



REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

A VUELTAS CON LAS CUESTIONES DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO LABORAL

NÚMERO 16, FEBRERO DE 2022

ENERO A JUNIO 2022, FECHA DE CIERRE FEBRERO 2022

PREJUICIOS DE GÉNERO EN LAS RELACIONES LABORALES

María Dolores Fernández Galiño y José Fernando Lousada Arochena

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN LA UNIÓN EUROPEA:
ESPECIAL REFERENCIA A LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE IGUALDAD RETRIBUTIVA

Rosario Cristóbal Roncero

NECESIDADES SOBREVENIDAS DE CONCILIACIÓN. ¿ES NECESARIO UN PERMISO
RETRIBUIDO PARA EL CUIDADO? A PROPÓSITO DEL PLAN MECUIDA

Patricia Nieto Rojas

TELETRABAJO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Laura M^a Melián Chinaea

LOS PRINCIPALES MECANISMOS DE TUTELA FRENTE A
LA DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL

Ricardo Pedro Ron Latas

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

 **SAGARDOY**
BUSINESS & LAW SCHOOL

ISSN 2341-135X

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

*El objetivo de esta Revista es conseguir los máximos índices de calidad,
y está indexada en las siguientes bases de datos:*

latindex

BASE DE DATOS
ISOC



Dialnet

vlex
vlex.com

MIAR

Colabora:





Revista Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL
SAGARDOY & EDITORIAL DYKINSON



DIRECTORA

Pilar Núñez–Cortés Contreras

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Loyola*

SUBDIRECTORA

Amanda Moreno Solana

*Profesora Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

EDITORES

Esperanza Macarena Sierra Benítez

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)*

Felipe Manchón Campillo

Periodista

SECRETARIO

Víctor Sánchez del Olmo

*Contratado predoctoral en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTE

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense (Madrid-España)*

MIEMBROS

María del Mar Alarcón Castellanos

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

Lourdes Arastey Sahún

Magistrada del Tribunal Supremo (Madrid-España)

Philippe Auvergnon

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS,
miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail
de la Université Bordeaux (Francia)*

Antonio Cebrián Carrillo

Abogado, Socio Director S&C Abogados (Madrid-España)

Marie Cécile Escande-Varniol

Catedrática de Derecho del Trabajo. Université Lyon 2 (Francia)

Carolina Gala Durán

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona (España)*

Joaquín García Murcia

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense (Madrid-España)*

Abbo Junker

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Ludwig-Maximilians Universität München (Alemania)*

Lourdes Mella Méndez

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago Compostela (España)*

Gabriela Mendizábal Bermúdez

Profesora de la Universidad Autónoma del Estado de los Morelos (México)

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)*

Michele Tiraboschi

*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)
y Director Científico de ADAPT*

Fernando Valdés Dal-Ré

Magistrado del Tribunal Constitucional (España)

Luis Enrique de la Villa Gil

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma (Madrid-España)*

COMITÉ EDITORIAL

PRESIDENTE

Íñigo Sagardoy de Simón

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Francisco de Vitoria.
Presidente de Sagardoy Abogados (Madrid-España)*

DIRECTOR

Martín Godino Reyes

Doctor en Derecho, Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid-España)

MIEMBROS

Valentín Bote Álvarez-Carrasco

Director del Servicio de Estudios de Randstad Research (España)

María Concepción Arruga Segura

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de la Rioja (España)*

Eva María Blazquez Agudo

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Jaime Cabeza Pereiro

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo (España)*

Teresa Cervera Soto

Directora de Personas y Organización en el Centro Universitario Villanueva (España)

Manuel Correa Carrasco

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Guillermo García González

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UNIR (España)

Román Gil Albuquerque

Socio de Sagardoy Abogados (Madrid-España)

María Jesús Herrera Duque

Doctora en Derecho, Socia de Sagardoy Abogados (Madrid-España)

Vanesa Izquierdo Gonzalez

*Directora General de Sagardoy Business & Law School
(Madrid-España)*

José Fernando Lousada Arochena

*Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior
de Justicia de Galicia (España)*

José Antonio Marcos Herrero

Abogado, Agencia Sanitaria Alto Guadalquivir (Córdoba-España)

Ana Matorras Díaz-Caneja

Profesora Ordinaria. Universidad Pontificia Comillas (Madrid-España)

María Luisa Molero Marañón

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

Olimpia Molina Hermosilla

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)*

Leonor Victoria Pablos Fernández

Directora de Recursos Humanos, Ferrovial (Madrid-España)

María Luz Rodríguez Fernández

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla la Mancha (España)*

Carmen Sáez Lara

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)*

Miguel Recio Gayo

Profesor Asociado de la Facultad de Derecho. Universidad CEU San Pablo (España)

Ricardo Pedro Ron Latas

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de la Coruña (España)*

EVALUADORES EXTERNOS

Francisco Alemán Páez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba (España)

Inmaculada Benavente Torres

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)*

Macarena Castro Conte

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

José Manuel del Valle Villar

Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad de Alcalá de Henares (Madrid-España)

Belén Fernández Docampo

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
de la Universidad de Vigo (España)*

Silvia Fernandez Martínez

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Santiago de Compostela (España)*

Marta Fernández Prieto

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Vigo (España)*

Francisca María Ferrando García

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)*

Juan Carlos García Quiñones

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid (España)*

José Luis Gil Gil

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Alcalá de Henares (Madrid-España)*

Luis Gordo González

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

María Sonsoles Gutiérrez de la Peña

Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid-España)

Julen Llorens Espada

Profesor Ayudante Doctor. Universidad Pública de Navarra (España)

María Teresa Igartua Miró

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla (España)*

Risa L. Lieberwitz

Catedrática de Derecho del Trabajo. Cornell University, ILR School (USA)

María del Carmen López Anierte

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)*

Mirentxu Marín Malo

*Profesora Ayudante Doctor.
Universidad Pública de Navarra (España)*

Paz Menéndez Sebastián

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Oviedo (España)*

Jesús R. Mercader Uguina

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III (Madrid-España)*

Rocío Molina González-Pumariega

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

Concepción Esther Morales Vallez

Magistrada del TSJ de Madrid (España)

Julia Muñoz Molina

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)*

Patricia Nieto Rojas

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Daniel Pérez del Prado

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

María Monserrate Rodríguez Egío

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Murcia (España)

Iván Rodríguez Cardo

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo (España)*

Eduardo Rojo Torrecilla

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona (España)*

Francisco Trujillo Pons

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Valencia (España)*

Lavinia Serrani

Editora Coordinadora ADAPT International (Italia)

Francesca Sperotti

Investigadora ADAPT (Italia)

Tatsiana Ushakova

*Profesora Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá de Henares (Madrid-España)*

Alicia Villalba Sánchez

Profesora Contratada de la Universidad de Santiago de Compostela (España)

EDICIÓN & DISEÑO

Rúnica servicios editoriales

runica.servicios.editoriales@gmail.com

www.runica.es

El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la Revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científica técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel nacional e internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo. El contenido de la Revista está dirigido fundamentalmente a Académicos del Derecho laboral, Técnicos de Recursos Humanos, Profesionales del Derecho, Sindicatos y Asociaciones Empresariales.

La Revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, donde se incluyen artículos académicos (Estudios) con un enfoque eminentemente jurídico.

La Revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

La Revista, cuya entidad editora es Dykinson, cuenta con un Patrocinador Principal que es Sagardoy Abogados, a través de su Centro de Estudios.

Cualquier persona con interés por el mundo de la investigación y la enseñanza en este ámbito puede enviar estudios originales e inéditos que no hayan sido enviados a otras revistas. El Consejo de Redacción realizará una primera revisión editorial de los artículos recibidos con el fin de valorar el cumplimiento de mínimos de calidad, que posteriormente serán sometidos a una revisión por pares.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las Instrucciones de Publicación de la revista.



Revista Derecho Social y Empresa

ÍNDICE NÚM. 15, JULIO DE 2021

«A VUELTAS CON LAS CUESTIONES DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO LABORAL»



TRIBUNA

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Loyola - Directora de la RDSyE

ARTÍCULOS

Prejuicios de género en las relaciones laborales

MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALIÑO

Valedora do Pobo de Galicia

Magistrada en servicios especiales – Audiencia Provincial de A Coruña

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social - TSJ/Galicia

Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña

**La conciliación de la vida laboral y familiar en la Unión Europea:
especial referencia a la propuesta de Directiva sobre igualdad retributiva**

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

Profª Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**Necesidades sobrevenidas de conciliación. ¿Es necesario un permiso
retribuido para el cuidado? A propósito del Plan MECUIDA**

PATRICIA NIETO ROJAS

Profª Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Teletrabajo y negociación colectiva: una perspectiva de género

LAURA M^a MELIÁN CHINEA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social

Universidad de La Laguna

**Los principales mecanismos de tutela frente a la discriminación
en el ordenamiento jurídico laboral**

RICARDO PEDRO RON LATAS

Profesor Titular. Universidade da Coruña

Magistrado suplente (Sala de lo Social) del TSJ de Galicia

TRIBUNA

La igualdad en el empleo es materia dinámica y cambiante, que permanentemente nos enfrenta a nuevas realidades y nuevos derechos, y aún más en tiempos de pandemia. El número 16 de la RDSyE aborda, como veremos, diversas cuestiones de actualidad sobre ella, con el propósito de dar respuestas desde el marco legal y doctrinal a las mismas.

De los cinco estudios que consta este número, dos de ellos dan a conocer algunas de las novedades normativas que de la mano del derecho de la Unión Europea se trasladarán, esperemos, en un corto plazo de tiempo a nuestro ordenamiento jurídico, a saber, nuevos derechos de las personas trabajadoras para atender sus necesidades familiares, y también nuevas herramientas para combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres, y avanzar hacia la igualdad efectiva entre ambos, en este terreno.

Así pues, este número de la Revista incluye un artículo de la profesora Nieto Rojas, con el título, “Necesidades sobrevenidas de conciliación. ¿Es necesario un permiso retribuido para el cuidado? A propósito del Plan MECUIDA”, en el que se analizan los mecanismos legalmente previstos para conciliar la prestación laboral ante necesidades sobrevenidas de cuidado, como pueden ser las derivadas del cierre de un aula provocada por la COVID-19. A lo largo del mismo, se destacan las ineficiencias del marco normativo vigente y, con un claro enfoque propositivo, se analiza el impacto que tendrá la transposición de la Directiva 2019/1158 de permisos parentales en las necesidades extraordinarias de conciliación a propósito de la COVID-19 y su respuesta en el marco jurídico vigente.

Por su parte el artículo de la Profesora Cristóbal Roncero incluido en este número se centra en el análisis de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (COM 2021/93) 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. En él se examina la implantación de la transparencia retributiva dentro de las organizaciones, así como los conceptos de “retribución” y “trabajos de igual valor”, y los mecanismos para prevenir y evitar la discriminación retributiva por razón de sexo. Se concluye afirmando las dificultades de detección que plantea la discriminación indirecta en materia retributiva.

El número incluye también un estudio de la profesora Melián China, con el título “El teletrabajo y la negociación colectiva: una perspectiva de género”, en el que se reflexiona sobre las posibles situaciones discriminatorias que puede generar el teletrabajo, esbozando la negociación colectiva y en particular el plan de igualdad como piezas clave para

promover la igualdad real y efectiva en el marco de las transformaciones tecnológicas del mercado laboral en general, y en el contexto del teletrabajo, en particular.

De sobra es conocido que los prejuicios de género han condicionado la eficacia de las leyes de igualdad aprobadas a lo largo del Siglo XX, pero los prejuicios no han desaparecido y siguen condicionando la utilidad de las nuevas leyes de igualdad, a pesar de que las normas son cada vez más incisivas tanto en el ámbito de la igualdad retributiva, como en los derechos de conciliación/corresponsabilidad, acoso sexual, etc. Es esencial seguir cuestionándose y desmontando los estereotipos de género en las relaciones laborales y trasladar ese debate a la sociedad, si se quiere avanzar en la igualdad efectiva. A este propósito obedece el estudio de Dolores Fernández Galiño y Fernando Lousada Arochena, titulado precisamente “Prejuicios de género en las relaciones laborales”.

Para concluir, sin tutela no habría igualdad efectiva, el último de los artículos, titulado “Los principales mecanismos de tutela frente a la discriminación en el ordenamiento laboral”, escrito por el profesor Ron Latas, se ocupa de examinar los procedimientos judiciales y extrajudiciales para garantizar la igualdad, cuestión que es, sin duda clave, y podría decirse, doctrinalmente poco tratada.

Queda a su disposición la lectura de estos interesantes artículos, me gustaría enviar un agradecimiento muy especial a los autores/as por sus valiosas aportaciones, y a nuestros lectores/as por la confianza depositada en la Revista. Buena lectura.

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Febrero de 2022

ARTÍCULOS

PREJUICIOS DE GÉNERO EN LAS RELACIONES LABORALES¹

GENDER STEREOTYPES IN LABOUR RELATIONS

MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALIÑO

Valedora do Pobo de Galicia

Magistrada en servicios especiales – Audiencia Provincial de A Coruña

ORCID ID: 0000-0002-7348-4339

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social - TSJ/Galicia

Profesor asociado de Derecho Procesal. Universidad de A Coruña

ORCID ID: 0000-0002-4629-0539

Fecha envío: 09/02/2022

Fecha aceptación: 27/02/2022

SUMARIO: 1. LOS PREJUICIOS DE GÉNERO COMO CAUSA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. 2. LOS PREJUICIOS DE GÉNERO EN LA ETAPA DE NACIMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO. 3. LOS PREJUICIOS DE GÉNERO EN

.....

