2º. Naquelas estruturas en que a afiliación de mulleres sexa inferior ao 30%, as candidaturas incorporarán como mínimo unha porcentaxe de mulleres igual ao mesmo número de afiliadas á devandita estrutura, incrementada esta porcentaxe nun 10%. As proporcións mencionadas deberán ser respectadas, tanto no tramo das persoas titulares e como no das suplentes. Esta proporción deberá respectarse tamén na orde na que deben figurar os candidatos e candidatas da lista. As porcentaxes de

xénero que aparecen recollidas nos apartados 1º e 2º teñen carácter de mínimos para o caso da representación das mulleres; polo tanto, non poderá invalidarse ningunha candidatura por superar as devanditas porcentaxes”.

No introducen ninguna regra sobre composición equilibrada o democracia paritaria los Estatutos de la Confederación ELA-STV, por más que están redactados con un lenguaje inclusivo, que debe considerarse como muy apropiado. Por su parte, los estatutos de LAB definen en su art. 1 a la organización como un “sindicato feminista” que “hace suyos los valores del feminismo”, entre otros “defender, más allá de la igualdad formal, la paridad real”. En cuanto a las estructuras de gobierno, el art. 7 establece que “siempre se garantizará que, de los 500 integrantes del Congreso, el 40%, por lo menos, sean mujeres” y añade que se garantizará el mismo porcentaje en caso de suplencias. Idéntico porcentaje se garantiza en el propio art. 7 en la asamblea nacional, integrada por 150 personas y en el comité nacional conformado por 39 personas. Más exigentes son los Estatutos en relación con el comité ejecutivo, que deberá ser, de acuerdo también con el art. 7, paritario, con una composición, en principio, de 14 miembros⁵⁰.

Puede expresarse, así pues, que las organizaciones sindicales más representativas han asumido en sus estructuras internas un modelo de democracia sindical compatible con el de democracia paritaria. Si, como se ha expresado, una importante dimensión de la misma consiste en “que consienta el acceso a los procedimientos decisionales a los destinatarios de las

mismas en todos los niveles organizativos”⁵¹, las cuotas para facilitar la participación femenina en los órganos de dirección van de suyo⁵².

Se han introducido, con carácter general, sin necesidad de plantear ninguna reforma del art. 4.2 de la LOLS y normativa concordante. Si el sindicalismo representativo las ha hecho suyas autónomamente, con las insuficiencias que pueden expresarse y con diferentes grados de implicación entre unas y otras organizaciones, no parece necesario entrar en una reforma del bloque de constitucionalidad. Por supuesto que pueden constatarse diferencias entre unos estatutos y otros. Aparentemente, los de CCOO afectan tanto a los órganos colectivos como a las candidaturas a los puestos decisorios. Los de UGT se centran en los órganos colectivos, en tanto que los de la CIG dirigen su atención a los órganos directivos. Sin duda, los de LAB son los más ambiciosos, en particular por lo que respecta a la exigencia de una absoluta paridad del comité ejecutivo, en tanto que para el congreso, la asamblea nacional y el comité nacional optan por un modelo de composición equilibrada con al menos un 40 por 100 de mujeres.

Es evidente que los estatutos de otras organizaciones no optarán por esta dimensión democrática, pero también lo es que la ha asumido el sindicalismo que verdaderamente ha de ser tenido en cuenta, el más representativo a nivel estatal y de Comunidad Autónoma. La democracia paritaria, lejos de ser un problema de ventaja o desventaja competitiva, es una cuestión de democratización del sistema, la cual, a la vista de la normativa sindical interna, está satisfactoriamente contemplada. Cuestión distinta es su aplicación en las situaciones concretas, pero para eso están previstas las garantías procedimentales y procesales en torno al régimen estatutario de los sindicatos.

Ahora bien, contrasta mucho la posición proactiva de los estatutos de las organizacio-

⁵⁰ Concluyen los propios Estatutos (art. 8.3.1) que “LAB ha avanzado mucho gracias a el 1º y 2º Plan de Igualdad de Oportunidades. Aunque a nivel interno todavía no seamos una organización totalmente paritaria, en la mayoría de órganos de dirección esto ya es una realidad (50% en el Ejecutivo, 47,3% en el Comité Nacional y el 47,6% en la Asamblea Nacional). A nivel de representación y de afiliación, en la medida en que nos afianzamos en los servicios públicos y ganamos peso en los servicios privados, la presencia y la participación de las mujeres va en aumento; hoy en día, de 40.552 personas afiliadas, un 41,22% son mujeres”.

⁵¹ GALLARDO MOYA, R. “Democracia sindical interna y formas de participación”. Gaceta Sindical. N. 16 (2011) p. 231.

⁵² *Ibid.*, p. 237.

nes sindicales, proclives a introducir, cuando menos, una composición equilibrada de sus órganos, y la de los planes de igualdad y convenios colectivos, muy refractarios a establecer cualquier tipo de regla a este respecto. Podría argumentarse que se trata de materias que no competen a la negociación colectiva, cuando menos como asunto central en cuanto a los derechos sindicales y de representación. Con todo, esta afirmación no valdría en cuanto a los órganos cualificados de interpretación y aplicación del convenio, o de seguridad y salud en el trabajo, por poner dos ejemplos de entidades en las que sería especialmente procedente la composición equilibrada. Desde luego que las normas convencionales tienen un déficit democrático cuando han prescindido de establecer cuotas de género en las comisiones paritarias. Sería muy importante que se introdujeran, al menos como preámbulo de una futura modificación del art. 88 ET, en cuanto a la conformación de la comisión negociadora.

Por consiguiente, sería recomendable que se introdujese una interpolación en el ET a efectos exclusivamente pedagógicos o indicativos, probablemente en el art. 85.1 y 3 e) para que se expresase la conveniencia de establecer este tipo de criterios en las comisiones paritarias y en otros órganos de participación y de representación análogos. Por supuesto que también sería necesaria la referida reforma del art. 88 ET, pero es un tema que excede del propósito de este estudio.

3.2. El caso específico de los delegados y delegadas sindicales

Sobre unos y otras, la regulación que desarrolla el art. 10 de la LOLS dificulta organizar sistemas de composición equilibrada, pues solo a partir de 750 personas de cómputo en plantilla ha de elegirse más de una persona por cada sección sindical en la empresa, salvo mejora de convenio colectivo, en cuyo seno no se aprecian, desde luego, medidas para promover una composición equilibrada de delegados y delegadas sindicales. En este contexto, que

más allá de la primera persona electa se exija alguna composición más o menos paritaria resulta muy sencillo de regular, además de conveniente, mediante una sencilla interpolación del art. 10.2, párrafo segundo de la LOLS que así lo imponga. Podría proponerse una redacción como la que sigue:

“A falta de acuerdos específicos al respecto, el número de delegados sindicales por cada sección sindical de los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 de los votos en la elección al Comité de Empresa o al órgano de representación en las Administraciones públicas se determinará según la siguiente escala:

De 250 a 750 trabajadores: Uno.

De 751 a 2.000 trabajadores: Dos.

De 2.001 a 5.000 trabajadores: Tres.

De 5.001 en adelante: Cuatro.

La segunda persona electa por cada organización sindical deberá ser mujer, si la primera ha sido hombre, y viceversa. A partir de ella, para la tercera y subsiguientes, se alternará siempre entre uno y otro sexo”.

Aunque tal vez este tipo de alternancias pudieran introducirse en las normas internas de las organizaciones sindicales, no parece que hasta ahora haya sido así, de tal modo que parece adecuada esa reforma. En cuanto a la primera designación, no es fácil una intervención legal, porque supone una limitación intensa de la autonomía de las secciones sindicales, pero esa intervención resulta en apariencia congruente con el art. 14 de la Constitución, a la vista de la STC 12/2008. En tal sentido, podría proponerse que el segundo sindicato en términos de presencia en el comité de empresa deba elegir a una persona de sexo distinto de la electa por el primero, de tal forma que el tercer sindicato habría de optar de nuevo por una persona del mismo sexo que este y así sucesivamente, mediante un sistema “de cremallera”. En realidad, es la intervención más importante en el art. 10 LOLS, porque se refiere al umbral de plantilla de entre 250 y 750 personas, que es el ámbito potencialmente

mayor de aplicación del precepto. Sería necesario un añadido en el art. 10.1:

“En las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, las Secciones Sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo. En las elecciones de delegados o delegadas sindicales por los sindicatos con presencia en las estructuras representativas unitarias se seguirá una alternancia entre hombres y mujeres, a partir del sexo de la primera persona designada por la organización con mayor presencia y, en caso de empate, con mayor número de votos”.

Estas intervenciones legales del art. 10 LOLS parecen necesarias, pues muy difícilmente los estatutos de una organización sindical podrán abordar una composición equilibrada cuando están implicadas varias. Desde otra perspectiva, debe reconocerse que las centrales sindicales más representativas, al incorporar reglas de composición equilibrada, legitiman un cambio legal en la misma dirección. Dicho en otras palabras, las modificaciones propuestas –no solo a este respecto, sino también en cuanto a las elecciones sindicales– encuentran un amparo importante en las propias reglas autónomas de las que se ha dotado el sindicalismo más representativo.

4. CANDIDATURAS Y REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE LOS RESULTADOS: PROPUESTAS DE REFORMA

Para que la democracia paritaria o de género –en los términos más arriba referidos– alcance la esfera de la representación unitaria es precisa una intervención en dos extremos

al menos del proceso electoral: la elaboración de candidaturas y la atribución de resultados.

En lo primero, las elecciones sindicales contrastan, como ya se ha indicado, con lo dispuesto, tras la reforma de la LOREG por LO 3/2007, respecto de otros procesos electorales. Ni del ET, ni del Reglamento 1844/1994 se desprende, en efecto, regla alguna dirigida a la garantía de una composición equilibrada, de mujeres y hombres, de las correspondientes candidaturas. La presentación de estas últimas, como es sabido, es objeto de una muy escueta regulación en los arts. 69.3 ET y 71.2.a) ET. El primero apenas identifica, sin imponer limitación alguna en su conformación, los sujetos susceptibles de presentar candidatos: sindicatos de trabajadores legalmente constituidos, coaliciones formadas por dos o más de ellos, así como trabajadores que avalen su candidatura con un número de firmas de electores –de su mismo centro y, en su caso, colegio–, equivalente al menos a tres veces el número de puestos a cubrir. Por su parte, el art. 71.2.a) ET, ya exclusivamente referido a las listas presentadas en las elecciones a miembros del comité de empresa, solo contempla dos exigencias. Aquéllas, por un lado, “deberán contener, como mínimo, tantos nombres como puestos a cubrir” –requisito, con todo, objeto de posterior relajación, al señalar el legislador que la ulterior renuncia de cualquier candidato, antes de la fecha de la votación, no implica ni la suspensión del proceso electoral ni la anulación de la correspondiente candidatura, siempre y cuando la lista afectada permanezca con un número de candidatos, al menos, del sesenta por ciento de los puestos a cubrir–. Por otro lado, el mismo precepto establece reglas dirigidas a una correcta identificación de cada candidatura, al disponer que “en cada lista deberán figurar las siglas del sindicato o grupo de trabajadores que la presenten”. Previsiones legales que resultan desarrolladas, sin mayores novedades, por el art. 8 del Reglamento de elecciones sindicales.

Correlativamente, también las reglas que rigen la atribución de los puestos carecen de toda perspectiva de género, ni, menos aún, ga-

rantizan una presencia mínima de trabajadoras. El art. 70 ET acuña, para la elección de los delegados de personal, un sistema de listas abiertas: cada elector otorga, así, su voto, a un número máximo de aspirantes equivalente al de puestos a cubrir –uno o tres–, resultando elegidos aquellos que obtuvieran el mayor número de votos o, en caso de empate, el candidato con mayor antigüedad en la empresa⁵³. Ya en el caso de elecciones a comités de empresa, los electores han de votar a una de las listas –cerradas o bloqueadas– concurrentes. Y rigen la atribución de los resultados las reglas siguientes –arts. 72.b) ET y 12 RD 1844/1994–, en su caso, proyectadas sobre cada uno de los colegios electorales⁵⁴ –supuesto en que deberán repartirse los puestos del comité proporcionalmente, habida cuenta el número de trabajadores que los integren–: en primer término, no tienen derecho a la atribución de representantes aquellas listas que no hayan obtenido, como mínimo, el cinco por ciento de los sufragios del correspondiente colegio electoral; en segundo lugar, mediante el sistema de representación proporcional, tal asignación ha de efectuarse de conformidad con el cociente que resulte de dividir el número de votos válidos –excluidos, pues, aquellos obtenidos por las listas que no alcanzasen el citado cinco

por cien, así como los votos en blanco⁵⁵ y, por supuesto, nulos– por el de puestos a cubrir. A su vez, el puesto o puestos sobrantes han de atribuirse a la lista, o listas, con mayor resto de votos y, en caso de “empate de votos o de empate de enteros o de restos” para la atribución del último representante, de nuevo ha de prevalecer el candidato de mayor antigüedad⁵⁶. Finalmente, fijado el número de miembros del comité asignado a cada lista, los candidatos resultan elegidos por el orden en que figuren en aquélla –art. 72.c) ET–.

Así las cosas, ninguna regla previene de candidaturas conformadas, en su integridad o de manera preponderante, por hombres y, por consiguiente, de representaciones electas así mismo exclusivamente masculinas o muy masculinizadas. Y ello, cualquiera que sea la composición por sexos de la unidad electoral correspondiente, esto es, también en el caso de censos electorales paritarios o equilibrados o, incluso, en el marco de plantillas preponderantemente femeninas. Lo que, sin duda, debe revertirse mediante una intervención muy enérgica. Pues, en este ámbito, ni es suficiente la persecución de discriminaciones, directas e indirectas –como ya se desprende de la general proyección del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres–, ni tampoco la mera extropolación del principio de presencia o composición equilibrada, sentado, tras la reforma operada por LOIMH, para otros procesos electorales. Pues si bien dichas herramientas son valiosas, deben completarse con otras, que, en esencia, garanticen un *quantum* mínimo de trabajadoras candidatas y, en última instancia, de trabajadoras electas. Lo que, de modo singular, implica sustituir las referencias al “sexo” o “sexo menos representado” contenidas en aquel principio de presencia o composición equilibrada –así como en las normas determinantes de su aplicación–, por referencias a mujeres, candidatas o representantes electas. Pues hombres y mujeres no se

⁵³ A tal efecto, el art. 9.1 RD 1844/1994 establece la siguiente previsión de carácter práctico: “En las empresas o centros de trabajo de menos de 50 trabajadores se establecerá una lista única de candidatos a Delegados de Personal ordenada alfabéticamente con expresión de las siglas del sindicato, coalición electoral o grupo de trabajadores que los presenten”.

⁵⁴ Al disponer el art. 71.1 ET, en las empresas o centros de más de cincuenta trabajadores, la distribución del censo de electores y elegibles en dos colegios, uno integrado por los técnicos y administrativos y otro por los trabajadores especialistas y no cualificados –sin perjuicio, además, de la posibilidad de constitución de otro colegio, por convenio colectivo y en función de la composición profesional del sector de actividad productiva o de la empresa–. Con todo, también ha de tenerse presente el matiz introducido por el art. 9.3 RD 1844/1994, a cuyo tenor, como se recordará, “Cuando en la distribución proporcional de representantes en un Comité de Empresa a alguno de los colegios electorales le correspondiera un cociente inferior al 0,5 se constituirá colegio único, en el que todos los electores del centro de trabajo tendrán derecho a sufragio activo y pasivo, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 69.2 del Estatuto de los Trabajadores”.

⁵⁵ Esta precisión en el art. 12.1, apartado segundo, del Reglamento de Elecciones Sindicales.

⁵⁶ Art. 12.1, apartado tercero, RD 1844/1994.

hallan en situaciones comparables. Así, si bien los datos son muy escasos, sí es perceptible la siguiente dicotomía: aún en ámbitos en que la presencia de trabajadoras es preponderante, los trabajadores sí alcanzan a penetrar los órganos de representación, lo que, a la inversa, resulta mucho más anecdótico. De modo que no es preciso garantizar la presencia mínima de varones en los órganos de representación unitaria –pues resulta evidente que ya concurre–, pero sí es necesaria, ante la “situación patente de desigualdad de hecho” padecida por las trabajadoras, la aplicación temporal –en tanto subsista aquélla– de acciones positivas dirigidas, en los términos señalados por el art. 11 de la LO 3/2007⁵⁷, a impulsar el acceso de mujeres a listas electorales y cargos de representación. Solo una vez superada tal situación de desigualdad, cabría sustituir la referida acción positiva por herramientas ya referidas a ambos sexos, garantizando, así pues, la presencia mínima de mujeres y hombres. Lo que, en la práctica, podría materializarse en un compromiso de revisión de las propuestas normativas a continuación realizadas en un plazo prudencial, por ejemplo de cinco años y, en su caso, también a posteriori, transcurrido otro quinquenio.

En última instancia, como es obvio, tales propuestas han sido objeto de adaptación a las singularidades de cada uno de los procesos electorales –para delegados de personal y miembros de los comités de empresa– y también matizadas atendiendo a la singular composición por sexos de la correspondiente unidad electoral. Y debe abogarse, así mismo, por la articulación, en paralelo, de medidas similares en el ámbito de los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas –cuestión que, no obstante, no es objeto de desarrollo en el marco del presente estudio–.

Se aguarda, en cualquier caso, que las reformas a continuación propuestas no solo

contribuyan a remover los obstáculos –más arriba referidos– a la participación de las trabajadoras en los procesos electorales, sino que se salden, de modo directo e inmediato, en un incremento sensible del número de mujeres representantes unitarias. Lo que, a su vez –como se dijo, en su día, al valorar la proyección del principio de representación equilibrada al ámbito político– “no va a suponer una injusta discriminación de los varones, sino el logro de una igualdad justa a favor de mujeres y hombres, mediante la cual las primeras ocupen un espacio que les corresponde”⁵⁸.

4.1. Elección de delegados de personal

Si bien en el ámbito de elecciones generales, autonómicas, europeas y locales⁵⁹, la composición equilibrada se reconduce a la exigencia de una presencia mínima del cuarenta por ciento –o, máxima, del sesenta por ciento– para cada uno de los sexos (disposición adicional primera de la LOIMH), en las elecciones a delegados de personal, al elegirse uno o tres representantes, la presencia mínima debe fijarse en un tercio o treinta y tres por ciento, siendo, pues, correlativamente, la presencia máxima de dos tercios o sesenta y seis por ciento. Y la regla debe, además, habida cuenta lo expuesto más arriba, referir expresamente la exigencia de una mínima presencia femenina –una candidata al menos– y una máxima presencia masculina –a lo sumo dos candidatos–. Tal previsión, con todo, debe configurarse como norma general sujeta a excepción: así, parece necesaria, para salvaguardar otros derechos concurrentes, su exclusión en ámbitos muy masculinizados, que

⁵⁸ ELÓSEGUI ITXASO, M. "Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Las acciones positivas para la igualdad laboral entre mujeres y hombres", en AA.VV. ELÓSEGUI ITXASO, M. (Dir.). *Políticas de género...*, op. cit., p. 44.

⁵⁹ El art. 44 bis de la LOREG, como se recordará, resulta de aplicación a "las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios (...), diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas".

⁵⁷ Así como por el art. 6.7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

cabría definir como aquellos en que el porcentaje de electores (hombres) supere el ochenta por ciento del total.

Pero también en el proceso de asignación de puestos, han de implementarse reglas dirigidas a garantizar la elección de un número mínimo de aquellas candidatas. De modo que igual proporción –de un tercio al menos– ha de trascender a la elección misma de los delegados de personal. Así, de resultar elegidos tres representantes, uno de estos, como mínimo, ha de ser una mujer. Con todo, de nuevo, la aplicación de dicha regla quedaría sujeta a la concurrencia de una presencia mínima de mujeres, en la correspondiente unidad electoral, del veinte por ciento.

Mención especial –justificación, en realidad– merece este último límite. La propuesta, como es obvio, en modo alguno persigue favorecer contextos de infrarepresentación femenina, que, por supuesto, deben, a medio y corto plazo, erradicarse. Si bien, mientras persistan dichas realidades, han de preservarse otros derechos, que, en defecto de excepción, podrían verse comprometidos: así, el derecho de sufragio pasivo de las trabajadoras –comprensivo también, en su faceta negativa, del derecho a no presentarse a las elecciones sindicales–, así como el pluralismo del proceso electoral o justa concurrencia entre candidaturas –evitando la exclusión de aquellas que no logren, por la masculinización del ámbito, la integración de candidatas–. A cambio, tal vez deban idearse medidas específicas para aquellas empresas cuyas plantillas resulten aún tan escasamente equilibradas, con objeto de compensar la excepción introducida y, a la postre, fomentar la consecución de una composición más próxima a la paridad. Cabría valorar, por ejemplo, la oportunidad de que aquellas empresas en que el porcentaje de trabajadores varones superen el citado ochenta por ciento, deban obligatoriamente articular un plan de igualdad, inclusive cuando no alcancen el umbral mínimo de los cincuenta trabajadores señalado por el art. 45.2 LOIMH. El diagnóstico de situación –que necesariamente ha de alcan-

zar, entre otros extremos, a los procesos de selección y contratación, así como a situaciones de infrarrepresentación femenina⁶⁰– revelará, con toda seguridad el desequilibrio, frente al que habrán adoptarse medidas correctivas, inclusive de acción positiva –en los términos indicados por el art. 7.4 del RD 901/2020, que, a su vez, remite a lo dispuesto por los arts. 11 LOIMH y 17.4 ET–.

Así, en cumplimiento de los objetivos propuestos y habida cuenta las consideraciones realizadas, se propone la siguiente nueva redacción del art. 70 ET:

“En la elección para delegados de personal, cada elector podrá dar un voto a un número máximo de aspirantes equivalente al de puestos a cubrir entre las personas candidatas proclamadas.

En el caso de que una organización o coalición sindical, o un número de firmas suficiente, presentaran o avalaran a más de una persona candidata, deberá incluirse a un número de mujeres no inferior al treinta y tres por ciento de los puestos a cubrir. Quedan excluidas de esta regla las unidades electorales con un porcentaje de trabajadores varones superior al ochenta por ciento.

Resultarán elegidas las personas candidatas que obtengan el mayor número de votos, garantizándose, con todo, la cobertura de al menos un treinta y tres por ciento de los puestos a cubrir por mujeres. Quedan excluidas de esta regla las unidades electorales con un porcentaje de trabajadores varones superior al ochenta por ciento.

En caso de empate, resultará elegida la persona trabajadora de mayor antigüedad en la empresa, respetando, cuando proceda y siempre que ello resulte posible, la proporción mínima exigida en el párrafo precedente”.

⁶⁰ Art. 7 del RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

La propuesta es ambiciosa, pues permite alcanzar, con las salvedades indicadas, los resultados siguientes: por un lado, siempre que una organización sindical o una coalición de estas o un número de firmas suficiente presenten o avalen a más de una persona candidata –sean, pues, 3 o 2 (si no se presentase un tercer candidato)–, una de ellas, al menos, ha de ser mujer. E, igualmente, siempre que se elija más de un delegado –de nuevo, por tanto, sean 3 o 2–, habrá de elegirse una trabajadora como mínimo. Lo que implica desplazar, cuando así resulte necesario, al segundo o tercer candidato varón que obtuviese un mayor número de votos. Finalmente, el nuevo art. 70 ET –último inciso– acoge, así mismo, la posibilidad de excluir la tradicional regla de desempate –la mayor antigüedad–, pues, a efectos de consecución de la representación femenina mínima perseguida, una candidata mujer con menor antigüedad habría de resultar elegida antes que un candidato varón con igual o, incluso, mayor número de votos. Lo que se justifica desde múltiples perspectivas: obviamente, bajo el paraguas de la pretendida democracia laboral paritaria, pero también desmontando la pertinencia de un criterio –la mayor antigüedad– por razones obvias –la contrastada mayor precariedad laboral de las mujeres– más proclive a la designación de candidatos varones. Pues la antigüedad es un criterio solo aparentemente neutro, que, en términos de impacto, favorece a los trabajadores más que a las trabajadoras.

Ninguna regla especial se prevé, en cambio, de elegirse un único representante –en el caso, pues, de unidades electorales que cuentan entre seis y diez trabajadores, cuando así lo decidieran estos por mayoría (art. 62.1 ET)–. Pues, al margen de las consideraciones que merezca la representación unipersonal –a nuestro entender escasamente garantista–, mientras persista, no cabe más elección que la de la persona candidata más votada. Otra solución –priorizando, por ejemplo, la elección de una trabajadora cuando se aprecie preponderancia del sexo femenino en el correspondiente centro de trabajo– conduciría, en efec-

to, a una vulneración del derecho de sufragio pasivo del varón, cuya postulación como candidato resultaría en todo caso inútil.

4.2. Elecciones a comité de empresa

En el caso de elecciones a comité de empresa, en que, al igual que en los procesos electorales regidos por la LOREG, resulta de aplicación un sistema de listas, se propone una aplicación matizada del principio de composición equilibrada, de modo que, en cada una de las candidaturas, las candidatas mujeres alcancen al menos el cuarenta por ciento del conjunto de la candidatura. Lo que, aplicado a la escala señalada por el art. 66 ET, implica las proporciones siguientes: a) De cincuenta a cien trabajadores, cinco, siendo, al menos 2 mujeres; b) De ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, nueve, siendo al menos 4 mujeres; c) De doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, trece, siendo al menos 5 mujeres; d) De quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, diecisiete, siendo al menos 7 mujeres; e) De setecientos cincuenta y uno a mil trabajadores, veintinueve, siendo al menos 8 mujeres; f) De mil en adelante, dos por cada mil o fracción, con el máximo de setenta y cinco, siendo al menos 30 mujeres.

Y también el orden en que figuren las personas candidatas resulta relevante a efectos de consecución del equilibrio final pretendido, ya en los resultados mismos. Así, si bien quien encabece la lista puede ser hombre o mujer, el porcentaje mínimo de mujeres –del cuarenta por ciento– debe proyectarse, además de respecto del conjunto de la lista, por tramos de esta. En dicho sentido, puede ser de utilidad la regla ya dispuesta por la LOREG y fruto de la reforma operada por LOIMH. Según esta, como se recordará, ha de mantenerse, así mismo, la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos, con la siguiente precisión: “cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese

tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico” (art. 44 bis, apartado 2).

El impacto de la propuesta en los procesos de conformación de las candidaturas es evidente y, ciertamente, en apariencia al menos, particularmente contundente. Pues impone requisitos de apreciación global –respecto de la lista en su conjunto– y, así mismo, de carácter interno –al proyectarse también sobre la ordenación de los candidatos–. Lo que, con toda probabilidad, generará recelos, que, jurídicamente, pretenderán sustentarse en la libertad sindical y en el derecho a la actividad sindical –a su vez, como es sabido, comprensivo del derecho a la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresa y delegados de personal (art. 2 LOLS)–. Pero tal vez la crítica más adversa no provenga precisamente del sindicalismo, pues, como ya se ha destacado, reglas similares ya se adoptan internamente a efectos de conformación de los órganos de gobierno de las organizaciones sindicales más representativas.

En cualquier caso, de nuevo, debe considerarse la composición por sexos de las unidades electorales sobre las que se proyecten las nuevas reglas, siendo así mismo recomendable su exclusión en aquellas en que el porcentaje de trabajadores varones resulte superior al ochenta por ciento, si bien con un matiz. La exclusión, a nuestro entender, ha de circunscribirse, en este caso, a unidades con dicha masculinización pero de menor entidad, esto es, de menos de cien electores. Pues, en grandes unidades, aún en contextos masculinizados, el número de trabajadoras existentes (veinte en unidades de cien electores) es suficiente para salvaguardar su derecho a no presentarse a las elecciones si no lo desean, así como para preservar el pluralismo y concurrencia justa de las diversas candidaturas. De modo que, a partir de los cien electores, no solo es de esperar una composición más equilibrada de la unidad, sino que, de concurrir infrarrepresentación femenina –al no alcanzar las trabajadoras el referido veinte por cien–, no debe ser, desde luego, objeto de tratamien-

to singularizado que contribuya a su mantenimiento. Incluso debe arbitrarse una medida compensatoria de la excepción, de aplicación, en este caso, a aquellas empresas que tengan entre cincuenta y cien trabajadores –pues, para aquellas de menos de cincuenta, ya se propuso la excepcional obligatoriedad, habida cuenta la masculinización del empleo, del plan de igualdad–. Así, en dicha franja, siendo ya obligatoria la elaboración del plan, quizá deban exigirse singulares contenidos de aquél, dirigidos, en particular, a garantizar, salvo supuestos excepcionales, la reversión de la masculinización de la unidad electoral. Lo que podría materializarse en la articulación, en este caso preceptiva y no meramente potestativa, de medidas de acción positiva, señaladamente reservas y preferencias en las condiciones de contratación para que, en igualdad de condiciones de idoneidad, se priorice la contratación de trabajadoras. De modo que, salvo que se mantenga íntegramente la plantilla de la unidad correspondiente –o se amorticen empleos en la misma–, ello habría de redundar necesariamente en una composición, en términos de sexo, más equilibrada.

Así, el art. 71.2 ET podría quedar como sigue:

“a) Cada elector podrá dar su voto a una sola de las listas presentadas para los del comité que corresponda a su colegio. Estas listas deberán contener, como mínimo, tantos nombres como puestos a cubrir, e incluir a personas candidatas mujeres en un porcentaje mínimo del cuarenta por ciento respecto del total de integrantes de la candidatura.

Así mismo, también se mantendrá la citada proporción mínima del cuarenta por ciento de personas candidatas mujeres en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista.

Estas reglas no serán de aplicación en las unidades electorales de menos de 100 electores con un porcentaje de trabajadores varones superior al ochenta por ciento.

La renuncia de cualquier candidato o candidata presentados en alguna de las listas para las elecciones antes de la fecha de la votación no implicará la suspensión del proceso electoral ni la anulación de dicha candidatura aun cuando sea incompleta, siempre y cuando la lista afectada permanezca con un número de personas candidatas, al menos, del sesenta por ciento de los puestos a cubrir, y las renunciaciones no afecten a la totalidad de las candidatas mujeres. En cada lista deberán figurar las siglas del sindicato o grupo de personas trabajadoras que la presenten”.

Por otro lado, además de las reglas que rigen la elaboración de candidaturas, también las que regulan la adjudicación de puestos deben revisarse en clave de género. Se propone, a tal efecto, incluir el siguiente matiz: si bien se estima conveniente mantener la regla básica vigente –determinante de la atribución, a cada lista, del número de puestos que le corresponda conforme al cociente que resulte de dividir el número de votos válidos por el de puestos a cubrir–, la misma, a nuestro entender, debe completarse con la asignación de los puestos, alternativamente –a modo de “atribución cremallera”–, a personas candidatas de uno y otro sexo. Esto es, el primer puesto del comité ha de corresponder a quien –hombre o mujer– encabece la lista, que, en virtud de la regla indicada, haya alcanzado el mayor número de puestos. Pero el segundo puesto ha de corresponder necesariamente a una persona candidata de otro sexo, de la misma lista o de otra, en virtud de los resultados alcanzados. De modo que, dentro de cada lista, las personas candidatas no resultarán ya necesariamente elegidas por el orden en que figuren en aquélla.

Se propone, pues, una reforma del art. 71.2.c) ET en los términos siguientes:

“c) Adjudicado el primer puesto del comité de empresa a la persona candidata –hom-

bre o mujer– que encabece la lista que haya obtenido el mayor número de puestos, los puestos restantes deben cubrirse, alternativamente, mediante su adjudicación a personas candidatas de uno y otro sexo. Sin perjuicio de dicha atribución en régimen de alternancia a personas candidatas de uno y otro sexo, dentro de cada lista resultarán elegidas las personas candidatas por el orden en que figuren en la candidatura”.

Un ejemplo práctico puede ayudar a visualizar las implicaciones de la reforma planteada. De elegirse un comité de cinco miembros, cuando la lista que hubiese alcanzado un mayor número de puestos fuese encabezada por un varón, la composición final por sexos del órgano de representación unitaria sería la siguiente: puesto 1: hombre; puesto 2: mujer; puesto 3: hombre; puesto 4: mujer; puesto 5: hombre. Esto es, conformarían, el comité tres hombres y dos mujeres, que alcanzarían así el mínimo del cuarenta por ciento del total de representantes electos. Del mismo modo, si una mujer encabezase la lista que obtuviese el mayor número de puestos, la composición final por sexos del comité sería la siguiente: puesto 1: mujer; puesto 2: hombre; puesto 3: mujer; puesto 4: hombre; puesto 5: mujer. Por lo que, en este caso, las representantes femeninas alcanzarían el sesenta por ciento y los representantes masculinos el cuarenta por ciento. Además, mientras existan candidatos y candidatas –hombres y mujeres– en las listas con derecho a puestos, la regla favorece una composición paritaria –más allá incluso de las proporciones del cuarenta y del sesenta por ciento– del comité de empresa.

4.3. La cobertura de vacantes

En clave dinámica, las reglas dirigidas a colmar posibles vacantes también deben adaptarse con objeto de preservar los equilibrios propuestos. Para ello, quien las cubra habrá de ser, preferentemente, una persona del mismo sexo que la sustituida. Lo que, en

el caso de los delegados de personal, puede determinar desplazar a la persona trabajadora que hubiera obtenido en la votación un número de votos inmediatamente inferior al último de los elegidos. Pues si quien deja vacante el puesto es una delegada, siendo los demás delegados varones, deberá ser sustituida, siempre que ello resulte posible, por la candidata que, en la votación, hubiera obtenido un número de votos inmediatamente inferior a la propia representante saliente. Solo de este modo, en efecto, se garantiza, durante todo el mandato, la cobertura de al menos un treinta y tres por ciento de los puestos a cubrir por mujeres.

Así, el art. 67.4 ET habría de redactarse como sigue:

“En el caso de producirse vacante por cualquier causa en los comités de empresa o de centros de trabajo, aquella se cubrirá automáticamente por la persona trabajadora del mismo sexo siguiente en la lista a que pertenezca la persona sustituida, o, en su defecto, por la persona trabajadora siguiente en la lista a que pertenezca la persona sustituida.

Cuando la vacante se refiera a los delegados de personal, se cubrirá automáticamente por la persona trabajadora que hubiera obtenido en la votación un número de votos inmediatamente inferior al último de los elegidos. Con todo, cuando se proceda a la cobertura de una vacante ocupada por una representante y ello resulte necesario para garantizar que el treinta y por ciento al menos de los puestos sean ocupados por mujeres, aquella se cubrirá por la candidata que, en la votación, hubiera obtenido un número de votos inmediatamente inferior a la representante saliente. De resultar imposible la aplicación de esta regla especial, la vacante se cubrirá por la persona trabajadora que hubiera obtenido en la votación un número de votos inmediatamente inferior al último de los elegidos.

La persona sustituta lo será por el tiempo que reste del mandato”.

5. CONCLUSIONES

Los principios de composición equilibrada y democracia paritaria no se han proyectado, desde una perspectiva legal, al ámbito de la acción sindical y de la participación de las personas trabajadoras. El contexto de política social invita a introducirlos, por los motivos que han quedado descritos. Es obvio que todos los espacios en los que se tomen decisiones y se diluciden liderazgos deben ser igualmente accesibles a hombres y mujeres, sin excepciones. Por supuesto que hay que completar ese discurso con la inclusión de colectivos desfavorecidos, víctimas de tratamientos y de decisiones perjudiciales para ellos, pero sin menoscabo de los principios clásicos de la democracia contemplada en perspectiva de género.

Hay que partir de tres afirmaciones realistas, en sí mismas complementarias: la primera alude a una general ausencia de datos que puedan describir la realidad de forma transparente. La presencia de hombres y mujeres en los órganos representativos unitarios y sindicales, en las comisiones negociadoras y paritarias de los convenios colectivos o en otras instancias deliberativas y decisorias en el campo del sistema de relaciones colectivas y sindicales no puede conocerse a partir de información suficientemente fiable⁶¹. La segunda se refiere a que las organizaciones sindicales más representativas han asumido en sus estatutos confederales la democracia participativa, aunque con distintos grados de intensidad. Se han anticipado, así pues, a la

⁶¹ Resulta lamentable que los datos sobre afiliación sindical de las estadísticas del Instituto de las Mujeres solo lleguen hasta 2012. En ese año, la afiliación femenina era del 36 por 100 en UGT y el 39,32 por 100 en CCOO. En USO, del 36 por 100. Más lamentable todavía es que esos datos no se proyecten al sindicalismo más representativo de CCAA, lo cual no puede sino ser calificado como una grave deseñald constitucional. Incluso peor: se hace referencia a las “directivas de los principales sindicatos”, y los “principales sindicatos”, además de UGT y CCOO, son ¡¡¡¡¡USO, CSIF y CGT!!!! Resulta evidente el poco respeto de estas estadísticas al concepto de mayor representatividad, de modo que debe exigirse un mayor cumplimiento del bloque de constitucionalidad.

actuación legislativa, de tal modo que no cabe esperar ningún rechazo por su parte a una normativa que extienda la democracia paritaria allá donde no ha llegado. La tercera apela a los convenios colectivos y planes de igualdad, que hasta ahora apenas han intervenido en esta materia, a salvo de contadas referencias, referidas además a cuestiones periféricas y no centrales de composición equilibrada y participación de ambos sexos en la toma de decisiones en los ámbitos representativos y sindicales. Las llamadas del art. 85.1 y 2 del ET deberían ser suficientes, pero en la práctica no lo han sido y así debe denunciarse.

En las páginas precedentes se han formulado propuestas concretas sobre cambios normativos. Se basan mayoritariamente en los referidos conceptos de democracia paritaria y composición equilibrada entre mujeres y hombres. Ahora bien, en el exclusivo ámbito de las elecciones sindicales esa perspectiva se completa con otra más coyuntural de acción positiva, que parece necesaria para, en el corto y medio plazo, una realista integración de la mujer en condiciones de igualdad en las estructuras representativas del Título II del ET. Las reformas que se promueven en la LOLS, en relación con la designación de delegados y delegadas sindicales, carecen de ese sesgo, porque en las empresas de mayores dimensiones basta con unas reglas de composición equilibrada. Con todo, el resultado final debe consistir en unas normas neutras, pero paritarias, con las matizaciones que, sin duda, haya que introducir, pero que sean fieles al objetivo de la igual participación de mujeres y hombres en el gobierno de las relaciones colectivas de trabajo.

En el ámbito de la empresa, las representaciones unitarias son aún fiel reflejo de una realidad desigualitaria. La tardía incorporación de la mujer al mercado laboral, la división sexual del trabajo –dentro y fuera del hogar– y los estereotipos de género aún pesan y delegados de personal y miembros del comité de empresa son mayoritariamente hombres, en ámbitos masculinizados y también en sectores con una composición más equilibrada o, incluso, preponderan-

temente femenina. Urge, pues, la articulación de medidas incisivas, generadoras de una rápida enmienda. La situación patente de desigualdad de hecho respecto de los hombres, en particular, aconseja la articulación de acciones positivas que impulsen la presencia de trabajadoras en las candidaturas y, así mismo, en los órganos mismos de representación unitaria. Así, de elegirse varios delegados de personal, se propone una reforma que, en términos generales, garantice que uno, al menos, sea mujer. Y en el caso de los comités de empresa, se estima necesario que, de nuevo a salvo situaciones excepcionales, al menos un cuarenta por ciento de las personas candidatas de cada una de las listas concurrentes, así como de cada uno de los tramos de cinco puestos de dichas candidaturas, sean trabajadoras. Previsión que, además, se complementa con la introducción de una singular regla de atribución “en cremallera” de los puestos a cubrir: adjudicado el primero a la persona candidata –hombre o mujer– que encabece la lista que haya obtenido el mayor número de puestos, los puestos restantes han de cubrirse, alternativamente, mediante su asignación a personas candidatas, de uno y otro sexo, de las correspondientes listas adjudicatarias. Las soluciones propuestas, conforme a su naturaleza de acción positiva, son, en cualquier caso, temporales. Deberán, pues, revisarse en un plazo prudencial y, revertida la situación de desigualdad, sustituirse por herramientas ya dirigidas a ambos sexos.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del Grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales* (FIDE: Fundación para la investigación sobre el Derecho y la Empresa). *Derecho de las Relaciones Laborales*. N. 11 (2016), p. 1069-1077.
- BAYLOS GRAU, A. “Un nuevo modelo democrático de relaciones laborales”. *Revista de Derecho Social*. N. 70 (2015), p. 13-28.
- CABEZA PEREIRO J. “Los planes de igualdad y la negociación colectiva”, en AA.VV. ELÓSEGUI ITXASSO, M. (Dir^a.). *Políticas de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 129-160.

- CABEZA PEREIRO, J. *Las elecciones sindicales*. Albacete: Bomarzo, 2018.
- CASADEI, T. “Donne, democrazia e rappresentanza. Non una semplice questione di quota (né tanto meno rossa)”. *Cosmopolis. Rivista di Filosofia e Teoria Politica*. Vol. XVIII. N. 2 (2021). <https://www.cosmopolisonline.it>
- DICKENS, L., “Collective bargaining and the promotion of gender equality at work: opportunities and challenges for trade unions”. *Transfer*. N. 2 (2000), p. 193-208.
- ELÓSEGUI ITXASO, M. “Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Las acciones positivas para la igualdad laboral entre mujeres y hombres”, en AA.VV. ELÓSEGUI ITXASO, M. (Dir^a). *Políticas de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 15-51.
- FERNÁNDEZ GALIÑO, M. D. y LOUSADA AROCHENA, J. F. “Prejuicios de género en las relaciones laborales”. *Derecho Social y de Empresa*. N. 16 (2022), p. 1-24.
- FERNÁNDEZ PROL, F.:
- “Teletrabajo en clave de género: ¿herramienta de corresponsabilidad o foco de segregación”, en AA.VV. *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, p. 575-594.
 - “Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género”. *Revista de Derecho Social*. N. 89 (2019), p. 91-120.
- FISCHBACH, D. F. “Union liability for sex discrimination”. *The Hasting Law Journal*. N. 23 (1971), p. 295-310.
- GALLARDO MOYA, R. “Democracia sindical interna y formas de participación”. *Gaceta Sindical*. N. 16 (2011), p. 225-240.
- GALLEGO MONTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital y telemático”. *Revista de Derecho Social*. N. 99 (2022), p. 63-86.
- GÓMEZ, V. M. “Desigualdad laboral y falta de poder político, sindical y empresarial: ¿Cómo salir de este círculo de discriminación?” *Descentrada*. Revista interdisciplinaria de feminismos y género. Vol. 6. N. 1 (2022). <https://www.descentrada.fahce.unlp.edu.ar/>
- HRYTSAY, I. O. “Concept and Interaction of Gender Democracy and Parity Democracy: Theoretical and Legal Aspects”. *The Journal of Eastern European Law*. N. 41 (2017), p. 32-36.
- LURIE, L. “Do unions promote gender equality?”. *Duke Journal of Gender and Policy*. Vol. 22 (2014), p. 89-109.
- O'BRIEN, J. “Affirmative Action, Special Measures and the Sex Discrimination Act”. *UNSW Law Journal*. Vol. 27(3) (2004), p. 840-848.
- REY MARTÍNEZ, F. “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”. *Revista Derecho del Estado*. N. 25 (2010), p. 5-40.
- ROMERO RODENAS, M. J., “El centro de trabajo como circunscripción electoral. Centro de trabajo y lugar de trabajo”, en AA.VV. ROMERO RODENAS, M. J. (Coord^a). *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*. Albacete: Bomarzo, 2006, p. 87-100.
- RUBIO MARTÍN, R. :
- “A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and Why it Won't Fly in the United States”. *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 60 (2012), p. 99-125.
 - “En defensa de la paridad como forma de entender la democracia, con vocación de permanencia: En respuesta a Micaela Alterio”. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 19(4) (2021), p. 1445-1449.
- RUIZ MIGUEL, A. “En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres”, en AA.VV. ELÓSEGUI ITXASO, M. (Dir^a). *Políticas de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 347-365.
- STIEGLER, B. “Gender-appropriate trade union activities-The example of bargaining policy”, en AA.VV., *Gender in trade union work: experiences and challenges*, Friedrich Ebert Stiftung, <https://library.fes.de/fulltext/iez/01107005.htm>.
- TAVORA, I. *Trade unions and gender equality in the workplace: Case-based evidence from the UK*. University of Bristol, 2012.

La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales

The integral guarantee of sexual freedom in labour relations

SARAI RODRÍGUEZ GONZÁLEZ*

<https://doi.org/10.55617/revmites.41>

Resumen: Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de 2022, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS) es una norma transversal que afecta a varias ramas del ordenamiento jurídico y que tiene por objeto la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las formas de violencia sexual, especialmente en el ámbito digital padecidas por las mujeres, niñas, y niños en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española. Respondiendo a su finalidad de garantizar la prevención, detección, sensibilización y sanción de las violencias sexuales, la LOGILS prevé la adopción y puesta en práctica de políticas interdisciplinarias efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, que incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos, incluido, por tanto, el laboral.

La LOGILS extiende sobre el ámbito de las relaciones de trabajo nuevos deberes y responsabilidades que se traducen en la incorporación de las oportunas modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores, el Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley General de la Seguridad Social y la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres. Las posibles implicaciones de estas previsiones deben analizarse a la luz del Convenio 190 de la OIT, sobre violencia y acoso en el trabajo de 21 de junio de 2019; sin dejar de advertir las consecuencias asociadas a la ausencia de incorporación de cambios concordantes en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Palabras clave: Libertad sexual; violencia sexual; prevención de riesgos; protección integral; empresas libres de violencia.

Abstract: Organic Law 10/2022, of September 6th 2022, on the comprehensive guarantee of sexual freedom (LOGILS) is a cross-cutting law that affects several branches of the legal system and aims to guarantee and protect the right to sexual freedom and eradication of all forms of sexual violence, especially in the digital environment, suffered by women, girls and boys in Spain, regardless of their nationality and administrative situation; or abroad, provided that they are of Spanish nationality. In response to its purpose of guaranteeing

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna. sarodri@ull.edu.es

the prevention, detection, awareness, and punishment of sexual violence, LOGILS provides for the adoption and implementation of effective, comprehensive and coordinated interdisciplinary policies among the various competent public administrations, which include all relevant comprehensive protection measures to ensure a specialized response to all forms of sexual violence, immediate care and recovery in all areas, including, therefore, the workplace. LOGILS extends new duties and responsibilities to the field of labour relations that result in the incorporation of the appropriate amendments to the Workers' Statute, the Basic Statute of the Public Employee, the General Law on Social Security and the Organic Law for the Effective Equality of Women and Men. The possible implications of these provisions should be analyzed in the light of ILO Convention 190, on violence and harassment at work of June 21st 2019; without failing to warn of the consequences associated with the lack of incorporation of concordant changes in the Law on Prevention of Occupational Risks and in the Law on Infractions and Penalties in the Social Order.

Keywords: Sexual freedom; sexual violence; risk prevention; comprehensive protection; violence-free companies.

1. LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL Y DE LA INTEGRIDAD MORAL EN EL ÁMBITO LABORAL

La obligación de actuar con la debida diligencia frente a todas las formas de violencia contra las mujeres constituye un compromiso asumido por España al haber ratificado la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ONU, 1979), el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul, 2011)¹ y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia, 2005). En particular, el Convenio de Estambul establecía la obligación de los poderes públicos de actuar desde el enfoque de género frente a “la violencia contra las mujeres”, entendida como *“todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, en la vida pública o privada”* (art. 3.a).

El marco internacional de protección y lucha contra todas las formas de violencias hacia las mujeres y la apuesta por un concepto amplio de violencia sexual se fortalecieron con la aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, al fijar como metas la eliminación de todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado y de todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina (ODS 5, metas 2 y 3). Sin embargo, es el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre violencia y acoso en el trabajo de 21 de junio de 2019, al cual ya se ha adherido España², y que entrará en vigor el 25 de mayo de 2023, el instrumento que representa la verdadera piedra angular en la materia. Este convenio se complementa con otras dos disposiciones adoptadas por la OIT en 2019³: la Recomendación núm. 206 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y la Resolución relativa a la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

² 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 (BOE de 16 de junio de 2022).

³ 108ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (reunión del centenario). 21 de junio de 2019.

¹ Instrumento de ratificación. BOE del 6 de junio de 2014.

El Convenio 190 OIT incluye, de manera novedosa, una definición omnicomprendensiva de violencia y acoso como “*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*” (art. 1.a). La misma fórmula de conceptualización unívoca, la emplea el Convenio para definir la violencia y el acoso por razón de género, indicando que son manifestaciones de violencia y acoso “*que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual*” (art.1.b)⁴. Generalmente, la violencia y el acoso han venido constituyendo realidades jurídicas diferenciadas, “hasta el punto de poder afirmar que el acoso constituye una forma particularmente agravada de violencia y se produce en mayor medida sobre el sexo femenino”⁵. Por esta razón, el Convenio admite que los distintos países definan la violencia y el acoso como un concepto único o separado⁶.

Además, art. 3 del Convenio 190 extiende la cobertura “*a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo*”, de manera que su protec-

ción supera el ámbito espacial y temporal en el que se lleva a cabo la prestación laboral, extendiéndose “a las conductas que tienen una conexión con el trabajo o que son resultado del trabajo, independientemente de dónde y cuándo se producen”⁷.

En España, para promover la igualdad por razón de género y combatir la violencia contra las mujeres se han adoptado una serie de normas que han venido conceptualizando la violencia y el acoso sexual como categorías distintas dentro del fenómeno de la violencia laboral, entre las que destacan la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁸; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)⁹; y la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LIITND)¹⁰.

Ahondando en esta problemática, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual¹¹ nace con el objetivo de garantizar y proteger de forma integral el derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales¹². Respondiendo a su finalidad de ga-

⁷ Haciendo referencia a lugares respecto a los cuales el Convenio 190 OIT extiende su protección [art. 3 a), b), c), e) y f)], ALTÉS TÁRREGA, J.A. «El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa...», *cit.*, p. 103.

⁸ BOE del 29.

⁹ BOE del 23.

¹⁰ BOE del 13.

¹¹ BOE del 7. Un análisis detallado en ROJO TORRECILLA, E. «Notas sobre la normativa laboral y de protección social en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual» Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Fecha de publicación: 29 de julio de 2021; y del mismo autor «La normativa laboral y de protección social en la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual (actualizado a 7 de septiembre)». Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Fecha de publicación: 29 de agosto de 2022. Consultados por última vez: 13/02/2023.

¹² Tal como se indica en el Preámbulo (apartado primero) de la LOGILS “en su expresión física y también simbólica, las violencias sexuales constituyen quizá una de las violaciones

⁴ PONS CARMENA, M. «Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio 190», *Labos*, N. 2 (2020), pp. 30-60.

⁵ RAMOS QUINTANA, M. I. «Violencia de género y relaciones de trabajo en el marco del convenio número 190 de la OIT». *Revista de Derecho Laboral vLex*. N. 4 (2021), p. 148.

⁶ Entendiendo que probablemente se mantendrá la clara separación de conceptos en modelos avanzados donde la legislación en materia de acoso en el trabajo se encuentra en estado de gran desarrollo y precisión; mientras que la tendencia a la unificación conceptual se producirá en países con menor recorrido jurídico en el tratamiento particularizado del acoso. *Idem*, p. 149. En nuestro país, la construcción jurídica del acoso se ha venido forjando en distintas disposiciones. ALTÉS TÁRREGA, J.A. «El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. N. 4 (2022), p. 99.

rantizar la prevención, detección, sensibilización y sanción de las violencias sexuales, la LOGILS prevé la adopción y puesta en práctica de políticas interdisciplinarias efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, a nivel estatal y autonómico, que incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de las mujeres (niñas, niños y adolescentes), en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual, incluido, por tanto, el ámbito laboral (art. 1.2). El “enfoque global” se convierte a estos efectos en un rasgo distintivo de la norma –concordante a la “estrategia integral” a la que se refiere el art. 4.2 del Convenio 190 OIT–, que se manifiesta a través de la interconexión entre todas las medidas previstas de protección integral diseñadas de manera armonizada para garantizar “la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual”¹³. Es en el Capítulo I del Título IV de la LOGILS donde se define el alcance y la garantía del derecho a la asistencia integral especializada y accesible, que se reconoce a todas las personas comprendidas en el art. 3.2. Este derecho, cuya finalidad es ayudar que las personas puedan superar las consecuencias físicas, psicológicas, sociales o de otra índole, derivadas de las violencias sexuales, comprende una serie de elementos que se enumeran de manera no taxativa en el art. 33, incluyendo la atención a las necesidades laborales (art. 33.1.d).

de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños.”

¹³ MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como “Ley del sí es sí”)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. N. 33 (2022), p. 19.

En este orden de consideraciones, conviene destacar que la LOGILS en su Preámbulo pone en relieve que “las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural, estrechamente relacionada con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada”. Por ello, “la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado”.

Sin duda, el concepto “violencia sexual” es el elemento central de la LOGILS, y sobre el que se articulan los derechos reconocidos en la misma. La principal novedad de esta regulación radica en la voluntad expansiva del ámbito objetivo del concepto que no solo incluye el acoso, sexual y sexista, sino que se amplía a toda forma de violencia sexual y moral en el trabajo, tal como exige el art. 1 Convenio 190 OIT, y que quizás hubiese merecido la reforma del artículo 4.2.e) del ET¹⁴. La violencia sexual se define en el art. 3 de la LOGILS como “*cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital*”. De ahí que se haya afirmado que “la norma enumera un listado *numerus apertus* de manifestaciones de violencia sexual”¹⁵. Además, y en todo caso, es preciso conside-

¹⁴ Se acomete así la ansiada “operación legislativa clarificadora conceptualmente hablando” y se tipifican “las conductas que delimitan el acoso y la violencia”. La sintonía con el enfoque integral propuesto por el Convenio 190 de la OIT permite zanjar los debates “en los que se han venido perfilando las categorías jurídicas y las clasificaciones consolidadas mediante las cuales se ha entrado a distinguir violencia y acoso de carácter discriminatorio respecto de la violencia y acoso sin causa de discriminación”. RAMOS QUINTANA, M. I. «El trabajo de las mujeres en la economía digital. Desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva Estrategia europea para la igualdad». En RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.) *La Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*. Albacete: Bomarzo, 2020, pp. 17 y 18.

¹⁵ ESPEJO MEGÍAS, P. «La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N. 472 (2023), p. 105.

rar violencias sexuales el feminicidio sexual (homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas como violencias sexuales) y los delitos contra la libertad sexual, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual (previstos en el Título VIII del Libro II del Código Penal¹⁶). Como acertadamente se ha precisado, aunque el contenido parece vincularse a delitos, según la tipificación penal, la norma legal incluye expresamente “otras conductas” no constitutivas de delito, pero sí vulneradoras de la libertad sexual y/o la integridad moral (art. 15 CE)¹⁷.

El establecimiento de medidas de reparación y, más importante aún si cabe, la implantación de mecanismos de prevención, de evitación de la violencia y del acoso y de todo tipo de conductas agresivas verbales o físicas, deben abarcar todos los canales de producción, “tanto presencial como a distancia y, expresamente, por medios o con instrumentos digitales”¹⁸. En consecuencia, especial referencia merecen las violencias sexuales en el ámbito digital –a las que se refiere el art. 3.d) del Convenio 190 OIT– y que comprenden la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos. A través del “ciberacoso” en el trabajo (*network mobbing*), la persona trabajadora puede sufrir situaciones de hostigamiento a través de mensajes de voz, imágenes o videos por medio de múltiples canales digitales (programas de mensajería instantánea, programas de videoconferencias, correos electrónicos profesionales o redes so-

ciales) que pueden ser intimidatorias y constitutivas de acoso laboral o sexual¹⁹.

Respecto a su ámbito subjetivo, es importante señalar que la LOGILS se aplica a mujeres, adolescentes, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad, o que hayan sido víctimas de violencias sexuales en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española, siendo susceptible de ampliación a los menores y a las personas con capacidad jurídica modificada (art. 3.2 LOGILS). La referencia a las personas con capacidad jurídica modificada supone también incluir a los hombres en esta situación, pero no al resto de hombres adultos que pudieran ser víctimas de tales delitos²⁰. Para completar el ámbito subjetivo, el artículo 36 precisa que las víctimas de violencias sexuales que según la legislación de extranjería –Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²¹(LOEx)– estén en situación administrativa irregular, tendrán los derechos reconocidos en la LOGILS en igualdad de condiciones con el resto de las víctimas. A tal fin, la Disposición final sexta de la LOGILS modifica el art. 31 bis de la LOEx dedicado a la “residencia temporal y trabajo de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género y de violencias sexuales”. Además, en aquellos supuestos no regulados en la LOGILS y que serán desarrollados reglamentariamente, tendrán derecho a la residencia y trabajo en los términos previstos para las autorizaciones por circunstancias excepcionales en la LOEx.

¹⁶ Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE del 24), al que da nueva redacción la disposición final cuarta de la LOGILS.

¹⁷ MOLINA NAVARRETE, C. «La violencia sexual en el trabajo: nuevo riesgo laboral en virtud de la LO 10/2022, de 6 de septiembre». *Boletín LARPSICO: nuevas claves para la salud psico-social en las organizaciones*. N. 2 (2022), p. 5.

¹⁸ RAMOS QUINTANA, M. I. «El trabajo de las mujeres ...», *cit.*, p. 17. Respecto a la violencia de género en los entornos digitales, véase también RAMOS QUINTANA, M. I. «Violencia de género y relaciones de trabajo ...», *cit.*, pp. 150 y 151.

¹⁹ TRUJILLO PONS, F. «Unos apuntes a cuenta de las patologías laborales propias de la presente era digital». *Revista de Derecho Social*. N. 97 (2022), p. 198.

²⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como “Ley del sí es sí”)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. N. 33 (2022), p. 19.

²¹ BOE del 12.

En cuanto a los medios de acreditación de la condición de víctima de violencia sexual que dan lugar al reconocimiento de los derechos establecidos en la norma, se admite, al igual que ocurre con las víctimas de violencia de género, una multiplicidad de órganos que pueden constatar esta situación. El artículo 37 de la LOGILS establece que la acreditación podrá hacerse mediante “*informe de los servicios sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, o de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora; por sentencia recaída en el orden jurisdiccional social; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos*”. En el caso de víctimas menores de edad, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial²².

2. LA EMPRESA COMO ESPACIO SEGURO Y ACCESIBLE

2.1. Prevención, sensibilización e intervención de las conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo

Las violencias sexuales (definidas en el art. 3 de la LOGILS) y la violencia moral, incluidas sus modalidades digitales (cibercoso), constituyen riesgos psicosociales en el entorno de trabajo que la LOGILS se preocupa de prevenir en especial respecto a quienes más la sufren, las mujeres, también en el en-

torno de trabajo²³. De este modo, la LOGILS configura un deber empresarial de velar por la defensa de la libertad sexual y la integridad moral de las personas trabajadoras, que se erige sobre dos importantes cimientos: la prevención de estos delitos y la sensibilización sobre el problema. Este deber general de prevención y sensibilización en el ámbito laboral se sistematiza, dentro del Capítulo I del Título II de la LOGILS, en una serie de obligaciones específicas para todas las empresas, independientemente de cuál sea su dimensión. Con todo, como se resaltarà a continuación, el marco regulador de derechos y obligaciones resultante de lo preceptuado en los artículos 12 y 16.2 de la LOGILS no resulta acorde, desde la perspectiva preventiva, a la centralidad que el control y la prevención de la seguridad y salud ocupan en el Convenio 190 de la OIT.

La LOGILS incorpora novedades importantes para las políticas de prevención de riesgos psicosociales en el trabajo. En su art. 12 se enuncia el deber empresarial de prevención integral de los factores de riesgo de violencias sexuales y/o morales en el entorno de trabajo al establecer la obligación de las empresas de promover condiciones de trabajo que eviten “*la comisión de delitos*” y “*otras conductas*” contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. El art. 12 de la LOGILS precisa y amplía el ámbito material de conductas a prevenir y el catálogo de obligaciones a tal fin previsto en el art. 48 de la LOI²⁴, que originariamente solo

²² Los medios de acreditación de la condición de víctima de violencia de género establecida en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en la redacción dada por la disposición final novena.ocho de la LOGILS.

²³ La referencia a la prevención de las conductas contra la integridad moral en el trabajo representa una importante referencia normativa en el avance hacia la protección y prevención de todas las conductas de *mobbing* en el trabajo, superando referencia estricta al acoso discriminatorio del art. 4.2. e) del ET y del art. 6.4 de la LITND. ROJAS RIVERO, G. P. *El daño por mobbing: delimitación y responsabilidades*. Albacete: Bomarzo, 2017, pp. 26 y ss. En todo caso, la falta de regulación expresa del acoso en el trabajo no debe entenderse como exclusión de la tutela preventiva, ROJAS RIVERO, G. P. *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*. Albacete: Bomarzo, 2005, p. 117 y 120 y ss.

²⁴ El art. 48 de la LOI se modifica por la disposición final décima de la LOGILS.

hacia referencia al procedimiento específico que las empresas debían arbitrar para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (generalmente, protocolos), y que ahora incluye la prevención de “*la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital*”. En consecuencia, el plan de prevención en el ámbito laboral debe incluir acciones dirigidas a evitar todas las formas de violencia sexual (y de la violencia moral) que puedan darse, también en el ámbito digital.

Este deber promocional por parte de las empresas cristaliza en tres grandes obligaciones de gestión integral –preventiva (evaluación y formación) y promocional (sensibilización)– de la violencia sexual y moral en el trabajo como riesgo profesional. Estas previsiones de la LOGILS se alinean con el artículo 9 del Convenio 190 OIT, que ordena a los Estados miembros adoptar leyes que obliguen a las empresas a implantar todas las medidas necesarias para prevenir el acoso y la violencia en los lugares de trabajo.

En primer lugar, en la concreta obligación de arbitrar y dotarse de procedimientos específicos para su prevención y para canalizar las denuncias o reclamaciones que puedan formular las personas víctimas de estas conductas, incluyendo las sufridas en el ámbito digital. Estos mecanismos de intervención empresarial estaban previstos en nuestra legislación para los casos de acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 48 de la LOI), pero el Convenio 190 OIT los exige para todos los supuestos de violencia y acoso en el trabajo (art. 10). Sin duda, resultaría muy beneficioso para las víctimas de estas conductas que los canales internos de denuncias admitan que las reclamaciones también puedan ser tramitadas por la representación legal de las personas trabajadoras, evitando así supuestos en que estas conductas permanecen ocultas por las propias víctimas por el temor a perder su empleo, a sufrir represalias o el miedo a la señalización.

La mención específica a la prevención frente a las conductas que se produzcan en el ámbito digital –“hostigamiento digital” o “ciberacoso” (*network mobbing*)– conecta con la obligación que art. 4.4 de la Ley 10/2021, de 9 de julio de trabajo a distancia²⁵ que prevé que “*las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral*”²⁶.

En realidad, esta nueva obligación no difiere de la que recogía el artículo 48 de la LOI, referido al procedimiento específico que las empresas deben arbitrar para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y que favoreció la adopción e implementación de protocolos como principal instrumento para dar cumplimiento a esta obligación. Lo que sucede ahora es que todas las empresas, con independencia de su tamaño, deben aprobar y contar con un protocolo de actuación contra el acoso laboral. De este modo, aquellas compañías que ya cuenten con su protocolo deben revisar su contenido para incluir en él medidas específicas de prevención de conductas de violencia sexual, de conductas contra la integridad moral y las cometidas en el ámbito digital si estas no hubieran sido incorporadas en el protocolo en vigor.

Del tenor literal del primer apartado del art. 12 LOGILS podría desprenderse que la empresa puede cumplir con esta obligación creando estos procedimientos de manera unilateral. Sin embargo, la lectura sistemática

²⁵ BOE del 10.

²⁶ MOLINA NAVARRETE, C. «Del acoso moral (“mobbing”) al ciberacoso en el trabajo (“net-work mobbing”) viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N. 437-438 (2019), pp. 143-165; MOLINA NAVARRETE, C. «Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío». *Diario la Ley*, N. 9452 (2019); VICENTE PACHÉS, F. «El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N. 488 (2020), pp. 69-106.

del precepto permite concluir lo opuesto. Así, en concordancia con lo dispuesto en el art. 48 de la LOI, el art. 12.2 admite la posibilidad de que las empresas opten por la adopción de “medidas” –“*las empresas podrán establecer*”–, entre otras, “*la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación*”. Una vez más, la redacción del precepto genera confusión: ¿es la previsión del art. 12.2 realmente una opción voluntaria de la empresa para la creación de otras medias específicas *ad hoc* negociadas o, por el contrario, es una continuación de la obligación empresarial de creación de procedimientos específicos? La mención a los protocolos de actuación entre las posibles medidas a adoptar parece apuntar a lo segundo.

Sea como fuere, y como se indicaba anteriormente, en caso de que las empresas recurran a estas fórmulas, se impone con carácter preceptivo la negociación de buena fe con la representación de las personas trabajadoras en las empresas de las medidas preventivas, como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación²⁷. Así, la negociación colectiva en el seno de la empresa ocupa un papel central en la lucha contra cualquier tipo de violencia y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Sin embargo, una vez más, no puede dejar de criticarse la redacción ya que al indicar que “*las empresas podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de las perso-*

nas trabajadoras” parece dar a entender la posible existencia de otras medidas con las que la empresa podría dar cumplimiento a este mandato legal saltándose la obligación de negociar. Además, con la evidente voluntad de mejorar la eficacia de las medidas y garantizar que sean adecuadas y efectivas, se contempla que estas medidas negociadas –los procedimientos específicos creados para la prevención de estas situaciones y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones de las víctimas de estas conductas– deben estar dirigidas y comprender a toda la plantilla de la empresa cualquiera que su vínculo laboral²⁸; incluidas las personas becarias, el voluntariado y las que presten sus servicios a través de contratos de puesta a disposición. Esta visión omnicompreensiva es coherente con lo dispuesto en art. 2 del Convenio 190 OIT, que no solo pretende proteger de la violencia de género laboral a las personas trabajadoras, también “*a otras personas en el mundo del trabajo como los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador*”²⁹.

La obligación empresarial de arbitrar procedimientos “*para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital*” (art. 12.1 de la LOGILS), merece una última consideración. No puede perderse de vista la reciente aprobación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones

²⁷ La disposición final 10.3 de la LOGILS de nueva redacción al art. 48 de la LOI, modificando incluso su rúbrica, pasando a denominarse “Medidas específicas para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo”. Debe lamentarse que el cambio en la redacción no se haya aprovechado para introducir el lenguaje inclusivo, pues se mantiene la mención “*los representantes de los trabajadores*” en el apartado segundo del precepto, en lugar de la más conveniente de “representación de las personas trabajadoras”.

²⁸ La ley contempla expresamente “*cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada y con contratos en prácticas*”. La alusión a “*los contratos en prácticas*” se entiende referida al contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios (art. 11.3 del ET).

²⁹ El inciso final de este precepto del Convenio hace referencia expresa a la protección frente a conductas de violencia y acoso vertical. ALTÉS TÁRREGA, J. A. «El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa...», *cit.*, p. 102.

normativas y de lucha contra la corrupción³⁰, que se ocupa de transponer en nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (conocida como Directiva *Whistleblowing*), pues contiene referencias específicas en materia de seguridad y salud en el trabajo. Y es que, si bien hasta el momento las empresas tenían libertad para diseñar los canales de denuncia internos, ahora se establece la obligación para las empresas que cuenten con una plantilla de cincuenta o más personas trabajadoras de implantar un cauce interno de comunicación para denunciar todo tipo de irregularidades, garantizando la seguridad y protección para el denunciante (art. 10). La observancia de los nuevos requisitos exigidos por la ley supondrá que muchas empresas deban modificar sustancialmente tanto los canales de denuncia preexistentes como los procedimientos de registro, gestión y seguimiento de dichas denuncias³¹. La nueva obligación se suma al amplio elenco de políticas, protocolos, planes, códigos y procedimientos que las empresas tienen que implantar en relación con sus plantillas relativas a igualdad, no discriminación, acoso, prevención de riesgos, uso de herramientas digitales, registro de jornada, etc. Más allá del cumplimiento de esta obligación en los términos y el plazo que otorga la Ley, conviene coordinar todos estos protocolos para asegurar su correcta ordenación y optimización.

Ahora bien, ¿realmente es posible extender este “sistema interno de información” a la canalización a las denuncias o reclamaciones

³⁰ BOE del 21. En general el sistema interno o canal de denuncias debe estar implantado desde los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la norma, a excepción de las empresas con 249 trabajadores o menos y los municipios de menos de 10.000 habitantes, cuyo plazo se extiende hasta el 1 de diciembre de 2023.

³¹ Ampliamente sobre este tema, ROJAS RIVERO, G. P. «Los sistemas internos de denuncias (whistleblowing) en la Directiva 2019/1937 y el anteproyecto de ley sobre informantes». *Documentación Laboral*. N. 126 (2022), pp. 87-102.

de las víctimas de las conductas previstas en el art. 3 de la LOGILS? La Ley española de transposición ha hecho uso de la facultad prevista en el art. 2.2 de la Directiva que permite a los Estados miembros “*ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en el apartado 1*”³² y, en consecuencia, ha extendido su ámbito material a “*las acciones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave*” de nuestro ordenamiento, lo que supone que se puedan incluir las infracciones de normas laborales o de Seguridad Social. A mayor abundamiento, el art. 2.3 indica que “*la protección prevista en esta ley para las personas trabajadoras que informen sobre infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, se entiende sin perjuicio de la establecida en su normativa específica*”³³. Sin duda, la expresión “*sin perjui-*

³² La Directiva se proclama en su art. 1.1 como una Directiva de “*mínimos comunes*”. El ámbito objetivo mínimo de la Directiva se refiere a las infracciones del derecho de la Unión en las siguientes áreas: contratación pública, servicios financieros, seguridad de los productos, de los alimentos y del transporte, protección del medio ambiente, sanidad animal, seguridad nuclear, salud pública, protección de los consumidores, privacidad y protección de datos, competencia, mercado interior o intereses financieros de la Unión. Por tanto, la Directiva “*anima a los Estados a extender el diseñado sistema de protección, sin que ello implique propiamente una ampliación en nuestro ordenamiento del ámbito propio de la Directiva y, por ello, la sujeción de su aplicación en lo que no se refiera al Derecho de la Unión Europea ni se somete al control de las autoridades de las Unión ni a su interpretación por el TJUE, que no será competente en todo lo que no se relacione con las infracción del Derecho de la Unión, respetando la autonomía del legislador español*”. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “La protección de los trabajadores que informen sobre infracciones normativas”. En *Laborum et scienciae: libro homenaje al prof. Dr. Juan Raso Delgado*. Madrid: Alma Mater, 2022, p. 24. Asimismo, al respecto se ha indicado que la inclusión de las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, se ha hecho con el fin de que la actividad investigadora se concentre en “*las vulneraciones que se consideran que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad*” (exposición de motivos).PARAJÓ CALVO, M. «Análisis del proyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción». *Documentación Administrativa*. N. 9 (2022), pp. 43-74.

³³ Ello resulta concordante con el considerando 21 de la Directiva que indica que “*La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la protección otorgada a los trabajadores*

cio de” nos conduciría a interpretar que esta ley no excluye su propia aplicación a los casos de denuncias de conductas contra la libertad sexual o la integridad moral en el trabajo, sin que ello implique dejar de aplicar la normativa específica. No obstante, la ley establece una precisión que resulta fundamental para esclarecer si estos sistemas de denuncia internos pueden ser utilizados para canalizar las posibles conductas de violencia sexual o moral (incluidas las producidas en entornos digitales). Así, el art. 35 relativo a las condiciones que deben cumplir las personas que comuniquen o revelen infracciones, excluye expresamente de la protección a las personas que comuniquen o revelen *“informaciones vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación”* (art. 35.2.b). En consecuencia, desde una interpretación estricta de los preceptos implicados podríamos responder negativamente a la pregunta que nos formulábamos anteriormente, entendiendo que resultan excluidas las denuncias que comuniquen infracciones que conciernen *“únicamente al informante”*, salvo que la reclamación afecte a un conjunto de mujeres trabajadoras entre las que se encuentre la propia informante³⁴. Sin embargo, esta no parece ser la interpretación más adecuada. Las denuncias de conductas de violencia y el acoso sexual y no sexual en el trabajo (o de laguna de las formas de violencia comprendidas en el art. 3 LOGILS) cuan-

do son objeto de información a la empresa, en tanto ocurren a personas que pertenecen a la plantilla, no pueden considerarse simples conflictos interpersonales, sino que producen un impacto en la relación de trabajo cuya trascendencia afecta y va más allá de la persona informante y de las personas a que se refiere la comunicación. Al contrario, es una información de enorme relevancia para la empresa, que debe asegurar *“un lugar de trabajo libre de violencia sexual y moral”*. La empresa está obligada a prevenir, sensibilizar y formar en violencia sexual en el trabajo (art. 12 de la LOGILS) de manera que la comunicación del sujeto informante implica activar una serie de obligaciones legales y convencionales por parte de la empresa. Entre otras cosas, la empresa está inmediatamente obligada a iniciar el protocolo de detección, prevención y actuación, debe despedir inmediatamente al acosador o agresor si forma parte de su plantilla y debe adoptar cuantas medidas están previstas legal o convencionalmente. En definitiva, al tratarse de una información trascendente en el ámbito del trabajo, debemos afirmar que los *“sistemas internos de información”* creados *ex* Ley 2/2023 deberán ser canales que permitan denunciar todo tipo de irregularidades, incluyendo entre ellas también las conductas de acoso laboral, acoso sexual, acoso por razón de sexo, ciberacoso, etc.

Volviendo a las obligaciones empresariales contenidas en el artículo 12 de la LOGSS, en segundo lugar, se impone a las empresas el deber de incluir la violencia sexual en la valoración de riesgos laborales concurrentes en los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, obligación que se complementa con un deber adicional de formar e informar de la evaluación de este riesgo a las trabajadoras. Sin duda, esta previsión es singularmente importante por cuanto hace emerger *“la violencia sexual”* como riesgo laboral, es decir, como posibilidad de que una persona trabajadora sufra un determinado daño derivado del trabajo (art. 4.2 de la LPRL). Sin embargo, su configuración sesgada y limitada al hecho circunstancial de que el puesto de trabajo sea

cuando informen sobre infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral. En particular, en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo, el artículo 11 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo ya obliga a los Estados miembros a velar por que los trabajadores o los representantes de los trabajadores no sufran perjuicios a causa de sus peticiones o propuestas a los empresarios para que tomen medidas adecuadas para paliar cualquier riesgo para los trabajadores o eliminar las fuentes de riesgo. Los trabajadores y sus representantes tienen derecho en virtud de esa Directiva a plantear cuestiones ante la autoridad competente si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo”.

³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “La protección de los trabajadores que informen sobre infracciones normativas”...p. 28.

ocupado por una mujer en un determinado momento, hace de esta obligación no solo deber inconcluso, sino una auténtica previsión vacía de contenido³⁵. Debe lamentarse que se haya perdido la oportunidad de imponer que el deber de valoración de este riesgo afecte a todos los puestos de la empresa, sin constreñirlo a que el puesto esté ocupado temporalmente por una mujer. Este enfoque amplio e integrador del conjunto de la empresa y de todos los puestos de trabajo permitiría poder hablar de una prevención de las violencias sexuales real y efectiva y concordante al derecho a la garantía integral de la libertad sexual que proclama y protege la LOGILS³⁶.

No vuelve a referirse la LOGILS a la violencia sexual como riesgo en el resto de su articulado, ni repara en contemplar de forma explícita esta obligación en la normativa preventiva³⁷. Sin duda, la trascendencia de esta obligación empresarial hubiese requerido la oportuna modificación de los artículos 4.2.e) y 19 del ET y, especialmente, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales para adecuarla al contenido de esta ley³⁸, y facilitar el acce-

³⁵ En este sentido, pero apostando por una interpretación integradora de forma que "las obligaciones empresariales sean exigibles *de facto*", ESPEJO MEGÍAS, P. «La tutela laboral del derecho a la libertad sexual...», *cit.*, p. 109.

³⁶ ESPEJO MEGÍAS, P. «La tutela laboral del derecho a la libertad sexual...», *cit.*, p. 109.

³⁷ ÁLVAREZ CUESTA, H. «Aspectos laborales de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual». Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fecha de publicación: 21 de septiembre de 2022.

³⁸ El deber de protección integral de la salud en el trabajo en la LPRL, precisa, tal como pertinentemente sugiere la profesora ESPEJO MEGÍAS, una serie de modificaciones que trascienden al empleo del lenguaje inclusivo en la norma, a fin de garantizar la seguridad y la salud de todas las personas que presten servicios en la empresa en todos los aspectos relacionados con el trabajo, incluida la violencia de género, la violencia sexual y la violencia moral. Se considera fundamental, por tanto, la modificación del artículo 14 de la LPRL para concretar el deber empresarial en el sentido apuntado, además de los artículos 15, 16, 18, 19 de la LPRL. La reformulación del art. 21 de la LPRL también sería importante tanto para permitir a la trabajadora víctima de violencia sexual interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo si considera que permanecer en él supone un riesgo grave e inminente para su

so y comprensión a las empresas y servicios de prevención sobre este marco de políticas y obligaciones de promoción y garantías de entornos laborales libres de violencia sexual y moral, incluidas sus modalidades digitales (ciberacoso)³⁹. En particular, sería conveniente que el segundo apartado del art. 16 de la LPRL contemplara la violencia y el acoso de forma expresa, dentro del deber de actuación de las empresas para prevenir los riesgos de carácter específico, recibiendo así cobertura adecuada los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo dentro de la obligación de seguridad y salud laboral empresarial.