1 El presente estudio es una reelaboración de la conferencia “Prexuízos de xénero nas relacións laborais e a súa incidencia na evolución do Dereito do Traballo”, pronunciada por María Dolores FERNÁNDEZ GALIÑO con ocasión de la inauguración, el 19 de enero de 2022 en Santiago de Compostela, del “Curso de igualdade entre mulleres e homes nas relacións laborais (150 horas)”, organizado por la Consellería de Emprego e Igualdade de la Xunta de Galicia y por la Universidade de Vigo. Publicado el texto original de la conferencia en *Hablamos de Feminismo – Falamos de Feminismo*, página web de la Valedora do Pobo de Galicia (https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/prejuicios-de-genero-en-las-relaciones-laborales-y-su-incidente-en-la-evolucion-del-derecho-del-trabajo-por-dolores-fernandez-galino-valedora-do-pobo-de-galicia/). Para la elaboración de la conferencia que sustenta este estudio se manejaron, además de las citas a que se hará alusión, en particular tres libros de José Fernando LOUSADA AROCHENA: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), *Fundamentos del derecho a la igualdad de mujeres y hombres*, Editorial Tirant lo Blanch Mexico (México D.F., 2015), y *El enjuiciamiento de género*, Editorial Dykinson (Madrid, 2020). Todos los apartados del presente estudio han sido elaborados conjuntamente por los dos autores.

LA ETAPA DE CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO. 3.1. Aparición del principio de igual retribución por trabajo de igual valor y sus dificultades de aplicación. 3.2. Enquistamiento inicial de la normativa paternalista y su progresiva superación. 4. LA CONSTITUCIÓN DE 1978, Y DE CÓMO LOS PREJUICIOS DE GÉNERO PASAN A TENER OTRAS MANIFESTACIONES. 5. IMPLICACIÓN NORMATIVA CONTRA LOS PREJUICIOS DE GÉNERO DESDE EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. 5.1. Igualdad retributiva: de normas principialistas y que encima tardaron en formularse correctamente, a normas proactivas. 5.2. Derechos de conciliación y fomento de la corresponsabilidad. 5.3. Acoso sexual y violencia de género en el trabajo. 5.4. Planes de igualdad en las empresas. 6. ALGUNAS CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Los prejuicios de género, que son la causa de la discriminación por razón de sexo, han condicionado el nacimiento del Derecho del Trabajo, posibilitando las dobles escalas salariales por el mismo trabajo y una normativa paternalista falsamente protectora de las mujeres, que las excluía de los empleos con mejores condiciones. A lo largo del Siglo XX, se aprueban las primeras leyes de igualdad de los sexos en las relaciones laborales, en particular igualdad retributiva y de acceso al empleo, pero su eficacia se ve condicionada por los prejuicios de género. En España, la Constitución de 1978 posibilitó la derogación de la normativa paternalista y la aprobación de nuevas leyes de igualdad más incisivas en el ámbito de la igualdad retributiva, en los derechos de conciliación / corresponsabilidad y en el tratamiento del acoso sexual laboral; si bien la necesidad de la igualdad en todos los ámbitos de las relaciones laborales obliga a adoptar instrumentos más amplios, como son los planes de igualdad. Pero los prejuicios de género obstruyen la efectividad de esta normativa, de ahí la necesidad de mantenerse atentos para que la discriminación no prevalezca.

ABSTRACT: Gender prejudices, which are the cause of discrimination based on sex, have conditioned the birth of Labor Law, allowing double salary scales for the same work and a paternalistic regulation falsely protecting women, which excluded them. of jobs with better conditions. Throughout the 20th century, the first laws on equality of the sexes in labor relations were approved, in particular equal pay and access to employment, but their effectiveness was conditioned by gender prejudice. In Spain, the 1978 Constitution made it possible to repeal paternalistic regulations and pass new, more incisive equality laws in the field of equal pay, conciliation/co-responsibility rights and the treatment of workplace sexual harassment; although the need for equality in all areas of labor relations requires

the adoption of broader instruments, such as equality plans. But gender prejudices obstruct the effectiveness of this regulation, hence the need to remain vigilant so that discrimination does not prevail.

PALABRAS CLAVE: Derecho del trabajo, igualdad de género.

KEY WORDS: Labor law, gender equality.

1. LOS PREJUICIOS DE GÉNERO COMO CAUSA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

La discriminación y la violencia contra las mujeres no obedecen a su sexo, como tradicionalmente venía entendiendo la comunidad jurídica², sino al género, entendido este como “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres” (artículo 3.c del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género, Estambul, 2011). Tales papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos conforman prejuicios que impiden que la igualdad y la libertad de las personas individuales y de los grupos en los que se integran sean reales y efectivas, de ahí que sean contrarios a los valores constitucionales (Constitución Española, artículos 1.1, 9.2 y 14). Es por ello que la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de Naciones Unidas (Nueva York, 1979) establece: “Los Estados partes están obligados a tomar todas las medidas que sean apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (CEDAW, artículo 5.a)³.

Presentan los prejuicios de género una serie de características relevantes que los hacen resistentes a la aplicación de las leyes de igualdad, llegando en no pocas ocasiones a derogar en la práctica lo que la ley dice.

2 “El sexo ha invisibilizado el género”, en la ilustrativa expresión de Teresa PÉREZ DEL RIO (“La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres”, Revista de Derecho Social, núm. 37, 2007, pp. 223 a 250). La visibilización del género como motivo de la discriminación de las mujeres ha motivado una importante evolución del principio de igualdad de mujeres y hombres y del derecho antidiscriminatorio que, además de los estudios a que se ha hecho referencia en la nota al pie inicial, se analiza en las siguientes aportaciones doctrinales: María Ángeles BARRÈRE UNZUETA, *Feminismo y Derecho (Fragmentos para un derecho antisubordinatorio)*, Editorial Olejnik (Santiago de Chile, 2019); Juana María GIL RUÍZ (coord.) *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordinatorio*, Editorial Dykinson (Madrid, 2018); Asunción VENTURA FRANCH / Santiago GARCÍA CAMPÁ (coords.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Editorial Aranzadi (Madrid, 2018).

3 Acerca de la aplicación del artículo 5.a) de la Convención CEDAW por el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Comité CEDAW), creado por la Convención CEDAW, véase José Fernando LOUSADA AROCHENA, *El enjuiciamiento...*, obra citada, pp. 100-109.

Una primera es su omnipresencia, y ello obedece a que, a diferencia de todas las demás causas de discriminación, el sexo no se predica de un colectivo de personas calificable de minoría en un sentido cuantitativo (si el colectivo discriminado es minoritario dentro de la población), o de mayoría minorizada en un sentido cualitativo (si el colectivo discriminado es mayoritario dentro de la población, pero su cultura se minusvalora), sino que se predica de la mitad de la población, de la cual ni se puede decir es una minoría en sentido cuantitativo, ni una mayoría minorizada en sentido cualitativo. Dicho más sencillamente, las mujeres no son un colectivo.

Porque las mujeres no son un colectivo, sino la mitad de la población, es por lo que los prejuicios de género se pueden manifestar en cualquier momento, en cualquier lugar y de las más variadas maneras, en todas las relaciones sociales causando situaciones concretas de desigualdad, discriminación o violencia. Consiguientemente, los prejuicios de género se pueden manifestar en todas las relaciones jurídicas, sean de Derecho Civil, Penal, Administrativo y, por supuesto, también en el Derecho del Trabajo.

Una segunda característica de los prejuicios de género es su invisibilidad pues tienden a naturalizarse: ejemplo paradigmático: las mujeres son buenas cuidadoras mientras que los hombres no saben cuidar de otras personas. Se trata de un prejuicio de género aparentemente beneficioso para las mujeres. Pero todos los prejuicios de género pueden causar desigualdad, discriminación o violencia: obviamente los directamente hostiles, pero también los que aparentan indiferentes, e incluso los aparentemente beneficiosos. Siguiendo con el ejemplo de que las mujeres son buenas cuidadoras: sitúa a las mujeres en un dilema vital que no tienen los hombres: o trabajan renunciando a la maternidad, o son madres renunciando al trabajo, o son *super woman* intentando llegar a todo; en todas las opciones el *statu quo* se mantiene y el prejuicio se consolida⁴.

Una tercera característica de los prejuicios de género es su mutabilidad pues se adaptan a todas las circunstancias, incluso a sociedades donde existen leyes, políticas y valores de igualdad, en cuyo caso cambian en sus manifestaciones pero perviven en su esencia. Por ejemplo, el prejuicio de que las mujeres no saben de política, determinó que se les privase del derecho al voto; una vez conseguido este, el prejuicio se manifiesta de otras maneras: las mujeres no son votadas y no acceden a cargos públicos, o acceden a cargos poco significativos (puestos florero); los partidos políticos no incluyen en sus programas políticas

.....

4 Es el llamado “dilema de Wollstonecraft” según el cual las mujeres deben escoger entre dos alternativas: “o las mujeres son como los hombres y por lo tanto acceden plenamente a la ciudadanía, o continúan en el trabajo doméstico, que no tiene valor para la ciudadanía”. La solución estaría no en “una mera inclusión de las mujeres en el modelo del bienestar existente”, sino en la completa inclusión del género en las Políticas del Bienestar a través de su “reconfiguración”. Tal dilema lo planteó Carol PATEMAN, y con las anteriores palabras lo explica Encarna BODELÓN GONZÁLEZ, “Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder”, en el libro colectivo *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización* (coords: Ana RUBIO CASTRO / Joaquín HERRERA FLORES), Instituto Andaluz de la Mujer (Sevilla, 2006), pp. 219 y 220.

de igualdad de género, o las incluyen pero de manera solo formal; las mujeres dedicadas a la política son sometidas a escrutinios más exigentes que los políticos varones y a veces afectadas por un discurso de odio (*gender hate speech*)⁵.

Consecuencia derivada de las anteriores características es que los prejuicios de género y las desigualdades que conllevan siempre llegan a cualquier nueva situación antes de que a ellas llegue la tutela protectora de las leyes de igualdad: un ejemplo actual en relación con la digitalización de la economía y de las relaciones laborales: las nuevas tecnologías han generado una brecha digital, mientras que se echan en falta políticas dirigidas a superarla; el acoso sexual y la violencia se transmutan en ciberacoso o ciberviolencia; las discriminaciones pueden producirse a través de algoritmos para decidir el acceso al empleo o la extinción de los contratos; el teletrabajo plantea retos desde la perspectiva de la igualdad de las personas trabajadoras, la protección ante manifestaciones de violencia de género, los derechos de conciliación o el derecho a desconexión digital⁶.

Los prejuicios de género omnipresentes, invisibles y mutables han determinado que la discriminación por razón de sexo sea la causa de discriminación más extendida temporalmente (en todas las edades históricas), más extendida espacialmente (en todas las civilizaciones), se manifieste desde los más múltiples modos (desde el falso paternalismo hasta la violencia de género), sea la más fácilmente acumulable con otras discriminaciones dando lugar a fenómenos de intersección de varios clases de prejuicios (prejuicios de género con prejuicios raciales, religiosos, discapacitistas, edadistas ...), e incluso sea una discriminación asumida por las propias mujeres sometidas a ella (patriarcado de consentimiento⁷).

2. LOS PREJUICIOS DE GÉNERO EN LA ETAPA DE NACIMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO

A causa de los prejuicios de género, en la Civilización Occidental y desde la Edad Antigua, las mujeres han realizado siempre las actividades menos valoradas socialmente,

5 Sobre los ataques a las mujeres dedicadas a la Política, y en general a las mujeres que opinan públicamente, véase Mary BEARD, *Mujeres y Poder: Un manifiesto*, Editorial Crítica (Barcelona, 2018), quien reconoce haberlos sufrido por opinar públicamente sobre la igualdad de mujeres y hombres).

6 Sobre esta cuestión, véase Ana María ROMERO BURILLO y coordinado por la misma y Yolanda BARDINA BURILLO, *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías. Un estudio del impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral desde una perspectiva de género*, Editorial Aranzadi (Pamplona, 2021).

7 Distingue Celia AMORÓS PUENTE entre los patriarcados de consentimiento y los patriarcados que usan la fuerza en *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*, Ediciones Cátedra – Colección Feminismos (Madrid, 2005), pp. 111-135.

mientras los hombres han realizado las actividades más valoradas socialmente. Incluso las teorías económicas han expulsado del sistema productivo a los trabajos femeninos. Adam Smith, considerado el padre de la economía moderna, explicó el funcionamiento de la economía merced al interés de los seres humanos que operaba como una mano invisible que permitía que pudiese cenar un filete gracias al interés del ganadero, del transportista y del carnicero. Pero, ¿quién le servía la cena a Adam Smith? Tal es el título de un ensayo de Katrine Marçal⁸ en donde se nos da la respuesta: se la servía su madre, pues Adam Smith nunca se casó. Sin embargo, el trabajo de su madre, que ella realizaba por amor a su hijo y no por interés, no constituía una actividad económica.

Cuando en las últimas décadas del Siglo XIX y en las primeras del XX, nace el Derecho del Trabajo, este se construirá sobre ese mismo prejuicio: el de que no todas las personas que trabajan ostentan derechos laborales, sino solo aquellas que, trabajando, realizan un trabajo socialmente considerado; y en una sociedad patriarcal lo socialmente considerado es lo que hacen los hombres. Por ello, el trabajo doméstico, el trabajo de cuidado de hijos/as, familiares o personas allegadas, el trabajo de colaboración en la explotación familiar, o el trabajo en sectores no formalizados ni reconocidos profesionalmente, trabajos todos ellos mayormente asumidos por mujeres, están fuera del Derecho del Trabajo.