Con todo, no puede dejar de subrayarse que la indispensable reforma de la LPRL supondría también un importante avance en la incorporación de la perspectiva de género a la prevención de riesgos laborales reclamada por el Convenio 190 OIT que compele a las empresas a adoptar un enfoque de género inclusivo e integrado "que aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de la discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género" (preámbulo). Esta previsión del Convenio 190 no queda totalmente desatendida por el LOGILS, pues en su artículo 16.2 recoge la obligación empresarial de "integrar la perspectiva de género en la organización de los espacios de sus centros de trabajo" con el fin de que resulten seguros y accesibles para todas las trabajadoras, para lo cual la correcta observación y prevención de los factores de riesgo es indispensable para acabar con todas las formas de violencia hacia las mujeres en el trabajo. Se trata de una ampliación o impulso de la perspectiva de género que ya contemplan y exigen los planes de igualdad, que incluye entre las materias que constituyen

vida o su salud, como para habilitar a la representación legal de las personas trabajadoras en la empresa acordar la paralización de la actividad de las trabajadoras afectadas por dicho riesgo. Al respecto, ESPEJO MEGÍAS, P. «La tutela laboral del derecho a la libertad sexual...», *cit.*, pp. 109 a 111.

³⁹ MOLINA NAVARRETE, C. «La violencia sexual en el trabajo...», *cit.*, p. 6.

el contenido del diagnóstico negociado la prevención del acoso sexual y por razón de sexo [art. 46.2.i) LOI]; y que, además, está en estrecha conexión con el derecho a “un entorno de trabajo seguro y saludable” elevado la categoría de derecho fundamental por la OIT en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en su versión enmendada de 2022⁴⁰.

No obstante, la falta de modificación de la LPRL no empaña la consideración de las violencias sexuales (art. 3 LOGILS) y de la violencia moral (más allá de acoso moral), incluidas sus modalidades digitales (ciberacoso) como riesgos psicosociales en los entornos de trabajo. Por tanto, se deduce de manera implícita la obligación de las empresas de revisar su plan de prevención de riesgos laborales para incluir la violencia sexual en la evaluación de riesgos de los puestos ocupados por trabajadoras, así como a impartir nuevas formaciones en materia de riesgos laborales en las que específicamente se informe a las trabajadoras de los nuevos riesgos evaluados.

Finalmente, la tercera obligación empresarial que emana del art. 12 de la LOGILS es la de promoción de la sensibilización y la formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio. Merece destacarse que la LOGILS sitúa en el mismo nivel y otorga la misma importancia a la prevención y a la persecución de estos delitos. Por eso, ofrecer información, sensibilizar y formar al conjunto de la empresa sobre la violencia sexual o el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el entorno laboral (incluido el digital) resulta imprescindible para que las empresas cumplan fielmente con su deber de protección. Aunque no se haya modificado la normativa preventiva, este deber precisa conectarse con las obligaciones de información y formación de los artículos 18 y

19 de la LPRL. En cuanto a la información, el artículo 18 de la LPRL impone a las empresas la obligación de adoptar las medidas adecuadas para que la plantilla reciba toda la información relativa a los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, tanto los que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función, incluyendo también la difusión de las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos detectados. Igualmente, debe tenerse en cuenta que esta previsión de la LOGILS afecta directamente al corazón del art. 19 LPRL, de modo que la empresa debe garantizar que cada persona trabajadora –en particular y según la LOGILS, únicamente las trabajadoras– reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada para prevenir todos los riesgos presentes y futuros. Esta formación debe incluir la referencia a las violencias sexuales y/o morales en el trabajo, incluyendo las modalidades digitales, como factores de riesgo psicosocial en el entorno de trabajo, y debe realizarse tanto en el momento de su contratación, como cuando se produzcan cambios en los puestos de trabajo desempeñados o se introduzcan nuevas tecnologías⁴¹. En consecuencia, serán clave las campañas de sensibilización y la impartición de formaciones que tengan como objetivo la prevención y detección de la violencia sexual, con la posibilidad de prever su repetición periódica a efectos de actualización y sensibilización.

Otro aspecto especialmente relevante en esta obligación empresarial de promover acciones de sensibilización y ofrecer formación sobre protección integral contra las violencias sexuales es que tales acciones tienen como destinatario a la totalidad de la plantilla. Por tanto, todas las medidas de prevención, denuncia y reparación se aplican a todo el personal al servicio de la empresa, independientemente del vínculo contractual con la organización o si son becarias, voluntarias o personas trabajadoras cedidas por medio de

⁴⁰ Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 6 de junio de 2022, adoptada en la 110ª reunión de la Conferencia Internacional de la OIT.

⁴¹ ESPEJO MEGÍAS, P. «La tutela laboral del derecho a la libertad sexual...», *cit.*, p. 111.

contratos de puesta a disposición. Sin duda, este conjunto de obligaciones empresariales repercute de manera directa en los puestos más feminizados, en aquellas mujeres con contratos temporales, voluntarias o becarias y en ciertos sectores con una presencia femenina creciente.

Por último, cabe destacar el papel central desempeñado por la representación unitaria en esta regulación, a quien corresponde no solo la negociación de las medidas con las empresas, sino también la importante función de prevención en esta materia. La representación laboral tiene el deber de colaborar con la empresa a fin de facilitar la detección y prevención de estos riesgos de violencia (sexual y moral). Así, el art. 48.2 de la LOI –modificado parcialmente por la disposición final décima de la LOGILS– incluye una obligación de cooperación de la representación laboral en la gestión de estos riesgos (que no aparece en el art. 12 LOGILS), ampliando el ámbito de deberes preventivos y de sensibilización a toda forma de violencia sexual y/o moral en el trabajo. En concreto, se impone a los representantes de las personas trabajadoras el deber de contribuir a prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, con especial atención al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital. El propio precepto indica que el cumplimiento de esta obligación se realice mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos.

2.2. La garantía del cumplimiento de las obligaciones empresariales: ¿es suficiente el distintivo de calidad preventiva frente a la violencia sexual laboral?

La LOGILS no se limita a establecer obligaciones, sino que, además de las garantías propias de la tutela administrativa y judicial,

introduce una medida de fomento para promover que las organizaciones empresariales, de forma voluntaria, “no se limiten al cumplimiento de la normativa estatal, sino que introduzcan incluso mejoras en sus estándares, bien con carácter unilateral o bien mediante la negociación colectiva”⁴². De este modo, la LOGILS incorpora, a modo de incentivo, un mecanismo promocional para favorecer que las empresas adecúen su estructura y normas de funcionamiento a lo establecido en la ley, integrando la perspectiva de género a nivel técnico y organizativo, de manera que pueden optar al reconocimiento como “Empresas por una sociedad libre de violencia de género”.

Esta previsión supone el reconocimiento normativo de la iniciativa institucional homónima de colaboración público-privada y responsabilidad social corporativa impulsada por la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género con la finalidad de promover la implicación de las empresas en la sensibilización ante la violencia de género en general y la violencia sexual en particular en el ámbito laboral⁴³. Mediante la iniciativa, el Instituto de las Mujeres, a través de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, pretende promover un modelo eficaz de colaboración público-privado para erradicar la violencia de género: se suscriben convenios-protocolos de colaboración con empresas de ámbito nacional y diferentes sectores de actividad para fomentar tanto la concienciación sobre el problema como la integración social y laboral de las mujeres víctimas de violencia de género⁴⁴. De este modo, las empresas se

⁴² ARGÜELLES BLANCO, A. R. «Distintivos y marcas de excelencia para la igualdad entre mujeres y hombres: ¿responsabilidad social corporativa y/o mercadotecnia?». *Revista de Derecho Laboral*. N. 4 (2021), p. 34.

⁴³ MOLINA NAVARRETE, C. «La violencia sexual en el trabajo...», *cit.*, pp. 3-6.

⁴⁴ Para la adhesión a esta iniciativa se recurre al convenio (artículo 47 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público), firmado entre la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género y la empresa interesada. A través de este convenio de cuatro años de duración ambas partes se comprometen a desarrollar una serie de acciones de sensibilización

comprometen a facilitar la inserción laboral de mujeres víctimas de violencia de género en sus plantillas y el Instituto de las Mujeres presta asesoramiento a la entidad firmante, así como herramientas y apoyo de entidades colaboradoras para facilitar los procesos de inserción⁴⁵.

La regulación del distintivo en la LOGILS reproduce la misma fórmula establecida en la LOI para reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadoras y trabajadoras (art. 50 de la LOI)⁴⁶. De la misma manera, la regulación de este distintivo de calidad preventiva en violencia sexual laboral queda pendiente a un posterior desarrollo reglamentario que se ocupará de establecer el procedimiento y las condiciones para su concesión, el proceso de revisión periódica, las causas de retirada del distintivo, así como las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan (art. 12, apartados 3 y 4 de la LOGILS).

En el caso del “distintivo igualdad en la empresa” (DIE) su ordenación procedimental de carácter reglamentario se realizó mediante el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre⁴⁷ convocándose anualmente desde 2010, si bien la última convocatoria se produjo en el año 2020, paralizándose tras la crisis del COVID-19⁴⁸. Todo apunta a que tal como fue

de forma conjunta y a crear una comisión de seguimiento del mismo.

⁴⁵ Toda la información sobre esta iniciativa institucional se encuentra disponible en la web del Ministerio de igualdad <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/sensibilizacionConcienciacion/iniciativaEmpresas/home.htm>. Consultado por última vez: 10/02/2023.

⁴⁶ Ampliamente, ARGÜELLES BLANCO, A. R. «Distintivos y marcas de excelencia para la igualdad ...», *cit.*, pp. 34-50.

⁴⁷ Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la empresa” (BOE del 3 de noviembre).

⁴⁸ La última convocatoria se realizó a través de la Orden IGD/980/2020, de 16 de octubre, por la que se convoca la concesión del distintivo Igualdad en la Empresa correspondiente al año 2020, y se establecen sus bases reguladoras.

entonces para la LOI es ahora para la LOGILS, y nuevamente se contempla la sujeción a un proceso de revisión periódica por parte de las empresas que logren este distintivo, a fin de corroborar que mantienen el cumplimiento de las previsiones normativas y/o para retirar el distintivo si rebajan sus niveles iniciales o se producen nuevas circunstancias que lo justifican. En el caso del DIE, cuya vigencia es de tres años, el control periódico al que se someten las empresas distinguidas *ex art.* 13 del RD 1615/2009 conlleva que deban remitir al Instituto de las Mujeres un informe anual de seguimiento de las medidas y actividades llevadas a cabo en la organización y relacionadas con la Igualdad entre mujeres y hombres⁴⁹. Dicho informe anual es evaluado a fin de constatar que las entidades distinguidas mantienen el nivel de excelencia en materia de igualdad por el que fueron merecedoras del DIE y el de la tercera anualidad se corresponde con la solicitud de prórroga de la distinción por otros tres años, siendo las propias empresas distinguidas las que tienen la facultad de solicitarla.

La repercusión de esta cadena de obligaciones y la necesidad implícita de evaluar y comprobar de manera permanente el grado de cumplimiento del contenido de los planes de igualdad o los protocolos de acoso no es baladí. La imposición de forma obligatoria de fijación de sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo y desarrollada por el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre⁵⁰, ha servido de acicate para incorporar en las empresas (y normalizar) la presencia de organismos responsables de vigilar el cumplimiento de los derechos de igual-

⁴⁹ Inicialmente el art. 50 de la LOI atribuía esta competencia al Ministerio de Trabajo, luego, el art. 13 del RD 16/15/2020 la asignaba a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo. Finalmente, el art. 11 de la Orden IGD/980/2020 la encomienda al Instituto de las Mujeres.

⁵⁰ Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE del 14).

dad entre mujeres y hombres y de prevención y lucha contra las violencias [arts. 8.2 h) y 9.5 del RD 901/2020]. Siguiendo esta estela, en el seno de las organizaciones empresariales deberán determinarse los sujetos y organismos encargados de velar por el cumplimiento de la norma, más allá de las responsabilidades atribuidas a los representantes de las personas trabajadoras.

No hay que lamentarse si con esta medida promocional, es decir, con la distinción de una empresa como “Empresa por una sociedad libre de violencia de género”, no se consigue de manera inmediata el deseado efecto de calar de manera profunda en sus valores o prácticas. De hecho, ¿cómo podría llegar a valorarse tal efecto? Lo verdaderamente importante y de lo que se trata es de romper inercias, de empezar el camino hacia esa verdadera transformación en las empresas y en la sociedad. Desde esta perspectiva, si las repercusiones de esta medida de responsabilidad social corporativa se limitan inicialmente a ser un puro fenómeno de marketing, orientado a fines publicitarios, a mejorar la imagen de la empresa, o su posición en el tráfico comercial, a pesar de que no sea el fin último deseado, supondrán avances nada desdeñables que van a ir construyendo y provocando la verdadera transformación en el seno de las empresas.

Ahora bien, ¿la obtención de este distintivo o su retirada en caso de que las empresas no se adecuen al catálogo de exigencias preventivas, de promoción, de creación de entornos de trabajo libres de violencias sexuales es una medida lo suficientemente persuasiva para las empresas? Se echa en falta que la norma apostara de manera más contundente por establecer un marco sancionador específico que robusteciera el sistema de sanciones derivado de los incumplimientos en materia de relaciones laborales y de prevención de riesgos laborales previsto en el 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 Social⁵¹.

Las obligaciones en materia laboral contenidas en la LOGILS deben ser cumplidas por todas las empresas independientemente de su tamaño. La tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo se centra en la responsabilidad empresarial frente las conductas que atentan contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, incluyendo: a) las conductas de violencia y el acoso que sufren las personas trabajadoras en la empresa que desencadenan infracciones laborales en materia de relaciones laborales; y, b) la falta de cumplimiento diligente por parte de las empresas de sus obligaciones preventivas respecto a estas conductas en tanto riesgos para la salud de las (mujeres) trabajadoras⁵².

Por tanto, el incumplimiento por las empresas de las obligaciones previstas por la LOGILS determinará la responsabilidad empresarial y la correspondiente imputación de las infracciones y sanciones previstas en la LISOS con relación los diferentes cuerpos legislativos afectados (ET, LOI, LPRL), solo atemperada o exceptuada en los supuestos en que no concurra culpa ni negligencia, es decir, cuando la empresa acredite que actuó de manera diligente o demuestre la existencia de un error que justifique su actuación. A estos efectos, cabe indicar, además, que la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LIITND)– de aplicación exclusiva a las relaciones de trabajo por cuenta ajena (art. 3)–, incluye un régimen de infracciones y sanciones que no sustituye, sino que complementa el recogido en la LISOS, al que remite en su art. 46 LIITND⁵³.

⁵¹ BOE del 8.

⁵² ALTÉS TÁRREGA, J. A. «El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia ...», *cit.*, p. 99.

⁵³ La LIITND indica expresamente que, en el orden social, el régimen aplicable será el regulado por la LISOS. Esto provoca una serie de disfunciones en el ámbito de las relaciones laborales pues la LIITND contempla incluso sanciones más elevadas

En relación con el control administrativo laboral del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la LOGILS, la función de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social –apuntalada ahora en el art. 37 de la LOGILS– resulta fundamental. El fortalecimiento de las competencias de vigilancia y control de la ITSS frente a las conductas atentatorias de la libertad sexual y la integridad moral en la empresa aparece de manera destacada en el Convenio 190 OIT que obliga a los países que lo ratifiquen a “*garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso, incluyendo a través de la inspección del trabajo o de otros organismos competentes*” (art. 4.2.h), añadiendo que deberán establecerse medidas para “*velar por que la inspección del trabajo y otras autoridades pertinentes, cuando proceda, estén facultadas para actuar en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo (...) a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación*” (art. 10.h). La Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus competencias de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los convenios colectivos, en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo, viene efectuando de forma anual campañas dirigidas a constatar el nivel de observancia por parte de las empresas de las medidas previstas en el art. 48 de la LOI⁵⁴. El papel de la actuación inspectora en la materia ocupa un lugar primordial en el Plan Estratégico de la ITSS 2021-2023, que se concreta en la Instrucción 3/2011, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la vigilancia en las empresas de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y que señala que la actividad inspectora en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo constituye un área de actuación

que la LISOS. Un análisis exhaustivo, resaltando la necesidad de revisar y corregir la infraprotección que se ha generado en el ámbito laboral en *Idem*, pp. 97-121.

⁵⁴ ESPEJO MEGÍAS, P. «La tutela laboral del derecho a la libertad sexual...», *cit.*, p. 108.

permanente de la ITSS. Asimismo, es esencial mencionar que los artículos 9.1.g) y 44 de la LPRL facultan a la ITSS a “*ordenar la paralización inmediata de trabajos cuando, a juicio del inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores*”, si bien esta prerrogativa (la orden de paralización) se considera un supuesto excepcional que debe atender a la especial vulnerabilidad de la víctima ente estas circunstancias “de acuerdo con los informes o antecedentes médicos de los que el Inspector pueda tener conocimiento”⁵⁵ (criterio técnico 69/2009).

De manera muy sucinta, cabe hacer referencia a la posibilidad de subsumir los principales incumplimientos empresariales y las conductas de violencia sexual y no sexual que se produzcan en el trabajo en alguno de los tipos genéricos de infracciones previstos en la LISOS. En primer lugar, debe aludirse a la obligación empresarial de protección frente al acoso sexual [art. 4.2 e del ET]⁵⁶, pues son varios los preceptos de la LISOS que resultan de aplicación. El art. 8.11 de la LISOS califica como infracción muy grave “*los actos del empresario que fuesen contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*”. También se considera infracción muy grave “*el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*” (art. 8.13 de la LISOS), y el acoso por razón de sexo (art. 8.13 bis de la LISOS). En particular, el art. 8.13 de la LISOS sanciona a la empresa en cuyo ámbito de dirección y control se produce el ilícito sin importar el hecho de que la víctima, el agresor o, incluso, ambos mantengan una relación laboral directa con la misma. La dureza de la

⁵⁵ Criterio Técnico sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de Acoso y Violencia en el Trabajo.

⁵⁶ El acoso sexual y el acoso por razón de sexo aparecen definidos en el art. 7 de la LOI (y por la STC 224/1999, de 13 de diciembre); y el acoso discriminatorio en el art. 6.4 de la LIITND.

sanción, eso sí, dependerá de la conducta de la empresa para eliminar esa situación. Se procura con ello compeler a las empresas “a preservar un entorno laboral exento de acoso sexual y dicha obligación nace indistintamente de quien sea el concreto trabajador acosado y de quien sea el sujeto infractor”⁵⁷. Además, el acoso sexual genera para las empresas, de manera complementaria, las sanciones específicas previstas en el art. 46bis.1 de la LISOS, de modo que perderán automáticamente y de forma proporcional al número de personas trabajadoras afectadas, cualquier ayuda y beneficio derivado de los programas de fomento de empleo desde la fecha de la infracción (a) y hasta por un periodo de seis meses a dos años desde la fecha de la resolución que impone la sanción (b). La especial protección dispensada a las conductas de acoso sexual en el trabajo impide que las empresas puedan conmutar estas sanciones específicas por la realización de un plan de igualdad en los términos del art. 46bis.2 de la LISOS.

Por su parte, las conductas de violencia contra la integridad moral y de acoso en el trabajo o *mobbing* carecen de regulación laboral específica, de modo que, partiendo de su consideración como un atentado contra la dignidad de la persona en el trabajo [art. 4.2.e) del ET], y ante la ausencia de un tipo infractor expreso, este tipo de comportamientos pueden encuadrarse dentro de las infracciones graves o muy graves a las que se refieren los artículos 7.10 y 8.11 de la LISOS⁵⁸. El principal inconveniente de la regulación del último de los preceptos mencionados es que únicamente se refiere a los “*actos del empresario*”, sin incluir los actos de acoso moral llevados a cabo por terceros en el ámbito de dirección y control de la empresa.

Las restantes manifestaciones de violencia sexual o no sexual a las que se refiere la LOGILS que se produzcan en el entorno la-

boral carecen de un tipo infractor expreso, de modo que deberán integrarse igualmente en el art. 8.11 LISOS que considera infracción muy grave “*los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores*”.

Por otra parte, el tratamiento necesariamente preventivo de las conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, dada su consideración de riesgos para la salud de las personas trabajadoras, exige el análisis de las consecuencias derivadas de los incumplimientos empresariales de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales (art. 42 LPRL)⁵⁹. Así, la obligación preventiva de la violencia y el acoso en el trabajo también pueden implicar sanciones para la empresa derivadas de las siguientes conductas infractoras: a) incumplimiento de la obligación de evaluación de estos riesgos o de revisar y controlar periódicamente las condiciones de trabajo y actividades que pueden generar violencia y acoso en el trabajo (infracción grave del art. 12.1.b de la LISOS); b) omisión de la planificación de la actividad preventiva para eliminar los riesgos que puedan derivar en situaciones de violencia y acoso en el trabajo detectados tras llevar a cabo la evaluación e identificación de los mismos (infracción grave del art. 12.6 de la LISOS); y c) incumplimiento de las obligaciones de información y formación a la plantilla sobre los riesgos en el trabajo y sobre las medidas preventivas aplicables que recogen los artículos 18 y 19 LPRL que conectan, a su vez, con la obligación de llevar a cabo campañas informativas y acciones de formación en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo conforme al art. 48 LOI, que acaorean una infracción grave (art. 12.8 LISOS).

La falta de adopción de protocolos o medidas frente a las situaciones de violencia o acoso sexual o moral, la aplicación de medidas inadecuadas (como el mantenimiento o la adscripción de la trabajadora a puestos de

⁵⁷ ALTÉS TÁRREGA, J. A. «El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia...», *cit.*, p. 102.

⁵⁸ Un análisis detallado y completo de los distintos tipos de responsabilidad por los daños derivados del *mobbing* en ROJAS RIVERO, G. P. *El daño por mobbing...*, *cit.*, pp. 74 y ss.

⁵⁹ *Idem*, pp. 125 y ss.

trabajo incompatibles con sus circunstancias personales o con su estado o situación transitoria causada por la violencia y el acoso en el trabajo), se considerará un incumplimiento de la protección a las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos del art. 25 de la LPRL, generando en consecuencia la aplicabilidad de la infracción grave del art. 12.7 LISOS o la muy grave art. 13.4 de la LISOS⁶⁰.

La empresa también puede incurrir en infracciones de carácter muy grave en los supuestos en que las situaciones de violencia sexual generen un riesgo grave e inminente para la vida o la salud de la mujer trabajadora⁶¹. Eso sucederá en los casos en que la empresa no proceda a *“paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización”* (art. 13.3 de la LISOS). La misma infracción se prevé para los supuestos en que la empresa, por acción u omisión, impida el ejercicio del derecho de las trabajadoras a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, en los términos previstos en el artículo 21 de la LPRL (art. 13.9 LISOS).

Mención especial merece el incumplimiento empresarial de la obligación de implantar sistemas de tramitación de denuncias y resolución de conflictos (art. 12 de la LOGILS). Parece razonable interpretar, que la sanción aplicable será la misma que hasta ahora se ha impuesto en los casos de ausencia de habilitación de los mecanismos de intervención

empresarial frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo del art. 48 de la LOI. Por tanto, estos incumplimientos darán lugar a una infracción leve, grave o muy grave, en función de la repercusión que ello provoque en la integridad física o la salud de las trabajadoras (art. 11.4, 12.16 y 13.10 de la LISOS).

Finalmente, resulta conveniente indicar que las conductas de acoso y violencia en el trabajo pueden ocasionar hechos constitutivos de ilícitos penales en concurrencia con las infracciones laborales y en materia de prevención de riesgos. Debe tenerse en cuenta a estos efectos que el art. 3.1 de la LISOS impide que puedan *“sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento”* (principio *non bis in idem*), sin perjuicio de la complementariedad de la sanción administrativa con el recargo de prestaciones (art. 42.3 de la LPRL en relación con el art. 164 de la LGSS) admitida por la STS de 2 de octubre de 2000⁶² en consonancia con la STC 159/1985, de 25 de junio⁶³. La consideración de la violencia y el acoso como riesgos profesionales psicosociales y sus consecuencias sobre la salud como un accidente de trabajo posibilitan aplicar el recargo de prestaciones siempre y cuando la situación se haya desencadenado como consecuencia del incumplimiento previo de las obligaciones preventivas de la empresa (art. 12 de la LOGILS) y exista una relación causal entre dicho incumplimiento y el resultado lesivo. Asimismo, cabe mencionar —aunque su análisis excede el propósito de este estudio— que la LOGILS modifica el Código Penal ampliando la lista de delitos por los que una persona jurídica puede ser responsable penalmente, e impone que las empresas podrán responder penalmente por los delitos contra la libertad sexual y la integridad moral que puedan co-

⁶⁰ ALTÉS TÁRREGA, J. A. «El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia...», *cit.*, p. 114.

⁶¹ Puede entenderse que nuestro ordenamiento recoge las dos previsiones en relación con los supuestos graves e inminente a que se refieren los apartados g) y h) del artículo 10 del Convenio 190 OIT.

⁶² Rec. núm. 2393/1999.

⁶³ Un análisis completo sobre los supuestos de concurrencia de infracciones administrativas, así como la concurrencia entre estas y las infracciones penales, en ALTÉS TÁRREGA, J. A. «El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa...», *cit.*, pp. 117 y ss.

meter sus directivos/as y empleados/as en su entorno de trabajo, salvo que logren demostrar que contaban con un sistema eficaz para prevenir el riesgo de comisión de este tipo de delitos en su organización.

3. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL EN EL SENO DE LA EMPRESA: MEDIDAS EN EL ÁMBITO LABORAL Y EN EL EMPLEO PÚBLICO

La norma incorpora una serie de derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencias sexuales, que hasta ahora solo estaban reconocidos a las víctimas de violencia de género o de terrorismo⁶⁴. Las Disposiciones finales decimocuarta y decimosexta establecen una serie de modificaciones en ciertos preceptos del Estatuto de los Trabajadores⁶⁵ y de la Ley General de la Seguridad Social⁶⁶ en consonancia con las previsiones del Capítulo II del Título IV de la LOGILS –que se ocupa de la medidas para garantizar la “Autonomía económica, derechos laborales y vivienda”– confiriendo la misma protección e idénticos derechos laborales y de Seguridad Social a las víctimas de violencias sexuales que a las víctimas de violencia de género.

La LOGILS (arts. 38 a 41) establece un conjunto de nuevas condiciones laborales “específicamente diseñadas para atender la situación de especial vulnerabilidad de las víctimas de violencias sexuales, tanto cuando estas se han producido en el ámbito laboral propiamente dicho como cuando han tenido lugar al margen del mismo, pero producen

efectos perjudiciales en el desarrollo del trabajo”⁶⁷. Para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral se incorporan dos grandes bloques de medidas. El primero engloba las medidas orientadas a facilitar la continuidad de la relación laboral y la presencia a través de mecanismos de ordenación flexible del tiempo y del lugar de trabajo. Desde esta perspectiva se reconoce a las trabajadoras víctimas los siguientes derechos: a) la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario; b) la reordenación de su tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa; c) la modificación del lugar de trabajo posibilitando tanto la movilidad geográfica, como únicamente el cambio de centro de trabajo; d) la adaptación de su puesto de trabajo y el acceso o paralización del trabajo a distancia; e) la aplicación de medidas de apoyo que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación; y f) la consideración del despido nulo en determinados supuestos. El segundo bloque de medidas se orienta a favorecen la separación de la mujer del entorno laboral y comprende la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo o, de manera más drástica, el cese definitivo de la relación laboral extinción indemnizada del contrato de trabajo. La activación de unos y otros mecanismos dependerá “de los daños físicos y psíquicos padecidos por las víctimas de violencia sexual, sus repercusiones y consecuencias desde el punto de vista de sus efectos sobre el trabajo”⁶⁸.

La disposición final decimocuarta de la LOGILS se ocupa de incorporar las oportunas modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores para ampliar todos esos derechos laborales a las víctimas de violencia sexual. En consecuencia, se añade la expresión “o de vio-

⁶⁴ MARTÍN TOVAR, P. «La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual en el ámbito laboral». *Diario La Ley*. N. 1055 (2022).

⁶⁵ 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 (BOE del 24).

⁶⁶ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE del 31).

⁶⁷ RAMOS QUINTANA, M. I. «Violencia sexual y relaciones de trabajo: la libertad sexual de las mujeres en el centro de las nuevas garantías legales». *Trabajo y Derecho*. N. 99 (2023).

⁶⁸ *Idem*.

lencia sexual” en los arts. 37.8, 40.4, 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b) o 55.5.b) del ET a continuación de “*trabajadoras víctimas de violencia de género*”. Más allá de este cambio de carácter formal en la dicción literal de los preceptos, se introducen algunas novedades en la regulación jurídica que se proceden a reseñar a continuación, no sin antes apuntar la conveniencia de haber incorporado cambios también en el art. 14.3 y en el art. 11.4 b) del ET para añadir la violencia sexual entre las causas que permiten la interrupción del cómputo del periodo de prueba (cuando exista acuerdo entre las partes) y de los contratos formativos.

Respecto del derecho a la reordenación del tiempo de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencias sexuales, este podrá hacerse efectivo por medio de los diferentes mecanismos de flexibilidad interna a favor de las personas trabajadoras, tales como la adaptación de su horario de trabajo, la aplicación del horario flexible y otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en su empresa. Idénticas facultades de ordenación del tiempo de trabajo se reconocen a las funcionarias públicas por la vía del art. 40.1 de la LOGILS en el art. 49.d) del EBEP. Asimismo, las trabajadoras víctimas también tendrán derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre en ambos casos que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona (art. 37.8 del ET).

En caso de que las trabajadoras víctimas de violencia sexual (o de violencia de género) opten por la reducción de jornada como medida de protección, esta acarrea la disminución proporcional del salario. Esta regulación contrasta con la prevista para las funcionarias públicas víctimas de la violencia sexual que opten por solicitar una reducción de jornada en un tercio o menos, que conservan el derecho a la percepción de su salario íntegro [art. 49.d) del EBEP]. En aras a garantizar la misma protección, se propone modificar el apartado 8 del artículo 37 del ET, para conceder idénticas

prerrogativas a las establecidas en el artículo 49 d) del EBEP a las demás trabajadoras⁶⁹.

El cambio del lugar de trabajo como medida de protección ha sido valorada como una “posibilidad especialmente útil” en los casos en los que la proximidad con el agresor implica una situación de riesgo, de peligro o de intolerancia para la trabajadora víctima de violencia sexual⁷⁰. La regulación de esta medida de protección en el art. 40.4 del ET contiene tres importantes novedades. En primer lugar, se permite tanto el traslado como el simple cambio de centro de trabajo, lo que comporta una significativa ampliación del contenido de la movilidad geográfica por violencia sexual (o violencia de género). En segundo lugar, se limita la duración inicial del traslado o el cambio de lugar de trabajo entre los seis y los doce meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban las personas trabajadoras. La tercera novedad se asocia al momento de finalización de la movilidad geográfica, pues a las dos opciones existentes hasta el momento –regresar al puesto de trabajo anterior o continuar en el nuevo, decayendo la obligación de reserva–, se añade una tercera posibilidad consistente en optar por la extinción indemnizada del contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

La nueva regulación del art. 40.4 del ET merece varios comentarios o reflexiones. En primer lugar, debe someterse a consideración la conveniencia de equiparar las víctimas de violencia de género y de violencia sexual en este supuesto, particularmente en los casos en que la violencia sexual se origine en el seno de la empresa. ¿Realmente en todos los casos de violencia sexual en el entorno laboral es la

⁶⁹ ESPEJO MEGÍAS, P. «La tutela laboral del derecho a la libertad sexual...», *cit.*, pp. 114 y 115.

⁷⁰ RAMOS QUINTANA, M. I. «Violencia sexual y relaciones de trabajo...», *cit.*

trabajadora víctima la que va a “*verse obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral*”? Quizás para contestar a esta pregunta y valorar la pertinencia de esta medida habría que tener en cuenta el tipo de violencia sexual que se ha producido, la sanción que ha implicado para el sujeto agresor (¿ha habido despido o se le ha aplicado una medida menos gravosa?) y la posible responsabilidad de la empresa. En cualquier caso, resulta interesante plantear, con el fin último de evitar la expulsión de la mujer víctima de violencia sexual o violencia de género del mercado laboral, la conveniencia de prever la aplicación secuencial de las opciones, siempre que sea posible a la vista de las circunstancias personales de la víctima y las objetivas de su empresa, es decir, “optar primero por la movilidad y, en un segundo momento, si no fuera posible el mantenimiento en el nuevo lugar ni el retorno al antiguo, proceder a la extinción con derecho a indemnización y a desempleo en su caso”. Otro de los aspectos de la regulación que merece reflexión es la opción a la extinción indemnizada del contrato como medida de protección de la víctima de violencia sexual, pues no resulta razonable que se haga recaer en la empresa el coste derivado de la misma en los casos en que no concurra ni culpa ni negligencia por parte de la empresa, sin que se contemple ningún mecanismo de compensación de este gasto⁷¹.

En el caso de que las mujeres víctimas de violencias sexuales fueran funcionarias, la posibilidad de recurrir a la movilidad geográfica como medida de protección se contempla en el art. 40.1 de la LOGILS. En estos casos, el traslado de la funcionaria a otro puesto se considera forzoso a todos los efectos, sin necesidad de que se determine como vacante de necesaria cobertura y quedando obligada la Administra-

ción pública competente a comunicar todas las vacantes ubicadas tanto en la misma localidad como en cualquier otra que la funcionaria expresamente solicite (art. 82.1 del EBEP)⁷².

El nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia sexual [art. 45.1.n) y art 48.8 del ET y art. 38.2 de la LOGILS] resulta una medida prevista para supuestos en los que la prestación laboral se vuelve imposible de realizar temporalmente por las secuelas y consecuencias de la violencia sexual⁷³. La duración inicial del periodo suspensivo no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. Por tanto, será la decisión judicial la que pueda prorrogar la suspensión por periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses. Durante el periodo de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo, las víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la protección por desempleo en términos análogos a los hasta ahora reconocidos a las víctimas de violencia de género y, además, la situación suspensiva tendrá la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de prestaciones (art. 38.2 LOGILS). Terminado este periodo, las personas trabajadoras podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior, la continuidad en el nuevo, decayendo en este caso la obligación de reserva, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Se dan por reproducidas aquí las consideraciones realizadas anteriormente respecto a la extinción indemnizada del contrato como alternativa a la finalización del

⁷¹ Así lo apunta de manera acertada, NIETO ROJAS, P. «Medidas laborales en la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual». Blog Foro de Labos. Fecha de publicación: 5 de septiembre de 2022 (consultado por última vez el 10/02/2023).

⁷² Modificado por la disposición final decimoquinta de la LOGILS.

⁷³ RAMOS QUINTANA, M.I. «Violencia sexual y relaciones de trabajo...», *cit*.

periodo de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo.

La norma refuerza la protección para el momento de la reincorporación de la trabajadora víctima de violencia sexual, contemplando el derecho de las víctimas de violencias sexuales a “*recibir los apoyos que precisen por razón de su discapacidad*” (art. 38.1 de la LOGILS). De forma más certera, el apartado tercero del mismo precepto indica que la reincorporación al puesto de trabajo “*se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo*”, añadiendo que se deberán garantizar “*los ajustes razonables que se puedan precisar por razón de discapacidad*”. La expresión “*ajustes razonables*” del apartado final del art. 38.3 LOGILS ofrece mayores pistas para concretar la obligación jurídica indeterminada que figura en el apartado primero del mismo⁷⁴, entendiéndose que tal expresión debe interpretarse siguiendo la doctrina adoptada por el TJUE en el marco 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 ocupación⁷⁵.

Con el fin de otorgar una facultad equivalente para las funcionarias públicas víctimas de violencias sexuales, el art. 40. 1 de la LOGILS impulsa un régimen específico para la excedencia por violencia sexual cuya regulación pormenorizada –y equiparada a la ya prevista para las víctimas de violencia de

género– se acomete en los art. 89.1 d) y 89.5 del EBEP⁷⁶. Por tanto, para poder solicitar la situación de excedencias en estos supuestos, las funcionarias no tienen que acreditar un tiempo mínimo de servicios previos, ni les es exigible un plazo de permanencia en la misma. La duración de la excedencia oscila, igual que para las trabajadoras por cuenta ajena entre seis y dieciocho meses (que se alcanzarían a partir del sexto mes únicamente a través de la correspondiente resolución judicial que prorrogara la situación trimestralmente). Durante esta excedencia se tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo y todo el periodo computable a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación. Ahora bien, la funcionaria únicamente tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo, durante los dos primeros meses de esta excedencia.

Otra de las medidas que reviste especial interés en aras a la protección de las víctimas de violencia sexual es la referida a las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales (apartado 4 del art. 38 de la LOGILS). La novedad radica en que estas ausencias o faltas de puntualidad se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad. Por supuesto, se sobreentiende que la condición de trabajadora víctima de violencia sexual ha debido ser previamente acreditada por los servicios sociales de atención o de salud, según los casos, a efectos de ejercitar este derecho. En idénticos términos esta previsión se introduce en el art. 21.4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, respecto de las trabajadoras víctimas de violencia

⁷⁴ NIETO ROJAS, P. «Medidas laborales en la Ley de Garantía Integral...», *cít.*

⁷⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. «Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: impacto sociolaboral (comentario de urgencia)», Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales». Fecha de publicación: 7 de septiembre de 2022. Ampliamente sobre la doctrina del TJUE sobre los “ajustes razonables”, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. «A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?». Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales. Fecha de publicación: 14 de julio de 2022 (consultado por última vez el 10/02/2023).

⁷⁶ Modificados por la disposición final decimoquinta tres de la LOGILS.

de género⁷⁷. Una primera lectura de precepto invita a lamentar que se haya perdido la oportunidad de reformar el Estatuto de los Trabajadores para incorporar estos supuestos en la regulación de los permisos retribuidos del artículo 37 del ET, como sí ha sucedido para las funcionarias públicas puesto que la previsión análoga del art. 40.2 de la LOGI-LS se ha incorporado al art. 49.d) del Estatuto del Empleado Público⁷⁸. Sin embargo, no pueden perderse de vista las dificultades que esta regulación comporta para las empresas la equiparación absoluta de dos realidades diferentes: la impuntualidad y las ausencias.