Haber dejado a las mujeres fuera de la economía y fuera del trabajo, no impidió, sin embargo, que las mujeres, acuciadas por sus propias necesidades vitales y las de sus familias, efectivamente trabajasen en las fábricas surgidas a causa de la revolución industrial desde finales del Siglo XVIII. Pero los prejuicios de nuevo estaban ahí esperándolas. Cuando las mujeres y niños y niñas entraron a trabajar en las fábricas, su trabajo fue valorado con la mitad del valor que el de los hombres. Mujeres, niños y niñas eran consideradas “medias fuerzas” y, como tales, el valor de su trabajo era menor que el de los hombres, aunque realizasen el mismo trabajo que un hombre. También se explicaba esa diferencia salarial en que las mujeres siempre son madre, hija, hermana, tía o suegra de un obrero que la cuidaría incluso si ella no ganase absolutamente nada, con lo cual, si trabajaban era porque querían, y no merecían ganar lo mismo que un hombre cuya obligación es trabajar para el mantenimiento de la familia.

Siendo por la mitad el salario de las mujeres, niños y niñas se abrió la veda, en el contexto del capitalismo liberal decimonónico, para su explotación pues ese salario era un importante atractivo para el beneficio desmedido de empresas poco escrupulosas. En particular, la recluta de niños y niñas para la explotación minera se generalizó dada la facilidad con la que niños y niñas, por su menor tamaño, podían acceder a las galerías.

.....

8 Katrine MARÇAL, *¿Quién le servía la cena a Adam Smith?*, Penguin Random House (Barcelona, 2016).

Las declaraciones de la niña Sarah Gooder, de 8 años de edad, recogidas por la Comisión Parlamentaria Ashley para el estudio de la situación en las minas en Inglaterra (1842)⁹, son ilustrativas de la sobreexplotación de los niños y las niñas existente en la época: *“Trabajo en el pozo de Gawber. No es muy cansado, pero trabajo sin luz y paso miedo. Voy a las cuatro y a veces a las tres y media de la mañana, y salgo a las cinco y media de la tarde. No me duermo nunca. A veces canto cuando hay luz, pero no en la oscuridad, entonces no me atrevo a cantar. No me gusta estar en el pozo. Estoy medio dormida a veces cuando voy por la mañana. Voy a la escuela los domingos y aprendo a leer... Me enseñan a rezar... Prefiero, de lejos, ir a la escuela que estar en la mina”*.

La reacción pietista contra esta situación de explotación humana introdujo condiciones especiales del trabajo de mujeres, niños y niñas. Las normas dictadas a consecuencia de esa reacción pietista fueron las primeras intervenciones del Estado en unas relaciones laborales hasta ese momento sustentadas en el principio de autonomía de la voluntad del Derecho Civil. O sea, esas normas fueron el germen del Derecho del Trabajo. Pero, como veremos, dicha reacción pietista venía con prejuicios de género incluidos.

Las *Factory Acts* inglesas fueron las primeras en establecer prohibiciones de trabajo femenino (la de 1842 el trabajo en el interior de las minas y la de 1850 el trabajo nocturno) y limitaciones de jornada (la de 1844 y la de 1847 limitaron la jornada de trabajo de mujeres y menores). Poco a poco se extendieron a los demás países europeos industrializados. Así, la prohibición de trabajo nocturno se implantó en 1891 en Alemania y en 1892 en Francia. En Alemania existían, a finales del Siglo XX, numerosas prohibiciones en trabajos industriales varios. Y los descansos por parto se comenzaron a implantar, desde 1864, en Suiza y, desde 1878, en Alemania, mejorándose progresivamente su duración y condiciones, aunque en estos iniciales momentos los descansos por parto eran a cargo de la trabajadora, esto es no eran ni remunerados ni objeto de seguro social.

En España, la Ley de 24 de julio de 1873, conocida como Ley Benot y considerada la primera norma laboral dictada en España, prohibió el trabajo de niñas menores de 7 años y el nocturno hasta los 17 años. Se prohibió, en el Reglamento de Policía Minera de 1887, el trabajo de las mujeres en el interior de las minas. La Ley de 13 de marzo de 1900 reguló el trabajo de mujeres y niños, estableciendo el descanso maternal, el permiso de lactancia y diversas prohibiciones¹⁰. Una norma curiosa de la época fue la Ley de 27 de febrero de 1912, conocida como de la silla en cuanto obligaba a facilitar un asiento a las trabajado-

.....

9 Se puede leer el original inglés en <http://www.victorianweb.org/history/ashley.html>.

10 Un excelente análisis de la evolución histórica de la licencia de maternidad desde Ley de 13 de marzo de 1900 hasta Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929 es el de Pilar NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Editorial Dykinson (Madrid, 2002), pp. 17-43.

ras en establecimientos no fabriles con fundamento en que la bipedestación afectaba la fecundidad.

Pero esta normativa paternalista venía con prejuicios de género incluidos. Así: la prohibición del trabajo en el interior de las minas se justificaba en la debilidad de las mujeres frente a un trabajo tan duro, cuando es que la fortaleza física y mental habrá que verla individualmente; la prohibición del trabajo nocturno obedecía al riesgo de agresión sexual, prostitución o adulterio, como si las mujeres al salir de noche tendiésemos a prostituirnos o a engañar a nuestras parejas; y las prohibiciones en trabajos industriales solían obedecer a la preservación de la fertilidad, obviando que la infertilidad afecta tanto a los hombres como a las mujeres.

Esta normativa laboral paternalista consecuencia de la intervención estatal en las relaciones laborales tuvo un aliado muy significativo en los sindicatos, en aquellos momentos totalmente masculinizados, pues esa normativa era una manera de excluir de la industria, con puestos de trabajo mejor retribuidos, a las mujeres, a quienes, si se las contrataba, se les iba a pagar la mitad, con el evidente riesgo de que la empresa acabase contratando solo mujeres. Los prejuicios de género les impidieron ver a los sindicatos de la época que la solución estaba, no en expulsar a las mujeres, sino en pagarles lo mismo que a los varones por hacer el mismo trabajo.

Así las cosas, la normativa laboral paternalista producía, cuando menos, los siguientes efectos contrarios a la igualdad efectiva de los sexos:

- efecto retorno al hogar: la normativa laboral paternalista buscaba liberar a la mujer del trabajo y en consecuencia fomentaba el rol tradicional de madre y cuidadora de la familia de la mujer frente al de trabajadora;
- efecto encierro en jaula de oro: se imponía un modelo de conducta a todas las mujeres con la apariencia de ser algo beneficioso, con independencia de las capacidades y habilidades de cada mujer individual;
- efecto segregación: expulsaba las mujeres de las industrias mejor remuneradas y las confinaba en trabajos con menos protección y asociados a supuestas habilidades femeninas, como la finura manual, o la repetición;
- efecto *boomerang*: se retraía a los empresarios en la contratación laboral de mujeres dada la sobreprotección que a estas se les otorgaba, generando el mito de que el trabajo de los hombres presenta menos cargas;
- efecto incumplimiento: el interés de las empresas en contratar mujeres (su salario era la mitad) y las necesidades de las mujeres determinaron altas dosis de incumplimiento en la normativa paternalista.

3. LOS PREJUICIOS DE GÉNERO EN LA ETAPA DE CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

A principios del Siglo XX, el escenario se podría resumir en los siguientes términos: la creciente normativa tuitiva del trabajo solo se refiere al trabajo dependiente en el sistema productivo formal, sin contemplar el trabajo doméstico o de cuidados, es decir sin contemplar trabajos asumidos mayormente por las mujeres; dentro del trabajo dependiente en el sistema productivo formal, el trabajo en la industria, el llamado trabajo de cuello azul, más protegido y mejor remunerado, estaba totalmente masculinizado; las mujeres estaban segregadas en trabajos administrativos (de cuello blanco) y en determinados sectores menos valorados (textil, conserva); el acceso a las mujeres a ciertos sectores mejor valorados, como la sanidad, se realizaba en subordinación (hombres médicos / mujeres enfermeras); en todos los casos, el trabajo de las mujeres se consideraba de menor valor.

Veamos ahora cómo fue evolucionando la situación de las mujeres hasta el último tercio del Siglo XX, en una época histórica en la que se produjo la consolidación del Derecho del Trabajo y en la que, en particular tras la Segunda Guerra Mundial, se comenzaron a cuestionar (sin mucha efectividad, todo hay que decirlo) los prejuicios del menor valor del trabajo femenino, y (más tardíamente) se comenzaron asimismo a cuestionar los fundamentos prejuiciosos que servían de base a la normativa paternalista.

3.1. Aparición del principio de igual retribución por trabajo de igual valor y sus dificultades de aplicación

Las primeras reivindicaciones de igualdad salarial arrancan de finales del Siglo XIX y se consolidarán en textos normativos ya bien entrado el Siglo XX¹¹. Así, en los Estados Unidos, una carta al editor del *New York Times*, publicada en 1869, denuncia que 500 mujeres empleadas en el Departamento del Tesoro cobraban la mitad que sus compañeros varones, siendo muchas viudas de guerra con hijos a cargo. En 1883 se realizó una huelga en la Compañía de Telégrafos reclamando la igualdad salarial de las trabajadoras. En 1911, tras una larga batalla, se consigue la igualdad salarial por las profesoras contratadas por las Juntas de Educación. Reivindicaciones similares en materia salarial aparecen en otros

.....

11 Sobre la evolución del principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor, y en particular su evolución en la normativa internacional y el derecho comparado, véase más ampliamente José Fernando LOUSADA AROCHENA, “La igualdad retributiva de mujeres y hombres en la acción de Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 15, 2018, pp. 33-51.

países avanzados, a veces asociadas a otras reivindicaciones de diferente alcance, pues el movimiento sufragista se posicionó en favor de la igualdad salarial.

A nivel internacional, el primer reconocimiento mundial del principio de igualdad en materia retributiva lo encontramos en la famosa Parte XIII del Tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial (1919). Famosa porque en esta Parte XIII se crea la Organización Internacional del Trabajo. En tal Parte XIII aparece “el principio de salario igual, sin distinción de sexo, para el trabajo de valor igual”. Pero esta norma fue ampliamente incumplida por los Estados miembros de la OIT, y este incumplimiento generalizado nos hace pensar en que lo que pudo haber pasado (y veremos que esto fue lo que pasó en España) fue que imperaba la idea de que el valor del trabajo de la mujer era la mitad del valor del trabajo del hombre, de manera que, al aplicar el principio de igual salario por trabajo de igual valor, la resultancia era pagarle a la mujer la mitad del salario del hombre. Y es que un prejuicio puede derogar una ley.

La OIT retoma la cuestión en el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (1951). Su técnica es mejor. Por un lado, la remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, así como cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo (artículo 1.a). Por otro lado, y al obligar a “adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que este entrañe” (artículo 3.1), el igual valor depende de una evaluación objetiva del trabajo, y no del supuesto, y prejuicioso, menor rendimiento femenino.

Convenio de la OIT que inspiró la introducción, en el Tratado de la Comunidad Económica Europea (1957), del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor¹², siendo el germen de toda la normativa antidiscriminatoria posterior de la CEE y actualmente la UE. Aunque también es bien sabido que esa introducción no obedeció exclusivamente a razones de derechos humanos: Francia pidió su introducción por el temor de que Alemania o Italia hicieran *dumping* social permitiendo pagar a las trabajadoras menor salario que a los trabajadores¹³.

España, tras ratificar el Convenio 100 de la OIT, lo traspuso en la Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y laborales de la mujer, que establecía (en su

.....

12 Dentro de un tratado (como era el Tratado de la CEE, al igual que ocurría con el Tratado de la CECA y el Tratado del EURATOM) cuyo “vicio genético” era una omnipresente visión económica (usando una expresión tomada de Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Editorial Civitas, Madrid, 1994), el artículo 119 del TCEE aparecía como un “oasis de socialidad” (usando ahora una expresión tomada de Jesús CRUZ VILLALÓN, “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”, en el libro que coordinó con Teresa PÉREZ DEL RÍO, *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000).

13 Véase, sobre el origen del artículo 119 del TCEE, David ORDÓÑEZ SOLIS, *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, Instituto de la Mujer (Madrid, 1999), pp. 43-46.

artículo 4) “el principio de igualdad de trato de los trabajos de valor igual”. Pero el Decreto 258/1962, de 1 de febrero, que lo desarrolló, desvirtuaba el correcto entendimiento del principio al reformularlo como que “la mujer disfrutará del mismo salario que el hombre a trabajo de rendimiento igual”, y al permitir que las reglamentaciones de trabajo, convenios colectivos y reglamentos interiores de empresa señalarán “normas específicas que adecúen la retribución al diferente valor o calidad del trabajo femenino”; en suma, se legitimaron las dobles escalas salariales en que las mujeres cobraban la mitad que los hombres por un mismo trabajo. A la fecha de la CE (1978) existían más de 150 reglamentaciones de trabajo sectoriales con dobles escalas salariales¹⁴.

3.2. Enquistamiento inicial de la normativa paternalista y su progresiva superación

¿Y qué estaba pasando con la normativa paternalista? En un principio se enquistó. La OIT aprobó, en los dos primeros tercios del Siglo XX, un gran número de convenios con un contenido paternalista en todo o en parte: como el 4, sobre trabajo nocturno de las mujeres (1919), el 13, sobre el empleo de la cerusa en la pintura (1921), el 40, revisión del 4 para flexibilizarlo (1934), el 45, sobre trabajo subterráneo de las mujeres empleadas en minas (1935), el 89, revisión del 40 para flexibilizarlo aún más (1948), o el 127, sobre peso máximo de carga a transportar por un trabajador, distinguiendo pesos máximos de carga según el sexo (1967).