Sin duda, la necesidad de considerar estas ausencias y faltas de puntualidad como justificadas es ineludible, para evitar someter a las trabajadoras a una doble penalización derivada de sufrir la violencia sexual y recibir una sanción. Ahora bien, y a pesar de las buenas intenciones del legislador, las dificultades asociadas a la aplicación práctica de esta previsión ya han sido sobradamente advertidas, pues la norma no especifica cómo deber realizarse la comunicación de la ausencia por parte de la trabajadora, ni qué debe entenderse por “a la mayor brevedad”⁷⁹. Más problemático resulta aún que se haga recaer nuevamente sobre las empresas los costes económicos de estas ausencias o faltas de puntualidad, en lugar de recurrir a opciones más razonables como la asunción por la Seguridad Social de este tiempo al igual que se ha previsto para las baja por menstruaciones incapacitantes secundarias en el Proyecto de reforma de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, siempre y cuando la empresa haya cumplido

con las obligaciones inherentes al deber de “promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (...), incluidos los cometidos en el ámbito digital” (art. 12.1 LOGILS)⁸⁰.

El elenco de medidas previstas en el ámbito laboral para la protección de las víctimas de violencia sexuales se completa con una serie de modificaciones que refuerzan la protección de la víctima en los casos en que decida de manera voluntaria extinguir el contrato de trabajo por esta causa [art. 49.1.m) del ET]. Al respecto, se ha afirmado de manera categórica que se trata de una medida “que el legislador acertadamente considera utilizable, especialmente cuando los daños padecidos física y psíquicamente y las secuelas individuales o los estigmas colectivos hacen completamente inviable sostener una relación laboral (bien porque la agresión sexual se ha producido en el entorno laboral o porque, aun padecida al margen del trabajo, el conocimiento de la misma o bien sus efectos destructivos impiden continuar prestando servicios)”⁸¹. Asimismo, se fortalece la protección de estas trabajadoras introduciendo el blindaje ante determinados supuestos de despido. Si el art. 7.3 de la LOI considera discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, la misma consideración han de merecer todas las manifestaciones de violencia sexual. En concordancia, la ley prevé la nulidad del despido objetivo y disciplinario de las trabajadoras víctimas de violencia sexual por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral

⁷⁷ El art. 21 de la LO 1/2004 se modifica por la Disposición final novena.seis de la LOGILS.

⁷⁸ ÁLVAREZ CUESTA, H. «Aspectos laborales de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual». Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fecha de publicación: 21 de septiembre de 2022.

⁷⁹ ESPEJO MEGÍAS, P. «La tutela laboral del derecho a la libertad sexual...», *cit.*, p. 117.

⁸⁰ Así lo sugiere NIETO ROJAS, P. «Medidas laborales en la Ley de Garantía Integral...», *cit.*

⁸¹ RAMOS QUINTANA, M. I. «Violencia sexual y relaciones de trabajo...», *cit.*

[arts. 53 4.b); art. 55.5.b del ET respectivamente⁸²]⁸³.

Por lo que se refiere al ámbito del trabajo autónomo también se introducen algunas modificaciones significativas en la Ley 20/2007, de 1 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA)⁸⁴. Así, se reconoce a las trabajadoras autónomas económicamente dependientes víctimas de violencias sexuales el derecho a la adaptación del horario de actividad con el objeto de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral (art. 14.5 de LETA); a interrumpir su actividad, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral (art. 16.1.f del LETA); y a extinguir la relación contractual (art. 15.1.g del LETA). Complementando este último supuesto, el art. 38.5 de la LOGILS prevé que las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencias sexuales que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral serán consideradas en situación de cese temporal de la actividad, en los términos previstos en la LGSS, con suspensión de la obligación de cotizar durante un período de seis meses, que se considerará como de cotización efectiva para las prestaciones de Seguridad Social tomándose, a estos efectos, una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar. La trabajadora estará

durante periodo en situación asimilada al alta (art. 331 LGSS).

4. LA GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA ECONÓMICA DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES: MODIFICACIONES EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL Y NUEVAS AYUDAS ECONÓMICAS

La garantía de la autonomía económica de las víctimas de violencias sexuales para favorecer su empoderamiento y su recuperación integral constituye uno de los fines perseguidos por las medidas de protección integral de la libertad sexual y de prevención de todas las violencias sexuales [art. 1.3.d) de la LOGILS]. Para alcanzar esta meta la LOGILS contempla ayudas y medidas en el ámbito laboral, en el empleo público y en el ámbito del trabajo autónomo, que procuran favorecer la adecuada conciliación de los requerimientos en estos ámbitos con las circunstancias de aquellas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia y empleadas públicas que sufran violencias sexuales.

En esta materia, la principal preocupación del legislador es “evitar que las violencias sexuales que lesionan la dignidad y los derechos fundamentales de las víctimas además se conviertan en un perjuicio en la carrera de cotización y que el sistema de protección social no atienda a los estados de necesidad derivados de las mismas”⁸⁵. Para conseguir este propósito se incorporan una serie de medidas en el ámbito de la Seguridad Social con las que se completa el plan de acción de “enfoque global” con el que se pretende garantizar la protección integral frente a todas las formas de violencia sexual⁸⁶. De este modo, la disposición final decimosexta de la LOGILS introduce modificaciones en la Ley General de la Segu-

⁸² Modificados por la disposición final decimocuarta de la LOGILS.

⁸³ A estos efectos, resulta de imperioso interés la reflexión sobre el despido de la trabajadora por absentismo laboral justificado derivado de faltas de asistencia al trabajo justificadas e intermitentes ex art. 38.4 de la LOGILS, así como sobre las implicaciones de la nulidad del despido por enfermedad de la trabajadora derivada de una situación de violencia en el trabajo a partir de la LIITND. ESPEJO MEGÍAS, P. «La tutela laboral del derecho a la libertad sexual...», *cit.*, pp. 117 a 119; y LOUSADA AROCHENA, F. «Despido y discapacidad tras la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación». *Revista de Derecho Laboral*. N. 7 (2022), pp. 47-61.

⁸⁴ BOE del 12. En este sentido, se modifica la LETA por la disposición final undécima de la LOGILS.

⁸⁵ RAMOS QUINTANA, M. I. «Violencia sexual y relaciones de trabajo...», *cit.*

⁸⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Las medidas de Seguridad Social ...», *cit.*, p. 19.

ridad Social⁸⁷ y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEx) garantizando que las trabajadoras víctimas de violencias sexuales tengan los mismos derechos que las trabajadoras víctimas de violencia de género. Sin duda, la trascendencia de estas modificaciones radica, tal como acertadamente ha precisado la profesora Ramos Quintana, en que a partir de la LOGILS violencia sexual se erige en “una nueva contingencia protegida por el sistema de la Seguridad Social”⁸⁸.

4.1. Prestación por desempleo y cese de actividad

La primera media de Seguridad Social que merece destacarse es la destinada a suplir la falta de ingresos experimentados por la víctima de violencia sexual (y de violencia de género) durante el periodo de suspensión temporal o derivada de la extinción del contrato de trabajo. En este sentido, el art. 267.1.b.2º de la LGSS reconoce en situación legal de desempleo a las víctimas de violencia sexual y de violencia de género durante el periodo de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo al que se refieren los artículos 45.1.n) y 48.8 del ET, y el artículo 38.2 de la LOGILS⁸⁹. Igualmente, el art. 267.3.b) LGSS considera que estas trabajadoras se encontrarán en situación legal de desempleo en los supuestos en que extingan su contrato de trabajo por

propia decisión al verse obligadas a abandonar su puesto de trabajo de forma temporal o definitiva como consecuencia de dicha violencia (art. 49.1.m del ET), pudiendo además, de manera complementaria, acceder a los programas específicos de empleo para las víctimas de violencia sexual a los que se refiere el art. 39 LOGILS y sobre los que se tratará más adelante.

Conforme prevé el art. 267.3.b) LGSS, la acreditación de su situación legal de desempleo se realizará mediante la comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, acompañada de alguno de los documentos relacionados en el artículo 37 LOGILS. La comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral se sustituirá, conforme a lo establecido en el artículo 1.6 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el Certificado de Empresa, en el que ha de figurar la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo⁹⁰.

A los efectos del cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, conforme a lo establecido en el artículo 270.6 de la LGSS, cuya redacción no se ha visto modificada, si las víctimas de violencia sexual, para hacer efectivo su derecho a la asistencia social integral, hubieran reducido su jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por ciento de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. Y si la situación legal de desempleo se produce estando en reducción de jornada por tal motivo –en otras palabras, si se solicita la prestación por desempleo a tiempo parcial–, las cuantías máxima y mínima de su prestación se determinarán teniendo en cuenta el indi-

⁸⁷ Debe lamentarse la técnica legislativa al no integrar las modificaciones incorporadas por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad (BOE del 27, en vigor desde el 1 de enero de 2023).

⁸⁸ RAMOS QUINTANA, M. I. «Violencia sexual y relaciones de trabajo...», *cit.*

⁸⁹ Tal como se indicó en el epígrafe anterior, el periodo de suspensión del contrato no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión, en cuyo caso el juez podrá prorrogarlo por periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses.

⁹⁰ Instrucciones provisionales del SEPE, de 7 de octubre de 2022, para la aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. Instrucción segunda.

cador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) en función de las horas trabajadas antes de la reducción de jornada⁹¹.

Asimismo, con un evidente fin proteccionista, el tercer párrafo del artículo 300 de la LGSS, incluye a las víctimas de violencia sexual junto a las víctimas de violencia de género a fin de que, en relación con ambos colectivos, se atempere, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del compromiso de actividad.

Tanto si la persona fuera víctima de violencia sexual o de violencia de género, el periodo de suspensión del contrato por alguno de estos motivos tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones por desempleo. Las modificaciones afectan al apartado 5 del art. 165 de la LGSS que incluye la referencia a la violencia sexual como período de cotización efectiva la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto en los términos establecidos en el art. 48.8 ET; y al artículo 21 de la LO 1/2004, de 28 diciembre que otorga idéntico reconocimiento a las víctimas de violencia de género (disposición final novena seis de la LOGILS). Sin embargo, la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023, únicamente se refiere a la cotización durante la percepción de las prestaciones por desempleo de las víctimas de violencia de género (disposición adicional tercera)⁹².

De forma paralela, la protección a las víctimas de violencia de género y sexual se complementa con incentivos en la contratación para apoyar a la empresa con una bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad social en los supuestos en que formalicen contra-

tos para la sustitución⁹³ de las trabajadoras víctimas de violencia sexual durante todo el periodo de suspensión del contrato de trabajo o durante seis meses en los supuestos en que recurran a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo. Se reproduce en estos casos la misma operativa fórmula ya ensayada por la LOVG, de modo que siempre que el contrato se celebre con una persona desempleada, las empresas tienen derecho a una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo (art. 38.3 LOGILS). Resulta necesario llamar la atención sobre un desajuste, intencionado o no, en la regulación de esta bonificación puesto la duración de la movilidad geográfica o cambio de centro puede tener una duración de hasta doce meses (art. 40.4 del ET) y aunque el contrato de sustitución se prolongara durante todo ese periodo, la empresa únicamente tendría derecho a la bonificación descrita los primeros seis meses.

Por lo que se refiere al cese en la actividad de las trabajadoras autónomas víctimas de violencia sexual, el art. 38.5 de la LOGILS prevé que las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencias sexuales que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral serán consideradas en situación de cese temporal de la actividad, en los términos previstos en el art. 329.1.a) y art. 331.1.d) de la LGSS, quedando suspendida su obligación de cotizar durante un período de seis meses, que se considerará como de cotización efectiva a efectos de futuras prestaciones. Con este fin, se toma-

⁹¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Las medidas de Seguridad Social ...», *cit.*, p. 21.

⁹² BOE del 31.

⁹³ La incorrecta referencia a los "*contratos de interinidad*" debe corregirse para adecuarse a la actual denominación del "contrato por sustitución de persona trabajadora" prevista en el art. 15.3 del ET tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE del 30).

rá como base de cotización en tal período el equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar. Además, durante este periodo, la trabajadora estará en situación asimilada al alta.

4.2. Ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales

El artículo 41 de la LOGILS contempla una serie de ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales, que no forman parte de la protección por desempleo asistencial del art. 274 y ss. LGSS, y que están destinadas a las víctimas de violencias sexuales que no cumplan los requisitos para acceder a la prestación por desempleo.

Las trabajadoras por cuenta ajena que se hallen desempleadas y las trabajadoras por cuenta propia que hayan tenido que cesar su actividad como consecuencia de sufrir cualquier violencia sexual podrán, en el momento de demandar un empleo, solicitar las ayudas económicas previstas en el artículo 41 de la LOGILS siempre que carezcan de rentas superiores, en cómputo mensual, al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Se prevé una regla específica para el supuesto de víctimas de violencias sexuales dependientes económicamente de la unidad familiar, siendo el límite el doble, es decir, se requiere que las rentas de la unidad familiar no sean superiores a dos veces el SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias⁹⁴.

A la hora de valorar estos requisitos, la Instrucción provisional tercera del SEPE, llama la atención sobre la no exigencia de requi-

sitos adicionales relacionados con las menores posibilidades de obtener un empleo por parte de las víctimas para acceder a la ayuda económica del art. 41 de la LOGILS. En contraste, estos requisitos sí se exigen para el acceso a la ayuda social prevista en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004 por parte de las víctimas de violencia de género que, además de carecer de rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, se requiere adicionalmente que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional

La ayuda económica será con carácter general equivalente a seis meses de subsidio por desempleo, que podrá incrementarse, en función de las circunstancias personales y familiares (víctima con discapacidad o con personas a cargo), hasta el equivalente a 24 meses de subsidio por desempleo, y que es susceptible de una única prórroga si se mantienen las condiciones, es decir, si no se superan los umbrales económicos descritos. Así, cuando la víctima de la violencia sexual tuviera reconocida oficialmente una discapacidad en grado igual o superior al 33%, el importe será equivalente a doce meses de subsidio por desempleo, prorrogables por una sola vez, siempre que se mantengan las condiciones que dieron lugar a la concesión inicial. Por su parte, en caso de que la víctima tenga personas a cargo, su importe podrá alcanzar el de un período equivalente al de dieciocho meses de subsidio, o de veinticuatro meses si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una discapacidad en grado igual o superior al 33%, en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente Ley Orgánica. Será igualmente prorrogable por una sola vez, en los mismos términos que los anteriores, siempre que se mantengan las condiciones que dieron lugar a la concesión inicial.

⁹⁴ Sobre este segundo supuesto se ha indicado que su especificidad técnica requerirá "que tenga que concretarse más detalladamente, pues puede dar lugar a confusión en su enunciación". ARIAS DOMÍNGUEZ, A. «Derechos laborales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual». Blog Laboral de Ángel ARIAS DOMÍNGUEZ. Fecha de publicación 12 de julio de 2021. (Consultado por última vez el 10/02/2023).

Esta ayuda económica, cuyo importe podrá percibirse, a elección de la víctima, en un pago único o en seis mensualidades, es compatible con las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial, o, alternativamente, con las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual⁹⁵; con la percepción de la renta activa de inserción prevista en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, a condición del cumplimiento de determinados requisitos⁹⁶; con el ingreso mínimo vital del Ley 19/2021, de 20 de diciembre⁹⁷, y con la percepción de las ayudas que establezcan las comunidades autónomas⁹⁸.

El procedimiento para la concesión de estas ayudas, que se financiarán con cargo a los Presupuestos Generales del Estado⁹⁹, queda pendiente a la futura regulación procedimental de carácter reglamentario, que contribuirá a aclarar las dudas suscitadas respecto al régimen de compatibilidad de las prestaciones. No obstante, la acreditación de las circunstancias de violencia se regirá por lo establecido en el artículo 37 de la LOGILS, cobrando especial relevancia a estos efectos la validez de

los informes de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y de las sentencias recaídas en el orden social de la jurisdicción, para la acreditación de la condición de víctima de violencia sexual.

4.3. Programa de acción específico de empleo para las víctimas de violencia sexual

A los efectos de atender a la protección e inserción laboral de las víctimas de violencias sexuales inscritas como demandantes de empleo en el marco de los planes anuales de empleo regulados a los que se refiere el art. 11 Ley de Empleo¹⁰⁰, el art. 39 de la LOGILS prevé la inclusión de un programa de acción específico que incluirá medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia.

En tal sentido, el art. 39.2 de la LOGILS indica que las trabajadoras por cuenta ajena desempleadas que hayan sufrido violencias sexuales, así como las trabajadoras autónomas que hubiesen cesado su actividad por ser víctimas de violencias sexuales, tendrán derecho, en el momento de demandar un empleo, a solicitar las ayudas de contenido económico a que se refiere el artículo 41 de la LOGILS (siempre que se cumplan los requisitos), así como a participar en programas específicos de inserción laboral.

4.4. Acceso a la renta activa de inserción por las víctimas de violencia sexual

De acuerdo con lo previsto en el art. 41.5 de la LOGILS las personas que acrediten ser víctimas de violencia sexual tendrán la consideración jurídica y se les otorgará el mismo tratamiento que a las víctimas de violencia de género a los efectos del programa de renta activa de inserción del art. 2.2.c) del Real Decreto 1369/2006,

⁹⁵ A estos efectos, la Ley 35/1995 se modifica por la Disposición final quinta de la LOGILS.

⁹⁶ Además, según lo previsto en el art. 41.5 de la LOGILS las víctimas acreditadas de violencia sexual tendrán la consideración de víctimas de violencia de género a los efectos del artículo 2.2. c) del RD 1369/2003 (trabajadoras desempleadas menores de 65 años beneficiarias del programa).

⁹⁷ De manera crítica se ha apuntado la conveniencia de "realizar la enésima reforma de esta última prestación no contributiva para excepcionar del cumplimiento de determinados requisitos a las víctimas de violencia sexual tal y como sucede respecto a las víctimas de violencia de género". ÁLVAREZ CUESTA, H. «Aspectos laborales de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual». Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fecha de publicación: 21 de septiembre de 2022.

⁹⁸ Para simplificar el elenco de medidas existentes, se plantea la conveniencia de haber incorporado esta ayuda dentro del Ingreso Mínimo Vital. ÁLVAREZ CUESTA, H. «Aspectos laborales de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre...», *cit.*

⁹⁹ Disposición adicional segunda de la LOGILS.

¹⁰⁰ Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (BOE del 24).

de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo¹⁰¹.

En consecuencia, podrán ser beneficiarias del programa de renta activa de inserción las personas desempleadas menores de 65 años que en la fecha de la solicitud de incorporación al mismo tengan acreditada la condición de víctima de violencia sexual conforme a lo establecido en el art. 37 de la LOGILS y siempre que cumplan el resto de requisitos para ello, a saber: a) no convivir con el agresor; b) estar inscritas como demandantes de empleo; c) no haber sido beneficiarias de tres derechos al programa de renta activa de inserción anteriores, aunque no se hubieran disfrutado por el periodo de duración máxima de la renta; y d) carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, teniendo en cuenta a estos efectos que si tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Tal como se indicó anteriormente, las ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales establecidas en el art. 41 de la LOGILS son compatibles con las ayudas previstas en el Real Decreto 1369/2006, sin perjuicio de su cómputo como renta a los efectos de determinar si se cumple el requisito de carencia de rentas de la unidad familiar citado anteriormente. Conviene recordar en este momento que, a los efectos del cumplimiento del requisito de carencia de rentas conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la LOGILS, es necesario que

las víctimas de violencias sexuales carezcan de rentas superiores, en cómputo mensual, al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, para percibir la ayuda económica de cuantía equivalente a seis meses de subsidio por desempleo, que podrá incrementarse, en función de sus circunstancias personales y familiares, hasta ser equivalente a 24 meses de subsidio por desempleo y que en todo caso puede prorrogarse por una vez si continúan cumpliéndose las condiciones que dieron lugar a su concesión.

Por tanto, y teniendo en cuenta que la percepción de la ayuda del art. 41 LOGILS puede ser mensual o en un solo pago a elección de la persona beneficiaria, se pueden diferenciar dos supuestos¹⁰². Si dicha ayuda se percibe mensualmente, puesto que la cuantía correspondiente a cada mensualidad es la equivalente a la del subsidio por desempleo, la persona interesada sin cónyuge ni hijos ni menores acogidos, podrá percibir también la renta activa de inserción siempre que carezca de otras rentas, o de que, la suma de todas ellas no supere el umbral establecido en el Real Decreto 1369/2006 (75% del salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias). Ahora bien, en el caso en que la ayuda se perciba en un pago único, en el mes en que se perciba, la persona no cumplirá el requisito de carencia de rentas exigido en el Real Decreto 1369/2006, por lo que, en el caso de estar percibiendo la RAI, esta se suspenderá durante un mes. A partir del mes siguiente a su percepción, y de acuerdo con el criterio de carácter general, se computará el rendimiento efectivo o presunto de la cuantía total percibida en concepto de ayuda económica, salvo prueba de que ya no se posea total o parcialmente.

¹⁰² A estos efectos, a través de la Instrucción provisional tercera del SEPE, de 7 de octubre de 2022, para la aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, se procede a modificar la ficha 23-002, que contiene las instrucciones para la aplicación del Programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

¹⁰¹ BOE del 5 de diciembre.

4.5. Pensión y prestación de orfandad

El régimen de las prestaciones de orfandad experimenta también una sustancial modificación. El artículo 54 de la LOGILS reconoce el derecho a percibir la pensión y la prestación de orfandad por parte de las hijas y los hijos de las víctimas de las violencias sexuales, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, por naturaleza o por adopción, en los casos de muerte en el marco de alguna de las conductas previstas en el artículo 3.1 de la LOGILS.

En consonancia con esta previsión, la disposición final decimosexta tres de la LOGILS modifica el tercer párrafo del apartado 1 del art. 224 de la LGSS, reconociendo el *“derecho a la prestación de orfandad, en régimen de igualdad, a cada uno de los hijos e hijas de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, cuando el fallecimiento se hubiera producido por violencia contra la mujer, (...) cuando se deba a la comisión contra la mujer de alguno de los supuestos de violencias sexuales determinados por la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”*, y siempre que los hijos e hijas se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad¹⁰³.

La cuantía de esta prestación será el 70 por ciento de su base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

¹⁰³ Aunque la rúbrica del art. 54 LOGILS pudiera causar confusión “pensión de orfandad y prestación de orfandad”, sin embargo, el tenor literal no ofrece dudas pues en caso de muerte de la mujer debido violencia sexual, la norma se refiere al acceso a la prestación de orfandad, pero no a la pensión de orfandad. MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Las medidas de Seguridad Social ..., cit., p. 24.

4.6. Atención sanitaria

En el ámbito de la atención sanitaria las medidas más relevantes son las relativas a la prevención, detección e intervención en el ámbito sanitario (art. 20 de la LOGILS), en el sociosanitario y en el sistema de servicio sociales (art. 21 de la LOGILS). Estas previsiones se conectan con la responsabilidad institucional de detección de violencias sexuales (art. 18 de la LOGILS) en virtud de la cual las administraciones públicas competentes en materia sanitaria, sociosanitaria y social, desarrollarán actuaciones encaminadas a la detección e identificación de situaciones de violencia sexual promoviendo la elaboración de protocolos específicos de detección, actuación y derivación con especial atención a las víctimas menores de edad y con discapacidad.

Relacionada directamente con el derecho a la asistencia sanitaria está la recogida en la disposición final novena que modifica la LOEx, que incorpora un nuevo art. 19 bis previendo que el Sistema Público de Salud garantizará a las mujeres víctimas de violencia de género, así como a sus hijos e hijas, el derecho a la atención sanitaria, con especial atención psicológica y psiquiátrica, y al seguimiento de la evolución de su estado de salud hasta su total recuperación, en lo concerniente a la sintomatología o las secuelas psíquicas y físicas derivadas de la situación de violencia sufrida. Asimismo, los servicios sanitarios deberán contar con psicólogos infantiles para la atención de los hijos e hijas menores que sean víctimas de violencia vicaria. Añadiendo, además, que se establecerán medidas específicas para la detección, intervención y asistencia en situaciones de violencia contra mujeres con discapacidad, mujeres con problemas de salud mental, adicciones u otras problemáticas u otros casos de adicciones derivadas o añadidas a la violencia. No obstante, como oportunamente se ha advertido, este derecho va dirigido a las víctimas de violencia de género sin hacer referencia a las de violencia sexual¹⁰⁴.

¹⁰⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Las medidas de Seguridad Social ..., cit., pp. 24 y 25.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTÉS TÁRREGA, J. A. «El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. N. 4 (2022), pp. 97-121.
- ÁLVAREZ CUESTA, H. «Aspectos laborales de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual». Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fecha de publicación: 21 de septiembre de 2022.
- ARGÜELLES BLANCO, A. R. «Distintivos y marcas de excelencia para la igualdad entre mujeres y hombres: ¿responsabilidad social corporativa y/o mercadotecnia?». *Revista de Derecho Laboral*. N. 4 (2021), pp. 34-50.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A. «Derechos laborales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual». Blog Laboral de Ángel ARIAS DOMÍNGUEZ. Fecha de publicación: 12 de julio de 2021.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. «A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?». Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales. Fecha de publicación: 14 de julio de 2022.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. «Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: impacto sociolaboral (comentario de urgencia), Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales». Fecha de publicación: 7 de septiembre de 2022.
- ESPEJO MEGÍAS, P. «La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*. N. 472 (2023), pp. 97-122.
- LOUSADA AROCHENA, F. «Despido y discapacidad tras la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación». *Revista de Derecho Laboral*. N. 7 (2022), pp. 47-61.
- MARTÍN TOVAR, P. «La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual en el ámbito laboral». *Diario La Ley*. N. 1055 (2022).
- MOLINA NAVARRETE, C. «La violencia sexual en el trabajo: nuevo riesgo laboral en virtud de la LO 10/2022, de 6 de septiembre». *Boletín LARPSICO: nuevas claves para la salud psicosocial en las organizaciones*. N. 2 (2022), pp. 3-6.
- MOLINA NAVARRETE, C. «Del acoso moral (“mobbing”) al ciberacoso en el trabajo (“net-work mobbing”) viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial». *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*. N. 437-438 (2019), pp. 143-165.
- MOLINA NAVARRETE, C. «Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío». *Diario la Ley*, N. 9452 (2019).
- MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como “Ley del sí es sí”)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. N. 33 (2022), pp. 13-31.
- NIETO ROJAS, P. «Medidas laborales en la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual». Blog Foro de Labos. Fecha de publicación: 5 de septiembre de 2022.
- PARAJÓ CALVO, M. «Análisis del proyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción». *Documentación Administrativa*. N. 9 (2022), pp. 43-74.
- PONS CARMENA, M. «Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio 190». *Labos*. N. 2 (2020), pp. 30-60.
- RAMOS QUINTANA, M. I. «Violencia sexual y relaciones de trabajo: la libertad sexual de las mujeres y las nuevas garantías legales». *Trabajo y Derecho*. N. 99 (2023).
- RAMOS QUINTANA, M. I. «Violencia de género y relaciones de trabajo en el marco del convenio número 190 de la OIT». *Revista de Derecho Laboral vLex*. N. 4 (2021), pp.141-154.
- RAMOS QUINTANA, M. I. «El trabajo de las mujeres en la economía digital. Desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva Estrategia europea para la igualdad». En RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.) *La Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*. Albacete: Bomarzo, 2020, pp. 13-41.
- RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M. «La protección de los trabajadores que informen sobre infracciones normativas». En *Laborum et scientiae: libro homenaje al prof. Dr. Juan Raso Delgue*. Madrid: Alma Mater, 2022, pp. 17-37.

- ROJAS RIVERO, G. P. «Los sistemas internos de denuncias (whistleblowing) en la Directiva 2019/1937 y el anteproyecto de ley sobre informantes». *Documentación Laboral*. N. 126 (2022), pp. 87-102.
- ROJAS RIVERO, G. P. *El daño por mobbing: delimitación y responsabilidades*. Albacete: Bomarzo, 2017.
- ROJAS RIVERO, G. P. *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*. Albacete: Bomarzo, 2005.
- ROJO TORRECILLA, E. «La normativa laboral y de protección social en la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual (actualizado a 7 de septiembre)». Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Fecha de publicación: 29 de agosto de 2022.
- ROJO TORRECILLA, E. «Notas sobre la normativa laboral y de protección social en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual» Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Fecha de publicación: 29 de julio de 2021.
- TRUJILLO PONS, F. «Unos apuntes a cuenta de las patologías laborales propias de la presente era digital». *Revista de Derecho Social*. N. 97 (2022), pp.187-204.
- VICENTE PACHÉS, F. «El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*. N. 488 (2020), pp. 69-106.

El proceso de dignificación del trabajo doméstico diez años después de sus comienzos: la ratificación del Convenio 189 OIT y la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2022

The process of dignifying domestic work ten years after its beginnings: the ratification of ILO Convention 189 and the reform introduced by Royal Decree-Law 16/2022

ELENA DESDENTADO DAROCA*

<https://doi.org/10.55617/revmitos.42>

Resumen:

Este artículo examina los últimos cambios que se han producido en el régimen jurídico del trabajo doméstico, en especial, la ratificación del Convenio 189 OIT y la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2022. El análisis se construye fundamentalmente a través del estudio de la legislación nacional, el Derecho de la Unión Europea, los convenios internacionales, la doctrina judicial nacional y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de una perspectiva histórica, sistemática y crítica. El trabajo comienza con una breve introducción histórica, en la que se explica la tradicional precariedad y los comienzos del proceso de dignificación del trabajo doméstico. En este contexto, se examina el Convenio 189 OIT y la reforma de 2011. Esta última dejó importantes cuestiones pendientes para una segunda intervención legislativa, que se preveía en un futuro cercano pero que, sin embargo, se fue posponiendo durante más de diez años. A continuación, el trabajo pasa a analizar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022, que ha puesto fin al letargo de nuestro legislador. Esta sentencia ha llevado a que, finalmente, España ratifique el Convenio 189 OIT y a que se aborde esa segunda reforma que tanto se hizo esperar. El trabajo estudia en profundidad esa reforma, que incluye, sin duda, avances importantes, pero también algunas insuficiencias.

Palabras clave: Trabajo doméstico; empleados de hogar; Convenio 189 OIT; Real Decreto-ley 16/2022; Sistema Especial de Empleados de Hogar; discriminación indirecta por razón de sexo; desempleo.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UNED). edesdentado@der.uned.es

Abstract:

This article examines the changes that have taken place in the legal status of domestic work, particularly, the ratification of ILO Convention 189 and the reform introduced by Royal Decree-Law 16/2022. The analysis is built, essentially, on a study of national legislation, European Union law, international agreements, national judicial doctrine and the doctrine of the Court of Justice of the European Union. This analysis will be carried out with a historical, systematic and critical perspective. The paper begins with a brief historical introduction, which contemplates the traditional precariousness of domestic work and the beginnings of the change towards dignifying it. It is within this context that ILO Convention 189 and the reform of 2011 will be examined. The latter left important questions to be addressed by a second legislative intervention, which was expected to take place in the near future, but, however, was postponed for over ten years. After this, the paper will move on to analyze the Judgement of 24 February 2022 of the Court of Justice of the European Union, which has broken the long sleep of our legislators. This judgment has led to Spain finally ratifying ILO Convention 189 and taking on that second reform which has been so long anticipated. The paper carries out an in-depth study of that reform, which doubtless brings important progress, but also certain insufficiencies.

Keywords: Domestic work; domestic workers; ILO Convention 189; Royal Decree-Law 16/2022; Real Decreto-ley 16/2022; Special Legal System for Domestic Workers; sex-based discrimination; unemployment.

1. LA PRECARIEDAD HISTÓRICA DEL EMPLEO DOMÉSTICO Y SUS CAUSAS: LABORALIZACIÓN TARDÍA Y ESPECIAL; PROTECCIÓN SOCIAL HÍBRIDA Y LIMITADA

El empleo doméstico se ha desarrollado históricamente en condiciones de precariedad. Considerado como trabajo improductivo y aislado en el hogar, quedó al margen del ordenamiento laboral durante muchos años.

Hasta 1985, el empleo doméstico se reguló por el Código Civil, como contrato de arrendamiento de servicios (arts. 1583 a 1587). La terminología de estas normas civiles, que no fue modificada con el transcurso de los años, ya de por sí resulta significativa: el trabajo se califica como “servicio de criado”, el empleador es “el amo” y el trabajador es el “criado” o “sirviente” doméstico. Si “el amo” despidió al “criado” sin justa causa, este tiene derecho a una indemnización de tan solo quince días de salario. Además, se establece que el amo “será creído, salvo prueba en contrario” en relación con la cuantía y el pago del salario. Finalmente, se precisaba que “la despedida”

de los criados daría derecho a desposeerles de la herramienta y edificios que ocuparan por razón de su cargo. Esta parca regulación debía completarse con la autonomía privada que, dado el desequilibrio de poder existente entre las partes contratantes, dejaba al trabajador doméstico en una situación de especial vulnerabilidad frente a conductas abusivas por parte del empleador. Durante muchos años se aplicaron, asimismo, medidas especiales de control sobre los empleados del hogar. Con este fin, los Ayuntamientos expedían a los empleados domésticos “cartillas o documentos de identificación y garantía” para evitar que “personas, si no criminales, sospechosas por lo menos, se introduzcan en el hogar”¹.

El Real Decreto 1424/1985 constituyó la primera regulación laboral del servicio doméstico en España y, sin duda, supuso un avance respecto a la regulación civil anterior. Con él, finalmente, el empleo doméstico entra en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la

¹ Para la regulación histórica del trabajo doméstico, *vid.* R. QUESADA SEGURA, *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991, y C. SANZ SÁEZ, *Génesis y evolución del servicio doméstico*, Comares, Granada, 2018.

jurisdicción social, aunque sometido a normas especiales que afectaron a importantes aspectos de la relación contractual. Estas normas especiales introducían un grado notable de flexibilidad en la regulación de las condiciones de trabajo. Se establecía, en primer lugar, una clara preferencia por la contratación temporal: el contrato se presumía concertado por tiempo determinado de un año y celebrado a prueba durante quince días (art. 4). Se flexibilizaba, además, la extinción del contrato de trabajo, permitiendo al empleador el “desistimiento” sin causa con una indemnización reducida de 7 días de salario por año de servicio con el límite de 6 mensualidades (art. 9). El tiempo de trabajo y el salario se sometían, también, a una regulación especial menos garantista (arts. 6 y 7).

La protección social de los empleados de hogar fue también tardía y limitada. El trabajo doméstico estuvo excluido del sistema de seguros sociales hasta 1959, año en el que se crea el Montepío Nacional del Servicio Doméstico². Diez años después y ya en el marco del sistema de Seguridad Social, los empleados de hogar se incorporan al Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico, regulado por el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre³. Faltaban quince años para la laboralización del trabajo doméstico, lo que explica, sin duda, las limitaciones de este régimen especial y su aproximación al aseguramiento propio de los trabajadores autónomos. Lo que no se explica es que se mantuviera en vigor veintisiete años más, hasta 2012. En total, cuarenta y tres años de vigencia de un régimen escasamente protector. Basta con citar sus principales características: el empleado a tiempo parcial era el sujeto obligado en materia de actos de encuadramiento y cotización, la cotización se realizaba sobre una base y un tipo únicos, no existía cobertura especial

de las contingencias profesionales⁴ y no había protección de desempleo; además, se excluía del ámbito de aplicación del régimen especial al trabajo marginal, entendiéndose por tal el que se prestaba durante un tiempo inferior a setenta y dos horas al mes distribuidas en menos de doce jornadas⁵, lo que, en la práctica, dejó fuera del régimen de protección social a un importante número de empleados de hogar.

2. LA METAMORFOSIS DEL EMPLEO DOMÉSTICO: DE SERVICIO MARGINAL Y DE LUJO A SERVICIO NECESARIO PARA UN AMPLIO ESPECTRO DE LA CLASE TRABAJADORA

A partir de los años noventa del siglo pasado, el empleo doméstico experimentó una profunda transformación, conforme a la propia transformación de la sociedad española. La incorporación de la mujer al mercado de trabajo se intensificó, pero ello no fue acompañado de un cambio en la organización del trabajo, que, en España, sigue basada en largas jornadas presenciales, muy difíciles de compatibilizar con la asunción de responsabilidades en el hogar. Estas responsabilidades se han ido ampliando, además, con el envejecimiento de la población, que ha incrementado el número de personas dependientes. La mujer, que hasta entonces había asumido la atención de estas personas, ha dejado un vacío en el hogar,

⁴ La Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, previó en su disposición final 3ª, “la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar”, pero esta previsión no tuvo lugar hasta el año 2012, tras su desarrollo normativo por la disposición adicional 39ª de la Ley 27/2011 (previamente se había regulado en el Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, relativo al Régimen Especial de Empleados de Hogar).

⁵ La exclusión del trabajo marginal era discutible desde un punto de vista legal, pero la Dirección General de la Seguridad Social la aplicó, apelando al art. 2.1.a) del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, criterio que fue respaldado por el Tribunal Central de Trabajo.

² Decreto 385/1959, de 17 de marzo, por el que se crea el Montepío Nacional del Servicio Doméstico.

³ Para un estudio en profundidad de este régimen especial, *vid.* J. LUJÁN ALCARAZ, *El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

que no se ha cubierto por el Estado con políticas sociales y de cuidado adecuadas. Como consecuencia de todo ello, las familias españolas han tenido que optar por contratar empleo doméstico.

El empleo doméstico se ha hecho, así, esencial en nuestra sociedad: ya no es un servicio de lujo, propio de las clases altas, sino un servicio necesario para un amplio espectro de la clase trabajadora. Los datos estadísticos muestran esta transformación. De acuerdo con la Encuesta de Población Activa (EPA), en 1995 el número de empleados domésticos era de 355.000; en 2008 pasó a ser de 742.600, aunque, posteriormente, como consecuencia de la crisis económica y los efectos de la pandemia, esta cifra descendió progresivamente hasta situarse, en el último trimestre de 2021, en 518.800, momento en que comienza ligeramente a subir hasta los 543.900 al final de 2022.

El cuidado se externaliza, pero sigue a cargo de la mujer, en muchos casos extranjera. En 2022, las mujeres cubrían el 90% del empleo doméstico total (492.200 mujeres frente a 51.800 hombres), siendo el 44,7% de nacionalidad extranjera (principalmente, procedente de América Latina). El porcentaje de empleadas extranjeras podría ser incluso mayor, dado el alto índice de irregularidad que caracteriza al sector y que afecta especialmente al colectivo extranjero. En efecto, en España el trabajo doméstico tiene una tasa de irregularidad muy elevada, que se constata al contrastar los datos de la EPA con el número de empleados domésticos afiliados y en alta en la Seguridad Social. En 2022 la tasa de irregularidad era del 30,8%, una cifra altísima que en realidad podría ser superior dado lo difícil que resulta detectar la economía sumergida.

Trabajo, por tanto, principalmente femenino y en buena parte extranjero e informal. Además, el servicio doméstico se desarrolla mayoritariamente a tiempo parcial: el porcentaje de personas trabajadoras a tiempo parcial en este sector fue en 2022 del 54,6%, frente al 13,6% de media en el conjunto de la población ocupada.

3. EL LENTO PROCESO DE DIGNIFICACIÓN DEL EMPLEO DOMÉSTICO

3.1. El Convenio 189 OIT y su influencia en el legislador español

Pese a la expansión del empleo doméstico y su importancia creciente en la sociedad, los empleados del hogar mantuvieron durante décadas un régimen laboral y de protección social muy inferior al resto de los trabajadores por cuenta ajena. Aislados en el domicilio del empleador, los trabajadores domésticos no han contado con dos mecanismos esenciales en el ámbito laboral: la negociación colectiva y el conflicto colectivo. Sin las presiones propias del conflicto laboral, el legislador, por su parte, se ha mantenido en una situación de inercia, consciente, además, de la complejidad de regular el trabajo doméstico, que exige un difícil equilibrio entre la necesidad de tratar con equidad a este colectivo equiparando sus derechos con los del trabajo por cuenta ajena ordinario y la exigencia también de mantener ciertas especialidades que tomen en consideración las características particulares del empleador.

El primer revulsivo para romper esta apatía legislativa se produjo en el plano internacional, gracias a la labor de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que, en el marco de su programa de trabajo decente⁶, tras la elaboración de varios informes, adoptó el 16 de junio de 2011, coincidiendo con la 100ª reunión de la Conferencia, el Convenio 189 y la Recomendación 201.

En el preámbulo del Convenio 189, la OIT reconoce el valor social y económico del trabajo doméstico, destacando “su contribu-

⁶ Sobre el concepto de trabajo decente, *vid.* A. BAYLOS GRAU, “Sobre el trabajo decente: la formación del concepto”, *Revista Derecho y Sociedad*, nº 46, 2016, pp. 15 a 24, y D. GHAI, “Trabajo decente. Concepto e indicadores”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, 2003, nº 2, pp. 125 a 160.

ción significativa a la economía mundial, que incluye el aumento de las posibilidades de empleo remunerado para las trabajadoras y los trabajadores con responsabilidades familiares, el incremento de la capacidad de cuidado de las personas de edad avanzada, los niños y las personas con discapacidad, y un aporte sustancial a las transferencias de ingreso en cada país y entre países”. Pese a ello, se señala que el trabajo de los empleados de hogar “sigue siendo infravalorado e invisible”, por lo que se hace necesario establecer una protección laboral y social mínima para este colectivo.

En el marco de esta protección laboral mínima que el Convenio 189 pretende garantizar, se dispone que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para “la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación” (art. 3.2.d), para el “reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva” (art. 3.3) y para garantizar “la seguridad y la salud en el trabajo” (art. 13.1). Con respecto “a la protección de la seguridad social”, se establece que los Estados han de garantizar que los trabajadores domésticos “disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general” (art. 14). Y para controlar el cumplimiento de las normas, se considera necesario “formular y poner en práctica medidas relativas a la inspección del trabajo”, especificando, “en la medida en que sea compatible con la legislación nacional”, las condiciones con arreglo a las cuales “se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, con el debido respeto a la privacidad”.

Las disposiciones del Convenio 189 se completan con la Recomendación 201, que detalla algunas de las medidas que deberían adoptar los Estados para alcanzar los objetivos del convenio. La Recomendación 201 destaca, en este sentido, la importancia de promover en este sector la negociación colectiva, para lo cual los Estados deberían adoptar medidas destinadas a fortalecer la

capacidad de las organizaciones que representen a los trabajadores y empleadores domésticos (punto 2). También se insiste en la necesidad de informar adecuadamente a las partes, tanto al empleado como al empleador, de sus obligaciones y derechos. Al empleado se le debe “prestar asistencia adecuada, cuando sea necesario, para asegurar que comprende sus condiciones de empleo” (punto 6) y, en general, los Estados deberían “elaborar orientaciones prácticas” para facilitar el cumplimiento de las normas y la realización de los trámites administrativos (puntos 6, 8.2, 19 y 20). En esta misma línea, se dispone que las horas de trabajo realizadas “se deberían registrar con exactitud”, incluidas las horas extraordinarias y los períodos de disponibilidad, de forma que el trabajador pueda acceder fácilmente a esta información; se recomienda que “los Miembros elaboraren orientaciones prácticas” a este respecto (punto 8). Por otra parte, se establece que los Estados deben asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de las mismas condiciones que el resto de los trabajadores en relación con la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador (punto 16). Y en materia de prevención de riesgos laborales, se insiste en la necesidad “de promover la seguridad y la salud laborales en los hogares que constituyen lugares de trabajo”, para lo cual se deberá “prestar asesoramiento”, “desarrollar programas de formación” y “difundir orientaciones específicas para el trabajo doméstico”. Para detectar los problemas y necesidades particulares de este sector, se deberían asimismo instaurar procedimientos de recopilación y publicación de estadísticas sobre enfermedades y accidentes profesionales relativos al trabajo doméstico, así como de otras estadísticas que se consideren útiles para la prevención de los riesgos y los accidentes en el contexto de la seguridad y la salud en el trabajo” (punto 19). Finalmente, con el objetivo de profesionalizar el trabajo doméstico, se recomienda que los Estados fomenten su formación continua (punto 25).

3.2. Las reformas de 2011: un primer paso hacia la equiparación

3.2.1. La integración de los empleados de hogar en el Régimen General y sus limitaciones

España no ratificó en un primer momento el Convenio 189, pero este tuvo una influencia decisiva en el legislador español, que, poco después de su aprobación, en el mismo año 2011, aborda la reforma del régimen laboral y de seguridad social del empleo doméstico.

La primera en el tiempo, y, sin duda, de mayor impacto, fue la reforma del sistema de protección social, que se llevó a cabo por la Ley 27/2011, de 1 de agosto⁷. El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar fue integrado en el Régimen General. La integración, que entró en vigor el 1 de enero de 2012, fue, sin embargo, relativa, pues se produjo mediante la creación, dentro del Régimen General, de un sistema especial específico para este colectivo, el Sistema Especial de Empleados de Hogar, con particularidades importantes.

El Sistema Especial de Empleados de Hogar, hoy regulado en sus aspectos básicos en los arts. 250 y 251 LGSS, supuso, en todo caso, una mejora notable frente al régimen anterior, principalmente para los empleados a tiempo parcial. El empleado doméstico quedaba incluido en el ámbito de aplicación del sistema con independencia de las horas trabajadas. Se ponía, así, fin a la exclusión del trabajo doméstico marginal, lo que produjo un efecto notable en un sector donde, como se ha visto, predomina el trabajo a tiempo parcial para varios empleadores. También se eliminó la diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo en materia de actos de encuadramiento y cotización: el sujeto responsable de solicitar el alta, la baja y la variación de datos, así como de ingresar las cuotas pa-

⁷ En la disposición adicional 39ª, posteriormente derogada por la disposición derogatoria única.22 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

saba a ser en todo caso el empresario. Este avance, sin embargo, fue poco después matizado por el Real Decreto-Ley 29/2012, de 28 de diciembre⁸, que permitió, previo acuerdo entre las partes, trasladar estas obligaciones al empleado, siempre que este prestara sus servicios para el empresario durante menos de sesenta horas al mes.

El sistema de cálculo de la cotización también mejoró. Frente al sistema anterior, basado en cuotas fijas sin vinculación con la retribución real, se establece un sistema de cálculo de las cuotas vinculado al salario: las bases de cotización se determinan con arreglo a una escala dividida en tramos; cada tramo relaciona la retribución mensual del empleado de hogar con una determinada base de cotización. Se trata de un régimen de cotización provisional, hoy incorporado a la disposición transitoria 16ª de la LGSS. El objetivo del legislador es aproximar paulatinamente el mecanismo de cotización de los empleados de hogar al Régimen General, hasta su equiparación completa, que actualmente se prevé para el año 2024⁹.

Finalmente, en relación con la acción protectora, se incorporan las contingencias profesionales en la cobertura, pero se mantiene la exclusión de la protección de desempleo.

Con respecto a la incorporación de las contingencias profesionales, llama la atención una precisión que hace la DA 39ª de la Ley 27/2011 y que se ha mantenido en el art. 251.c) LGSS, en virtud de la cual no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado actualmente en el artículo 167 LGSS. Se trata de una exclusión difícil de justificar, más aún teniendo en cuenta que no se prevé para las contingencias comunes¹⁰.

⁸ El Real Decreto-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, modifica el art. 43 del Reglamento General de Actos de Encuadramiento (Real Decreto 84/1996, de 26 de enero).

⁹ La equiparación total con el Régimen General se preveía en un principio para 2019, pero se pospuso por la disposición final 40.6 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, para 2024.

¹⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* I. RODRÍGUEZ CARDO, "El nuevo sistema especial de empleados de hogar: una revolución incon-

En cuanto a la exclusión del desempleo, constituye, sin duda, la especialidad más criticable pues provoca un vacío en la acción protectora de los empleados de hogar especialmente significativo, dada la precariedad con que se desarrolla la prestación de servicios en este sector. El legislador es consciente de ello, pero en vez de abordar su reforma, la Ley 27/2011 se remite “a las iniciativas que puedan establecerse con respecto a esta cuestión en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, que deberá llevarse a cabo “con efectos de 1 de enero de 2012”¹¹. La remisión refleja una clara intención de posponer la cuestión, pues ni la reforma del régimen laboral es el lugar oportuno para incluir y articular la cobertura del desempleo, ni tampoco había tiempo suficiente para hacerlo¹². De ahí que la disposición adicional 2ª de Real Decreto 1620/2011 se limite a encomendar al Ministerio de Empleo que constituya un grupo de expertos para que elaboren un informe con anterioridad al 31 de diciembre de 2012 sobre, entre otras cuestiones, “la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera”. No consta que se constituyera ese grupo de expertos, ni que se elaborara dicho informe. La crisis económica, sin duda, paralizó la iniciativa y la inactividad del legislador mantuvo la parálisis. Ya durante la pandemia por COVID-19, se puso de manifiesto la grave vulnerabilidad que provocaba la exclusión del desempleo en el trabajo doméstico. El Gobierno tuvo que aprobar de forma urgente un subsidio extraordinario para los empleados de hogar que, como consecuen-

cia de la crisis sanitaria, hubieran dejado de prestar servicios¹³. Se trató, sin embargo, de una medida temporal, que pudo, ciertamente, haber actuado como incentivo para abordar las necesarias reformas, pero no fue así. La inclusión definitiva de la cobertura del desempleo en el Sistema Especial de Empleados de Hogar tuvo que esperar hasta el año 2022 y se debió, como veremos, a la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.2.2. *La aprobación del Real Decreto 1620/2011: avances y resistencias*

A. Los avances hacia la equiparación

La reforma de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, como vimos, se encomendó al Gobierno en la disposición adicional 39ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto; el mandato se cumplió con la aprobación del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, que sustituye a la normativa anterior prevista en el Real Decreto 1424/1985.

La nueva regulación, que entró en vigor el 1 de enero de 2012¹⁴, parte de dos premisas: la necesidad de seguir configurando el empleo doméstico como relación laboral especial y la conveniencia de reducir las especialidades para equiparar en lo posible esta relación con la común.

¹³ Art. 30 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo. Sobre este subsidio extraordinario, *vid.* J.C. ÁLVAREZ CORTES, “El subsidio extraordinario para personas empleadas del hogar familiar: una protección “asistencializada” e imperfecta. A propósito del Real Decreto-Ley 11/2020 y la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 233, 2020, págs. 77-100, y C. SANZ SÁEZ, “Sobre el subsidio extraordinario para las empleadas de hogar en la crisis del COVID-19”, *Trabajo y Derecho*, nº 67-68, 2020.

¹⁴ La nueva regulación resultó aplicable a los contratos que estuvieran vigentes en esa fecha, aunque se exceptuó la nueva cuantía indemnizatoria prevista para el supuesto de extinción del contrato por desistimiento empresarial, que únicamente afectaba a los contratos suscritos con posterioridad a la fecha de entrada en vigor.

clusa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 158, 2013, pp. 175 y 176, y A. TRILLO GARCÍA, “Retos futuros en la protección integral desde el sistema de la Seguridad Social de las trabajadoras del hogar”, *Lex Social*, vol. 9, nº 2, 2019, pp. 518 y 519.

¹¹ Apartado 3.f) de la disposición adicional 39ª.

¹² El Real Decreto 1620/2011 se aprobó tres meses después, el 14 de noviembre de 2011.

El preámbulo justifica la regulación especial por “el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado”. El hogar familiar explica, a su vez, “el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar”. Estas particularidades, según el preámbulo, fundamentan “un tratamiento diferente respecto de la relación laboral común”, pero la nueva normativa “pretende conjugar el mantenimiento de las diferencias, allí donde éstas encuentran una justificación objetiva y razonable, con la reducción o eliminación de aquellas, cuando se comprenda que su razón de ser ya no encuentra por más tiempo motivo, de manera que se logre una progresiva equiparación del bagaje jurídico de esta relación laboral especial con la común”.

La reforma introdujo cambios importantes en la regulación del trabajo doméstico y, sin duda, supuso un significativo avance en el proceso de equiparación con la relación laboral común, pero también mantuvo algunas especialidades cuestionables.

Veamos primero los avances. Destaca, en este sentido, en primer lugar, el cambio en el régimen de la duración del contrato. El contrato con el empleado doméstico puede celebrarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, pero ahora el contrato por duración determinada sólo será posible en los términos previstos en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores (ET). El avance con respecto a la normativa anterior es notable; bajo el Real Decreto 1424/1985, las partes podían optar por el contrato indefinido o por el contrato temporal y, en defecto de pacto escrito, el contrato se presumía concertado por tiempo determinado de un año, prorrogable tácitamente por períodos igualmente anuales sin

límite de tiempo. Este “contrato anual no causal” desaparece con la reforma de 2011.

También hay cambios notables en el período de prueba. En el régimen anterior, la relación se presumía celebrada a prueba durante quince días; bajo el nuevo régimen, el período de prueba no se presume y se rige por la normativa laboral común recogida en el art. 14 ET, en virtud del cual dicho período de prueba debe concertarse por escrito, por el tiempo que establezcan los convenios colectivos. A falta de convenio –que en esta relación laboral especial será lo habitual–, el art. 7 del Real Decreto 1620/2011 dispone que el período de prueba no deberá exceder de dos meses. Las partes podrán pactar que la resolución de la relación laboral por cualquiera de ellas durante este período exija un preaviso no superior a siete días naturales.

Por otra parte, con el fin de asegurar que los trabajadores domésticos estén informados sobre sus condiciones de empleo, se incorpora ahora a esta relación laboral especial las obligaciones de información derivadas del Real Decreto 1659/1998: cuando la relación sea superior a cuatro semanas, el trabajador deberá recibir información sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral si los mismos no figuran en el contrato formalizado por escrito.

En materia retributiva, destacan dos avances: se impone la obligación de documentar el pago del salario y el salario en especie se somete a la normativa laboral común. El tiempo de trabajo también experimenta con la reforma de 2011 mejoras significativas: el horario ya no se fija de forma unilateral por el empleador sino por acuerdo entre las partes y el descanso entre jornadas se incrementa, de modo que entre el final de una jornada y el inicio de la siguiente debe mediar un descanso mínimo de doce horas, al igual que en la relación laboral común.

Por su parte, el desistimiento empresarial sin causa se mantiene, pero se refuerzan los

requisitos formales y se incrementa la indemnización, que de 7 días de salario por año de servicio pasa a 12 días, con el mismo tope (6 mensualidades).

B. Las resistencias al cambio: especialidades injustificadas y problemas sin resolver

Hasta aquí, los avances de la reforma de 2011, que son, ciertamente, significativos. Veamos ahora las resistencias al cambio, que son también notables.

La primera que hay que mencionar es la exclusión de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). Esta exclusión, que ya existía en la regulación anterior¹⁵, responde a la voluntad del legislador de no incrementar los costes de la contratación, pero resulta polémica pues el trabajador doméstico también está expuesto al riesgo de insolvencia del empleador. El incremento de los costes es propio de las garantías laborales y no justifica, por sí solo, la diferencia de trato con respecto a la relación laboral común. Estamos, por tanto, ante un trato desigual no justificado. Además, con esta exclusión el ordenamiento español se aleja de los estándares laborales mínimos exigidos por la OIT (art. 6 del Convenio 189 y punto 16 de la Recomendación 201).

También es susceptible de crítica que no se aprovechara la reforma para regular con mayor acierto la protección de la seguridad y salud del empleado en el hogar familiar. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)¹⁶, en su art. 3.4 excluía de su ámbito de aplicación la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, aunque imponía para el trabajo doméstico una regla general de cuidado en virtud de la cual “el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene”. Este precepto no se modifica y

el art. 7 del Real Decreto 1620/2011 se limita a reiterar ese deber general de cuidado que tiene el empleador. La exclusión del trabajo doméstico del ámbito de la LPRL era cuestionable. Es evidente que el trabajo doméstico tiene riesgos profesionales; de hecho, como ya hemos visto, la protección social de los empleados del hogar incluye las contingencias profesionales. La explicación de la exclusión legal se debe a la dificultad que implica exigir al empleador doméstico las obligaciones que, con carácter general, impone la LPRL¹⁷. Este problema, sin embargo, se puede eludir si la inclusión se hace estableciendo normas específicas que modulen estas obligaciones para que sean adecuadas en el ámbito doméstico. En todo caso, si se opta por la exclusión, no debe bastar con declarar la existencia de un genérico deber de cuidado del empresario. Este deber se tiene que concretar, estableciendo obligaciones legales específicas, pues, de lo contrario, no será más que una declaración de intenciones vacía de contenido. La reforma de 2011 desaprovechó, en este sentido, la ocasión. Además, cometió un grave error al disponer que el incumplimiento grave de la obligación de cuidado por parte del empresario sería “justa causa de dimisión del empleado”, cuando en estos casos lo que procede es que el trabajador pueda solicitar la resolución del contrato de trabajo con la indemnización correspondiente al despido improcedente. La exclusión del ámbito de aplicación de la LPRL y la falta de una normativa específica que pudiera cubrir el vacío suponía un trato diferente injustificado y un alejamiento del Convenio 189 OIT, que, en su art. 13, declara el derecho del trabajador doméstico “a un entorno de trabajo seguro y saludable”.

Otro aspecto discutible es la exclusión de la obligación empresarial de registro y totalización de la jornada, prevista por los arts. 35.5 y 12.5.h) del ET a efectos de controlar las horas

¹⁵ Y que fue posible gracias al art. 1.2 de la Directiva 80/987/CEE y de la posterior Directiva 2008/94/CE.

¹⁶ Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

¹⁷ Hay que tener en cuenta que la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, no se aplica a los empleados al servicio del hogar [art. 3 a)].

extraordinarias y complementarias. La exclusión se establece en el art. 9.3 y 3 bis del Real Decreto 1620/2011 y, sin duda, pretende evitar un exceso de cargas de gestión al empleador del hogar, pero resulta criticable, pues hay que advertir la especial dificultad que implica probar en el trabajo doméstico la realización de las horas extraordinarias y complementarias. Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), corresponde al empleado del hogar probar la efectiva prestación de las horas extraordinarias de trabajo y, dado que éstas se realizan en el ámbito del hogar, la prueba se limitará muy frecuentemente al interrogatorio de las partes, que se valorará por el juez según las reglas de la sana crítica (art. 316.2 LEC). Por otra parte, la reforma vuelve aquí a apartarse de los mínimos laborales que, para el trabajo doméstico, defiende la OIT, entre los cuales se encuentra el registro de las horas de trabajo realizadas, incluidas las horas extraordinarias y los períodos de disponibilidad (punto 8.1 de la Recomendación 201).

En cuanto al régimen extintivo de la relación laboral, la reforma de 2011 mantiene dos especialidades cuestionables. En primer lugar, la indemnización del despido improcedente se sigue fijando en 20 días de salario por año de servicio; una indemnización, pues, muy inferior a la prevista, con carácter general, en el art. 56 del ET. Además, se reduce su tope a 6 mensualidades¹⁸, equiparando así esta indemnización a la del despido objetivo. En segundo lugar, se conserva en vigor el desistimiento sin causa, aunque se refuerza su indemnización, que de 7 pasa a 12 días con el mismo tope (6 mensualidades). Es esta una especialidad problemática, que ha generado una grave precariedad en el trabajo doméstico. Es cierto que el empleo en el hogar exige un alto grado de confianza mutua entre el empleador y el empleado, y que no es posible imponer al empleador contra su voluntad la presencia del empleado en su domicilio, pero ello no justifica que el

empleador pueda poner fin a la relación laboral de forma discrecional con una indemnización que, si bien se incrementa en la reforma, sigue siendo insuficiente. El trato desigual con respecto al trabajador común es desproporcionado. Por otra parte, la reforma de 2011 deja sin resolver una de las cuestiones más problemáticas de la regulación anterior: la readmisión en el despido improcedente y la nulidad del despido. Sobre estas dos cuestiones, el Real Decreto 1620/2011 guarda silencio, como hizo también el Real Decreto 1424/1985, lo que ha dado lugar a distintas soluciones judiciales. Volveremos después sobre ello.

Otra cuestión que quedó pendiente fue el problema que plantea en este sector el control del cumplimiento de las obligaciones laborales. En el trabajo doméstico, en efecto, la inviolabilidad del domicilio limita en gran medida la actuación inspectora¹⁹. Es un problema que afecta a todo el régimen de garantías aplicable a esta relación laboral especial y que resulta difícil de resolver. No obstante, si el objetivo del legislador era ir aproximando la regulación a los estándares mínimos previstos en el Convenio 189 OIT, hay que recordar que dicho convenio, en su art. 17, señala que los Estados deben formular y poner en práctica “medidas relativas a la inspección de trabajo”, que especifiquen, “de forma que sea compatible con la legislación nacional (...), las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acce-

¹⁹ La Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social necesita la autorización del titular del domicilio para poder entrar en el hogar donde se desarrolla la prestación de trabajo; en su defecto, deberá solicitar la autorización judicial, con la consiguiente demora en la actividad inspectora y el riesgo de ocultación de los actos constitutivos de infracción (en la regulación anterior, este requisito estaba previsto en el art. 5 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre; actualmente, en el art. 13.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio). La tarea supervisora de la Inspección se limita, por tanto, a un control externo (sobre este control “externo”, que se ha intensificado en los últimos años *vid.R. GARCÍA OLIVER, “Definición y ejecución de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito de las empleadas del hogar. Repercusiones de la interpretación de las normas laborales y de seguridad social aplicables a este sector”, Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, n° 28, 2021, pp. 217 a 238.*

¹⁸ La regulación anterior fijaba el tope en 12 mensualidades.

so al domicilio del hogar, con el debido respeto a la intimidad”.

Pero, sin duda, la asignatura pendiente más importante de la reforma de 2011 (y también, como veremos, de la de 2022) es la negociación colectiva. El art. 3 del Real Decreto 1620/2011 menciona como fuente de la relación laboral especial de los empleados de hogar los convenios colectivos, pero lo cierto es que, en la práctica, la negociación colectiva en este sector es inexistente. La razón se encuentra en las dificultades que plantea el control de la representatividad en este ámbito. La constitución de los sujetos de la negociación resulta, en efecto, muy complicada. Primero, porque no hay una organización empresarial que represente a los empleadores del hogar familiar y, de existir, sería, en la práctica, imposible medir su representatividad. Y segundo, porque, aun cuando los empleados del hogar pueden estar afiliados a las organizaciones sindicales más representativas o constituir sus propias asociaciones, su representatividad es muy difícil de establecer y organizar una negociación sin datos sobre la representatividad efectiva de la organización sindical que negocia presenta riesgos indudables. Se ha dicho que, tras el Real Decreto-ley 7/2011, a través de la negociación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas es posible celebrar un convenio estatutario en este ámbito²⁰. Pero es dudoso que la patronal pueda representar los intereses de los titulares de un hogar familiar²¹. En todo caso, es evidente que la negociación colectiva no opera en el trabajo doméstico y que el Estado, en la línea de lo dispuesto en el art. 3

del Convenio 189 OIT, debe “adoptar medidas para asegurar el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”.

En fin, es innegable que la reforma de 2011 supuso un gran avance, pero también hay que reconocer que dejó importantes cuestiones pendientes. No era fácil abordar en una única reforma todos los cambios necesarios, pues ello podría haber producido efectos indeseados en un sector especialmente sensible a la economía sumergida. El propio Convenio 189 OIT insiste, en algunos de sus preceptos, en la posibilidad de ir aplicando las medidas previstas de forma progresiva²².

Como ya señalamos anteriormente, el legislador de 2011 fue consciente de las limitaciones de la reforma, tanto en materia laboral como de seguridad social. Por eso, el Real Decreto 1620/2011, en su disposición adicional 2ª, dispuso que en el mes siguiente a su entrada en vigor, el Ministerio de Trabajo debería proceder a la constitución de un grupo de expertos para que realizara un informe, con anterioridad al 31 de diciembre de 2012, sobre dos cuestiones: 1ª) La viabilidad de aplicar plenamente el régimen de extinción del contrato de trabajo de la relación laboral común a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, así como la posibilidad de incluir el desistimiento del empleador, entendido como pérdida de confianza en el empleado, en alguna de las causas comunes de extinción del contrato de trabajo establecidas en el art. 49 ET. 2ª) La viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantizara los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera. Tras dicho informe, el Gobierno adoptaría, antes del 31 de diciembre de 2013, previa consulta y negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más re-

²⁰ V. CORDERO GORDILLO, *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 16; G. GARCÍA GONZÁLEZ, “Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España”, *Revista de Derecho Social*, nº 77, 2017, p. 88; P. NIETO ROJAS, “Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT”, *Lex Social*, vol. 9, nº 2, 2019, p. 406.

²¹ En este sentido, I. RODRÍGUEZ CARDO, “La relación laboral especial de los empleados de hogar”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 118, 2015, p. 52.

²² Así lo hace en el art. 13, relativo a la seguridad y salud en el trabajo, y en el art. 14, en materia de Seguridad social.

representativas, las decisiones que correspondiesen.

El cambio de Gobierno que se produjo poco después supuso, sin duda, un freno a esta iniciativa, como también lo fue la crisis económica. Pero pasaron los años y los Gobiernos sin que se abordara ningún otro cambio. Tuvo que ser el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien rompiera la inercia del legislador español e impulsara una nueva reforma en el año 2022.

4. EL PROCESO DE EQUIPARACIÓN RESURGE DIEZ AÑOS DESPUÉS: LA STJUE 24.2.2022, LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 189 Y EL REAL DECRETO-LEY 16/2022

4.1. El impacto de la STJUE de 24 de febrero de 2022: la exclusión del desempleo como discriminación indirecta por razón de sexo y la posible extensión de dicha conclusión a otras especialidades

Ya vimos que el Sistema Especial de Empleados de Hogar excluía de su acción protectora la cobertura del desempleo, por lo que tampoco se cotizaba por esta contingencia. El apartado 3.f) de la disposición adicional 39ª de la Ley 27/2011 establecía que “la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo”, previsión que pasó después al art. 251 d) del texto refundido de 2015 de la Ley General de la Seguridad Social.

La exclusión, única entre el colectivo de trabajadores por cuenta ajena, fue objeto de numerosas críticas por la doctrina científica. El propio legislador, consciente de la necesidad de una reforma en esta materia, había encomendado al Gobierno, como vimos, estudiar la posibilidad de establecer un sistema de protección por desempleo para los empleados de hogar²³. Pero la encomienda no se cumplió y la

²³ Disposición adicional 2ª.2 del Real Decreto 1620/2011.

reforma quedó pospuesta *sine die*, hasta que el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)²⁴, vino a cuestionar la conformidad de dicha exclusión con el Derecho de la Unión Europea.

Veamos esta sentencia, a la que, sin duda, debemos el resurgir en España del proceso de dignificación del trabajo doméstico.

La recurrente era una trabajadora que prestaba servicios desde enero de 2011 en un hogar, como empleada doméstica, estando, como tal, dada de alta en el Sistema Especial de Empleados de Hogar. En noviembre de 2019, la trabajadora presenta una solicitud a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) para cotizar por la contingencia de desempleo, acompañando a la solicitud un escrito donde la empleadora manifiesta su conformidad a asumir la obligación correspondiente. La TGSS deniega la solicitud en virtud del art. 251 d) LGSS. Agotada la vía administrativa, la trabajadora interpone recurso contencioso-administrativo, alegando que la norma que le impide cotizar por desempleo supone una discriminación indirecta por razón de sexo en materia de Seguridad Social.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vigo, mediante auto de 29 de julio de 2020²⁵, plantea cuestión prejudicial al TJUE, en la que se pregunta si el art. 251 d) LGSS, en la medida en que se aplica a un colectivo de trabajadores integrado casi exclusivamente por mujeres, podría constituir una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por las Directivas 79/7 y 2006/54.

²⁴ Un comentario de esta sentencia en A.V. SEMPERE NAVARRO, “La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3, 2022, y en M.G. QUINTERO LIMA, “El tratamiento discriminatorio de la -ausencia de- protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 468 (mayo-junio 2022), pp. 187 a 194.

²⁵ R. 93/2020.

En la cuestión prejudicial y en la sentencia del TJUE veremos cómo el problema se desplaza desde el derecho a cotizar –que era lo que solicitaba la recurrente y lo que le deniega la TGSS– al derecho a la protección. Pero uno lleva al otro. Es cierto que no de forma automática, pues se requieren otros requisitos para causar derecho a la protección, pero, desde luego, sin cotización no hay prestación. Aclarado este punto, veamos la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial planteada.

El TJUE comienza aclarando que la directiva aplicable al caso es la 79/7 y no la 2006/54²⁶. Se centra, por tanto, la cuestión en la posible vulneración del art. 4.1 de la Directiva 79/7²⁷. Y, en este contexto, se advierte que la norma española que se cuestiona no supone una discriminación directamente basada en el sexo, ya que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. La norma podría, sin embargo, constituir una discriminación indirecta por razón de sexo. Esto sucederá si la norma “sitúa a personas de sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo”, salvo que la medida adoptada por dicha norma pueda justificarse objetivamente “con una finali-

dad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

En el caso que se plantea, parece evidente, por los datos estadísticos presentados por la propia TGSS, que el número de trabajadoras por cuenta ajena sujetas al Régimen General que resultan afectadas por la diferencia de trato es significativamente mayor que el de los trabajadores por cuenta ajena²⁸. Por lo tanto, hay que concluir que, en efecto, el art. 251 d) LGSS sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores.

Este trato desigual, dice el TJUE, constituirá una discriminación indirecta prohibida salvo que la norma “responda a un objetivo legítimo de política social, sea adecuada para alcanzar dicho objetivo y sea necesaria para ello”, entendiéndose que solo puede considerarse adecuada para garantizar el objetivo invocado “si responde verdaderamente a la inquietud de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática”. Y es el Estado quien debe demostrar que la norma reúne estas condiciones.

A estos efectos, el Gobierno y la TGSS alegan que la decisión de política legislativa de excluir de la protección contra el desempleo a los empleados de hogar está ligada a las particularidades de este sector profesional. En concreto, se señala que el sector presenta elevadas tasas de empleo y un porcentaje elevado de trabajadores no afiliados al sistema; además, la relación laboral se caracteriza por el hecho de que su empleador no es un empresario profesional, sino un cabeza de familia que no obtiene un beneficio por el trabajo del empleado; se destaca también que el trabajo doméstico se desarrolla en el ámbito del hogar familiar, lo que dificulta tanto la comprobación de los requisitos para el acceso a las prestaciones de desempleo como las inspecciones, de-

²⁶ El art. 3 de la Directiva 79/7 dispone que dicha directiva se aplica a los regímenes legales que aseguren una protección contra la enfermedad, la invalidez, la vejez, las contingencias profesionales y el desempleo. Por su parte, la Directiva 2006/54 es aplicable a los “regímenes profesionales de seguridad social” (art. 1), entendiéndose por tales “los regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE, cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa” (art. 3). En el caso planteado, claramente estamos en un supuesto incluido en la Directiva 79/7.

²⁷ De acuerdo con el art. 4.1 Directiva 79/7, el principio de igualdad de trato implica la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea de forma directa o indirecta, particularmente en lo relativo a, entre otras cuestiones, “el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos”.

²⁸ El tribunal aclara que hay que tomar en consideración no solo a los trabajadores incluidos en el Servicio Especial de Empleados de Hogar sino también al conjunto de los trabajadores sujetos al Régimen General, en el que se integran aquellos. Se cita, en este sentido, la STJUE 21.1.2021, C-843/19.

bido a la inviolabilidad del domicilio. En este contexto, se entiende que el incremento de las cargas y de los costes salariales resultantes del aumento de las cotizaciones para cubrir la contingencia del desempleo podría traducirse en una disminución de las tasas de empleo, en forma de reducción de nuevas contrataciones y extinción de contratos, así como en situaciones de trabajo ilegal y de fraude a la Seguridad Social. Todo ello, dice el Estado español, repercutiría en perjuicio de los propios empleados del hogar. El objetivo de la norma es, pues, mantener las tasas de empleo y luchar contra el trabajo ilegal y el fraude “en aras de la protección social de los trabajadores”.

Hay cierto cinismo en esta última conclusión del Estado español: a los empleados del hogar no se les protege frente al desempleo por su propio bien. Ni esta conclusión, ni los argumentos previos alegados resultan convincentes. Y así lo va a entender el TJUE.

La sentencia afirma que los objetivos del Estado son, en principio, objetivos legítimos de política social que pueden justificar el trato desigual. Pero la norma debe ser adecuada para alcanzar esos objetivos y debe aplicarse de manera coherente y sistemática. Y aquí es donde se detecta el problema.

El TJUE señala, en primer lugar, que el hecho de proteger a los trabajadores mediante regímenes de seguridad social genera siempre, por su propia naturaleza, un aumento de los costes de contratación que, en función del mercado laboral, puede afectar al nivel de empleo; esto es así en cualquier sector²⁹. Por otra parte, la propia existencia de los regímenes de seguridad social conlleva el riesgo, independientemente del sector de que se trate, de que la protección que ofrecen se invoque de manera fraudulenta.

²⁹ Sobre los costes reales que implica la inclusión de la cobertura de desempleo en el Sistema Especial de Empleados del Hogar, *vid.* D. PÉREZ DEL PRADO, D., “La protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar: barreras jurídicas y económicas que se han superado”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 32, 2022, pp. 252 a 256.

Por lo tanto, para que pueda entenderse que la norma se aplica de manera coherente y sistemática a la luz de los objetivos, debe demostrarse que el colectivo al que excluye de la protección se distingue de manera pertinente de otros colectivos de trabajadores que no están excluidos de dicha protección. Pues bien, en este sentido el TJUE considera conveniente valorar dos cuestiones: 1^a) Existen colectivos con similares características que sí tienen la cobertura de desempleo (se citan los jardineros, los conductores particulares, los trabajadores agrícolas y los contratados por empresas de limpieza). 2^a) El Sistema Especial de Empleados de Hogar ofrece la cobertura de otras contingencias que presentan los mismos riesgos de fraude a la Seguridad Social, como puede ser la incapacidad temporal.

En este punto, la sentencia precisa que es el tribunal español el que, valorando las circunstancias expuestas, debe decidir si la norma cuestionada es o no adecuada para alcanzar los objetivos legítimos de política social que persigue el Estado, aunque advierte que de los datos aportados por el Gobierno español y la TGSS, no parece que sea así. Además, el TJUE añade que, aun cuando el tribunal nacional considerara adecuada la norma para alcanzar los objetivos, habría que comprobar también si no va más allá de lo necesario para lograrlos, teniendo en cuenta que la exclusión de la protección del desempleo implica la imposibilidad de que los empleados de hogar accedan a otras prestaciones de Seguridad Social a las que podrían tener derecho y cuya concesión está supeditada a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo (se señalan, en este sentido, las prestaciones de incapacidad permanente y las ayudas sociales para desempleados). Esta consecuencia, dice el TJUE, implica una mayor desprotección de los empleados de hogar, que se traduce en una situación de desamparo social. La sentencia concluye que, en estas circunstancias, no parece que la norma sea necesaria para alcanzar los objetivos mencionados.

Por todo ello, el TJUE responde a la cuestión planteada señalando que “el art. 4.1 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

A la vista de la respuesta del tribunal comunitario, el Juzgado de lo Contencioso, en sentencia de 17 de marzo de 2022³⁰, procedió a valorar los argumentos de la TGSS, que considera insuficientes, declarando que la exclusión del desempleo no está justificada y supone una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al Derecho de la Unión. Por ello, la sentencia estima “esencialmente” el recurso y, partiendo de la inaplicación del art. 251 d) LGSS, declara el derecho de la recurrente a cotizar, como empleada de hogar, por la contingencia de desempleo. Ahora bien, la sentencia considera que en esta materia existe un vacío normativo, pues, aunque la obligación de cotizar a la Seguridad Social está regulada con carácter general, en el Sistema Especial de Empleados de Hogar no lo está. Es necesario, por tanto, que el legislador cubra este vacío normativo. El derecho a cotizar a desempleo se reconoce, pero “en los términos legales que se establezcan”. La sentencia se remite así a una futura y necesaria intervención legislativa. El derecho existe, pero no puede hacerse efectivo hasta que el legislador intervenga regulando el régimen de cotización por desempleo en el Sistema Especial de Empleados de Hogar.

La STJUE de 24 de febrero de 2022 tuvo una gran repercusión en el ámbito judicial y sus conclusiones pronto se aplicaron a otras cuestiones, con resultados a veces cuestionables. Así, el Juzgado de lo Social de Barcelo-

na nº 32, en su sentencia de 14 de marzo de 2022³¹, consideró que la exclusión de la cobertura del FOGASA en el trabajo doméstico constituía también una discriminación por razón de sexo, en este caso contraria al art. 5 de la Directiva 2006/54, por lo que procedió a reconocer a la demandante, empleada de hogar, el derecho a percibir del FOGASA la prestación de indemnización solicitada, en los términos legales previstos con carácter general; y ello aun cuando la empleada no había cotizado previamente el período mínimo exigido en la ley, pues “tal falta de cotización se debe a esa opción legislativa excluyente de la protección”, que incurre en discriminación. En una línea similar, otras sentencias reconocieron a empleadas de hogar el subsidio para mayores de 52 años, pese a no haber cotizado a desempleo el mínimo exigido por el art. 274.4 LGSS³².

La situación de confusión e inseguridad jurídica requería urgentemente la intervención del legislador, que, finalmente, tuvo lugar en septiembre de ese mismo año 2022. En este contexto, además, resurgió el debate sobre la oportunidad de ratificar el Convenio 189 OIT.

4.2. La ratificación del Convenio 189 OIT el 9 de junio de 2022 y la aprobación del Real Decreto-ley 16/2022 tres meses después

El Convenio 189 OIT se aprobó, como vimos, el 16 de junio de 2011. Vimos también que, en el momento de su aprobación, el Convenio 189 tuvo una importante influencia en el legislador español, que, con el objetivo de su ratificación por España en un futuro cercano, abordó, ese mismo año, la reforma de la protección social y de la relación laboral de

³¹ P. 200/2019.