España, que en las primeras décadas del Siglo XX ya tenía una normativa paternalista abundante, profundizó en ella en un régimen, como el franquista, de confesa inspiración paternalista. En el ámbito laboral, el paternalismo del Régimen franquista lo plasmaba a la perfección el Fuero del Trabajo (1938) al establecer que el Estado “prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres... (y) liberará a la mujer casada del taller y de la fábrica”. Por su lado, el Decreto de 26 de julio de 1957 del Ministerio de Trabajo, recopiló, en un largo Anexo, los trabajos prohibidos a las mujeres con la curiosa característica de que al lado de cada prohibición se incluía una sucinta justificación. Así, y como ejemplos llamativos, se enumeraban los trabajos con animales feroces o venenosos por existir peligro de accidentes, en pompas fúnebres por trabajo penoso, o la conducción de vehículos de tracción animal o mecánica por existir peligro de accidentes (a las claras aquí está el estereotipo de que las mujeres no conducimos bien).

Ya muy avanzado el Siglo XX es cuando empieza a derrumbarse la normativa paternalista en todos los países avanzados. Desde la década de los setenta, la acción de la OIT en lo que respecta a la mujer se tradujo en poner en tela de juicio las normas que preveían

.....

14 Según se recoge en la investigación realizada en su momento por Beatriz QUINTANILLA NAVARRO, *Discriminación retributiva*, Editorial Marcial Pons (Madrid, 1996), pp. 162 ss.

una protección especial de la mujer no vinculada con la protección de maternidad y la función reproductiva, pues esas normas se consideraban más como obstáculo para la plena integración de la mujer a la vida económica y perpetuación de las concepciones tradicionales sobre el papel y la capacidad de las mujeres¹⁵.

También desde la década de los setenta, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos vino considerando la normativa paternalista contraria a la igualdad; una Sentencia de 1991¹⁶, culminación del desmantelamiento del paternalismo laboral, entendió discriminatoria la medida adoptada por la mayor productora del país de baterías para automóviles, según la cual, dados los riesgos para la reproducción, se excluía a mujeres para los trabajos con exposición al plomo salvo si estas acreditaban su esterilidad.

Europa también siguió esa tendencia, con la avanzadilla de los países nórdicos, que ya en la década de los sesenta empezaron a derogar las normas paternalistas. En el derecho comunitario no se introdujo ninguna norma paternalista, y la Directiva de maternidad de 1992 solo justifica normas protectoras en base al embarazo, el parto o la lactancia natural.

A la entrada en vigor de la Constitución, en España seguía vigente el Decreto de 1957 (a lo menos formalmente, pues su incumplimiento era elevado, incluso en relación con empleadoras públicas: por ejemplo, había trabajadoras nocturnas empleadas en hospitales públicos). Únicamente en los últimos años del franquismo hubo algunos tímidos avances en orden a la igualdad (en 1963 se introdujo la igualdad de la mujer en el acceso a cargos públicos, pero con algunas restricciones en la Judicatura, la Fiscalía y el Ejército; en 1966 se permitió a las mujeres el acceso sin restricciones a la Judicatura y a la Fiscalía¹⁷; o en 1975, coincidiendo con el Año Internacional de la Mujer declarado por Naciones Unidas, se derogó la licencia marital que era precisa para que la mujer casada pudiera trabajar).

.....

15 Como explica Hông Trang Perret-Nguyén, “la búsqueda de la igualdad que caracteriza hoy la acción de la OIT en lo que respecta a la mujer se traduce en poner en tela de juicio las normas que prevén una protección especial de la mujer no vinculada con la protección de maternidad y de la función reproductiva, que se considera cada vez más como un obstáculo para la plena integración de la mujer a la vida económica y como una manera de perpetuar las concepciones tradicionales sobre el papel y la capacidad de la mujer”, “La mujer en la normativa de la OIT”, que sirve de prólogo a la recopilación normativa *Igualdad y protección de la mujer en el trabajo*, Instituto de la Mujer (Madrid, 1990).

16 Caso UAW vs Johnson Controls Inc., 499 US 187 (1991). La empresa demandada, la mayor productora del país de baterías para automóviles, había establecido, por los riesgos para la reproducción, una medida de exclusión de mujeres para trabajos con exposición al plomo salvo si acreditaban su esterilidad. El Tribunal Supremo rechaza esa justificación, argumentando al respecto (1) que las excepciones al principio de no discriminación deben ser interpretadas restrictivamente, (2) que, en concreto, la cláusula de buena fe ocupacional obliga a acreditar una conexión entre el sexo y el trabajo, (3) que esa conexión debe ser objetiva, relacionada con la aptitud del trabajador para el trabajo, sin depender de la voluntad del empresario, y (4) que no es admisible la “cost justification”, o sea los costes de la contratación de trabajadores de un determinado sexo para justificar la contratación solo de trabajadores del otro sexo.

17 Más ampliamente sobre la situación de las mujeres en la Carrera Judicial y otras profesiones jurídicas, véase María Dolores FERNÁNDEZ GALIÑO / José Fernando LOUSADA AROCHENA, “Judicatura, abogacía e igualdad de género”, *Iqual: Revista de Género e Igualdad*, núm. 4, 2021, pp. 18-34.

4. LA CONSTITUCIÓN DE 1978, Y DE CÓMO LOS PREJUICIOS DE GÉNERO PASAN A TENER OTRAS MANIFESTACIONES

Frente a una realidad laboral donde imperaban las dobles escalas salariales y una abundante normativa paternalista, la Constitución Española, que con su aprobación marca un hito en la evolución, ha introducido con fuerza la igualdad, ya que, además de enunciarla (junto con libertad, justicia y pluralismo político) entre los valores superiores del ordenamiento jurídico español (artículo 1.1), se establece que “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” (artículo 14), completándose con un mandato a los Poderes Públicos de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” (artículo 9.2), aparte de dos referencias específicas en relación con la igualdad de mujeres y hombres precisamente en dos ámbitos donde los prejuicios están presentes: artículo 32.1: igualdad de hombres y mujeres en el matrimonio; artículo 35.1: no discriminación por razón de sexo en ningún caso en los derechos laborales.

Con este bagaje constitucional, las dobles escalas salariales (recordemos: más de 150 en reglamentaciones de trabajo sectoriales en la época de la CE) pasaron a ser frontalmente inconstitucionales, mientras que la normativa paternalista tenía dictada su sentencia de muerte, que el TC fue desgranando poco a poco en los años ochenta y primeros noventa, hasta la STC 229/1992 que consideró discriminatoria la prohibición de trabajo de las mujeres en el interior de las minas¹⁸. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (1995) procedió a la derogación definitiva del Decreto de 1957.

Parecían, pues, no existir límites para el acceso de las mujeres al mercado de trabajo, y se instaló la idea de que, una vez eliminadas todas las prohibiciones legales, la igualdad vendría dada por el solo paso del tiempo. Sin embargo, los prejuicios de género seguían ahí para que esa igualdad formal no acabase de plasmarse en la realidad de las relaciones laborales.

Así es que ahora las mujeres pueden acceder al mercado de trabajo, pero los prejuicios de género se manifiestan ahora a través de otros fenómenos donde se aprecia la desigual-

.....

18 Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre igualdad de los sexos en la década de los ochenta y noventa, véase: Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER / María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Editorial Tecnos (Madrid, 1986); María Amparo BALLESTER PASTOR, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 1994); Fernando REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Editorial Mc Graw Hill (Madrid, 1995); Asunción VENTURA FRANCH, *Las mujeres y la Constitución Española de 1978*, Instituto de la Mujer (Madrid, 1999).

dad laboral de las mujeres y que, aún siendo muchos sobradamente conocidos, no resulta de más recordar:

- la segregación horizontal: las mujeres solo acceden a los trabajos que se asocian a su supuesta mayor capacidad de cuidado, o a otras habilidades supuestamente femeninas (paredes de cemento), quedando excluidas de determinados sectores supuestamente extraños a sus habilidades (en particular, los sectores vinculados a las ciencias, la tecnología, las matemáticas y la ingeniería: STEM por las siglas en inglés);
- la segregación vertical: las mujeres no consiguen entrar en cargos directivos (techo de cristal), o lo hacen en puestos directivos simbólicos o sin poder (puesto florero, fenómeno conocido como tokenismo); las mujeres no consiguen salir de las categorías inferiores (suelo pegajoso);
- la segregación horizontal y vertical de las mujeres en trabajos atípicos (trabajo a tiempo parcial, trabajos fijos discontinuos, el tradicional trabajo a domicilio de la misma manera que el nuevo teletrabajo);
- el grifo que gotea: en carreras de progresión en el tiempo, como la docencia o la investigación, pierden oportunidades debido a la asunción de tareas de cuidado, o en general debido a las menores oportunidades de que disponen las mujeres, que acaban causando que no lleguen a la cima;
- el precipicio de cristal: a las mujeres se les asignan supuestamente como reto profesional tareas de improbable éxito que ellas asumen para probar su valía y que, cuando finalmente fracasan, acaban quemándolas;
- la escalera de cristal: los hombres que trabajan en empleos feminizados curiosamente acaban progresando más que sus compañeras, aunque realizan el mismo trabajo y se trata de un trabajo feminizado;
- el síndrome del(a) impostor(a): la mujer exitosa no asume sus logros porque considera que no se los merece, lo que determina que se esfuerce más pero reclame menos compensaciones por hacer su trabajo;
- la brecha retributiva o salarial: las mujeres trabajadoras perciben una menor retribución o salario que sus compañeros varones por realizar un trabajo de igual valor, debido a la baja valoración del trabajo femenino;
- la doble jornada: condición a que se ven sometidas las personas, usualmente mujeres, que desempeñan un trabajo remunerado y deben asumir tareas de cuidados, tareas que, por estereotipos, se les atribuyen; o
- la violencia de género en el trabajo, que se manifiesta paradigmáticamente en el acoso sexual laboral, y que incluye otros fenómenos igualmente problemáticos,

como el acoso sexista o de género, el acoso moral o la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación.

Nuestra legislación laboral ha ido poco a poco mejorándose para hacer frente a estas manifestaciones de los estereotipos de género, algunas novedosas, otras ya existentes pero que adquieren nuevos tintes y matices.

5. IMPLICACIÓN NORMATIVA CONTRA LOS PREJUICIOS DE GÉNERO DESDE EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Si comenzamos por el principio, por la norma base de nuestro sistema de relaciones laborales, el Estatuto de los Trabajadores de 1980, no podemos sino manifestar una cierta decepción si nos atenemos a su redacción originaria. Se reconoce el derecho a la no discriminación por razón de sexo en general (artículos 4.2.d) y 17) y en el ámbito de la remuneración (artículo 28), si bien no contenía remedios jurídicos efectivos (ni se contenían tampoco en la ley procesal laboral) y presentaba defectos tan importantes como la declaración de igualdad salarial (no retribuciones extrasalariales) por trabajo igual (no por trabajo de igual valor), o la ausencia de una derogación expresa de las prohibiciones de trabajo paternalistas (que, como se acaba de decir se demoró quince años más, hasta la LRPL), los derechos de conciliación regulados (la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos y la reducción de jornada) eran pocos y de escaso alcance, e incluso se mantenía un vestigio de clara inspiración paternalista como la titularidad femenina única del permiso de lactancia¹⁹.

Una situación de partida que ha tardado décadas en corregirse, y seguramente aún necesite nuevas mejoras normativas. Vamos a ver cómo ello ha acaecido en los siguientes tres ámbitos: igualdad retributiva; derechos de conciliación y fomento de la corresponsabilidad; acoso sexual.

.....

19 El planteamiento del Estatuto de los Trabajadores lo criticó duramente Teresa PÉREZ DEL RÍO porque “desde la óptica de igualdad esencial (contiene) una serie de disposiciones aisladas y de principio... (que) reconocen derechos pero no articulan procedimientos específicos para su ejercicio, lo que, en la práctica, se traduce en una inefectividad total de este reconocimiento, dada la dificultad de actuar en el campo concreto de la discriminación por los procedimientos generales... ha sido históricamente demostrada la ineficacia de estas formas de tratamiento general cara a la erradicación de la discriminación por sexo en el trabajo... un tratamiento general e indiscriminado es no solo insuficiente, sino también injusto e inadecuado... el tratamiento específico de situaciones de desigualdad especialmente graves ha sido estimado como acertado y necesario”; María Teresa PÉREZ DEL RÍO, *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, IELSS (Madrid, 1984), pp. 39-40.

5.1. Igualdad retributiva: de normas principalistas y que encima tardaron en formularse correctamente, a normas proactivas

La fórmula originaria de igualdad retributiva “igual salario por igual trabajo” (ET de 1980) se corrigió para introducir el concepto de igual valor (en 1994) y para sustituir salario por retribución (en 2002). Más de 20 años tardó nuestra legislación en recoger el principio de manera correcta, y aún pasado ese tiempo, seguíamos anclados en el principalismo: se recogía el principio de igualdad retributiva, pero no se decía cómo hacerlo efectivo.

Tal situación tropezaba con las recomendaciones de la OIT de leyes proactivas de igualdad retributiva, además de que nos situaba a distancia de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que estaban adaptando leyes de igualdad retributiva proactivas (Alemania, Suecia, Islandia). En esa misma línea de leyes proactivas de igualdad, se sitúa la Recomendación de la Comisión Europea de 7/3/2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia²⁰.

Así es que casi cuarenta años después de la aprobación del ET, 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 ocupación, establece medidas dirigidas a erradicar las discriminaciones retributivas, obligando a las empresas una mayor transparencia en relación con las retribuciones abonadas a su personal e imponiendo auditorías salariales. Disposiciones desarrolladas en el Real Decreto 902/2020, de 13/10, de igualdad retributiva mujeres y hombres.

5.2. Derechos de conciliación y fomento de la corresponsabilidad

Una carencia importantísima de la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores eran los derechos de conciliación. En un régimen paternalista como era el franquista, los hombres no los necesitaban, y, como lo que se pretendía era que la mujer casada se liberase de la fábrica, al abandonar el trabajo tampoco los iba a necesitar. Solamente en la década de los setenta empezaron a parecer algunos derechos de conciliación muy toscos: en 1970 se introdujo a favor de las mujeres trabajadoras una excedencia voluntaria para el cuidado de hijos; en 1976 se introdujo la reducción de jornada, aquí ya indistinta; y el ET se limitó a recoger ambas instituciones con titularidad indistinta, pero, como se ha dicho, mantuvo la titularidad femenina del permiso de lactancia. De este modo, el ET asumía una igualdad

.....

20 Un análisis del estado de la cuestión antes de la reforma de 2019 y su desarrollo reglamentario de 2021, en María Amparo BALLESTER PASTOR, La discriminación retributiva por razón de sexo: *Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2018).

formal, desconociendo la realidad de que eran (son) las mujeres las que siguen asumiendo las labores de cuidado en las familias.

La lucha contra los estereotipos de género obliga a más que asumir la igualdad formal en la ley, presupuesto necesario pero no suficiente para alcanzar la igualdad efectiva en la realidad de las cosas. Con la igualdad formal en la ley, los prejuicios no desaparecen, sino que mutan y se consolidan en la nueva situación normativa. Al desconocer la realidad del estereotipo que obliga a las mujeres a asumir el cuidado, el ET estaba fomentando el mantenimiento del *status quo* en el seno de las familias.

La introducción de derechos de conciliación dirigidos no tanto a que las mujeres concilien la vida laboral y la familiar a través de derechos de ausencia del trabajo, como a que puedan hacerlo sin abandonar el trabajo y a que los hombres se comprometan en las labores domésticas y de cuidado (corresponsabilidad), convierte a los derechos de conciliación en auténticos derechos fundamentales por su vinculación con la consecución de la igualdad (artículo 14 de la CE), y con la vida privada y familiar (artículo 18 de la CE)²¹, y la corresponsabilidad ha sido, precisamente, un vector importantísimo de reforma de la legislación laboral en las últimas cuatro décadas: la Ley 3/1989, de 3 de marzo, amplió a 16 semanas el permiso por maternidad e introdujo el disfrute paterno de dos semanas de licencia de maternidad en los casos de fallecimiento de la madre (y aún hubo quien entonces dijo que ello sería un regalo sin justificación para el padre porque seguro que al hijo lo iban a cuidar las abuelas); la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, fue una norma con avances significativos, aunque se quedaba corta en su apuesta por la corresponsabilidad y la conciliación masculina; la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, mejora todos los derechos de conciliación, reconoce un derecho a la adaptación de la jornada por motivos de conciliación de la vida familiar que supone potenciar el derecho a la presencia de aquellos trabajadores/as que, en vez de utilizar permisos, reducciones de jornada o excedencias, deciden mantenerse en su puesto de trabajo pero flexibilizando la jornada para atender las necesidades de la conciliación, y también se introduce un permiso de paternidad originario (entonces solo de dos semanas, y que motivó igualmente la crítica de que los padres o no lo usarían o lo usarían mal); finalmente, el Real Decreto ley 6/2019, de 1 de marzo, equipara la duración y régimen del permiso

.....

21 Sobre la evolución de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, y su consideración como derechos fundamentales: José Fernando LOUSADA AROCHENA / Pilar NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*, Editorial Tecnos (Madrid, 2015); Nuria RECHE TELLO, *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y familiar*, Editorial Comares (Granada, 2018); Nuria RECHE TELLO, “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en *El derecho...* (dirs.: Asunción VENTURA FRANCH...), obra citada, pp. 703 a 742; José Fernando LOUSADA AROCHENA, “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2019, pp. 783-796.

de paternidad a la licencia de maternidad, potencia el derecho a la presencia a través de la flexibilización de jornada y condiciones de trabajo y reforma en profundidad el viejo permiso de lactancia reconvirtiéndolo en un permiso para el cuidado del lactante que es individual para cada progenitor.

5.3. Acoso sexual y violencia de género en el trabajo

Con lo que no podemos ser críticos con el ET es por el hecho de que, en 1980, no se hubiese acordado del acoso sexual, simplemente porque la elaboración jurídica de este concepto, como en general del concepto de violencia de género, era entonces totalmente desconocida. Por el contrario, debemos felicitarnos porque la Ley 3/1989, de 3 de marzo, a que nos hemos referido, fue pionera en toda Europa al introducir una referencia al acoso sexual en el artículo 4.2.e) del ET, que se mantiene²². Una referencia que dio lugar a una elaboración jurisprudencial que ha permitido crear una cobertura de protección a las víctimas que la Ley Orgánica de Igualdad ha reforzado al introducir los conceptos de acoso sexual y sexista, y declararlos discriminatorios (artículo 7), obligando a las empresas a medidas de prevención (artículo 48), y también a la AGE (artículo 63).

Unas normas, sin embargo, con limitaciones en su aplicación práctica. Y es que el acoso sexual, por sus connotaciones, es un campo minado para los estereotipos y prejuicios de género²³. Aquí, como en otras ocasiones hemos visto, los prejuicios consiguen derogar a las leyes. No es inhabitual encontrar estudios doctrinales, convenios colectivos, e incluso sentencias judiciales, donde se maneja un concepto restringido de acoso sexual, exigiendo, para que lo haya, una motivación libidinosa, una reiteración o especial gravedad, o que la víctima manifieste su negativa, cuando es que ninguna de esas exigencias aparece en el artículo 7.1 de la LO Igualdad. También los prejuicios de género determinan en muchas ocasiones una sesgada valoración de las pruebas. E incluso afectan a la interpretación y aplicación de los mecanismos de prevención y sanción: por ejemplo, la obligación empresarial de adoptar medidas de prevención del acoso sexual (artículo 48 de la LO Igualdad) se predica de todas las empresas, con independencia de su tamaño; y sin embargo, esta norma ha sido incumplida de una manera bastante evidente por muchas empresas.

.....

22 Sobre el tratamiento jurídico del acoso sexual y sexista en el trabajo, véase: José Fernando LOUSADA AROCHENA, *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Editorial Comares (Granada, 1996); María Teresa PÉREZ DEL RÍO, *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2009); Ana RUBIO CASTRO / Juana María GIL RUÍZ, *Dignidad e igualdad de derechos. El acoso en el trabajo*, Editorial Dykinson (Madrid, 2012).

23 Véase José Fernando LOUSADA AROCHENA, “La problemática del acoso sexual desde una perspectiva de género”, en *Hablamos de Feminismo – Falamos de Feminismo*, Página web de la Valedora do Pobo de Galicia (https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/la-problematica-del-acoso-sexual-desde-una-perspectiva-de-genero-por-jose-fernando-lousada-arochena-magistrado-docente-y-escritor/).

5.4. Planes de igualdad en las empresas

Incidir en la igualdad retributiva, en los derechos de conciliación y en el acoso sexual no puede obviar que los estereotipos de género son omnipresentes. No vale con incidir en estos solos aspectos, sino que hay que incidir en todos los aspectos de la relación laboral. Para hacerlo se necesita un instrumento que contemple la igualdad en la empresa como un todo, pues si los prejuicios de género pueden aparecer en cualquier aspecto de la relación laboral, el instrumento de lucha contra ellos debe ser general. En el contexto de transversalización de la igualdad de género y dentro del ámbito de las relaciones laborales en la empresa, los planes de igualdad surgen como instrumento de lucha a favor de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Tal instrumento desembarca en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica de Igualdad de 2007, entonces como obligatorios en empresas con una plantilla de 250 personas trabajadoras, sin perjuicio de que voluntariamente los podían realizar las demás empresas.

Los planes de igualdad en las empresas son típicos instrumentos de transversalidad: imponen a la empresa un deber legal de garante de la igualdad, así como obligaciones a la representación del personal en orden a su negociación de buena fe; son susceptibles de regular todas las condiciones de empleo y de trabajo en las empresas; son esencialmente dinámicos pues obligan a realizar un diagnóstico de situación, la implantación de medidas estratégicas de consecución de parámetros de igualdad predeterminados y deben ser sometidos a revisiones periódicas.

El Real Decreto ley 6/2019 ha ampliado su ámbito subjetivo a las empresas de más de 50 personas trabajadoras. Y, en fin, se ha aprobado su desarrollo reglamentario que se echaba en falta: el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES

En España, la Constitución de 1978 ha sido el punto de inflexión en la evolución de la normativa laboral que, en línea con lo acaecido a nivel internacional, europeo y comparado, ha permitido: por un lado, tener como derogadas todas las normas previas basadas en el paternalismo, la exclusión de las mujeres de determinados trabajos y permisivas de discriminaciones retributivas; y, por otro lado, la consolidación de una normativa antidiscriminatoria bastante sólida, no obstante la siempre necesidad de mejora en sus

contenidos y en la efectividad de su aplicación práctica. Gracias a la CE y a sus desarrollos, el compromiso de los Poderes públicos a todos los niveles en la lucha contra la desigualdad, la discriminación y la violencia por razones de género resulta evidente a día de hoy, y es visible particularmente en lo que se refiere al ámbito de las relaciones laborales.

Pero los prejuicios de género siguen estando presentes y siguen generando segregación vertical y horizontal, techo de cristal y suelo pegajoso, brechas retributivas, violencias en el trabajo ... Que tengamos una legislación satisfactoria, un efectivo compromiso de los Poderes públicos y una cada vez mayor capacitación y compromiso de quienes operan en las relaciones laborales, no permite que bajemos la guardia. Menos aún ante situaciones de crisis como la generada por el COVID-19 que suponen un caldo de cultivo para retrocesos en la igualdad de género²⁴.

Los prejuicios de género están siempre ahí, susceptibles de producir desigualdad, discriminación y violencia de género en cualquier ámbito de la relación laboral, con tendencia a la invisibilización, y que se adaptan a las nuevas situaciones para producir nuevas desigualdades antes de que lleguen a ellas las leyes. En consecuencia, debemos estar siempre alertas, y más aún si queremos cumplir con todas las promesas de futuro que la Humanidad se ha dado a sí misma en la Agenda 2030 de Naciones Unidas.

BIBLIOGRAFÍA

AMORÓS PUENTE, Celia, *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias ... para las luchas de las mujeres*, Ediciones Cátedra – Colección Feminismos (Madrid, 2005).

BALLESTER PASTOR, María Amparo, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 1994).

— *La discriminación retributiva por razón de sexo: Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2018).

BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles, *Feminismo y Derecho (Fragmentos para un derecho antisubordinatorio)*, Editorial Olejnik (Santiago de Chile, 2019).

BEARD, Mary, *Mujeres y Poder: Un manifiesto*, Editorial Crítica (Barcelona, 2018).

BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, “Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder”, en el libro colectivo *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización* (coords: Ana RUBIO CASTRO / Joaquín HERRERA FLORES), Instituto Andaluz de la Mujer (Sevilla, 2006).

24 Véase María Dolores FERNÁNDEZ GALIÑO / José Fernando LOUSADA AROCHENA, “COVID-19 e igualdad de género”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol. 6, núm. 1, 2021.

- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”, en CRUZ VILLALÓN, Jesús / PÉREZ DEL RÍO, Teresa, *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Editorial Tecnos (Madrid, 2000).
- FERNÁNDEZ GALIÑO, María Dolores, “Prexuízos de xénero nas relacións laborais e a súa incidencia na evolución do Dereito do Traballo”, *Hablamos de Feminismo – Falamos de Feminismo*, Página web de la Valedora do Pobo de Galicia (https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/prejuicios-de-genero-en-las-relaciones-laborales-y-su-incidente-en-la-evolucion-del-derecho-del-trabajo-por-dolores-fernandez-galino-valedora-do-pobo-de-galicia/).
- FERNÁNDEZ GALIÑO María Dolores / LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “Judicatura, abogacía e igualdad de género”, *Iqual: Revista de Género e Igualdad*, núm. 4, 2021.
- “COVID-19 e igualdad de género”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol. 6, núm. 1, 2021.
- GIL RUÍZ, Juana María (coord.) *El Convenio de Estambul como marco de derecho antidiscriminatorio*, Editorial Dykinson (Madrid, 2018).
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Editorial Comares (Granada, 1996).
- *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2014).
- *Fundamentos del derecho a la igualdad de mujeres y hombres*, Editorial Tirant lo Blanch Mexico (México D.F., 2015).
- “La igualdad retributiva de mujeres y hombres en la acción de Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 15, 2018.
- “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2019.
- *El enjuiciamiento de género*, Editorial Dykinson (Madrid, 2020).
- “La problemática del acoso sexual desde una perspectiva de género”, en *Hablamos de Feminismo – Falamos de Feminismo*, Página web de la Valedora do Pobo de Galicia (enlace: https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/la-problematica-del-acoso-sexual-desde-una-perspectiva-de-genero-por-jose-fernando-lousada-arochena-magistrado-docente-y-escritor/).
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando / NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar, *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*, Editorial Tecnos (Madrid, 2015).
- MARÇAL, Katrine, *¿Quién le servía la cena a Adam Smith?*, Penguin Random House (Barcelona, 2016).
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Editorial Dykinson (Madrid, 2002).