³² SSTSJ Cataluña 15.3.2022 (r. 5506/2021) y 11.5.2022 (r. 6675/2021). En relación con los requisitos exigidos en el párrafo 2º del art. 274.4 LGSS, *vid.* STSJ Cataluña 16.3.2022 (r. 5506/2021).

³⁰ P. 93/2020.

los empleados domésticos (Ley 27/2011 y Real Decreto 1620/2011, respectivamente).

Desde entonces, se presentaron varias proposiciones no de ley en el Congreso instando al Gobierno para que, en un plazo razonable, evaluara la posibilidad de someter a ratificación el Convenio 189 OIT³³. El propio Parlamento europeo aprobó una resolución el 28 de abril de 2016 en la que se señala que el Convenio 189 OIT “supone una importante medida para fomentar la igualdad de género en el ámbito laboral y garantizar la igualdad de derechos para las mujeres”, por lo que se anima a todos los Estados miembros a que lo ratifiquen con urgencia.

Pero en España la ratificación se fue posponiendo, a pesar de existir una opinión social y política favorable. Como tantas otras veces, ha sido el TJUE el que ha dado el impulso definitivo para romper la apatía. Tras su sentencia de 24 de febrero de 2022, ya comentada, se abrió de nuevo el debate sobre la necesidad de ratificar el Convenio 189 OIT. El Consejo de Ministros, en su reunión de 5 de abril de 2022, acordó remitir a las Cortes Generales el convenio, manifestando el consentimiento de España para obligarse por el mismo. Concedida la autorización por las Cortes Generales, el convenio fue finalmente ratificado y entrará en vigor para España el 24 de febrero de 2024. España se suma así a los 35 países miembros de la OIT que ya lo han ratificado; entre los países europeos están Alemania e Italia (2013), Irlanda y Suiza (2014), Bélgica, Finlandia y Portugal (2015), Suecia (2019) y Malta y Noruega (2021).

La ratificación del Convenio 189 OIT requería revisar la normativa española para adaptarla a los mínimos establecidos en él. Además, la STJUE de 24 de febrero de 2022 había puesto de manifiesto que la regulación nacional del empleo doméstico, tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social, tenía especialidades que podían suponer una

discriminación indirecta por razón de sexo. La reforma era urgente y se llevó a cabo, tres meses después, por el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, convalidado por el Congreso de los Diputados el 29 de septiembre³⁴.

En el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2022 se señala que esta norma “tiene como objetivo equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras del hogar familiar a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, descartando aquellas diferencias que no solo no responden a razones justificadas, sino que además sitúan a este colectivo de personas trabajadoras en una situación de desventaja particular y que, por tanto, pueden resultar discriminatorias”. Se recuerda, en este sentido, que la reforma de 2011 ya inició un proceso de equiparación progresiva de la normativa laboral y de Seguridad Social de los empleados de hogar con el régimen común, que quedó inconcluso. Y se cita la encomienda que la disposición adicional 2ª del Real Decreto 1620/2011 dirigió al Gobierno para que, de acuerdo con ese objetivo de equiparación, se estudiara la posibilidad de reformar el régimen extintivo de la relación laboral especial y la eventual inclusión de la protección del desempleo. La necesidad de abordar la reforma del régimen del trabajo doméstico se explica asimismo por el impacto que ha tenido la STJUE de 24 de febrero de 2022, cuyos argumentos trascienden el ámbito de la Seguridad Social y llegan también al de las condiciones de trabajo, en el marco de la Directiva 2006/54. Por último, se señala que la reforma “resulta imprescindible para incorporar al ordenamiento español lo establecido en el Convenio número 189 de la OIT” y que es “coherente con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo” que “prohíbe, en su artículo 6, la discriminación directa e indirecta por razón de sexo”.

De acuerdo con lo expuesto, el Real Decreto-ley 16/2022 procede a eliminar aquellas especialidades aplicables al trabajo doméstico

³³ BOCG 8.5.2013, BOCG 25.4.2018.

³⁴ Resolución de 29 de septiembre de 2022 (BOE de 5 de octubre).

que, a juicio del legislador, constituyen una diferencia de trato carente de justificación objetiva y razonable. Para ello, se modifica en algunos aspectos el Real Decreto 1620/2011, el Real Decreto 505/1985, la LGSS, el Reglamento General sobre Actos de Encuadramiento y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Pasemos a analizar estos cambios.

5. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 16/2022: CAMBIOS EN EL RÉGIMEN LABORAL, EN SEGURIDAD SOCIAL Y EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

5.1. Cambios en el régimen laboral

5.1.1. *La forma del contrato*

La reforma de 2022 modifica el art. 5 del Real Decreto 1620/2011 en dos aspectos. Para la forma del contrato de trabajo, el apartado primero del art. 5 se remite a lo previsto en el ET. Además, en el apartado segundo del precepto se establece ahora que, salvo prueba en contrario, en defecto de pacto escrito, el contrato se presumirá concertado por tiempo indefinido y a jornada completa.

5.1.2. *El nuevo régimen extintivo de la relación laboral*

Ya vimos que el régimen extintivo del trabajo doméstico previsto en el art. 11 del Real Decreto 1620/2011 resultaba cuestionable. En primer lugar, porque el desistimiento sin causa dejaba al empleado en una situación de desprotección frente a los despidos arbitrarios. En segundo lugar, porque la regulación planteaba importantes dudas interpretativas, especialmente en relación con la readmisión.

La reforma de 2022 modifica este régimen extintivo. La modificación más importante

afecta al desistimiento sin causa y es lógico que sea así pues esta figura contradice los estándares mínimos del Convenio 189 OIT y supone un trato desigual que no parece justificado, más aún tras la STJUE de 24 de febrero de 2022. Pero la reforma no se limita a modificar el desistimiento, aunque este sea su objetivo principal. Los cambios afectan a otros aspectos importantes del art. 11. Vayamos, pues, por orden.

El apartado primero del art. 11, que se refiere, con carácter general, a las causas extintivas, se modifica por completo. En la regulación anterior, este apartado consideraba aplicables las causas extintivas del art. 49 ET, con tres exclusiones: 1) la extinción por fuerza mayor constatada por la autoridad laboral; 2) la extinción por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y 3) la extinción por causas objetivas legalmente procedentes. La propia norma señalaba la razón de la exclusión de estas tres causas extintivas: su incompatibilidad con la naturaleza de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Pero lo cierto es que, con las debidas adaptaciones, estas causas no resultan, en absoluto, incompatibles: la fuerza mayor, el despido objetivo e incluso el despido colectivo podrían operar en el servicio doméstico. En realidad, la exclusión tenía otra razón de ser: la existencia en esta relación laboral especial del desistimiento sin causa, con un régimen mucho más flexible, hacía innecesarias las causas excluidas. La reforma de 2022 suprime, como veremos después, el desistimiento sin causa, por lo que se procede a eliminar la exclusión.

El art. 11.1 se limita ahora a señalar que “la relación laboral especial del servicio del hogar familiar podrá extinguirse por las causas establecidas en el artículo 49.1 ET, aplicándose la normativa laboral común salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación”. Se remite en bloque, por tanto, a la regulación común, aunque la remisión es condicionada pues no opera cuando esta resulte incompatible con el trabajo doméstico.

Esto es precisamente lo que sucede con algunas de las causas extintivas señaladas en la letra g) del art. 49.1 ET: la extinción de la personalidad jurídica, la jubilación y la incapacidad del empresario. La terminación del contrato por extinción de la personalidad jurídica del empresario no es posible, porque en esta relación laboral especial el empleador es necesariamente una persona física. Por su parte, la jubilación y la incapacidad del empleador del hogar no justifican en principio la extinción del contrato. Hay que tener en cuenta que el empleado de hogar no ha sido contratado para prestar sus servicios en el marco de una actividad empresarial que pueda cesar como consecuencia de la jubilación o la incapacidad del empresario. La jubilación y la incapacidad del empleador tan solo podrían justificar la extinción del contrato en el marco de la nueva modalidad extintiva regulada en el apartado 2 del art. 11. Lo veremos después.

Antes hay que destacar una cuestión importante: la reforma ha suprimido el tratamiento especial que la regulación anterior daba al despido improcedente. No hay ya un régimen específico para el despido improcedente del empleado de hogar, que pasa a regularse, por tanto, por el régimen laboral común. Ahora bien, la remisión, como sabemos, se condiciona a que la normativa común sea compatible con las especialidades del trabajo doméstico, lo que plantea algunos interrogantes. No hay duda con respecto a la cuantía de la indemnización por despido improcedente, que ahora es la prevista en el art. 56.1 ET. Recordemos que, en la regulación anterior, la cuantía de la indemnización se equiparaba a la del despido objetivo: 20 días con tope de 12 mensualidades. Ahora pasa a ser de 33 días con tope de 24 mensualidades. El cambio es notable. Las dudas surgen con respecto a la opción por la readmisión: ¿puede el empleador del hogar optar por readmitir en vez de indemnizar?, ¿es esta opción compatible con las especialidades del trabajo doméstico? Antes de la reforma, el Real Decreto 1620/2011 señalaba la indemnización del despido improcedente sin mencionar la readmisión, lo que

planteaba la duda de si la omisión era consciente o si, por el contrario, se trataba de una laguna que debía salvarse con la aplicación supletoria del art. 56 del ET. La mayoría de la doctrina de suplicación entendió que no existía laguna y que, en este punto, el reglamento imponía como “única alternativa la indemnización”. Esta solución se consideraba lógica y, en este sentido, se apelaba a “la delicada posición en que se encuentra una persona trabajando dentro del hogar de otra, lo que exige máxima confianza y no situaciones impuestas contra la voluntad de cualquiera de las partes después de acreditada la falta de entendimiento o la voluntad de no mantener el vínculo”³⁵. Tras la reforma de 2022, esta solución suscita más dudas. No hay ninguna mención al despido improcedente y existe una remisión en bloque a la regulación laboral común. La clave está en determinar si reconocer al empleador del hogar la opción por la readmisión en caso de despido improcedente es o no es compatible con las especialidades del trabajo doméstico. A mi juicio, ninguna de las soluciones posibles de *lege data* es satisfactoria: si se admite la opción, es posible que se le esté imponiendo a la persona trabajadora una readmisión contraria a su voluntad, lo que, dada las condiciones especiales en que se desarrolla este trabajo —no olvidemos que el empleado se encuentra aislado, en el domicilio del empleador— resulta especialmente indeseable; pero si se interpreta que no hay opción posible y que tan solo procede la indemnización, se perjudica a quien hubiera deseado seguir trabajando. De *lege ferenda*, sería recomendable introducir una regulación específica en esta materia, adecuada a la especialidad del trabajo doméstico. En este sentido, podría ser razonable establecer para el despido improcedente del empleado de hogar la misma solución prevista en la relación laboral especial de alta dirección, en virtud de la cual procede la indemnización salvo que las partes, de común

³⁵ STSJ Andalucía, Sevilla, 17.1.2013 (r. 776/2012). En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, las SSTSJ Cataluña 7.10.2014 (r. 4198/2014) y País Vasco 7.2.2012 (r. 3099/2011).

acuerdo, opten por la readmisión (art. 11.3 del Real Decreto 1382/1985)³⁶.

Pasemos ahora al nuevo apartado 2 del art. 11, que supone el cambio más relevante en el régimen extintivo: el desistimiento sin causa desaparece y se sustituye por una modalidad extintiva específica para el trabajo doméstico, que se asemeja al despido por causas objetivas, pero con una indemnización inferior. Veámoslo.

El art. 11.2 dispone que, sin perjuicio de la remisión que hace el primer apartado a las causas extintivas del art. 49.1 ET y a la normativa laboral común, la relación laboral de los empleados domésticos podrá extinguirse por alguna de las siguientes causas, siempre que estén justificadas: a) Por la disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida. b) Por la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescindiera de la persona trabajadora del hogar. c) Por el comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

Los requisitos formales y la indemnización que procede pagar al empleado en esta modalidad extintiva son prácticamente idénticos a los del antiguo desistimiento sin causa. La única diferencia es que ahora hay que especificar en la comunicación escrita la causa por la que se adopta la decisión extintiva y ya no se exige que el pago de la indemnización se haga en metálico.

Las causas de esta nueva modalidad extintiva adolecen de cierta imprecisión. El preámbulo del Real Decreto-ley 16/2022 da algunas pistas, poniendo ejemplos de las dos primeras causas: para la primera, “la pérdida del trabajo

o la declaración de incapacidad para el trabajo de la persona empleadora”; para la segunda, “la asunción de las tareas por entidad pública o el cambio en las necesidades de cuidado de algún miembro de la unidad familiar”. En la primera se podría incluir también, como vimos, la jubilación del empleador, siempre que se justifique que con ello han disminuido de forma relevante sus ingresos. La tercera causa se refiere a supuestos que no tienen la gravedad necesaria para justificar el despido disciplinario, pero sí la suficiente entidad para justificar la pérdida de confianza en la persona empleada, que es esencial en esta relación. Es difícil imaginar un supuesto de estas características y, de hecho, el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2022 elude dar un ejemplo.

En fin, la eliminación del desistimiento sin causa y su sustitución por una modalidad extintiva específica y causal adaptada a esta relación laboral especial merece, sin duda, una valoración positiva. Pero la ambigüedad con la que se formulan las causas de esta nueva modalidad y la necesidad de valorar las circunstancias de cada caso concreto para justificar la decisión extintiva genera una gran inseguridad.

Más criticable resulta que la reforma de 2022 no haya aclarado las dudas que plantea en esta relación laboral especial la nulidad del despido. Nada dice al respecto, por lo que, partiendo de la remisión general a la normativa laboral común, podríamos entender que el despido nulo opera en este ámbito en las mismas condiciones que en la relación laboral ordinaria. El problema es que esta remisión es condicionada a la compatibilidad de la norma común con las especialidades del régimen laboral especial, y en este caso se plantean dudas importantes en relación con la readmisión.

Ya comentamos los problemas que suscita la readmisión en el despido improcedente. En la nulidad del despido, los problemas adquieren una dimensión diferente. Recordemos que, en el despido improcedente, el problema afectaba al trabajador. En el despido nulo, el

³⁶ Es interesante, en este sentido, el supuesto suscitado en la STSJ Andalucía, Sevilla, 14.7.2022 (r. 3149/2020). La empleada del hogar solicitaba la indemnización y no la readmisión, que, sin embargo, se impone por el tribunal, que la considera un derecho irrenunciable.

problema afecta a ambas partes y además se agrava porque ni siquiera hay opción. ¿Se puede obligar al empresario a readmitir en su domicilio a una persona en contra de su voluntad? ¿Y se puede imponer al empleado la incorporación al trabajo en estas circunstancias? Bajo la regulación anterior, un sector de la doctrina entendía que en esta relación laboral especial no existe la figura del despido nulo, por lo que en los supuestos previstos en el art. 55.5 del ET el despido debería calificarse de improcedente e indemnizarse conforme a la norma especial, que entonces tenía una indemnización inferior a la común³⁷. Esta tesis no resultaba satisfactoria, pues los supuestos de nulidad merecen un especial reproche por parte del ordenamiento jurídico. Por ello, la mayoría de la doctrina aceptaba la nulidad del despido en el servicio doméstico, aunque matizaban sus consecuencias, pues la necesidad de garantizar el derecho fundamental a la intimidad familiar del empleador impide que pueda imponerse en el ámbito del hogar la readmisión obligatoria del empleado³⁸. Frente a este escollo, se ofrecían dos soluciones. La primera consistía en imponer una indemnización, pero de cuantía equivalente a la prevista en la regulación laboral común para el despido improcedente; de esta forma, la sanción del despido nulo sería superior a la del despido improcedente, que, insistimos, bajo la regulación anterior tenía una indemnización inferior. La mayoría de la doctrina de suplicación se mostró partidaria de esta solución³⁹. Tras la reforma de 2022, esta solución, sin embargo, ya no parece adecuada, pues ahora el despido improcedente tiene en el trabajo doméstico la misma indemnización que en la relación laboral común. Otra solución, más acorde a la regulación actual, sería aplicar el art. 286 de

la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, precepto previsto para los supuestos en los que no es posible la readmisión del trabajador, tal y como sucede en el ámbito doméstico; esta solución implica una condena a la readmisión en la sentencia, que luego se transformaría en indemnización si el empleador alega que no acepta la readmisión⁴⁰. En todo caso, de *lege ferenda* se debería regular esta cuestión, permitiendo también a las partes acordar la readmisión⁴¹.

5.1.3. La inclusión de la cobertura del FOGASA

Ya vimos que, antes de la reforma de 2022, la relación laboral especial de los empleados de hogar estaba excluida de la cobertura del FOGASA. Comentamos también que esta exclusión, que ya existía en el Real Decreto 1424/1985, fue en su momento muy criticada. Tras la STJUE de 24 de febrero de 2022 y la ratificación del Convenio 189 OIT, era evidente la necesidad suprimir dicha exclusión.

Así lo hace el Real Decreto-ley 16/2022, que modifica el art. 3 b) del Real Decreto 1620/2011, de forma que ya no incluye la referencia a la inaplicación del art. 33 ET.

⁴⁰ En esta línea, S. RUANO ALBERTOS, *El régimen jurídico de los empleados de hogar*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 124; I. RODRÍGUEZ CARDO "La relación laboral especial...", *cit.*, p. 73; E. DESDENTADO DAROCA, "Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España", *Investigaciones feministas*, vol. 7, nº. 1, 2016, pp. 144.

⁴¹ Bajo la regulación anterior, se planteó también si al desistimiento se le podía aplicar el segundo apartado del art. 55.5 del ET. Este apartado, como se sabe, enumera una serie de supuestos en los que "salvo que se declare la procedencia del despido", opera la declaración de nulidad. La doctrina judicial entendió que dicho apartado no era aplicable al desistimiento, que no exige causa, por lo que, en estos casos, se exigía una prueba indiciaria del móvil discriminatorio o de la lesión del derecho fundamental. De esta forma, los empleados de hogar se encontraron con mayores dificultades para protegerse frente a las vulneraciones de sus derechos fundamentales. Tras el Real Decreto-ley 6/2019, esa doctrina judicial no resultaba ya aplicable a los supuestos de embarazo y maternidad (en este sentido, STS 11.1.2022, r. 2099/2019). En todo caso, la reforma del Real Decreto-ley 16/2022 ha puesto fin a esta situación al eliminar el desistimiento sin causa.

³⁷ *Id.* en esta línea, la STSJ Madrid 10.4.2003 (r. 5757/2002).

³⁸ *Id.* no obstante, en sentido contrario la sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid de 16 de abril de 2008 (sentencia nº 178/2008) y la STSJ Andalucía, Sevilla, 14.7.2022 (r. 3149/2020). Son, sin embargo, pronunciamientos aislados.

³⁹ SSTSJ Castilla y León, Valladolid, 25.2.2013 (r. 2/2013); Castilla y León, Burgos, 7.9.2010 (r. 467/2010); Cataluña 15.1.2013 (r. 6810/2012); Madrid 24.11.2008 (r. 4191/2008).

La cobertura del FOGASA para los empleados de hogar es idéntica a la de cualquier otro trabajador por cuenta ajena. No obstante, se modifica el art. 33.2 ET y el art. 19 del Real Decreto 505/1985⁴² para incluir una previsión específica con respecto a los supuestos en los que la extinción se produce conforme a lo dispuesto en el art. 11.2 del Real Decreto 1620/2011. Para estos casos, se precisa que la cuantía de la indemnización que procede abonar al FOGASA se calculará a razón de 12 días de salario por año de servicio, con el límite máximo de 6 mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Se modifica también el art. 11.1.d) del Real Decreto 505/1985, para incluir a los empleados domésticos entre los sujetos obligados a cotizar al FOGASA.

La disposición transitoria 16ª LGSS, reformada por el Real Decreto-ley 16/2022, dispone que para la cotización al FOGASA en el trabajo doméstico se aplicarán los tipos de cotización y su distribución que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Para 2023, el art. 122.11 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, fija el tipo general del 0,20%, a cargo exclusivo del empleador. Con el objetivo de atenuar, al menos en un principio, el coste que dicha cotización implica, la disposición adicional 1ª del Real Decreto-ley 16/2022 prevé una bonificación sobre esta cotización del 80%.

5.2. Los cambios en el Sistema Especial de Empleados de Hogar

5.2.1. *La incorporación de la cobertura del desempleo*

Sin duda, el cambio más esperado y urgente era la incorporación de la cobertura de des-

empleo en el Sistema Especial de Empleados de Hogar. La STJUE de 24 de febrero de 2022 lo había dejado claro: la exclusión del desempleo prevista en el art. 251 d) LGSS constituía una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al Derecho de la Unión Europea. El Convenio 189 OIT, recién ratificado, además, obligaba a ofrecer a los trabajadores domésticos una Seguridad Social “en condiciones no menos favorables que las aplicables a los trabajadores en general” (art. 14).

El Real Decreto-ley 16/2022 aborda la reforma y lo hace de forma directa y simple, derogando la letra d) del art. 251 LGSS. Suprimido este apartado, la prestación por desempleo pasa a formar parte de la acción protectora del Sistema Especial de Empleados de Hogar. Ello implica la obligación de cotizar por esta contingencia. La forma de realizar esta cotización durante el año 2022 se especifica en la disposición transitoria 2ª del Real Decreto-ley 16/2022: 1) La cotización por desempleo será obligatoria para las personas trabajadoras empleadas de hogar a partir del 1 de octubre de 2022. 2) Las bases de cotización para desempleo serán, como en la regulación general, las correspondientes a las contingencias profesionales. 3) El tipo de cotización aplicable entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2022 será del 6,05%, del cual el 5% es a cargo del empleador y el 1,05% a cargo de la persona empleada. 4) A partir de enero de 2023, la cotización se realizará de acuerdo con lo establecido en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Para el año 2023, el art. 122.11 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, fija unos tipos de cotización más elevados que los del año anterior, ya equiparados con los del Régimen General.

Para atenuar el incremento de los costes que esta nueva cotización implica, la disposición adicional 1ª del Real Decreto-ley 16/2022 prevé una bonificación del 80% en las aportaciones empresariales a la cotización por des-

⁴² Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

empleo, al igual que en la cotización al FOGASA. Esta bonificación es financiada por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Por otra parte, el Real Decreto-ley 16/2022 también modifica el art. 267 LGSS, para incluir como situación legal de desempleo la extinción del contrato de trabajo del empleado de hogar conforme al art. 11.2 del Real Decreto 1620/2011 (que ahora se contempla en el apartado 8 del art. 267.1.a) LGSS).

5.2.2. Eliminación del régimen especial de los empleados de hogar con jornadas inferiores a 60 horas mensuales

Cuando la Ley 27/2011 integró a los empleados de hogar en el Régimen General, a través de un sistema especial, eliminó la diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo que en el régimen anterior existía en materia de actos de encuadramiento y cotización. En el nuevo Sistema Especial de Empleado de Hogar, el sujeto responsable de solicitar el alta, la baja y la variación de datos, así como de ingresar las cuotas a la Seguridad Social era, en todo caso, el empleador, con independencia del tipo de jornada laboral realizada por el empleado, al igual que en el Régimen General. Esta regulación, que constituyó un avance importante, fue, sin embargo, matizada poco después por el Real Decreto 29/2012, que permitió, previo acuerdo entre las partes, trasladar estas obligaciones al empleado, siempre que este prestara sus servicios para el empresario durante menos de sesenta horas al mes.

La reforma de 2022 suprime ahora ese régimen especial introducido por el Real decreto 29/2012, modificando para ello el art. 43.2 del Reglamento General de Actos de Encuadramiento⁴³.

La disposición adicional 2ª del Real Decreto 16/2022 establece que los empleadores que,

conforme al régimen anterior, hubieran acordado que el empleado asumiría las obligaciones en materia de cotización y encuadramiento, deberán responsabilizarse ellos mismos de esas obligaciones a partir del 1 de enero de 2023. Para ello, tendrán que comunicar a la TGSS, durante el mes de enero de 2023, los datos necesarios para el cálculo y el pago de las cuotas de la Seguridad Social, y en especial los datos bancarios precisos para el pago de las cotizaciones, así como la entidad gestora o en su caso colaboradora de la Seguridad Social por la que optan a efectos de la cobertura de las contingencias profesionales, siempre y cuando todos estos datos no se hubiesen comunicado con anterioridad.

5.2.3. La nueva regulación de los beneficios en la cotización

La disposición adicional 1ª del Real Decreto-ley 16/2022 regula los beneficios en la cotización aplicables en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. La novedad más importante es la eliminación de la bonificación del 45% que hasta ahora se aplicaba a las familias numerosas y su sustitución por una bonificación condicionada a requisitos de patrimonio y/o renta de la unidad familiar.

En primer lugar, se mantiene la reducción del 20% en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes. A ello hay que añadir la bonificación ya señalada del 80% en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al FOGASA.

Como alternativa a la reducción del 20%, se crea una bonificación del 45% o del 30% en la aportación empresarial por contingencias comunes, a la que solo se tendrá derecho si se cumplen “los requisitos de patrimonio y/o renta de la unidad familiar o de convivencia”. Para la concreción de estos requisitos, la disposición adicional 1ª remite a un posterior desarrollo reglamentario. Se aclara que esta bonificación solo será aplicable respecto de un

⁴³ Real Decreto 84/1996.

único empleado de hogar y se dispone que, si el empleador tuviera contratado a más de un empleado doméstico, la bonificación será aplicable respecto de aquél que figure en alta en primer lugar. El supuesto es difícil que se dé en la práctica, pero la previsión legal puede ser razonable a efectos de evitar el fraude⁴⁴. Se señala, por otra parte, que será el Servicio Público de Empleo Estatal quien determine el derecho a esta bonificación y quien lo financie. Finalmente, se prevé que la nueva bonificación entre en vigor a partir del 1 de abril de 2024, aunque para ello será necesario que previamente se apruebe el reglamento.

La bonificación del 45% a favor de las familias numerosas, regulada en el art. 9 de la Ley 40/2003 y en el art. 5 del Real Decreto 1621/2005, se elimina. El Real Decreto-ley 16/2022 deroga ambos preceptos⁴⁵, aunque su disposición final 7ª, en el apartado 4, pospone los efectos de esta derogación al 1 de abril de 2023. Se establece, además, un régimen temporal para esta bonificación en la disposición transitoria 3ª: las bonificaciones por la contratación de cuidadores en familias numerosas que se estuvieran aplicando el 1 de abril de 2023 mantendrán su vigencia hasta la fecha de efectos de la baja de los cuidadores que den derecho a las mismas. La disposición transitoria aclara que estas bonificaciones serán incompatibles con la reducción del 20%, algo que ya sucedía, y con la nueva bonificación del 45% o 30% condicionada a requisitos de renta y/o patrimonio. Sí es compatible, por el contrario, con la bonificación del 80% en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y a FOGASA.

Desaparece, así, aunque sea de forma progresiva en el tiempo, una bonificación que ha sido clave para fomentar la contratación de empleados de hogar en el seno de las familias numerosas. Es cierto que esta bonificación podía beneficiar a hogares con altos niveles

adquisitivos y, en este sentido, resultaba criticable. Habrá que ver cuáles son los límites de renta y/o patrimonio que se tendrán que cumplir para obtener la nueva bonificación, pues si son excesivamente bajos se dejará a las familias numerosas de clase media sin un apoyo que resulta esencial, dado el déficit que tiene España en políticas sociales y de cuidado.

5.3. La inclusión de los empleados del hogar en el ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la necesaria regulación reglamentaria

Con anterioridad hemos señalado que la reforma de 2011 desaprovechó la ocasión de regular con mayor acierto la protección de la seguridad y salud de los empleados del hogar familiar. La Ley de Prevención de Riesgos, en su art. 3.4, excluía de su ámbito de aplicación la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Tan solo se imponía al empleador doméstico un deber general de cuidado, que el art. 7 del Real Decreto 1620/2011 reitera. Esta regulación resultaba criticable. Los empleados del hogar están sometidos a riesgos profesionales, como lo están también los trabajadores de la limpieza que prestan sus servicios en empresas. El hecho de realizar su labor en el hogar no les mantiene incólumes frente a estos riesgos. Los empleados del hogar merecen una adecuada protección. Esa adecuada protección, eso sí, deber tener en cuenta las especialidades del trabajo doméstico, pues es evidente que no se pueden imponer las mismas obligaciones de prevención a una empresa y a un hogar familiar.

La reforma de 2022, sin embargo, ha optado por una inclusión de los empleados del hogar en el ámbito de aplicación de la LPRL prácticamente sin matices, lo que puede resultar problemático. El Real Decreto-ley 16/2022 solo dedica a esta materia dos previsiones: se deroga el art. 3.4 de la LPRL y se añade a este texto legal una disposición adicional 18ª en la que se dispone que los trabajadores del hogar “tienen

⁴⁴ G. GARCÍA GONZÁLEZ, *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 119.

⁴⁵ Disposición derogatoria única, apartado b).

derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad”. No hay más. Ni siquiera se modifica el art. 7 del Real Decreto 1620/2011, que mantiene, por tanto, su referencia a la dimisión del trabajador en caso de incumplimiento empresarial grave de ese deber general de cuidado en materia de seguridad y salud.

Habrà que esperar al reglamento, que, dada la escasa regulación de la ley, tendrá que ser el que concrete todas las particularidades que, en materia de prevención de riesgos, deben aplicarse en el ámbito del hogar. Y no son pocas. A efectos de esa futura regulación, resulta conveniente destacar que en esta materia es esencial la formación del empleado y del empleador, que debería promocionar el Estado, y la articulación de vías que permitan el control de la Inspección de Trabajo conforme a lo dispuesto en el art. 17 del Convenio 189 OIT. En este sentido, aquí hay que tener en cuenta el punto 19 de la Recomendación 201 OIT en el que se señala que los Estados han de proteger a los trabajadores domésticos frente a los riesgos laborales para lo cual deberían “establecer un sistema de inspección suficiente y apropiado”, prestar “asesoramiento en materia de seguridad y salud en el trabajo”, desarrollar “programas de formación” y “difundir orientaciones”.

6. CONCLUSIONES. CUESTIONES PENDIENTES PARA UNA TERCERA REFORMA

Los empleados domésticos realizan una labor esencial en una sociedad como la española en la que las tareas del cuidado siguen a cargo principalmente de las familias y, en especial, de las mujeres. La mujer se ha incorporado al mercado de trabajo y el vacío que ha dejado en el hogar no se ha cubierto por el Estado con políticas sociales y de cuidado adecuadas.

La necesidad de los cuidados se ha hecho, además, especialmente intensa en las últimas décadas, como consecuencia del envejecimiento de la población. Mientras el Estado no asuma con eficacia la obligación que le corresponde en este ámbito, las familias españolas seguirán teniendo que acudir a la contratación de trabajo doméstico.

Esta contratación se ha realizado durante mucho tiempo en condiciones precarias, hasta que, en 2011, el legislador español, influido por la importante labor de la OIT, inicia un proceso de equiparación del trabajo doméstico al trabajo por cuenta ajena común, que se ha reactivado recientemente con dos hitos importantes: la ratificación por España del Convenio 189 OIT y la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2022. Son avances que merecen una valoración muy positiva, pero el proceso no ha terminado. Todavía quedan algunas cuestiones pendientes, entre las cuales destacan las siguientes.

En primer lugar, es necesario abordar el problema de la readmisión en el despido improcedente y en el despido nulo. Para el primero, se podría establecer la misma solución prevista en la relación laboral especial de alta dirección, en virtud de la cual procede la indemnización salvo que las partes, de común acuerdo, opten por la readmisión (art. 11.3 del Real Decreto 1382/1985). Para el segundo, se debería introducir una regulación específica que impusiera una indemnización superior a la del despido improcedente, pero reconociendo, además, a las partes la posibilidad de acordar la readmisión.

En segundo lugar, habría que aplicar al trabajo doméstico la obligación empresarial de registro y totalización de la jornada prevista por los arts. 35.5 y 12.5.h) del ET, a efectos de controlar las horas extraordinarias y complementarias, conforme a lo dispuesto en el punto 8.1 de la Recomendación 201.

Sería necesario, por otra parte, replantear la diferencia de trato que existe actualmente entre las contingencias comunes y las

profesionales en materia de responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones por el incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización [251 c) LGSS]. Y habría también que revisar la pervivencia de la exclusión del recargo de prestaciones prevista en el art. 3.2 del Real Decreto 1596/2011, dada la inclusión actual del trabajo doméstico en el ámbito de aplicación de la LPRL.

Más importante todavía es que el Estado, en la línea de lo dispuesto en los arts. 3 y 17 del Convenio 189 OIT, adopte “medidas para asegurar el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva” y para permitir un control adecuado del cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social por parte de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Mientras el trabajo doméstico no cuente con una negociación colectiva efectiva y un control apropiado será difícil garantizar los derechos de los empleados del hogar.

También es urgente que el Gobierno apruebe el reglamento que establecerá las condiciones de la inclusión del trabajo doméstico en el ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pues se requiere una importante adaptación a las especialidades del trabajo en el hogar. Ya dijimos en su momento que en esta materia es clave el papel del Estado, que debe proporcionar la formación necesaria, ofrecer asesoramiento y publicar orientaciones claras y precisas, conforme a lo dispuesto en el punto 19 de la Recomendación 201 OIT. Una futura reforma debería, además, eliminar el último inciso del art. 7 del Real Decreto 1620/2011, que se refiere a la dimisión del trabajador en caso de incumplimiento empresarial grave en materia de prevención de riesgos laborales, por las razones que ya se han expuesto.

El Estado también tiene que promocionar la profesionalización de los empleados de hogar, para lo cual es importante que el Gobierno cumpla con la encomienda que le hace la disposición adicional 6ª del Real Decreto-ley

16/2022, en virtud de la cual deberá desarrollar “políticas de formación y acreditación” especialmente dirigidas a este colectivo.

El proceso de dignificación del trabajo doméstico no ha terminado, pero ha hecho grandes progresos. Ahora bien, no debemos olvidar que este proceso debe ir acompañado, a su vez, de un mayor compromiso del Estado en las políticas sociales y de cuidado. El Estado debe ofrecer apoyo a las familias y a las personas dependientes creando infraestructuras de cuidado suficientes. Y debe también facilitar la contratación del trabajo doméstico, sin que ello produzca un deterioro en las condiciones laborales y de Seguridad Social de los empleados.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYLOS GRAU, A., “Sobre el trabajo decente: la formación del concepto”, *Revista Derecho y Sociedad*, n° 46, 2016, pp. 15 a 24.
- CORDERO GORDILLO, V., *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- DESDENTADO DAROCA, E., “Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España”, *Investigaciones feministas*, vol. 7, n° 1, 2016, pp. 129 a 148.
- “La nueva regulación del trabajo doméstico cinco años después. Un análisis crítico”, *Revista de Derecho Social*, n° 75, 2016, pp. 47 a 73.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar*, Dykinson, Madrid, 2022.
- “Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España”, *Revista de Derecho Social*, n° 77, 2017, pp. 83 a 104.
- GARCÍA OLIVER, R., “Definición y ejecución de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito de las empleadas del hogar. Repercusiones de la interpretación de las normas laborales y de seguridad social aplicables a este sector”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, n° 28, 2021, pp. 217 a 238.
- GHAI, D., “Trabajo decente. Concepto e indicadores”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, 2003, n° 2, pp. 125 a 160.

- LUJÁN ALCARAZ, J., *El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- NIETO ROJAS, P., “Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT”, *Lex Social*, vol. 9, nº 2, 2019, pp. 397 a 410.
- PÉREZ DEL PRADO, D., “La protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar: barreras jurídicas y económicas que se han superado”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 32, 2022, pp. 243 a 258.
- QUINTERO LIMA, M.G., “El tratamiento discriminatorio de la –ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468 (mayo-junio 2022), pp. 187 a 194.
- RODRÍGUEZ CARDO, I., “La relación laboral especial de los empleados de hogar”, (“La relación laboral especial de los empleados de hogar”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 118, 2015, pp. 49 a 78.
- “El nuevo sistema especial de empleados de hogar: una revolución inconclusa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 158, 2013, pp. 143 a 198.
- RUANO ALBERTOS, S., *El régimen jurídico de los empleados de hogar*, Atelier, Barcelona, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3, 2022.
- TRILLO GARCÍA, A., “Retos futuros en la protección integral desde el sistema de la Seguridad Social de las trabajadoras del hogar”, *Lex Social*, vol. 9, nº 2, 2019, pp. 483 a 519.

II. Jurisprudencia

Exégesis de la jurisprudencia actual sobre desigualdad y discriminación retributiva

Exegesis of current jurisprudence on unequal salaries and pay discrimination

CONSUELO FERREIRO*

<https://doi.org/10.55617/revmites.43>

Resumen: La jurisprudencia actual parte de la distinción constitucional entre la salvaguarda del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación en materia retributiva. En este sentido, se está reconociendo, por un lado, una amplia discrecionalidad en la valoración del presupuesto de la “uniformidad o univocidad”, que junto con el de la “diferencia o desigualdad”, determinan la licitud de un trato distinto. Así, la comparación entre situaciones subjetivas, necesaria para tal determinación, no se ciñe siempre y de forma estricta al ámbito de una empresa, o a los titulares de una misma modalidad contractual, o a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de un mismo convenio colectivo, sino que lo principal es el análisis de la naturaleza y tipo de funciones o tareas efectivamente realizadas. Esta proyección perpendicular del presupuesto de la uniformidad en materia retributiva concuerda con el canon “igual retribución por trabajo de igual valor”, según se define en el art. 28.1 del ET, tras su reforma de 2019; al tiempo que limita la autonomía individual de la voluntad, pues cualquier diferencia retributiva calificada como una condición más beneficiosa adquirida ha de ampararse en un criterio objetivo y razonable, más allá de la mera voluntad del empresario.

Por otro lado, la interdicción de la discriminación retributiva, que se limitaba a las diferencias de trato basadas en las concretas causas del art. 14 de la Constitución y que pasaron a ser calificadas como “categorías sospechosas de discriminación”, ha sido ampliada por la jurisprudencia para comprender las causas mencionadas en el art. 17 del ET y, ahora, imperativamente por el art. 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Sin desdeñar la trascendencia de esta ampliación en derecho sustantivo, conviene insistir más en el derecho procesal, habida cuenta de que no toda desigualdad de trato es discriminatoria, y de que sobre la que lo es se invierte la carga de la prueba.

En conclusión, la inescindible asociación entre funciones o tareas efectivamente realizadas, las cualificaciones y competencias profesionales exigidas para ello y su plasmación en el sistema de clasificación profesional, obligará a la negociación colectiva –en particular, a los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos estructurales– a pactar en esos términos y a la jurisprudencia a fijar, pese al casuismo, unos criterios más estables y ciertos de comparación, salvo que se desee permanecer en la inseguridad jurídica.