- ORDÓÑEZ SOLIS, David, *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, Instituto de la Mujer (Madrid, 1999).
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Editorial Civitas, Madrid, 1994,
- PÉREZ DEL RÍO, María Teresa, *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, IELSS (Madrid, 1984).
- “La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres”, *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007.
- *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2009).
- PERRET-NGUYÉN, Hông Trang, “La mujer en la normativa de la OIT”, que sirve de prólogo a la recopilación normativa *Igualdad y protección de la mujer en el trabajo*, Instituto de la Mujer (Madrid, 1990).
- QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, *Discriminación retributiva*, Editorial Marcial Pons (Madrid, 1996).
- RECHE TELLO, Nuria, *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y familiar*, Editorial Comares (Granada, 2018).
- “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007* (coords.: VENTURA FRANCH, Asunción / GARCÍA CAMPÁ, Santiago), Editorial Aranzadi (Madrid, 2018).
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Editorial Mc Graw Hill (Madrid, 1995).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel / FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Editorial Tecnos (Madrid, 1986).
- ROMERO BURILLO, Ana María (dir.) / ROMERO BURILLO, Ana María, y BARDINA BURILLO, Yolanda (coords), *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías. Un estudio del impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral desde una perspectiva de género*, Editorial Aranzadi (Pamplona, 2021).
- RUBIO CASTRO, Ana / GIL RUÍZ, Juana María, *Dignidad e igualdad de derechos. El acoso en el trabajo*, Editorial Dykinson (Madrid, 2012).
- VENTURA FRANCH, Asunción, *Las mujeres y la Constitución Española de 1978*, Instituto de la Mujer (Madrid, 1999).
- VENTURA FRANCH, Asunción / GARCÍA CAMPÁ, Santiago (coords.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Editorial Aranzadi (Madrid, 2018).

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN LA UNIÓN EUROPEA: ESPECIAL REFERENCIA A LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE IGUALDAD RETRIBUTIVA

*RECONCILIATION OF WORK AND FAMILY LIFE IN THE EUROPEAN UNION:
SPECIAL REFERENCE TO THE PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON EQUAL PAY*

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

Prof^a Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Fecha envío: 27/02/2022

Fecha aceptación: 28/02/2022

SUMARIO: 1. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN LA UNIÓN EUROPEA EN LA NORMATIVA EUROPEA. 1.1. Primera etapa: la igualdad de género se conecta con la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado. 1.2. Segunda etapa: la conciliación se vincula al mercado de trabajo y a la competitividad empresarial. 1.3. Tercera etapa: la conciliación se “conecta”, de nuevo, con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades. 2. MEDIDAS CONCRETAS PARA MEJORAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA Y, EN ESPECIAL, PARA AUMENTAR LA TRANSPARENCIA SALARIAL. 2.1. La implantación de la transparencia retributiva dentro de las organizaciones. 2.2. Los conceptos de «retribución» y «trabajo de igual valor». 2.3. Mecanismos para prevenir y evitar la discriminación retributiva por razón de sexo.

RESUMEN: Este artículo toma como punto de partida la evolución normativa de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida laboral y familiar. A continuación, se expo-

nen las diferentes etapas legislativas encaminadas al desarrollo de un ejercicio efectivo y equilibrado de este derecho en el marco de la Unión Europea.

Tras esta evolución normativa la situación actual viene marcada por la propuesta de Directiva sobre conciliación de la vida laboral y familiar [Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 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, COM/2017/0253 final - 2017/085 (COD)] sobre la que ha de transitar el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar en el ámbito de la Unión Europea, a saber: la seguridad y salud, por un lado, y por otro, la necesidad de acuerdo entre los interlocutores sociales.

No obstante, es importante reparar en el contenido de la Directiva 2006/54 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde las normas sobre igualdad de trato entre hombre y mujeres, ya que destaca la base jurídica sobre la que se articulan las medidas comunitarias destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad retributiva. En su texto se encuentran más de una decena de preceptos, referidos al principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o trabajo de igual valor, establecido en el art. 141 del Tratado y sostenido reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europea.

A pesar de este entramado legislativo, el parlamento europeo ha solicitado en repetidas ocasiones que la Unión Europea intensifique su acción para mejorar la aplicación de las disposiciones en materia de igualdad. En este sentido, ha reclamado medidas tanto a los Estados miembros, como la Comisión, solicitando la elaboración de disposiciones concretas para aumentar la transparencia salarial. En este contexto, y ante la constatación de la inadecuada aplicación del derecho a la igualdad retributiva, no solo en su efectivo cumplimiento la práctica, sino también manifestado en la falta de transparencia retributiva tolerada por algunos Estados miembros, se propone la 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 mismos trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento.

Ahora el estudio se centra en el análisis de la propuesta de Directiva y en las medida que se plantean para garantizar la aplicación del principio de “igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”. Se examina la implantación de la transparencia retributiva dentro de las organizaciones, los conceptos de “retribución” y “igual trabajo o trabajos de igual valor”, y mecanismos para prevenir y evitar la discriminación retributiva por razón de sexo. Se concluye

afirmando las dificultades de detección que plantea la discriminación indirecta en materia retributiva. En definitiva, se acoge con satisfacción el contenido de la Propuesta de Directiva para integrar y aplicar el principio de transparencia e igualdad retributiva en la Unión Europea.

ABSTRACT: The article takes as its starting point the evolution of European Union legislation on the work life balance. It then goes on to outline the different stages of European legislative concern aimed at developing an effective and balanced exercise of this right.

The regulatory developments have led to the current situation, with the proposal for a Directive on reconciliation of work and family life [Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the work life balance and family life of parents and carers, and repealing Council Directive 2010/18/EU, COM/2017/0253 final - 2017/085 (COD)], marked by the trend on which the right to reconciliation of work and family life at EU level is to be based, on the one hand, health and safety, and on the other hand, the need for an agreement between the social partners.

However, it is important to note the content of Directive 2006/54 EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, which recasts the rules on equal treatment between men and women, as it highlights the legal basis on which the Community measures aimed at guaranteeing the application of the principle of equal pay are articulated. The text contains more than ten provisions referring to the principle of equal pay for equal work or work of equal value, as laid down in Article 141 of the Treaty and repeatedly upheld in the case law of the European Court of Justice.

Despite this legislative framework, the European Parliament has repeatedly called for the European Union to step up its action to improve the implementation of equality provisions. In this regard, it has called for measures both from the Member States and the Commission, requesting the development of concrete provisions to increase pay transparency. In this context, and in view of the inadequate application of the right to equal pay, not only in practice, but also in the lack of pay transparency tolerated by some Member States, the European Parliament and Council Directive reinforcing the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value for men and women through pay transparency measures and mechanisms for its effective enforcement is proposed.

The study focuses on the analysis of the proposed Directive and on the measures that are envisaged to ensure the application of the principle of “equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, including the

principle of equal pay for equal work or work of equal value”. It examines the implementation of pay transparency within organisations, the concepts of “retribution” and “equal work or work of equal value”, and mechanisms to prevent and avoid retribution discrimination based on sex. We conclude by affirming the difficulties of detecting indirect retribution discrimination. All in all, the content of the Proposal for a Directive to integrate and apply the principle of transparency and equal retribution in the European Union is welcome.

PALABRAS CLAVE: Conciliación de la vida laboral y familiar, principio de igualdad retributiva, transparencia retributiva, retribución, igual trabajo o trabajos de igual valor, discriminación indirecta, medida cautelar, indemnización, inversión carga prueba.

KEYWORDS: Work life balance, equal remuneration principle, remuneration transparency, remuneration, equal work or work of equal value, indirect discrimination, injunctive relief, compensation, reversal of burden of proof in discrimination proceedings.

1. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN LA UNIÓN EUROPEA EN LA NORMATIVA EUROPEA

La Unión Europea ha desarrollado una amplia y variada normativa en el ámbito de la conciliación de la vida personal y laboral, dirigida a que los Estados miembros incorporen en sus legislaciones, medidas destinadas a mejorar y hacer más compatibles las condiciones de vida y trabajo.

La conciliación de la vida familiar y personal con la profesional está presente en la agenda de la Unión, desde la década de los noventa del siglo pasado y, en la actualidad, denota una incipiente preocupación por un ejercicio efectivo y equilibrado de este derecho.

La Unión Europea ha reiterado en numerosas ocasiones y documentos, la necesidad de la conciliación de la vida laboral y familiar. La evolución normativa de la UE de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo es amplia y variada. Se observa una evolución en la que se distingue una primera etapa, exenta de formulación normativa, aunque conectada directamente con la igualdad de género y la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado. En una segunda etapa que se correspondería con el comienzo de los años 90, en el que la conciliación se desarrolla a nivel normativo y se distancia respecto de la igualdad de género, vinculándose sobre todo al mercado de trabajo y la competitividad empresarial, y una tercera etapa, en la que se advierte de nuevo una reconexión de la conciliación con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades.

Tras esta evolución llegamos a la etapa actual, protagonizada por la propuesta de Directiva sobre conciliación de la vida laboral y familiar, que marca la tendencia sobre la que ha de transitar el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar en el ámbito de la Unión Europea por un lado, la seguridad y salud, y por otro, la necesidad de sustentarse en acuerdo entre los interlocutores sociales¹.

.....

1 Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 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, COM/2017/0253 final - 2017/085 (COD).

1.1. Primera etapa: la igualdad de género se conecta con la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado

En los primeros años de andadura europea, no existía un referente normativo específico que regulase derechos de conciliación; por el contrario, las medidas conciliatorias se relacionaban con el principio de igualdad retributiva.

Así el art. 119 TCE declaraba expresamente la “igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo” y constituía, por tanto, la base jurídica específica para la aprobación de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

Un año más tarde, el Consejo aprueba la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo que extiende la prohibición de la discriminación por razón de sexo, al resto de las situaciones laborales². Otro avance importante de la Directiva relacionado con las mujeres trabajadoras es que su art. 2.3 declara que las medidas legales de protección de la maternidad (durante el embarazo y después del alumbramiento) en los Estados miembros son una excepción justificada a la igualdad de trato¹⁶.

A final de la década de los ochenta se incluyen referencias específicas sobre la conciliación familiar y profesional en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, de 19 de diciembre de 1989, cuyo art. 16 invita a desarrollar medidas “que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”. Esta declaración de derechos sociales, sin efectos jurídicos vinculantes en los Estados miembros, se acompaña, pocos años después, de dos Directivas que si integran derechos subjetivos concretos.

En primer lugar, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, 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 y que contempla una excepción al principio de igualdad formal que se justifica en razón de la condición biológica de la madre y que viene a evitar la situación discriminatoria que supondría la aplicación de un mismo régimen jurídico a situaciones de hecho diferentes³.

.....

2 El objetivo era evitar la ventaja competitiva de aquellos Estados cuyos salarios femeninos eran inferiores respecto de los masculinos por un trabajo de igual valor, en PÉREZ CAMPOS, A.I. “Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017 pág. 42.

3 Conviene precisar que la citada Directiva comunitaria es una directiva específica de la Directiva marco 89/391/

Pues bien, esta Directiva, que establece numerosos requisitos sobre salud y seguridad en el centro de trabajo para proteger a la trabajadora embarazada, contempla, “la duración mínima del permiso de maternidad por un periodo de catorce semanas ininterrumpidas, de las cuáles dos semanas son de carácter obligatorio, que pueden ser disfrutadas antes o después del parto”(art. 8 92/85/CEE), garantiza que “la mujer mantendrá los derechos inherentes a su contrato de trabajo [11.2.a) Directiva 92/85/CEE] y prohíbe expresamente el despido durante el embarazo y durante el disfrute del permiso de maternidad (art. 10 Directiva 92/85/CEE). Por lo que respecta a la cobertura económica del permiso de maternidad, reconoce el derecho de la madre a recibir una retribución o prestación económica “adecuada” [art. 11.2.b) 92/85/CEE].⁴

Años después vio la luz la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, referida a determinados aspectos sobre ordenación del tiempo de trabajo, destacando como cuestión fundamental la necesidad de conciliar la vida profesional y personal⁵.

Por su parte, la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995 por la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria de Europa), CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos), se considera “la primera muestra de un enfoque integrador de la maternidad-paternidad y las responsabilidades familiares”⁶. En efecto, esta norma, fruto del diálogo social pone fin al exclusivo disfrute de la licencia parental por parte de la madre en algunos Estados miembros declarando el derecho a un permiso individual de los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo⁷.



CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, cuyo art. 15 establecía la necesidad de protección específica de grupos de trabajadores expuestos a riesgos entre los que se debía incluir a las mujeres embarazadas y a las madres lactantes. En este sentido, la sentencia de 12 de julio de 1984, Hoffmann, asunto C-184/83, el Tribunal de Justicia confirma la legitimidad de “las necesidades específicas de la mujer asegurando la protección de su condición biológica durante el embarazo y posteriormente hasta que sus funciones biológicas y mentales hayan vuelto a la normalidad y la relación especial entre una mujer y su hijo en el período que sigue a embarazo y nacimiento”.

4 Durante la década de 1990 se produce un cambio legislativo en relación al objetivo de protección de la madre trabajadora y la necesidad de conciliar el cuidado de los hijos con el trabajo. Así pues, se pasa de entender la conciliación como una finalidad relevante para la normativa comunitaria, si bien más relacionada con la promoción de la mujer en el empleo que con la igualdad real de oportunidades. A este respecto destaca la Recomendación del Consejo de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y las niñas Recomendación 92/241/CE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas (Diario Oficial L 123 de 8.5.1992). A pesar de tratarse de una norma no obligatoria, resulta relevante, en la medida en que resalta la enorme correspondencia entre el reparto equitativo de las responsabilidades derivadas del cuidado de los hijos y del hogar y el principio de igualdad de oportunidades en el empleo para hombres y mujeres.

5 Esta Directiva se modificará por la 2000/34/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, para incluir los sectores y las actividades inicialmente excluidos. Y posteriormente, ha sido derogada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES.

6 AGUILERA IZQUIERDO, R. “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 2, 2007, págs. 69-119.

7 La Directiva 96/34/CE integra un acuerdo de mínimos que ha permitido a los Estados miembros un amplio

En esta década, la Unión Europea también avanza en el objetivo de una mayor flexibilidad laboral, aprobando la Directiva 1997/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, sobre trabajo a tiempo parcial, que establecía un marco general para la eliminación de discriminaciones en relación con la conciliación, de los trabajadores a tiempo parcial. El trabajo a tiempo parcial se ha venido considerando como una de las modalidades de empleo que mejor facilita la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y así queda dispuesto en su quinto considerando²¹.

1.2. Segunda etapa: la conciliación se vincula al mercado de trabajo y a la competitividad empresarial

Las políticas de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo surgen como resultado del Consejo Europeo Extraordinario sobre Empleo celebrado en Luxemburgo en el año 1997. Este consejo reconoce que los países miembros de la UE deben asumir una nueva estrategia en materia de empleo, como es la de fomento del empleo femenino. Esta estrategia política toma el nombre de conciliación y se materializa en un conjunto de directivas orientadas a promover los permisos laborales y los servicios de atención a la vida diaria.

En consecuencia, la conciliación, pasará a tener una posición neurálgica tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam, en la medida en que vinculó como aspectos inseparables la empleabilidad y la conciliación.

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea cuenta con nuevos fundamentos jurídicos en el derecho primario para la promoción de la igualdad de género más allá de la no discriminación retributiva (arts. 2, 3.2, 13, y 141 TCE). Los nuevos preceptos consagran el principio de igualdad entre hombre y mujer como objetivo fundamental de la Unión y vienen a reconocer la conveniencia de las medidas de acción positiva en los Estados miembros para garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral y “facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales” (art. 141.3 TCE).

También cabe destacar la promulgación de las Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo, y la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico

.....

margen de discrecionalidad en su implementación lo que a su vez, ha contribuido a la persistencia de un panorama legislativo muy heterogéneo, en PÉREZ CAMPOS, A.I.” Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa”, cit., pág. 47.

Por su parte, la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres para acceder al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo. La citada norma contiene disposiciones relacionadas con el derecho al reingreso tras la finalización del permiso dematernidad, y el derecho a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia por dicho permiso, proponiendo también infraestructuras y servicios encaminados a facilitar la conciliación.

En esta línea, a comienzos del nuevo siglo XXI continúan adoptándose medidas a favor de la conciliación de la vida familiar y laboral, en cuyo ámbito normativo cabe destacar:

Las sucesivas convocatorias de las Cumbres Europeas de Empleo –celebradas al amparo del nuevo Título de Empleo aprobado por el Tratado- traducirían en actuaciones concretas las propuestas programáticas del mismo. El lanzamiento de la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo en el año 2000 supone la inclusión de la política de conciliación de la vida familiar y laboral, también entre los objetivos estratégicos de la política de empleo. No obstante, advertidas las dificultades, la Comisión Europea fija, dentro de la Estrategia Europa 2020 «una agenda para nuevas cualificaciones y empleos», instando a los Estados miembros a ejecutar planes nacionales de flexiseguridad (conjugación de flexibilidad y seguridad en el trabajo) con objeto de reducir la segmentación del mercado laboral y facilitar las transiciones, así como facilitar la conciliación entre vida laboral y familiar.

En 2006 se aprueba 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 ocupación⁸.

Además, y en lo que respecta a la conciliación, el preámbulo de la Directiva insta a los Estados miembros a adoptar reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral y “reglamentaciones adecuadas sobre permiso parental, que puedan solicitar tanto los padres como las madres, y la creación de instalaciones accesibles y asequibles para el cuidado de los niños y la asistencia a personas dependientes”. También habría que destacar que, en su art. 16, la Directiva prevé el mismo nivel de protección para el trabajador padre que ejerce su derecho al permiso de paternidad que el que tradicionalmente se concedió a la mujer que disfrutase del permiso de maternidad, declarando, en consecuencia, que los Estados miembros deben proteger al padre trabajador frente al despido motivado por el ejercicio de tal derecho y garantizar el derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier

.....

8 No se trata de una norma que realice una considerable aportación a la conciliación entre la vida profesional y familiar, ni cuantitativa ni cualitativamente, sin embargo sí contienen pequeñas pinceladas al respecto que suponen un importante avance en este sentido.

mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera tenido derecho durante su ausencia.

1.3. Tercera etapa: la conciliación se “conecta”, de nuevo, con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades

En el año 2008 la Comisión abre un periodo de consultas con los interlocutores sociales europeos sobre la manera de actualizar el marco legislativo europeo de la conciliación y, concretamente, la legislación sobre protección de la maternidad y permiso parental, así como sobre la posibilidad de introducir nuevos tipos de permisos familiares como el permiso de paternidad (breve permiso para padres en torno al nacimiento o adopción de un niño), permiso por adopción (para madres en torno a la adopción de un niño) y permiso filial (para cuidado de familiares dependientes)⁹.

El desarrollo de estas consultas dio lugar a una nueva Directiva sobre permiso parental. La Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, que perseguía mejorar la conciliación de la vida profesional, privada y familiar para los trabajadores con hijos y la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. (Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y que deroga finalmente la anterior directiva 96/34 CE.)¹⁰. La Directiva viene a poner de manifiesto que la conciliación no puede ser reducida a la maternidad, y en consonancia, que las disposiciones que protegen la maternidad no pueden sustituir a los específicos permisos parentales¹¹.

En cuanto a sus características más destacables, conviene señalar las novedades formales y materiales que presenta. Así:

.....

⁹ La Comisión pretende dar un nuevo impulso a la política conciliatoria de la UE proponiendo en su Comunicación “Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar”, de 3 de octubre de 2008, un paquete de medidas conciliatorias («*work-life balance package*») entre las que destacan la consolidación del derecho de los trabajadores al permiso por motivos familiares, la equiparación de los trabajadores autónomos y sus cónyuges colaboradores en el ejercicio del derecho a los permisos por motivos familiares y la actualización del compromiso de la propia Comisión respecto a los objetivos de atención a la infancia marcados en el Consejo Europeo de Barcelona de 2002. Con estos mimbres inicia el período de consultas con los interlocutores sociales, fruto del cual se aprueba la Directiva 2010/18 UE.

¹⁰ La cláusula 1.1 proclama como fin del Acuerdo “*facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares y respetando al mismo tiempo la legislación, los convenios o los usos nacionales*”. En su preámbulo viene establecida una relación directa entre las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en cuestiones de empleo, haciendo referencia expresa a la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo. De esta manera las medidas conducentes a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral vuelven a quedar subordinadas a intereses relativos al incremento del empleo, es decir, a intereses económicos.

¹¹ PÉREZ CAMPOS, A.I. “Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa”, cit., pág. 47.

- Desde una perspectiva formal, todo el contenido de la Directiva está redactado de forma neutra. Reconoce un mínimo derecho de permiso parental, consistente en un permiso de cuatro meses para el cuidado de hijos menores de ocho años, de los cuales, al menos un mes, debe tener carácter intransferible y que podrá disfrutarse a tiempo completo o parcial (cláusula 2 de la Directiva 2010/18/UE). Ahora bien, este permiso no se configura como un derecho para el cuidado de otros familiares dependientes sino solo para los hijos, nacidos o adoptados.
- Por lo que se refiere al ámbito material, se incorporan avances muy relevantes:
 - de un lado, posibilita que el empleador/a posponga la concesión del permiso parental por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la organización (cláusula 3.1.c) 2010/18/UE¹²;
 - de otro, sin duda más importante, se configura, de forma obligatoria, el carácter intransferible del permiso parental que ya había quedado formulado como objetivo en la Directiva 96/34/CE, si bien su configuración obligatoria aparece por primera vez en la Directiva 2010/18/UE (cláusula 2.2 supra). Este uso privativo del derecho tiene como objetivo que el permiso no acabe recayendo en uno solo de los miembros de la unidad familiar. Pretende promover el reparto y corregir, desde una perspectiva de género, los efectos perversos que puede tener la propia configuración de los permisos parentales.

Se avanza en la idea de allanar el ejercicio del permiso parental. Se apuesta por un desarrollo efectivo y equilibrado. Si los permisos parentales conjuntos no son disfrutados por ambos progenitores, se perpetuará el alejamiento de las mujeres del mercado de trabajo, aumentará la segregación y la brecha salarial.

A pesar de la relevancia que va adquiriendo la conciliación de la vida laboral y personal debemos acudir a disposiciones diversas para descubrir la regulación de los principios e instrumentos que permiten a los trabajadores, de ambos sexos, conciliar las responsabilidades correspondientes a su vida laboral y familiar.

En 2006, a propuesta de la Comisión, se aprueba la Directiva 2006/54 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde las normas sobre igualdad de trato entre hombre y mujeres¹³. A

.....

12 Se eliminan las referencias ejemplificativas de las posibles justificaciones de la oposición empresarial que antes se contenían en la Dir. 96/34/CE. Se trataría de una modificación relevante porque ya no cabrían situaciones presuntas que admiten la oposición empresarial, sino que será necesario que se motive o justifique, en cada caso, la negativa empresarial.

13 DE NIEVES NIETO, N.: *El trabajo de la mujer en el Derecho de la Unión Europea. Del principio de igualdad de trato a la protección de la maternidad*, Aranzadi, 2019, pág. 115.

través de esta técnica de refundición se persiguen dos objetivos de fondo: Uno, garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres con respecto a la retribución, el acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo y el régimen profesional de Seguridad Social, y otro, asegurar la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación entre hombres y mujeres.

Es significativo que la Directiva de refundición dejara al margen de su tarea compiladora la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre maternidad, y la Directiva 96/34, de 3 de junio, relativa al permiso parental.

Al tratarse de un instrumento de refundición, su contenido es más extenso que el de las normas precedentes; descansa sobre el principio de igualdad de trato, se configura con carácter transversal e inspira todo el ordenamiento comunitario. Del articulado de esta Directiva nos interesa destacar la base jurídica sobre la que se articulan las medidas comunitarias destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad retributiva. En su texto encontramos más de una decena de preceptos, referidos al principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o trabajo de igual valor, establecido en el art. 141 del Tratado y sostenido reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europea; constituyendo un aspecto importante del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y una parte esencial e indispensable del acervo comunitario, incluida la jurisprudencia del TJUE, en lo que se refiere también a la discriminación en razón de sexo.

Así, de conformidad con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, se exige que se compruebe si atendiendo a determinados factores (naturaleza del trabajo, condiciones de formación y las condiciones laborales), se puede considerar si estos trabajadores se encuentran en situación comparable. Todo ello para determinar si la retribución inferior que percibe la mujer trabajadora es consecuencia de su sexo, y no de otros parámetros cuantitativos o cualitativos de la valoración del desempeño laboral de la trabajadora.

En este contexto, el art. 4 de la Directiva 2006/54 CE regula la igualdad de retribución a partir de una expresa prohibición de discriminación, que presupone, que a) de un mismo trabajo o un trabajo de igual valor deriva la misma retribución, b) si se utiliza un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, ese sistema debe basarse en criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, excluyendo las discriminaciones por razón de sexo.

2. MEDIDAS CONCRETAS PARA MEJORAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA Y, EN ESPECIAL, PARA AUMENTAR LA TRANSPARENCIA SALARIAL

A pesar de este entramado legislativo que parecía adecuado se ha mostrado una realidad deficiente porque siguen siendo muchos los factores que desencadenan la discriminación retributiva por causa del sexo. El parlamento europeo ha solicitado en repetidas ocasiones que la Unión Europea intensifique su acción para mejorar la aplicación de las disposiciones en materia de igualdad. En este sentido, ha reclamado medidas tanto a los Estados miembros, como la Comisión, solicitando la elaboración de disposiciones concretas para aumentar la transparencia salarial¹⁴.

En este contexto, y ante la constatación de la inadecuada aplicación del derecho a la igualdad retributiva, no solo en su efectivo cumplimiento la práctica, sino también manifestado en la falta de transparencia retributiva tolerada por algunos Estados miembros, se propone la Directiva¹⁵ 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 cumplimiento¹⁶.

El objetivo de esta Propuesta de Directiva consiste, básicamente, en acotar la persistente aplicación fallida del derecho fundamental a la igualdad de retribución y garantizar el respeto de ese derecho en toda la UE, estableciendo con tal fin normas de transparencia retributiva que empoderen a los trabajadores y a las trabajadoras para hacer valer su derecho a la igualdad de retribución.

.....

14 Conclusiones del Consejo EPSCO de junio de 2019, doc. 10349/19.

15 En efecto, se considera que la Directiva es el instrumento jurídico más apropiado para establecer el marco para mejorar la aplicación del principio de igualdad de retribución mediante la transparencia retributiva y refuerce los mecanismos de cumplimiento correspondientes. En ese sentido, la experiencia legislativa de la UE ha demostrado o que una directiva permite acentuar el rigor de las disposiciones vigentes, al mismo tiempo que permite a los Estados miembros cierto margen de discrecionalidad para aplicar los nuevos derechos y obligaciones teniendo en cuenta su contexto nacional. Por otro lado, se ha descartado la posibilidad de modificar o sustituir la Directiva refundida, debido al ámbito de aplicación más amplio de esta –como ya se ha señalado–, en cuanto a la lucha contra la discriminación por razón de sexo en el empleo y la ocupación. Se concluyó con acierto que un capítulo independiente sobre transparencia retributiva, con las disposiciones de ejecución correspondientes, no encajaría en la estructura actual de dicha Directiva y resultaría desproporcionado en relación con las disposiciones de la Directiva refundida que regulan otros aspectos de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en los asuntos de empleo y ocupación. De ahí que se haya adoptado este enfoque, que es afín al empleado en otros aspectos fundamentales del Derecho de la Unión Europea en materia de empleo y discriminación. Por ejemplo, la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (DO L 159 de 28.5.2014, p. 1) y la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (DO L 128 de 30.4.2014, p. 8).