Palabras clave: Retribución; salario; principio de igualdad de trato; desigualdad; discriminación.

* Profesora titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Santiago de Compostela. Consuelo.ferreiro@usc.es

Abstract:

The case law distinguishes between safeguarding the principle of equal treatment and prohibiting pay discrimination. Thus, a wide discretion is recognized in the assessment of the juridical element of otherwise known “uniformity”, which determine the lawfulness of a different treatment. Therefore, the case law does not limit the comparison between subjective situations at the level of an enterprise, or to workers with the same employment contract, or to persons included in the same collective bargaining unit; the main thing is the analysis of the nature and type of functions or tasks performed. This perpendicular projection of the juridical element, “uniformity”, in terms of remuneration agrees with the canon: “equal pay for work of equal value” of art. 28.1 ET, after its 2019 reform.

On the other hand, the prohibition of pay discrimination has been extended from the specific causes of art. 14 of the Constitution –called “categories suspected of discrimination”– to the causes of art. 17 of the *Estatuto de los Trabajadores* and art. 2 of *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*. It is important to stress that not every difference in treatment is discrimination, but if there is discrimination –the difference in treatment based on those suspicious categories– the defendant has the burden of proof.

In conclusion, the inescapable association between functions or tasks performed, the professional qualifications and competences required and their translation into the job classification, oblige collective bargaining to agree with these terms and case law to set more stable and certain criteria for comparison, unless one wishes to remain legal insecurity.

Keywords: Remuneration; salary; principle of equal treatment; inequity; discrimination.

1. FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El art. 14 de la Constitución española –en adelante, CE– sanciona el principio de igualdad en cuanto primer derecho fundamental y lo hace con el siguiente tenor: “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”. Dos son las cuestiones que someramente y con trascendencia constitucional se derivan, a las que se alude de inmediato.

1.1. Igualdad: concepto relacional

La primera de ellas se refiere a su carácter relacional, enunciado desde hace décadas por la doctrina científica a través de Rubio Llorente para quien la igualdad “no es una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia puede ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada”, se trata de “una relación que se da al menos en-

tre dos personas, objetos o situaciones”¹. Así lo ha hecho el TC, en cuya sentencia 27/2004, de 4 marzo, por sólo citar una, exige que para la determinación de la licitud constitucional o no de la diferencia ha de concurrir el presupuesto de la “diferencia o desigualdad”, esto es, que en la norma, práctica o acto cuestionado “se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas”; además del presupuesto de la “uniformidad o univocidad”, en el sentido de que “las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso”. Por consiguiente, puede darse una desigualdad retributiva lícita ante la ausencia de concurso de uno o ambos presupuestos; al tiempo que esa desigualdad retributiva, si es ilícita, lesione el principio de igualdad sin que ello deba calificarse o confundirse con una discriminación, como se verá más adelante.

Retomando el hilo de esos presupuestos surge el debate de cuál es el ámbito en el

¹ Cfr. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1993), pág. 640.

que se realiza la comparación: si entre empleados de una empresa o de un sector, si originada por un convenio colectivo o por una norma legal.

No esboza la jurisprudencia dudas cuando la comparación se formula entre empleados de una misma empresa y sometidos a un mismo convenio colectivo. Es el elocuente caso que se trae a colación, aunque pertenece a la doctrina judicial, de la STSJ Andalucía (Sevilla) de 1 junio 2021², en donde la demanda y el posterior recurso de suplicación que dieron pie a las actuaciones partían de que la trabajadora, cuya clasificación profesional era la de responsable con mando, nivel 2-A, como directora de recursos humanos —un mando intermedio—, venía percibiendo desde su incorporación a la empresa demandada un complemento por cumplimiento de objetivos en cada ejercicio, que no le fue abonado en uno determinado por no haber sido valorado su trabajo. En cambio, otros trabajadores que se han de entender de alta dirección porque, ocupando idéntico puesto que aquélla, disfrutaban de un nivel profesional superior a la categoría máxima prevista en el convenio colectivo, sí habían sido valorados y, por consiguiente, obtenido el dicho complemento por cumplimiento de objetivos. Todo ello constituía, en el parecer de la trabajadora, una desigualdad ilícita por cuanto se daban los dos presupuestos de la doctrina constitucional apuntada: se había introducido una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y las situaciones objeto de comparación eran equiparables.

Desestimada en la instancia esta pretensión, se obtiene el mismo fallo en suplicación. El TSJ de Andalucía aduce en sustancia que no concurre el presupuesto de la “diferencia o desigualdad porque los trabajadores con los que se compara la actora han suscrito determinadas cláusulas contractuales que mejoran su retribución, a diferencia de la actora, que no lo ha hecho”. Ni tampoco el presupuesto de la “uniformidad o univocidad”, porque las

situaciones subjetivas eran diferentes desde el momento en los trabajadores con los que se comparaba se encontraban fuera del ámbito de aplicación del convenio colectivo a raíz de la suscripción de esas cláusulas. De este modo, parece que con tal suscripción se ha producido una novación contractual extintiva (art. 1204 Código Civil) en los contratos de los trabajadores objeto de comparación, contratos que, si en principio pertenecían a la categoría de contratos comunes, pasaron después a convertirse en de alta dirección.

Apunta la sentencia que el colectivo con el que se debía formular la comparación era el de otros trabajadores que ocupasen el nivel de mando intermedio y estuviesen comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, ocurriendo que uno de ellos no había percibido el complemento por cumplimiento de objetivos en el mismo año para el que la actora reclamaba el suyo propio. A mayor abundamiento, afirma que tal complemento no está consolidado toda vez que depende de la valoración que corresponda por rendimiento o dedicación, sobre la base de unos objetivos diferentes por cada área, esto es, que las condiciones de su percepción varían para cada trabajador, por lo que no se aprecia la infracción del principio de igualdad retributiva.

Ahora bien, dentro de los límites que encorsetan el pronunciamiento en suplicación y, en particular, los del relato fáctico, el fallo es pertinente, pero merece crítica la formulación de la demanda y del recurso por la parte accionante. En efecto, el canon “igual retribución por trabajo de igual valor”, incorporado en el art. 28.1 ET gracias al RD-ley 6/2019, de 1 marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, supone que la “naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas” o las “condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio [o] los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad” sean equivalentes. Desde este man-

² Núm. rcud. 1676/2021.

dato, no resulta relevante para justificar la diferencia de trato el que se hubiesen suscrito distintas modalidades contractuales, una común y otras especiales de alta dirección, si las funciones efectivamente encomendadas y las exigencias educativas, profesionales o de formación fueren con certeza equivalentes, como pudiera ser el caso. Tampoco lo es el que no se hubiese valorado el cumplimiento de los objetivos del trabajo prestado por la actora, pues subyace en el fondo si la empresa tenía la obligación de hacerlo, pese a que el complemento no fuese consolidado. Por eso, la reclamación de cantidad revestida de una supuesta vulneración del principio de igualdad no solo exige la comparación de los diferentes elementos que componen la estructura retributiva, sino que ha de aunarse a la exigencia de una adecuada clasificación profesional de la que deriva el derecho a una concreta retribución.

Desde la doctrina comentada, cabría calificar de sorprendente el que el TS admita en otra ocasión la comparación entre el contrato común y las relaciones laborales especiales. Se ampara en razones de conveniencia, de coyuntura, que mal encajan con el supuesto recién analizado uno de cuyos argumentos para no apreciar la lesión del principio de igualdad estribaba en que las situaciones subjetivas que se comparaban no eran homogéneas o equiparables. O sea, no era homogéneo o comparable la situación de los titulares de un contrato de trabajo común con los titulares de una relación laboral especial.

El supuesto que ahora se analiza, la aplicación a los deportistas profesionales³ –relación

³ SSTS de 14 de mayo de 2019 (núm. rcud. 3957/2016) y de 23 enero 2020 (núm. rcud. 2205/2017), que cambiaron la doctrina existente en sentido contrario y contenida en la STS de 21 marzo 2014 (núm. rcud. 61/2013). La nueva doctrina sobre la indemnización por término de contrato del deportista profesional se ubica en la senda de la iniciada por la STS de 20 diciembre 2016 (núm. rcud. 535/2015), que abordó el problema de un futbolista profesional que había cumplido treinta años y solicitaba una incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo. Partiendo de que en el fútbol de competición el cumplimiento de los treinta años comporta una edad suficiente para el abandono de la profe-

laboral especial regulada por el Real Decreto 1006/1985, de 26 junio– de la indemnización por extinción del contrato de trabajo común y temporal, recae, en verdad, sobre un conflicto normativo entre normas de Derecho privado⁴ que se resuelve, *prima facie*, a través del principio de la especialidad, y que concluiría, sin más aditamentos, en favor de la más específica. Pero esa conclusión no puede suponer una desigualdad de trato injustificada e irracional, y no puede obviar que entre esas normas rige, a la vez, el principio de supletoriedad, esto es, que la norma específica se remite en todo lo no dispuesto en ella a la norma general o común. Tal sucede con el art. 21 del RD 1006/1985 cuando atribuye la consideración de norma supletoria al ET y a “las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza especial” de la dicha relación laboral. En particular, en el conflicto sustanciado se discute si esos depor-

sión, es irracional e ilógico que no se le conceda la prestación solicitada cuando “no existe norma alguna que [le] impida (...) el ejercicio de su profesión a la edad en el caso cuestionada” ni que establezca especialidad alguna en orden al acceso a este tipo de protección.

⁴ Diversamente y para el derecho público, la STC 184/1993, de 31 mayo, al debatir sobre si la exigencia de haber cumplido cuarenta y cinco años para que un trabajador autónomo percibiese las prestaciones por incapacidad permanente total, lo que no se exigía de un asalariado en el Régimen General, concluyó con la inadmisión de desigualdad ilícita en el establecimiento de requisitos diferentes en los también diferentes regímenes del Sistema de Seguridad Social a los efectos del percibo de sus prestaciones. Se argumentó que la peculiaridad de cada sector de actividad, las circunstancias especiales de carácter personal, social y profesional y otras consideraciones “sirven de justificación objetiva y razonable para diversificar el tratamiento jurídico aplicable al Régimen General y al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”. Posteriormente, se zanjó el empleo de comparación entre los regímenes del Sistema de seguridad Social con la STC 61/2013, de 14 marzo, bajo el alegato de inexistencia de un imperativo jurídico en pro de una exacta identidad del nivel de protección social de todos los ciudadanos, porque el derecho a las prestaciones tiene una estricta configuración legal y su mayor o menor alcance se cobija en el art. 41 CE. Éste configura a la Seguridad Social como un sistema público en donde “las 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”.

tistas profesionales tienen derecho a que se les abone la indemnización aparejada a la extinción de un contrato temporal común según el art. 49.1.c) ET, que persigue la promoción de la contratación indefinida y la garantía de la estabilidad en el empleo, toda vez que la duración de sus contratos obligatoriamente será temporal de conformidad con el art. 6 del RD 1006/1985.

Pues bien, resuelve el Máximo Tribunal admitiendo la vulneración del principio de igualdad de trato y sostiene que “no hay obstáculos derivados de las peculiaridades de la actividad deportiva que se opongan al juego del artículo 49.1.c) ET”, de suerte que “la pertenencia a un sector de actividad (aquí, el deporte) no puede justificar que la contratación temporal quede al margen de las garantías o derechos que poseen la personas con contrataciones de duración determinada en otros ámbitos funcionales”. Y concluye con que el juego supletorio del artículo 49.1.c) “contribuye a minorar las diferencias entre relaciones especiales y comunes, en particular, evitando injustificadas discriminaciones entre trabajadores temporales de tipo común y trabajadores temporales de tipo especial”⁵. Casos seme-

⁵ La STS de 14 de mayo de 2019 (*cit.*) lleva anexo un voto particular elaborado por el magistrado Miguel Ángel Luermo Millán, cuya argumentación se organiza, *grosso modo*, en torno a dos ideas. Una de carácter formal y referida a que la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET fue introducida por una norma (Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad), posterior a la entrada en vigor del RD 1006/1985, con lo cual mal podría coordinarse éste con el anterior. Y otra de fondo que orada en el art. 21 del RD 1006/1985, por el que el ET actúa como derecho supletorio de la relación laboral especial y también, “las demás normas laborales de general aplicación en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza especial”. Entonces, si la causa de la indemnización del art. 49.1.c) ET es la penalización de la contratación temporal y el paralelo incentivo de la indefinida, “no puede aplicarse en todos los casos o uniformemente, a un colectivo como el de los deportistas profesionales, en tanto en cuanto hay que partir del hecho de que su contratación es intrínsecamente temporal, esto es, la temporalidad, en estos casos, es, en sí misma, consustancial con esa contratación”. Por eso, la doctrina correcta es la de la STS de 26 de marzo de 2014 (núm. rcud. 61/2013). Ella se hace eco de las muy diferentes cir-

jantes habían sido resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al albur de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Por ejemplo, en el asunto Comisión contra Luxemburgo⁶, con el examen de la normativa interna por la que se utilizaba siempre contratos temporales para los trabajadores del sector del espectáculo, lo que les reportaba “ventajas sociales” y a los empresarios “cierta flexibilidad” en la contratación, se inadmitió la existencia de circunstancias específicas y objetivas que justificasen la diferencia de trato en comparación con los trabajadores comunes. O el asunto Sciotto⁷ que conoció del sector de las fundaciones líricas y sinfónicas en Italia cuya normativa no autorizaba la conversión de contratos temporales en indefinidos, por lo que se daba “una discriminación [sic.] entre los trabajadores de duración determinada del citado sector y los trabajadores de duración determinada de los demás sectores”.

Apréciase en todo lo anterior la amplísima discrecionalidad jurídica (y judicial) en la delimitación de los colectivos objeto de comparación y del origen y naturaleza de la fuente que rige las condiciones de trabajo para solicitar la aplicación en y de entre ellos del principio de igualdad.

Todavía incidiendo en el carácter relacional de la igualdad, interesa la extensión o el ámbito sobre el que se practican los presupuestos de la “diferencia o desigualdad” y de la “uniformidad o univocidad”; interesa saber

cunstances de los deportistas profesionales en el ámbito de la prestación de servicios y del tipo de deporte al que se dediquen. De ahí que no se aprecie inconveniente para que la indemnización proceda, de un lado, para los deportistas con resultados más humildes, cuyos intereses se sitúan entre la deseable estabilidad laboral y la imprescindible libertad contractual. Y, del otro, cuando la falta de prórroga del contrato se origine en la exclusiva voluntad de la entidad deportiva, y no si ambas partes están de acuerdo en no prolongar la duración del contrato o si el propio deportista la excluye.

⁶ Sentencia de 26 febrero 2015 (C-238/14).

⁷ Sentencia de 25 octubre 2018 (331/17).

si la comparación se realiza exclusivamente dentro de una misma empresa, o se amplía a todo o a un fragmento de un sector funcional en atención al ámbito de aplicación del convenio colectivo que rige. En una arriesgada decisión⁸, el TS ha admitido la comparación entre las condiciones retributivas de los centros especiales de empleo que no tengan la consideración de iniciativa social cuando presten servicios a terceros y los centros especiales de empleo de iniciativa social. Ambos tipos, junto con el resto de los centros especiales de empleo y, a más, los centros o empresas de atención especializada y los centros específicos de educación especial, constituyen el ámbito funcional del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad⁹. Convenio colectivo, cuyo art. 29 establece el sistema de remuneración de los trabajadores afectos a todos ellos, salvo los que presten servicios en los centros especiales de empleo que no tengan la consideración de iniciativa social cuando presten esos servicios a terceros, para los cuales se fija una regla diferente: “Se regularan en materia salarial por lo establecido en el Convenio colectivo del sector de actividad en el que los trabajadores realicen sus tareas siempre que las retribuciones fijadas en éstos sean superiores a las establecidas en las tablas salariales del presente Convenio”. Cabe apreciar que el TS efectúa la comparación que el carácter relacional de la igualdad lleva implícita en el seno de una parte –la de los centros especiales de empleo– de un ámbito funcional –el de los centros y servicios de atención a personas con discapacidad–, no de una empresa. Razones de diversa índole, que se podrían calificar de extraordinarias, lo autorizan así. Se evoca: 1º) el que esos centros especiales de empleo carentes de ánimo de lucro serán los beneficiarios de subvenciones de las administraciones públicas para garantizar su viabilidad y/o el cumplimiento de la función social a la que están llamados (art. 44.1

RD 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 2º) el que su instauración puede ser promovida por las administraciones públicas que fomentarán, a su vez, la creación de puestos de trabajo para personas con discapacidad mediante la adopción de las medidas necesarias para la consecución de tales fines (art. 45.2). O sea, que se ejerce una suerte de tutela pública sobre esos establecimientos, porque su modelo “responde de forma más relevante y efectiva a la iniciativa social cuando reportan sus beneficios en la atención social y no en otras actividades”. Ello viene a ser un criterio objetivo y razonable de la diferencia retributiva entre los trabajadores de centros de empleo que no tengan la consideración de iniciativa social cuando presten servicios a terceros y los de los otros centros, con lo que, para el TS, el citado art. 29 del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad no lesiona el principio de igualdad de trato e introduce una desigualdad válida en nuestro ordenamiento.

Empero lo arriesgado de la decisión del TS es que, salvado el carácter especial de estos centros y las razones calificadas de extraordinarias que actúan como criterio objetivo de la diferencia de trato, se ha convertido en un precedente de cara a la alegación del principio de igualdad y a la exigencia de su aplicación más allá de los confines de una empresa. Por lo demás, el propio TS es consciente y entra al debate. Ante el argumento de la parte recurrente en casación, la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo, de que el régimen retributivo del art. 29 del Convenio Colectivo de marras impone la asunción de mayores costes salariales para los centros especiales de empleo que no tengan la condición de iniciativa social, cuando contraten con terceros, al tiempo que los coloca en una peor situación en materia de competitividad en el mercado, arguye que “bajo el paraguas del principio de igualdad retributiva”, se intenta ocultar la verdadera *causa petendi* que no es

⁸ STS de 18 mayo 2022 (núm. rcud. 47/2020).

⁹ Resolución de la Dirección General de Trabajo de 27 junio 2019 (BOE de 4 julio).

otra más que la contravención del régimen de defensa de la competencia. Y continúa afirmando que el reiterado XV Convenio Colectivo pudiera incurrir, no en una vulneración del principio de igualdad “en [sic.] el carácter relacional que aquí se ha traído concretamente, sino en una conducta colusoria contra quienes representan la parte actora, al interferir, con ese mandato convencional, en su actividad frente a terceros, imponiendo mayores costes salariales que no estarían presentes en la que hicieran los otros centros especiales de empleo”. En pura lógica termina ahí su argumento por cuanto aclara que esta discusión desborda la censura jurídica expuesta en el recurso.

Y, sí, es cierto, el recurso alega infringido el principio de igualdad, más, con independencia de todo lo esbozado y de los complejos vericuetos del litigio que se han omitido, es cierto desde luego que la comisión de una conducta colusoria puede actuar como límite en la aspiración de aplicar el principio de igualdad “*en long et en large*”. Para mayor claridad: no se descarta que quepa establecer criterios de comparación lícitos fuera del ámbito de una empresa, si bien habría que otear, para hacerlo, el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia, y la tipificación de las prácticas colusorias.

1.2. Interdicción de la discriminación

Se ha visto que el art. 14 de la Constitución consagra el principio de igualdad en cuanto derecho fundamental, es decir, como prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable, y simultáneamente avala la licitud de desigualdades retributivas. Pero a la par contiene una cláusula de proscripción de la discriminación por “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, cuya última parte actúa como un cajón de sastre. Por ello, ha existido una práctica procesal consistente en fundamentar demandas y recursos en la

calificación como discriminatoria de cualquier acto o práctica de empresa que introdujese un trato diferente. Verbigracia: la doble escala retributiva amparada en la diferente fecha de contratación de los trabajadores, de modo que los que lo estaban antes de esa fecha percibirían un complemento por antigüedad, y el resto no tendría derecho a ninguno o, en el mejor de los casos, a otro complemento con importe inferior¹⁰. El TC¹¹ ha sentado como mejor doctrina la que impide que cualquier criterio de diferenciación o empleado como soporte de decisiones, cuando se causa un perjuicio, pueda entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, habida cuenta que actuar de tal gracia equivaldría a confundir la formulación del principio de igualdad y la aceptación de la desigualdad con la prohibición de la discriminación; más aún, equivaldría, a identificar el principio de igualdad con la no discriminación.

Desde esta óptica, se ha de insistir, primeramente, en que la proscripción de la discriminación abunda, acudiendo de nuevo al TC, en “la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes”¹². En cambio, se atentaría contra el principio de igualdad con un comportamiento, decisión o práctica que, sin ser estrictamente discriminatoria, deviniese por completo irracional, arbitrario o directamente malicioso o vejatorio; se trataría de una desigualdad ilícita.

También, en segundo término, lo anterior ha llevado a que las condiciones personales explícitamente enunciadas en el art. 14 CE, cuales son el nacimiento, la raza, el sexo, la

¹⁰ Vid. STS de 2 febrero 2021 (núm. rcud. 43/2019).

¹¹ STC 62/2008, de 26 de mayo.

¹² *Ibid.*

religión y la opinión, se tilden de “categorías sospechosas de discriminación”¹³, recubiertas desde el comienzo de esta doctrina por una suerte de presunción con prueba en contra de su carácter discriminatorio que parece, ahora y bajo la nueva y reciente normativa, consagrada. Por ello, todo trato desigual basado en alguna de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso, que requiere una mayor y más exacta fundamentación de su objetividad y razonabilidad.

La cuestión planteada con la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, es la de si las concretas causas de discriminación citadas han de entrar en la categoría de “sospechosas de discriminación”. Al respecto, interesa traer a colación su art. 2.1, cuya enumeración añade a las recogidas en el art. 14 CE las de “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”. Hasta la publicación de aquélla, la jurisprudencia ordinaria¹⁴ venía deparando a las causas enumeradas en el art. 17.1 ET el mismo valor que a las del art. 14 CE. Al punto que alcanzaban ese estatus las causas de discriminación amparadas en la discapacidad, el estado civil, la orientación o condición sexual, la adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, los vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y la lengua dentro del Estado español. Tiene ello fundamento en la necesaria adaptación de la

interdicción de la discriminación al concreto ámbito de aplicación de las normas, al ámbito laboral.

De igual modo ha de actuarse con las específicas causas utilizadas para discriminar del citado art. 2.1 de la Ley 15/2022, que, a su vez, no se mencionan en los otros dos preceptos (arts. 14 CE y 17.1 ET), y que son: enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica. Con relación a todas ellas, no es necesario fundamentar su naturaleza discriminatoria específica, pues desbordan el concepto de diferencia irracional, arbitraria, maliciosa o vejatoria que acreditarían la lesión del principio de igualdad, sino que, alegada de forma indiciaria su existencia, entrarían en la calificación de sospechosas de discriminación¹⁵. Desde esta posición tiene sentido el art. 30 de la reiterada Ley 15/2022, que establece la inversión de la carga de la prueba de suerte que el alegante de la discriminación aportará simples indicios para atribuir el *onus probandi* al demandado, el cual sólo quedará exonerado de responsabilidad en el supuesto de acreditar

¹³ Ello aconteció desde la primigenia doctrina del TC, manifestada, entre otras, en sus sentencias de 8/1981, de 30 de marzo, 10/1981, de 6 de abril, 22/1981, de 2 de julio, 23/1981, de 10 de julio, 49/1982, de 14 de julio, 81/1982, de 21 de diciembre, 34/1984, de 9 de marzo, 166/1986, de 19 de diciembre, 114/1987, de 6 de julio, 116/1987, de 7 de julio, 123/1987, de 15 de julio, y 128/1987, de 16 de julio.

¹⁴ SSTs de 18 diciembre 1997 (núm. rcud. 175/1997), 17 mayo 2000 (núm. rcud. 4500/1999), 7 y 8 octubre 2020 (núm. rcuds. 3726/2018 y 3461/2018), 2 febrero 2021 (núm. rcud. 43/2019) y 8 febrero 2022 (núm. rcud. 4274/2019).

¹⁵ Es adecuado traer a colación el art. 314 del Código Penal que tipifica como delito la “grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses”. Como se puede apreciar las categorías sospechosas de discriminación que, hasta el momento, ha completado la Ley 15/2022 en el ámbito sustantivo privado, ya componían el delito contra los trabajadores al que se alude desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, cuya disposición final sexta añadió a las anteriormente tipificadas las de identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social.

la concurrencia de una justificación objetiva y razonable.

Amén de la ampliación expresa y legal de las categorías sospechosas de discriminación, los efectos jurídicos que su acreditación despliega se precisan en el art. 26 de la Ley 15/2022 en estos términos: “Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley”. Se trata de la misma sanción de nulidad dispuesta en el art. 17.1 ET, con la novedad de que expande sus efectos a las causas específicas de discriminación tipificadas en su propio y ya citado art. 2.1¹⁶.

Entonces, el debate jurídico se centra en la reparación del daño causado a la víctima, en concreto, en si la indemnización es inherente a la declaración judicial de existencia de discriminación o si debe ser solicitada al órgano jurisdiccional como se deduce de los arts. 179.3, 182 e, incluso, 183 de la Ley 36/2011, de 10 octubre, reguladora de la jurisdicción social – en adelante, LRJS. Siendo precipitado extraer cualquier balance sobre el “rodamiento” de la norma, sirva traer a colación uno de los primeros pronunciamientos. Versa sobre el caso de una trabajadora despedida por haber cursado baja por enfermedad común (de no más de

noventa días)¹⁷. Sostiene la sentencia de instancia que la reparación obligatoriamente se efectuará mediante el reconocimiento de una indemnización que incluirá la compensación por el daño moral sufrido, toda vez que éste se presume inherente a la declaración de la discriminación de conformidad con el art. 30 de la Ley 15/2022.

Repitiendo lo precipitado que resulta hacer un balance de la norma en cuestión, parece excesivo que el reconocimiento de la indemnización corresponda de oficio al juzgador, sin necesidad de petición de parte. En el orden jurisdiccional social, bien porque la reparación de un derecho fundamental se canaliza a través del Proceso Especial de Tutela de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, bien porque se instruye mediante el proceso que corresponde a la acción según el art. 184 LRJS, el procedimiento se ve impregnado de las garantías propias de la salvaguarda de tales derechos y libertades, por lo que en consonancia con ello la demanda tiene un contenido “reforzado” si se compara con la habitual en el proceso ordinario o en otros procesos especiales. En efecto, el art. 179.3 LRJS exige que “(...) deberá expresar con claridad (...) la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios”. Es una cuestión de orden público procesal, la parte debe peticionar la indemnización, y no cabe disposición alguna sobre ello. Conjugan las prescripciones de la Ley 15/2022 con la LRJS, máxime cuando ambas tienen el mismo rango, pero regulan ámbitos del ordenamiento jurídico de distinta naturaleza –sustantivo y adjetivo–, considero es la solución más plausible. Al respecto se arguye, en primer lugar, que el art. 27.1 de la Ley 15/2022 cuando declara que “la 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”, no admite se concluya la imposición

¹⁶ Se aprecia con nitidez el cambio que supone la consignación de la enfermedad como causa de discriminación expresa con la promulgación de la Ley 15/2022 en las sentencias emitidas tras su entrada en vigor, aunque referidas a hechos acaecidos con anterioridad (sentencias Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo de 15 noviembre 2022 [núm. de resolución 483/2022], y Juzgado de lo Social núm. 1 de Cartagena de 9 noviembre 2022 [núm. resolución 322/2022]). Señalan que por mor de la aplicación de la disposición transitoria única de dicha Ley no rige todavía ésta y, en su lugar, o queda acreditado que la enfermedad de larga duración genera discapacidad o no es posible apreciar discriminación porque la jurisprudencia (SSTS de 23 mayo 2005 [núm. rcud. 2639/2004], 22 diciembre 2007 [núm. rcud. 3591/2007], y de 22 enero 2008 [núm. rcud. 3995/2006]) no ha admitido la posición que intentaba asimilar el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y psíquica proclamado en el art. 15 de la CE con el derecho a la protección de la salud reconocido en su art. 43.1.

¹⁷ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón de 15 noviembre 2022 (núm. resolución: 419/2022).

automática y de oficio de la indemnización, sino que ella procederá en los términos predeterminados por la demanda, a salvo la discrecionalidad del juzgador en la fijación del *quantum* de conformidad con los arts. 182 y 183 LRJS. Fíjese que el mismo art. 27.1 de la Ley 15/2022 remata su párrafo con la expresión “cuando sea posible”. Cuando sea posible, entre otras cosas, porque se ha pedido, o es que se va a admitir en esta época de la “sociedad líquida” y, como consecuencia, del “derecho líquido”, una excepción al principio de justicia rogada o una falta de congruencia *extra petitum*.

Y, en segundo término, que el reiterado art. 27.1 de la Ley 15/2022 se completa con su art. 28, que reconduce la tutela judicial “frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación” al Derecho procesal, lo que comprenderá, evidentemente, “la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho”.

Sin embargo, la Ley 15/2022 despeja el vínculo entre el daño moral y la discriminación: se presume que el primero sobreviene una vez acreditada la segunda (art. 27). Como consecuencia, en la demanda ha de ser suficiente con solicitar la indemnización y especificar los diversos daños y perjuicios de carácter material, toda vez que los de carácter moral se sobreentiende existen si prospera lo pedido, mayormente conociendo desde mucho antes de la promulgación de aquella norma la dificultad de su estimación, como bien apunta el propio art. 179.3 LRJS.

2. IGUALDAD COMO CONCEPTO NO ABSOLUTO: CRITERIOS OBJETIVOS Y RAZONABLES QUE JUSTIFICAN LA DESIGUALDAD

Explica la jurisprudencia constitucional¹⁸ que el principio de igualdad recogido en el

art. 14 de la CE se configura como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual ante supuestos de hecho iguales que deben ser tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas. Pero no implica en todos los casos deparar un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; no es un principio absoluto. Lejos de ello no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales. Como ya se ha señalado, existe una desigualdad lícita. De conformidad con lo anterior, por una parte, cabe introducir, siquiera, diferencias suficientemente justificadas que se acrediten como fundadas y razonables, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Y por la otra, supone la nuda prohibición de las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundados en criterios objetivos y razonables. Existe, por consiguiente, un amplio margen de apreciación por el juzgador en uso de los elementos de convicción y las reglas de la sana crítica (art. 97 LRJS y arts. 316 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) a la hora de calificar una norma, un pacto, una práctica o una decisión como lesiva de aquél. Ese margen de apreciación se reduce en caso de que lo que se discuta sea una de esas denominadas “categorías sospechosas de discriminación”, en donde se invierte la carga de la prueba, que recaerá sobre la empresa.

Sólo en el juicio del caso concreto se halla la precisión de si una diferencia de trato está apoyada en el concurso de lo que se entiende por objetivo y razonable en un momento determinado, mudando, a su vez, lo objetivo y razonable en función de los usos, costumbres o convencionalismos sociales imperantes. De ahí que sea más ilustrativo examinar ciertos pronunciamientos judiciales que han tomado inevitablemente posición.

¹⁸ Por todas, *vid.* SSTC 119/2002, de 20 de mayo, y 27/2004, de 4 de marzo.

Es el caso de la doble escalara salarial. Proscrita por una prolongada y constante jurisprudencia, admite no obstante excepciones. Imagínese una empresa de consultoría, regida por un convenio colectivo de sector estatal, que presta servicios las veinticuatro horas del día¹⁹. Para cubrirlos, existen trabajadores sometidos a guardias de disponibilidad y trabajadores de retén. Obligados los primeros a estar localizados fuera de su jornada de trabajo con el fin de atender a las incidencias padecidas por los clientes, pueden sean éstas solventadas telefónicamente, o pueden requerir su intervención de forma remota o presencial, aunque resulten inusuales los desplazamientos. A cambio, se les abona un “complemento de disponibilidad”, cuya cuantía varía en función del tipo de guardia (diaria, de fines de semana o semanal), con una retribución añadida para festivos especiales, intervenciones nocturnas y en fin de semana, y comprende un número determinado de guardias cuya superación generaría aparte otra retribución específica. Ante la previsión de un número elevado de incidencias en una guardia, los trabajadores de retén desempeñan funciones en un segundo nivel y de forma subsidiaria: solo dan soporte electrónico y telefónico cuando los de guardia no pudieran afrontar la incidencia. Unos y otros cuentan con la misma clasificación profesional e idénticos requerimientos de formación, por lo que los de retén exigen les sea satisfecho el “complemento de disponibilidad”, y califican las dos formas coetáneas de remuneración como una doble escala salarial que los penaliza en atención al tipo de asistencia encomendada.

A raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 21 febrero 2018 (asunto Matzak)²⁰, no se puede calificar la guardia de disponibilidad como tiempo de trabajo efectivo, excepto en el tiempo que se requiera la intervención real del trabajador, por tanto, los trabajadores con guardias de disponibilidad

realizan muchas más horas de trabajo efectivo y son éstas más gravosas en cuanto que más numerosas que los trabajadores de retén. Para la empresa –y el TS así lo comprendió– el criterio objetivo y razonable que justificaba la licitud de la doble escala fue y es el grado de interferencia en la vida personal y familiar y en los períodos de descanso de las guardias de disponibilidad, muy considerablemente superior al que cabría reconocer a un trabajador de retén.

Imagínese también cómo es posible justificar una doble escala salarial que tiene en cuenta la fecha de ingreso en la empresa, si bien no como criterio único. En efecto, el TS²¹ ha conocido un interesante caso en el que una empresa remuneraba con un “salario de ingreso” a los trabajadores noveles, salario por supuesto inferior al correspondiente para el desempeño de las mismas o de equivalentes actividades por los trabajadores veteranos. Era concorde la doble escala con el sistema de formación de la empresa que respondía a un modelo de organización del trabajo carente de jefe de equipo, cuyas funciones eran asumidas y repartidas entre todos los miembros de dicho equipo, conocedores del proceso productivo en su totalidad. Por eso, a los recién reclutados se les impone un itinerario formativo con distintas fases que deben superar en un determinado período de tiempo, variable en función de la valoración del puesto de trabajo. Durante ese proceso de formación perciben un salario menor –salario de ingreso–, transcurrido el cual sus retribuciones se igualan a las de los veteranos. Por consiguiente, no se depara un trato peyorativo, injustificado o, incluso, vejatorio a los trabajadores noveles cuando ingresan, puesto que la diferencia retributiva obedece al tiempo diferente de capacitación funcional y de experiencia de los veteranos debidamente acreditada.

Sin embargo, se carecería de un criterio objetivo y razonable para justificar la desigualdad retributiva de los trabajadores cuyo nivel

¹⁹ Supuesto enjuiciado por la STS de 18 junio 2020 (núm. rcud. 242/2018).

²⁰ C-518/15.

²¹ Sentencia de 29 octubre 2019 (núm. rcud. 92/2018).

profesional no está previsto en el convenio colectivo de aplicación con relación a los que se encuadran en su sistema de clasificación profesional²². Reiterados han sido estos casos en los ayuntamientos que han contratado personal a cargo de programas subvencionados de empleo que perfilaban el puesto de trabajo con sus tareas. Su negativa a someterlos por esta circunstancia a la disciplina del convenio colectivo propio fue rechazada por el TS²³ con los argumentos de que, de conformidad con el art. 82.3 ET, la aplicación de dicho convenio es imperativa para quienes entablan con el respectivo ayuntamiento su relación laboral, habida cuenta de que éste integra el banco patronal de su negociación. Y de que “la atribución de una categoría inexistente en el convenio o el simple uso de una denominación que no figura en su clausulado no puede amparar que una de las partes eluda su cumplimiento”²⁴. Pasaba, además, que la permisión de la exclusión podría apartar a los trabajadores afectados del presupuesto de la “uniformidad o univocidad” del principio de igualdad de trato; podría, insistiendo, privarles de que su situación cupiese compararla con la de los trabajadores sometidos al convenio, pues se descartaría que ambas situaciones no son efectivamente homogéneas y, por ello, comparables. La inclusión en el ámbito de aplicación de un convenio es determinante del régimen que ordena un contrato de trabajo y, por ende, criterio jurídico relevante para diferenciar los empleados sometidos a esta norma, de los que no lo están (verbigracia, el personal de alta dirección).

Confirmada la inclusión del trabajador o de los trabajadores afectados en el ámbito de aplicación de la norma pactada, volvería a valorarse de nuevo el respeto al principio de igualdad, toda vez que el canon “igual retribución por trabajo de igual valor” permitiría discutir el grupo profesional cuya asignación a aquéllos procede. Más aún, como el trabaja-

dor tendrá serias dificultades para acreditar la igualdad de valor o equivalencia del grupo o categoría que reclama, el ayuntamiento, que está en mejor posición para hacerlo, debe encuadrarlo en la que corresponda dentro de las establecidas en su convenio colectivo, pese a que tal trabajador pueda impugnarlo posteriormente. Y, en cuanto a la retribución, será, al menos, la mínima que fije ese convenio colectivo.

3. DOBLE ESCALA RETRIBUTIVA: ENTRE LA LESIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA INTERDICCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

El TC²⁵ no se empachó al sostener que el carácter no absoluto del principio de igualdad de trato se encuentra tan firmemente asentado que se extiende a la sensible materia de la equiparación retributiva. Esta posición, por otra parte, bastante antigua, admite que la fecha de ingreso en la empresa se configure como un criterio de deslinde de las retribuciones percibidas por colectivos comparables bajo la imprescindible condición de que no sea el único, de que se acompañe de otros factores concomitantes. Tal ha acontecido con los casos glosados en el epígrafe precedente, posiblemente resumidos en: doble escala retributiva e incidencia de la prestación de servicios en la vida personal, familiar y laboral del trabajador, y doble escala retributiva y diferentes itinerarios de formación o cualificaciones formativas debida y oficialmente acreditadas.

Fuera de este ámbito, que no es tan estrecho como pudiera apreciarse a primera vista, la doble escala retributiva interesa sea examinada desde las perspectivas de la vulneración del principio de igualdad, el rol de la autonomía colectiva e individual de la voluntad y la interdicción de la discriminación.

²² STS de 8 octubre 2020 (núm. rcud. 3453/2018).

²³ STS de 13 octubre 2017 (núm. rcud. 3510/2015).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Vid.* SSTC 119/2002, de 20 de mayo, y 27/2004, de 4 de marzo.

3.1. Lesión del principio de igualdad

En verdad se trata de que un convenio colectivo estatutario ofrezca una diferente estructura retributiva que ocasione un trato peyorativo e injustificado a un grupo de trabajadores frente a otro, siempre que ambos pueden ser objeto de comparación.

Tal sucede muy frecuentemente con el cómputo de la antigüedad en atención al momento de ingreso en la correspondiente entidad, de forma que se utiliza un criterio en apariencia justificado, al tiempo que artificial, para fijar diferencias retributivas. Se escribe “en apariencia justificado”, porque la antigüedad puede servir, con otros criterios concomitantes, como núcleo de atribución de diferentes derechos; pero resulta “artificial” en el supuesto de no colegirse con esos otros criterios o de que, siquiera coligiendo con ellos, agudice en los afectados su peor condición, habida cuenta de que su acceso más tardío en la empresa, como ha señalado el TC²⁶, hace que partan de una menor capacidad de negociación, maquila una auténtica y real infravaloración de su trabajo y de las condiciones en que lo prestan y lesiona los derechos de las personas trabajadoras por su incorporación más tardía al mercado de trabajo.

Conviene recordar que la cuestión litigiosa arrancó con la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Entre ellos, se encontraba el art. 25 ET, que establecía una promoción económica por antigüedad indisponible y que, tras aquella, la hizo depender de los “términos fijados en el convenio colectivo o contrato individual”. Desde ese momento, el que quepa y cupiese disponer de la percepción del complemento de antigüedad a través de un convenio colectivo ni permitía ni permite que éste lo mantenga para unos con exclusión de otros;

que cambiase su denominación por otra si se continua premiando a los trabajadores contratados por la entidad en función de su fecha de contratación²⁷; que, en definitiva, se introduzca un compromiso empresarial de adoptar medidas de fomento del empleo²⁸ no anudadas a la situación del empleo en la empresa en el momento de conservar la dicha doble escala²⁹.

En general, la nulidad de una cláusula así ha sido sancionada de todas las maneras posibles por la jurisprudencia³⁰, la cual informó de las vías para evitarla. A saber: la supresión del complemento de antigüedad para todos; o el establecimiento de pautas de compensación o reequilibrio que aseguren la desaparición progresiva de la diferencia retributiva³¹; o el respeto de los derechos adquiridos de los trabajadores veteranos de “forma estática”³².

²⁷ STS de 18 mayo 2022 (núm. rcud. 47/2020).

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Se alude, por ejemplo, a los supuestos acreditados de crisis de empresa, en los que la modificación *in pejus* del régimen retributivo para los trabajadores que se incorporen a ella venga acompañada de medidas de conversión de los contratos temporales en fijos. Al respecto, *vid.* SSTs de 12 noviembre 2002 (núm. rcud. 4334/2001) y 14 marzo 2006 (núm. rcud. 181/2004).

³⁰ La doctrina empleada se sintetiza en la STS 17 noviembre 2020 (núm. rcud. 3068/18), pero puede seguirse su desarrollo a través de las SSTs de 17 y 18 junio 2010 (núm. rcuds. 148/2009 y 152/2009), 21 de octubre de 2014 (núm. rcud. 308/2013), 14 febrero 2017 (núm. rcud. 43/2016), 9 marzo 2017 (núm. rcud. 135/2016) y 28 noviembre 2018 (núm. rcud. 193/2015).

³¹ *Vid.* especialmente, la STC 27/2004, de 4 de marzo.

³² La preterición de los complementos que sustituyen en los convenios colectivos al de antigüedad con carácter dinámico es reiterada. En la STS de 7 octubre 2020 (núm. rcud. 2865/2018) se afirma que: “No se trata por tanto de un complemento con una cuantía estable y consolidada, como se argumenta en la sentencia de contraste («... habiendo fijado estos nuevos convenios una nueva estructura salarial que no es doble y discriminatoria sino igual para todos los trabajadores, con independencia de que hubieren acordado respetar, manteniéndolas, las percepciones salariales consolidadas en virtud de una regulación anterior»), sino que el complemento que solo percibe un grupo de trabajadores se va revalorizando anualmente e incluso incrementando en caso de ascensos de nivel, y con repercusión no únicamente en la cuantía salarial, sino también a efectos de prestaciones y mejoras de la acción protectora de la seguridad social pactadas en los convenios colectivos, sin que por parte de la empleadora, con posible reflejo

²⁶ *Ibid.*

Con relación a lo último, no es posible consolidar sin más en el tiempo un régimen jurídico basado en complementos de antigüedad o equivalentes de importe variable y actualizado. Se necesita, en cambio, un respeto a los derechos adquiridos “estático”, o sea, que se limite a la conservación de esos derechos tal y como estaban reconocidos en el momento de entrada en vigor del nuevo convenio colectivo tras la publicación de la citada Ley 11/1994³³, y que a partir de ello compartan la misma estructura retributiva que los de nuevo ingreso³⁴.

Sin embargo, podría pasar el control de constitucionalidad la sustitución del antiguo complemento de antigüedad, incluso dinámico, por otro complemento equivalente para los trabajadores de nuevo ingreso si éste es a su vez dinámico. Esta afirmación se sostiene analizando *a sensu contrario* un supuesto de hecho³⁵ en el que el importe del antiguo complemento de antigüedad se actualizaba y equivalía al número de trienios cumplidos multiplicado por la cuantía, según grupo profesional, fijada en cada momento por el convenio colectivo. En cambio, el complemento que lo sustituyó para los trabajadores de nuevo ingreso contaba con un importe fijo, determinado obviamente por el mismo convenio colectivo, y equivalente de forma aproximada a la media del importe del complemento de antigüedad. Pese a que en apariencia pudiera apreciarse una compensación entre ambos, por cuanto los trabajadores de los niveles profesionales inferiores lo percibirían en importe superior al complemento de antigüedad abonado a aquéllos que habían entrado antes en la empresa pertenecientes a los mismos nive-

les profesionales, era una regla claramente perjudicial. El perjuicio derivaba de que sus derechos retributivos, la repercusión en las cotizaciones y en las indemnizaciones por posibles modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o por extinción del contrato se estancarían. No existía, entonces, un criterio objetivo y razonable que sustentase la diferencia de trato. Diversamente, si el nuevo complemento retributivo, siquiera teniendo una cuantía inicial única, se fuere actualizando, es decir, fuere dinámico, de suerte que en el futuro se igualase al complemento de antigüedad estático o dinámico de los trabajadores veteranos, cabría considerar lícita la inicial doble escala retributiva por cuanto se garantizaban pautas de compensación o reequilibrio que aseguraban la desaparición progresiva de la diferencia retributiva.

También cabe apreciar vulneración del principio de igualdad de trato con otras estipulaciones de los convenios colectivos que vienen a retribuir de diferente manera y en función de la fecha de acceso a la empresa el tiempo de trabajo efectivo. Un ejemplo de ello es la cláusula de un convenio colectivo que computa como tal y remunera como tal el tiempo dedicado a la pausa del bocadillo, aunque sólo para los trabajadores veteranos³⁶, cuando no se cobija en un criterio objetivo, razonable y proporcionado de diferenciación, careciendo de esa consideración la genérica alusión a la autonomía colectiva y la licitud en abstracto del complemento de antigüedad.

Por lo anterior, la jurisprudencia con pertinencia arguye que la evitación de la nulidad de este tipo de cláusulas y el sostenimiento de su licitud no se encuentra en el fin que persiguen, sino en que las consecuencias jurídicas de ella derivadas sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin. Así entra en juego el juicio de proporcionalidad que preside la correcta limitación de los derechos fundamentales y, en lo que aquí concierne, del principio de igualdad de trato. Ese juicio exige que la relación

en los hechos probados, se aporten indicios para intentar una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato en de unos u otros trabajadores en atención a la fecha de ingreso en la empresa” (f.d. 3º). Sobre el mismo supuesto de hecho, *vid.* SSTs de 7 octubre 2020 (núm. rcud. 3726/2018) y 8 febrero 2022 (núm. rcud. 4274/2019).

³³ STS 21 de octubre de 2014 (núm. rcud. 308/2013).

³⁴ STS de 6 junio 2007 (núm. rcud. 2809/2006).

³⁵ Conocido por las SSTs de 8 febrero 2022 (núm. rcud. 4274/2019) y de 6 julio 2022 (núm. rcud. 1914/2020).

³⁶ STS 21 de octubre de 2014 (núm. rcud. 308/2013).

entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el tal fin pretendido eviten resultados especialmente gravosos o desmedidos³⁷. Unido a ello, el TC³⁸ aporta la máxima referida a que “el derecho a la igualdad en la Ley no garantiza la igualdad en la ilegalidad”, consecuencia de lo cual la nulidad de una de estas cláusulas ni se enerva ni se subsana porque hubiese existido una pacífica aplicación de la doble escala retributiva durante un cierto y prolongado periodo de tiempo, y/o porque los sucesivos convenios colectivos anteriores a aquel objeto de la cuestión litigiosa la hubiesen previsto.

3.2. Autonomía colectiva e individual de la voluntad y desigualdad retributiva

Se ha afirmado *ut supra* que la genérica alusión a la autonomía colectiva y a la abstracta calificación de la licitud de un complemento retributivo basado en la fecha de acceso a la empresa (antigüedad) no constituyen un criterio objetivo y razonable que justifique la diferencia de trato. Pero ello no vacía a la autonomía colectiva y a la individual de su poder para fijar las condiciones jurídicas de la relación laboral. Se suscita entonces la pregunta de si un pacto colectivo de eficacia limitada o una decisión unilateral del empresario pueden atribuir una ventaja a un trabajador o a un conjunto de trabajadores frente a otro u otros comparables.

La respuesta ha de ser afirmativa, pero con matices. Apréciense éstos en el siguiente relato fáctico que corresponde a mediados de los años ochenta: una empresa de transportes pasó por una grave situación económica que la podía arrastrar a su cierre. A todos sus trabajadores se les congelaron las retribuciones durante dos años, a la par que se celebró en ese período de tiempo un pacto colectivo por el que se transformaron en indefinidos los contratos

temporales –un 25 por ciento de la plantilla– y se fijó una doble escala retributiva, en el sentido de que los trabajadores que accedieron a la empresa antes de una determinada fecha percibían el plus de carga y descarga, el plus de producción o kilometraje a partir del primer kilómetro, y una dieta completa. En cambio, los trabajadores contratados con posterioridad a dicha fecha quedaban privados del plus de carga y descarga, cobraban el plus de producción o kilometraje a partir del kilómetro 4701 en la misma cuantía que los veteranos y recibían media dieta en el caso de las salidas por la tarde o noche del domingo, de llegadas en domingos, y de llegadas, salidas o pases de viaje en festivos. Sea como fuere, el total de lo abonado como retribución y en todos y cada uno de los conceptos que la componían superaba lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación. Interesa puntualizar que la empresa superó su crisis económica, lo que le permitió aumentar muy significativamente su plantilla y adquirir una nueva flota de camiones que por medio de sistemas hidráulicos o eléctricos ejecutaban por sí mismos las tareas de carga y descarga.

Resolvió el TS³⁹ declarando que “la fecha de ingreso o admisión en la empresa no es un motivo genérico de discriminación o una circunstancia personal o social de tal carácter que se haya incluido en la lista tasada del art. 14 de la Constitución Española (...), o en la relación más amplia de «discriminaciones favorables o adversas» en el empleo y en las condiciones de trabajo de los artículos 4.2.c. y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores”; pero admitió el concurso de criterios objetivos y razonables que justificaban la diferencia de trato. Tales eran que “los empleados de más antigüedad han contribuido a los actuales resultados productivos de la empresa durante más tiempo” y soportaron “las dificultades de una situación de crisis que dio lugar a la congelación de los salarios”. Amén de que “el plan de reordenación productiva acordado contiene aspectos

³⁷ *Ibid.*

³⁸ STC 40/1989, de 16 febrero.

³⁹ Sentencia de 12 noviembre 2002 (núm. rcud. 4334/2001).

sociales que (...) han resultado directamente favorables para los propios trabajadores de nuevo ingreso en forma de oportunidades de empleo y de conversión de empleo eventual en empleo fijo”.

A la luz de jurisprudencia más reciente sobre la doble escala retributiva prevista en convenios colectivos estatutarios, conviene añadir que el posicionamiento del TS en el caso resumido necesita ahora de la seguridad de que los complementos percibidos por los veteranos se reciban de forma estática y de que en un futuro los complementos retributivos de todos sean los mismos, tanto estáticos cuanto dinámicos, pues superada la crisis de la empresa la fecha de ingreso en ella no es un criterio objetivo y razonable que justifique la diferencia de trato de no venir acompañado de otros factores concomitantes⁴⁰.

En verdad, el origen de esos complementos retributivos en un pacto de empresa de eficacia limitada los imbuye de la naturaleza de una condición más beneficiosa adquirida⁴¹. Ésta existe también cuando el reconocimiento del derecho procede de una decisión unilateral del empresario fruto de su autonomía indivi-

dual de la voluntad, la cual ha de convivir a su vez con el principio de igualdad de trato⁴². Por ese motivo, el empresario en el ejercicio de sus poderes de organización cabe disponga de la mejor retribución de un trabajador o de un grupo de trabajadores acompañada de su aceptación personal, siempre que: respete en las retribuciones de los otros los mínimos de derecho necesario establecidos por ley o por convenio colectivo⁴³; la diferencia de trato se ampare en un criterio razonable y objetivo; y no se fundamente en las categorías sospechosas de discriminación. Ahora bien, el criterio razonable y objetivo que justifica la diferencia de trato no es, según se ha señalado para otros supuestos, la fecha de ingreso en la empresa, salvo en situación de crisis y mientras no se remonta, o salvo que se acompañe de otros factores concomitantes. No supera, pues, el control de constitucionalidad una condición más beneficiosa adquirida en materia retributiva fundamentada en la exclusiva autonomía colectiva o individual de la voluntad⁴⁴.

3.3. Discriminación retributiva

A estos efectos, se entiende como discriminatoria las diferencias de retribuciones entre trabajadores comparables basadas en las denominadas “categorías sospechosas de discriminación”, esto es, en las razones expresamente reconocidas en los arts. 14 CE, 17 ET y 2 Ley 15/2022.

Una de ellas es la diferente remuneración de las trabajadoras que han disfrutado de permisos por nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia⁴⁵. Tal acontece cuando la empresa, que había abonado siempre en su integridad y con independencia del convenio colectivo de

⁴⁰ Vid. STS de 14 marzo 2006 (núm. rcud. 181/2004).

⁴¹ Recuérdese que constituyen sus presupuestos que: 1º) nazca de la voluntad deliberada de establecerla, bien mediante acuerdo bilateral entre empresario y trabajador, bien mediante decisión unilateral del empresario que es aceptada tácitamente por el trabajador. Se consideraría así la surgida de pactos y acuerdos de empresa que no tienen la naturaleza de convenio colectivo, aunque se apliquen a una pluralidad de trabajadores (SSTS de 30 diciembre 1998 [núm. rcud. 1399/98] y de 25 octubre 1999 [núm. rcud. 4937/1998]). 2º) Concurra la voluntad del empresario de incorporarla al nexo contractual y que no se trate de un acto de su mera liberalidad tolerancia (SSTS de 7 julio 2010 [núm. rcud. 196/2009] y 22 septiembre 2011 [núm. rcud. 204/2010]). 3º) Se acredite debidamente esa voluntad sin que sea suficiente a tal efecto la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute de la concesión (STS de 3 noviembre 1992 [núm. rcud. 2275/1991]). Y 4º) se tenga por incorporada al nexo contractual de los trabajadores a quienes se le concedió sin que ello obligue a que el empresario se la aplique a todos y sin que se le permita modificarla unilateralmente, excepción hecha de los supuestos previstos por la ley (SSTS de 10 febrero 1995 [núm. rcud. 2351/1993] y 14 mayo 2002 [núm. rcud. 1286/2001]).

⁴² Vid. STS de 8 junio 2021 (núm. rcud. 4548/2018).

⁴³ STS de 1 febrero 2017 (núm. rcud. 119/2916).

⁴⁴ STS de 25 noviembre 2020 (núm. rcud. 38/2019). Vid. argumentando lo contrario, la STSJ Galicia de 5 diciembre 2019 (núm. rcud. 5333/2019).

⁴⁵ STS de 25 noviembre 2020 (núm. rcud. 38/2019).

aplicación vigente en cada momento –por lo que se trataba de una condición más beneficiosa adquirida aceptada tácitamente por los trabajadores– el importe de dos pagas y media extraordinarias a las trabajadoras y los trabajadores que durante su devengo disfrutaban de los permisos apuntados, reduce en un momento determinado su importe en proporción al tiempo que durante dicho devengo se encontraron disfrutando de aquellos permisos. La aludida diferencia de trato carece de un criterio objetivo y razonable que la justifique, pues no lo es el dicho disfrute de los permisos tan vinculados a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; pero incurre, además, en una discriminación para las mujeres trabajadoras expresamente prohibida por el art. 14 CE –y también por el art. 17 ET y 2.1 Ley 15/2022–, habida cuenta de que el art. 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, atribuye el rango de discriminación directa por razón de sexo “el trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”. Sin embargo, cabe matizar que esta misma diferencia de trato en cuanto deparada a los trabajadores que hubiesen tomado el permiso por paternidad constituye una vulneración del principio de igualdad de trato, y no una discriminación.

También se aprecia esa discriminación directa por razón de sexo con la reducción de la retribución de una trabajadora que a resultas de su embarazo se le ha adaptado el puesto de trabajo⁴⁶, de conformidad con el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales – en adelante, LPRL. La tutela deparada por nuestro ordenamiento jurídico ha superado en este extremo la propuesta por el Derecho de la UE. Con la sentencia del TJUE de 1 julio 2010, asunto Parviainen⁴⁷, se interpretaron los arts. 5.2 y 16.1 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de

1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, en el sentido de reconocer el derecho de la mujer a cambiar provisionalmente de puesto de trabajo a uno que se adapte a sus circunstancias durante el embarazo o tras la maternidad o en el período de lactancia de su hijo, y a percibir su remuneración –se entiende básica–, pero no a la íntegra (se excluyen determinados complementos inherentes al puesto de trabajo originario), cuando no fuese inferior a la de los trabajadores que ocupan un puesto como el suyo. Y con la STS de 24 enero 2017⁴⁸ se postula el enjuiciamiento de estos casos bajo el denominado “canon de integridad retributiva”, o sea, que se ha de garantizar a la mujer la integridad retributiva, incluso si no se dan las circunstancias que generan el devengo de pluses, como medida para evitar o corregir determinadas brechas retributivas por razón de sexo. No obstante, se aclara con relación a la compleja cuestión del pago de pluses que, por un lado, comprenderá la percepción de los conceptos retributivos funcionales, esto es, los vinculados al desempeño del puesto de trabajo originario; y, por el otro, que la forma de compensación consistirá en el pago de la diferencia entre el promedio ponderado del importe mensual que percibía y lo que percibe en el nuevo puesto con relación a los complementos funcionales por turnicidad, por nocturnidad, los reactivos, los de sábados, domingos y festivos y los de bocadillo.

Apréciase que el celo en la protección de la mujer frente a la discriminación de la que es objeto conlleva una medida de acción positiva que genera un trato desigual para con los varones y mujeres especialmente sensibles a determinados riesgos, que son merecedores de ciertas y específicas medidas de prevención y protección de conformidad con el art. 25 de la LPRL.

⁴⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) de 7 octubre 2021 (núm. rcud. 3347/2021).

⁴⁷ C-471/08.

⁴⁸ Núm. rcud. 1902/2015.

4. CRITERIOS APÓCRIFOS PARA LA JUSTIFICACIÓN DE LA DESIGUALDAD

4.1. Los programas subvencionados de empleo público como criterio de justificación de la desigualdad

Es conocida la relativamente reciente jurisprudencia sobre la inaplicación de un convenio colectivo de sector a un ayuntamiento⁴⁹, pero su origen se gestó hace dos décadas⁵⁰. Entonces, la cuestión giraba sobre la conveniencia o inconveniencia del sometimiento del ente local al correspondiente convenio colectivo de aplicación a la empresa que por él había sido contratada para la llevanza de los servicios de limpieza viaria, una vez que el contrato administrativo de concesión de obra había concluido y una vez que el ayuntamiento se había subrogado en la posición jurídica ocupada antaño por la empresa contratada. Esbozaba el TS que “el convenio colectivo no puede (....) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”, pero desplazaba el peso de su argumentación al régimen de la subrogación empresarial, afirmando que el ayuntamiento, al término de la contrata, “no actúa como otro contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación ni que suceda en la contrata a otro contratista anterior”⁵¹, razón por la cual no está sometido a las condiciones fijadas en el convenio colectivo regente para una empresa particular de limpieza. Tras la deriva de esta doctrina a la jurisprudencia vigente, el Máximo Tribunal centra su argumentación en los vericuetos del convenio colectivo y asevera que: 1º) Del art. 82.3 ET se concluye que este tipo de normas “obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro

de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”, por lo que no pueden afectar y vincular a un ayuntamiento que “no ha formado parte ni está representad[o] por las asociaciones empresariales firmantes del mismo”. Y 2º) no hay una comunidad de intereses entre las empresas y demás entidades del sector privado y los ayuntamientos, por lo que ni pueden estar éstos sujetos a “normas convenidas por organizaciones patronales necesariamente guiadas por intereses particulares o sectoriales que muy difícilmente podrán coincidir con aquellos intereses públicos y generales”, y ni pueden estar representados por las asociaciones empresariales que negocian colectivamente: carecen ellas de legitimación para con ellos.

Esta jurisprudencia está adaptada y resulta apropiada para la consecución de un fin: la prevalencia de la autonomía individual sobre la colectiva⁵² en los ayuntamientos carentes de convenio colectivo propio, aunque ello se oculte bajo los argumentos ya expuestos, y el de que se impida les sea de aplicación múltiples convenios colectivos en función de la diversidad de las funciones y actividades de sus empleados. Mas no es convincente. El TC ha proclamado que la expresión constitucional “fuerza vinculante” del convenio colectivo del art. 37 CE “implica la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación de manera automática”⁵³. El citado art. 82.3 ET, en combinación con su art. 82.1, a cuyo tenor: “Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva”, insta un sistema de negociación colectiva oficial basado en la eficacia general de estas normas.

⁴⁹ La primera STS es la de 6 mayo 2019 (núm. rcud. 4452/2017). A ella sucedieron muchas, como la significativa STS de 8 octubre 2020 (núm. rcud. 3453/2018).

⁵⁰ Especialmente con la STS de 17 junio 2011 (núm. rcud. 2855/2010).

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Lo que está proscrito por el propio TC. *Vid.*, sobre ello, STC 8/2015, de 22 de enero.

⁵³ STC 58/1985, de 30 de abril.

La falta de un mandato directo y personal de trabajadores y empresarios a los negociadores, que es sustituido por un mandato de corte político, permite que el convenio colectivo de eficacia estatutaria sea aplicado a quienes no se encuentren directamente representados por quienes lo han negociado. Así, los ayuntamientos sí están incluidos en el ámbito de aplicación de uno o varios convenios colectivos de sector, sin que la falta de su diligencia en la negociación de un convenio colectivo propio o de uno que aglutine a varios de estos entes locales pueda amparar la existencia de diferencias en las condiciones de trabajo de sus empleados. Cabría incluso pensar que la exclusión de ciertos trabajadores de ayuntamiento del ámbito de aplicación del convenio colectivo se erige como una vía para la imposición injustificada de condiciones de trabajo peyorativas, entre otras cosas porque carecerán de poder suficiente para forzar la negociación colectiva o el acuerdo individual sobre sus propias y apropiadas condiciones de trabajo⁵⁴.

Pues bien, en el supuesto de personal contratado por el ayuntamiento con cargo a partidas presupuestarias procedentes de subvenciones de programas de fomento y estabilidad en el empleo, percibirá preferentemente y en concepto de remuneración ajustada a derecho, según la jurisprudencia⁵⁵, la que coincide con el importe financiado por la subvención, y no la que corresponde a otros trabajadores de su mismo nivel profesional, si los hubiere. Esto ha llevado a que los trabajadores afectos a esos programas públicos soliciten la aplicación del convenio colectivo de sector en cuyo ámbito funcional encajan las funciones objeto del contrato de trabajo. Pero, si ello no fuese así; si el ayun-

tamiento tuviere un convenio colectivo propio que fijase una remuneración diferente para los empleados cuyos contratos no están subvencionados, la cuestión litigiosa sería la misma: inexistencia de un criterio objetivo y razonable que admita la diferencia retributiva, que admita la desigualdad. El que la respectiva disposición autonómica relativa a un programa de empleo subvencionado obligue a las entidades beneficiarias al abono mensual de las nóminas a los trabajadores contratados con cargo a él, al pago de las cotizaciones sociales y al ingreso de las retenciones practicadas a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, desde su contratación, con independencia del momento de abono de la ayuda concedida, todo ello hasta el importe de lo subvencionado, siempre por encima de la cuantía del SMI; el que ello suceda en estos términos, no quiere decir que la fuente jurídica que regula el contrato de trabajo de tales trabajadores sea la disposición administrativa autonómica. Lo que quiere decir es que esa disposición financia las retribuciones de los trabajadores hasta un límite y que la retribución que les corresponde en aplicación del principio de igualdad será equivalente a la de sus compañeros que desempeñan un trabajo de igual valor, salvo que exista un criterio racional y objetivo que postule lo contrario. En resumen, las fuentes específicas de la relación laboral son, independientemente de la naturaleza del empleador, el ET –acompañado de las particularidades del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público–, los convenios colectivos y las demás citadas en el art. 3.1 ET.

4.2. El ámbito de un conflicto colectivo como criterio de justificación de la desigualdad

Se trata de un supuesto ciertamente interesante y no necesariamente único. La STS de 2 febrero 2021⁵⁶ se pronunció sobre la denun-

⁵⁴ Sobre esta cuestión hay pronunciamientos tempranos y reiterados del TC, como los de sus sentencias 52/1987, de 7 de mayo, 136/1987, de 22 de julio, y 177/1993, de 31 de mayo.

⁵⁵ STS 21 mayo 2020 (núm. rcud. 1383/2018). En el mismo sentido STS de 15 julio 2020 (núm. rcud. 2343/2018). Este asunto sobre la no aplicación del convenio colectivo de sector a los ayuntamientos se resolvió por primera vez en la STS (Pleno) de 6 mayo 2019 (núm. rcud. 4452/2017). También consúltese SSTs de 10 noviembre 2020 (núm. rcud. 2338/2018) y 3 diciembre 2020 (núm. rcud. 408/2018).

⁵⁶ Núm. rcud. 43/2019.

cia de un grupo de trabajadores contra una doble escala retributiva que permitía que los contratados antes de una determinada fecha percibiesen un complemento –denominado prestación salarial– no fijado en el convenio colectivo de aplicación y dotado de 105 euros por mes, mientras que los contratados a posteriori recibirían en tal concepto 50 euros por mes, desempeñando ambos colectivos idéntico trabajo. Ocurría que la empresa en cuestión había resultado adjudicataria de una contrata de obra convocada por un ente del sector público institucional, motivo por el que había acomodado la retribución de aquellos de sus trabajadores destinados a la realización del objeto de la contrata a la cantidad fijada en el pliego de condiciones. Recurrida la decisión empresarial por ser considerada una modificación sustancial de las condiciones de trabajo nula, pues no se había celebrado el período de consultas, la empresa se vio obligada a remunerarles con el importe inicial de 105 euros por mes que constituía una condición más beneficiosa adquirida. Sin embargo a los trabajadores reclutados por la empresa con posterioridad a la fecha de referencia y que fueron destinados a prestar servicios en el marco de la contrata se les pago el importe recogido en el pliego de condiciones, lo que motivó su denuncia con el argumento de recibir un trato peyorativo que infringía el principio de igualdad por no estar amparado en un criterio objetivo y racional.

Consideró el TS lo contrario, que no existía un trato retributivo injustificado, ya que concurriría un criterio objetivo y racional que apoyaba la doble escala retributiva. Se refería a que el mayor importe del complemento era percibido por el conjunto de trabajadores incluido en el ámbito de un conflicto colectivo –el de la aludida modificación sustancial de las condiciones de trabajo–, lo que marcaba la diferencia con el resto de la plantilla. Y que, amén de ello, la fuente que regulaba el importe del complemento era una sentencia firme, la que había declarado nula esa modificación sustancial, y no un convenio colectivo o la voluntad de la empresa aceptada por los propios trabajadores.

El presente supuesto presentado de forma resumida se remite a hechos acaecidos tiempo atrás de la reforma operada en el art. 28 ET por el citado RD-ley 6/2019, cuyo canon de “igual retribución por trabajo de igual valor”, se desarrolla mediante la comparación de “la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo”. Por esta razón, la STS de 2 febrero 2021 merece sea valorada con precaución.

No obstante, cuando se emite, el art. 28 ET ya imponía al empresario “pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial (...)”. De esta guisa, el imparable avance de la aplicación transversal del principio de igualdad de trato habría de llevar, y ha de llevar, a la utilización del ámbito de un conflicto colectivo no como un criterio objetivo y razonable que justifica un diferencia trato, sino todo lo contrario, como el elemento de comparación, el presupuesto relacional instrumento idóneo para que los trabajadores de una misma empresa reclamen con pertinencia las mismas condiciones de trabajo que los incluidos en aquel ámbito y ubicados en mejor posición.

5. EXAMEN DE LA IGUALDAD TRAS LA REFORMA DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y LA IMPLANTACIÓN DEL REGISTRO RETRIBUTIVO

La determinación de si en un supuesto de hecho sobre diferencias retributivas ha resultado lesionado el principio de igualdad de trato o, tal vez, se ha incurrido en una discriminación, pasa por la necesaria acomodación del sistema de clasificación profesional a la legislación específica en materia de igualdad

y en materia de formación profesional y académica⁵⁷.

Dado que las normas son reflejo de la sociedad del momento y dado que en la aplicación del derecho rezuma un inevitable grado de intuición, algunas decisiones judiciales lo han hecho, han intuido el profundo cambio introducido por el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, con el desarrollo del canon de “igual remuneración por trabajo de igual valor” enunciado en el art. 28 ET.

A modo de ejemplo: interesaba el demandante⁵⁸ que se condenara a la empresa al abono de las diferencias salariales resultantes de la retribución percibida por otro trabajador del mismo grupo profesional. Pretensión desestimada con el aserto de que “la pertenencia a un mismo grupo profesional no determina la identidad retributiva sino el inicial encuadramiento conforme al sistema de clasificación profesional previsto legalmente, agrupando unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la presentación, pudiendo incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador (art.22.2 ET)”. Facilita la comprensión el saber que el demandante era técnico socio cultural de un ayuntamiento, en cambio el trabajador que servía de comparación ostentaba la categoría de delineante.

⁵⁷ A raíz de este nuevo estado de cosas, no serán pertinentes decisiones como la STS de 27 febrero 2020 (núm. rcud. 139/2918), que conocía de la reclamación de los trabajadores con titulación reglada de “TES” (Técnico en Emergencias Sanitarias) para que se le abonase las mayores retribuciones de sus compañeros encuadrados en la categoría “TTS” (Técnico en Transporte Sanitario). No se estimó la pretensión por cuanto sería necesario “desmenuzar con todo detalle el itinerario formativo de unos y otros titulados, así como una exhaustiva comparativa de los requisitos y condiciones que permiten el acceso a una y otra titulación para determinar hasta qué punto pudiere tratarse de títulos perfectamente homologables y absolutamente equiparables”, lo cual no fue solicitado por la parte recurrente.

⁵⁸ STSJ Gran Canaria (Las Palmas) de 24 febrero 2020 (núm. rcud. 1867/2021).

Volviendo a la cuestión, se ha apuntado que la determinación de la lesión del principio de igualdad en materia retributiva exige cohonestar los datos derivados del convenio colectivo o de la fuente de la condición más beneficiosa con los del registro retributivo. El art. 4.2 del RD 902/2020 ordena hacer una comparación sobre:

- a) La naturaleza de las funciones, esto es, confrontando el contenido esencial de la relación laboral con atención a la verdad real, al contenido efectivo de la actividad desempeñada.
- b) Las condiciones educativas que deben corresponder con cualificaciones regladas y guardar relación con el desarrollo de la actividad.
- c) Las condiciones profesionales y de formación, es decir, las que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad.
- d) Las condiciones laborales y por factores estrictamente relacionados con el desempeño que sean relevantes, aunque diferentes de los anteriores. En ellos cabría incluir, sin ánimo exhaustivo: la penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, la responsabilidad tanto económica como relacionada con el bienestar de las personas, la polivalencia o definición extensa de obligaciones, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos o la capacidad de organización.

Como se ha apuntado, el art. 22.2 ET ordena el grupo profesional en torno a “las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la presentación, pudiendo incluir distintas

tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador”.

En la nueva regulación de la formación profesional, introducida por la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, se reúne la formación reglada y la formación adquirida a través del certificado de experiencia profesional. La primera se estructura en cinco grados, cuya cualificación profesional se define en el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales. Mientras que la segunda, lo hace en tres niveles de los que se obtienen las competencias profesionales recogidas también en el Catálogo Nacional de Estándares de Competencia Profesional.

En el ámbito universitario, la cuestión es más compleja porque cada universidad elaborará su propio plan de estudios para la obtención de un título (grado, máster y doctorado) de acuerdo con el marco, muy genérico, establecido por el RD 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad. En la memoria de cada título, cuyo acceso es público a través de la página web de la correspondiente universidad, se describirán las competencias profesionales.

Con todo esto, se trata en el momento hodierno de asociar las cualificaciones y competencias profesionales que figurarán en el registro retributivo con el sistema de clasificación profesional previsto en el convenio colectivo o, solo en su defecto, en el pacto de empresa. Más sencillamente, deberían definirse los grupos y niveles profesionales de conformidad con la cualificación profesional o las competencias necesarias para el desempeño de las funciones descritas.

Ante este panorama, se han comenzado ya a aproximar al empleo del canon de “igual remuneración por trabajo de igual valor” algunas decisiones judiciales⁵⁹. Verbigracia, en el caso

de sendas letradas de una empresa, una de las cuales percibía un complemento retributivo superior al de la otra. Como se concluyó que no había lugar al reconocimiento de las diferencias retributivas, se justificó el fallo habiéndose comparado con exactitud en la fundamentación jurídica: las funciones desempeñadas, separando las comunes de las específicas; la preparación técnica, esto es, la experiencia académica y profesional deducida de sus *curricula*; y la dependencia jerárquica.

Acontece que la resolución de los jueces con la aplicación del canon “igual remuneración por trabajo de igual valor” no es sencilla. Para que no entren en la valoración de elementos espurios sobre el desempeño, la demanda deberá centrar necesariamente con mucha exactitud las funciones del puesto de trabajo (comunes y específicas) y las cualificaciones y competencias profesionales según la normativa apropiada (Ley Orgánica 3/2022 y RD 822/2021, acompañado éste de las prescripciones recogidas en la memoria del título). También otras condiciones de trabajo como las relativas a la penosidad, morbosidad, mortalidad, etc., si fueren pertinentes. Pero la falta de datos al respecto facilita que la labor juzgadora se dirija a la búsqueda de elementos para justificar o no la diferencia retributiva, con el posible error de valorar aquellos que no se exigen en la efectiva prestación de servicios. En el supuesto de hecho recién referido, eso sucede con el mérito de conocimientos de idiomas en posesión de una de las trabajadoras que servía como modelo de comparación para justificar la desigualdad retributiva, cuando tal mérito no aparecía acreditado que se hubiese demandado por la empresa o que figurase como requisito de la prestación de servicios.

6. CONCLUSIÓN

Admítase el silogismo cuya primera proposición es la constatación de dos elementos que están revolucionando la aplicación real y efectiva del principio de igualdad en materia retributiva, a saber: 1º) la amplitud progresiva del

⁵⁹ STSJ Cantabria de 20 mayo 2021 (núm. rcud. 211/2021).

presupuesto de la “uniformidad o univocidad”, en el sentido de que los criterios utilizados para apreciar esa uniformidad entre las situaciones subjetivas que se someten a comparación son cada vez más difusos (no hay límites en función de la naturaleza jurídica de la relación laboral o en función de la fuente jurídica causante de la diferencia) y más acomodaticios (extremadamente apegados a los supuestos de hecho y sus micromatices). En un mundo que demanda talento, el diferente por su excelencia tendrá no pocas dificultades para ser recompensado en términos económicos si no se incorporan sistemas fiables de control del desempeño en la empresa o Administración. Y 2º) la inescindible asociación entre las cualificaciones y competencias profesionales determinadas previamente por ley o por reglamento, el sistema de clasificación profesional previsto en la norma pactada y las exigencias de datos sobre estos extremos del registro retributivo. En la medida en que la negociación colectiva no se apegue a esta asociación, mayor será la posibilidad de lesión del principio de igualdad y la discrecionalidad del juzgador para apreciarlo o no.

Su segunda proposición reduce a uno el elemento que revoluciona la interdicción de la discriminación, a saber: la disección minuciosa de la condición humana (sus rasgos y elementos físicos y visibles, y los morales o espirituales) que incrementan el número de las causas sospechosas de esa condición.

Y la tercera concluye que, a través del principio de igualdad de trato, se tenderá a construir amplios grupos de comparación de prestadores de servicios, mientras que a través de la interdicción de la discriminación se derivará en todo lo contrario. Son dos fuerzas contrapuestas.

Si se admite este silogismo, la jurisprudencia está forzada a formular criterios lógicos, racionales y proporcionados que actúen del modo más uniforme posible en la determinación de las situaciones comparables para analizar la lesión del principio de igualdad de trato. No es de recibo, pese al desbordante casuismo que impregna este tema, el uso, por ejemplo, de la diferente naturaleza del vínculo contractual (relación laboral especial o contrato de trabajo común) o del receptor de servicios (Administración y sector público institucional o sector privado), o la fuente jurídica causante de la diferencia para ora justificar la desigualdad, ora condenarla.

De igual modo, los convenios colectivos están obligados a perfeccionar el sistema de clasificación profesional y enlazarlo con los datos que las entidades han de recoger en el registro retributivo. No es suficiente con consignar los niveles profesionales, siquiera se precisa la descripción de las funciones de cada uno de ellos, aun sin entrar en la cualificación profesional requerida para su desempeño.

Sumario

PRESENTACIÓN: *Antonio Baylos Grau* • **I. ESTUDIOS:** Las mujeres en la nueva Ley de Empleo, Ley 3/2023, de 28 de febrero. *María Belén Cardona Rubert* • La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia en la política retributiva y la valoración neutra de puestos de trabajo. *Patricia Nieto Rojas* • Familias monomarentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación. *Milena Bogoni* • La prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género. *Eva M. Blázquez Agudo* • Democracia paritaria y relaciones laborales: propuestas para una composición equilibrada de los órganos de representación de las personas trabajadoras. *Jaime Cabeza Pereiro* y *Francisca Fernández Prol* • La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales. *Sarai Rodríguez González* • El proceso de dignificación del trabajo doméstico diez años después de sus comienzos: la ratificación del Convenio 189 OIT y la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2022. *Elena Desdentado Daroca* • **II. JURISPRUDENCIA:** Exégesis de la jurisprudencia actual sobre desigualdad y discriminación retributiva. *Consuelo Ferreiro*



PVP 20,00 €