16 Bruselas, 4-3-2021, COMO (2021) 93 final, 2021/0050 (COD).

La propuesta de Directiva se fundamenta en el artículo 157.3 TFUE, en virtud del cual la UE debe adoptar medidas para garantizar la aplicación del principio de “igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”; asimismo debe articular medidas que favorezcan la transparencia retributiva dentro de las organizaciones de trabajo.

Estos objetivos se cimientan de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹⁷.

a) En cuanto al principio de subsidiariedad, cabe recordar que, en un primer momento, el principio de igualdad de retribución en la UE tenía una función esencialmente económica, pues su objetivo era evitar todo falseamiento de la competencia (art. 119 Tratado CEE, posterior art. 141 del Tratado CE y actual art. 151 TFUE).

Más adelante, el TJUE añadió que “la finalidad económica ex art. 119 Tratado CEE, que consiste en la eliminación de las distorsiones en la competencia entre Estados miembros, reviste un carácter secundario respecto al objetivo social contemplado por la misma disposición que constituye la expresión de un derecho humano fundamental”¹⁸.

En la actualidad, el hecho de que las medidas nacionales de transparencia retributiva sean escasas y estén fragmentadas aumenta el riesgo de falseamiento de la competencia, exige la actuación de la UE para garantizar un nivel similar de protección de los trabajadores en toda la Unión y establecer unas condiciones de competencia equitativas para los operadores en el mercado interior. Para ello, la propuesta de directiva establece un sistema mixto¹⁹ que permite aplicar la combinación de derechos y obligaciones sustantivos establecidos en su articulado, mediante convenios colectivos, respetando así las diferentes características de los sistemas nacionales de diálogo social y negociación colectiva y la autonomía de los interlocutores sociales.

b) Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, recogido en el art.5.4 TFUE, en virtud del cual “el contenido y la forma de acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”, se respeta escrupulosamente. Por una parte, la propuesta garantiza que los trabajadores y las trabajadoras tengan derecho



17 Confirmadas las dificultades de los Estados miembros para aumentar la transparencia retributiva, la UE, fijando requisitos mínimos comunes, puede lograr, dentro de su ámbito de actuación, dicho objetivo, adoptando medidas de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

18 Asunto 50/96, *Deutsche Telekom AG / Lilli Schröder*, ECLI:EU:C:2000:72, p.57.

19 En efecto, parte, por un lado, de una armonización mínima de los sistemas de los Estados miembros, a los que permite fijar normas más estrictas si así lo deciden. Y, por otro, les autoriza explícitamente a confiar la ejecución de las medidas a los interlocutores sociales, siempre que puedan garantizar en todo momento la consecución de los resultados requeridos por la Directiva.

a la información que les permite detectar la discriminación retributiva de género y defender su derecho a la igualdad de retribución, y, por otra parte, tiene en cuenta los costes y las cargas posibles para los empleadores, especialmente las microempresas y las pequeñas y medianas empresas. Para ello, teniendo en cuenta la diversidad de modelo de mercado laboral en la UE; se ofrece a los Estados miembros la opción de mantener o de establecer normas más favorables para el personal a través de una presentación informes en materia de retribución, al tiempo que se acentúa el papel de los interlocutores sociales en aras de conseguir al aplicación efectividad del principio de igualdad retributiva en todas sus manifestaciones.

Pues bien, la propuesta de Directiva atiende al mandato del legislador comunitario y regula los instrumentos jurídicos para impedir y corregir situaciones de discriminación entre hombres y mujeres en materia retributiva.

Sobre la base del principio de transparencia retributiva se articulan los conceptos de “retribución” e “igual trabajo o trabajos de igual valor”, al tiempo que se establecen los mecanismos para prevenir y evitar la discriminación retributiva por razón de sexo.

2.1. La implantación de la transparencia retributiva dentro de las organizaciones

Para garantizar el principio de transparencia retributiva, la propuesta de Directiva ofrece, de modo transversal, una configuración amplia del principio, de modo que “aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, se obtenga información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución”.

Este principio tiene como finalidad identificar y corregir las situaciones que incurran en diferencias de trato, directas o indirectas, entre personas trabajadoras por razón de sexo cuando se trata de puestos de trabajo de igual valor. El principio de transparencia aspira a identificar y despejar las causas de discriminación directas e indirectas, como consecuencia de una incorrecta valoración del puesto de trabajo.

La propuesta de directiva pretende implantar un sistema retributivo transparente, tanto en un estadio previo al empleo, como en el momento de fijación de las retribuciones y de promoción profesional.

- a) Transparencia retributiva previa al empleo (art. 5). Hasta este momento no se habían planteado normas mínimas, a nivel europeo, en materia de transparencia retributiva en el momento del acceso al empleo. En efecto, esta nueva medida contribuye a garantizar el principio de transparencia retributiva en

un estadio previo al ingreso del trabajador en la empresa para que disponga de la información necesaria para entablar negociaciones equilibradas y justas sobre su salario antes de formalizar el contrato de trabajo. Es evidente que el empresario es titular de la facultad de decidir sobre la contratación de los trabajadores necesarios para la ejecución de su proyecto empresarial (Alberro, 75, Fn, 4), pero tal decisión empresarial debe respetar la normas antidiscriminatorias establecidas en el acervo comunitario europeo²⁰. Éstas operan también en la fase precontractual o de empleo, que es la que aquí interesa, dentro de los llamados “tratos preliminares”, que se llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato. Precisamente, en este punto descansa la novedad de la propuesta en tanto que la normas discriminatorias en materia retributiva han actuado siempre desde la formalización del contrato de trabajo (art. 6).

Sin embargo, en este caso, la prohibición de discriminar rige *ex ante* y extiende la transparencia retributiva al momento previo a la contratación en aras de la consecución del principio de igualdad retributiva incluso antes de que llegue a nacer el contrato de trabajo²¹. Para ello, se establece una pautas concretas de actuación. Se requiere, por un lado, que los empleadores indiquen el nivel retributivo o la “banda retributiva inicial” -fijados sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género- que corresponderá al futuro trabajador para un puesto o empleo específico²². Por otro, se prohíbe a los empleadores que pregunten a los potenciales trabajadores sobre historial retributivo de su anterior relación laboral²³.

- b) Transparencia en las políticas de fijación de las retribuciones y de formación profesionales (art. 6). Estas medidas tienen como objetivo garantizar neutralidad de género en la fijación de las retribuciones y en la promoción profesional, esta disposición obliga a los empleadores a poner a disposición del personal una descripción de los criterios neutros con respecto al género utilizados para determinar su retribución y su promoción profesional. Esta exigencia conecta estrechamente con los conceptos del “mismo trabajo y trabajo de igual valor”, que analizaremos más adelante, que trata de establecer



20 Nada impide, sin embargo, la capacidad de negociación del empleador, del personal o de los interlocutores sociales para convenir un salario que se halle fuera de la banda indicada.

21 Se trata, por tanto, de impedir que la falta de transparencia en la estructura retributiva favorezca las prácticas discriminatorias incluso antes de la celebración del contrato de trabajo.

22 Esta información podrá en el anuncio de una vacante de empleo o a través de otro medio, antes de la entrevista de trabajo, sin que el aspirante tenga que solicitarla (por ejemplo, en la invitación a la entrevista o mediante comunicación directa por los interlocutores sociales).

23 Como se ha afirmado, el empresario puede basar sus decisión de selección, contratación de trabajadores y determinación del salario en razones.

los mimbres que aclaren los aspectos que deben coincidir para que se considere que los trabajos tienen el mismo valor.

La exigencia de transparencia retributiva, que opera antes y durante el desarrollo del contrato de trabajo, e incluso en una posible situación de promoción profesional, se articula necesariamente con el derecho de los trabajadores a obtener la información necesaria para que puedan determinar si su retribución es discriminatoria o no. En efecto, la propuesta de Directiva plantea un derecho de información general (art. 7) y un derecho de información específico sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras.

El derecho de información general descansa sobre la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de marzo de 2014, referido el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia²⁴. Este derecho recoge el contenido del texto europeo para implantar un sistema retributivo transparente, que consiste en recibir información sobre su “nivel retributivo” individual y sobre el “nivel retributivo medio” desglosado por sexo para las categoría de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor que ellos. Este procedimiento de acceso a la información adecuado se complementa con la definición precisa de los aspectos relevantes en la conceptualización de los términos “trabajo de igual valor”. Este derecho alcanza a todos los trabajadores de la empresa, lo que significa que todas las empresas están obligadas a incorporar la información salarial referida de toda la plantilla²⁵, que ni podrá ser utilizada con fines distintos de la defensa de su derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, ni tampoco podrá ser difundida con otro propósito (art. 7.6 Propuesta de Directiva).

Los trabajadores tienen derecho a recibir información su “nivel retributivo” individual y sobre el “nivel retributivo medio” desglosado por sexo para las categoría de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor que ellos.

Junto a este derecho de información general prevé otro, específico, que se concreta en el derecho de información sobre la brecha retributiva entre trabajadoras y trabajadores. No obstante, esta obligación incumbe solo a las empresas que cuenten más de 250 trabajadores. Debe incorporar todas la información salarial de la plantilla, y más concretamente, la “brecha retributiva”²⁶ y la “brecha retributiva mediana”²⁷ entre todas las trabajadoras

.....

24 DOUE 08-03-2020, L 69/112.

25 La norma comunitaria no especifica a qué trabajadores alcanza esta información salarial, pero, en principio, parece que también estarían incluido el personal directivo y los altos cargos. Con todo, la propuesta concede cierta flexibilidad a las microempresas en el cumplimiento de esta obligación, en cuanto a la forma en que cumple esta obligación habida cuenta del tamaño de la empresa, determinado en función del número de empleados.

26 Es la diferencia entre los niveles retributivos medios de las mujeres y los de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como porcentaje del nivel retributivo medio de los trabajadores de género masculino [art. 3.1 c)].

27 Es la diferencia entre el niveles retributivo mediano de las mujeres y el nivel retributivo mediano de los hom-

y trabajadores en relación con el salario, los complementos salariales y/o variables. En concreto, la información que han de facilitar la empresas se refiere a la media aritmética y mediana de lo realmente percibido en un año natural por salario base, complementos y cada una de las percepciones extrasalariales desglosadas por sexo, en cada categoría profesional, nivel y puesto.

La finalidad de esta obligación es facilitar información salarial a los trabajadores para comprobar el cumplimiento de igualdad retributiva, y en caso de detectarse “brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras”, identificar qué se necesita para evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades para superarlas²⁸. De igual modo, los representantes legales de los trabajadores, las ITSS y el organismos de igualdad tendrán derecho a solicitar al empleador aclaraciones sobre cualquier dato publicado, incluidas las oportunas explicaciones sobre cualquier diferencia retributiva de género, en cuyo caso, el empresario deberá responder, motivadamente, en un plazo razonable.

En caso de incurrir en diferencias retributivas de género, que no estén justificadas por factores objetivos y neutros con respecto al género, el empresario deberá corregir la situación “en estrecha cooperación con los representantes del personal, la inspección de trabajo y/o el organismos de igualdad (art. 8.7 Directiva)”. En este sentido, la norma comunitaria establece unos mínimos de actuación, de forma que serán los Estados miembros determinen los cauces de procedimiento para articular la cooperación con los representantes legales de los Trabajadores.

Ahora bien, la propuesta de Directiva prevé, en su art. 9, la obligación del empresario de realizar una “evaluación retributiva conjunta”, en la que también intervendrán los representantes legales de los trabajadores, en caso de incurrir en diferencias retributivas, cuando se cumplan las dos siguientes condiciones:

- Cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales de los trabajadores y trabajadoras de un sexo sea superior a la del otro en, al menos, un 5%.
- Cuando el empleador no haya justificado esa diferencia de nivel retributivo medio mediante factores neutros con respecto al género.



bres, expresada como porcentaje del nivel retributivo mediano de los trabajadores de género masculino [art. 3.1 e)].
28 Esta información será trasladará al “Organismo de Supervisión”, designado por cada Estado miembro, para que recopile los datos recibidos de los empleadores - la brecha retributiva entre los trabajadores y las trabajadoras; la proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada cuartil de la banda retributiva [art. 8.1 a) y f)]- y garantice su publicidad para efectuar una comparación enter empleadores, sectores y regiones del Estado miembro de que se trate. En efecto, el art. 26 de la propuesta de Directiva establece la creación de un “Organismos de supervisión y concienciación”, cuya función principal será la de garantizar un seguimiento sistemático de la aplicación del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor y de la aplicación de todas las vías de reparación. Este «organismo de supervisión» supervisará y apoyará la ejecución de las disposiciones legales nacionales de aplicación de la presente Directiva, y adoptará las medidas necesarias para el buen funcionamiento de dicho organismo. Asimismo, este Organismo se integrará dentro de los organismos ya existentes a nivel nacional y asumirá, además, unas específicas funciones enumeradas en el art. 23.3 de la propuesta de Directiva.

La responsabilidad de la empresa será corregir estas diferencias retributivas a través de sistemas de evaluación y clasificación de los puestos de trabajo neutros con respecto al género para garantizar la exclusión de toda discriminación retributiva. Esta obligación se puede efectuar a través de la elaboración de un plan de actuación para corregir las desigualdades retributivas, fijando objetivos, actuaciones concretas, cronogramas, responsables de su implantación y seguimiento de las diferencia. Más allá de esta obligación de corrección inmediata, nada obsta para que los trabajadores que se consideren perjudicados por la no aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor acudan a procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de los derechos y obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

2.2. Los conceptos de «retribución» y «trabajo de igual valor»

La transparencia retributiva se articula a través de la Igual retribución por trabajo de igual valor, atendiendo al sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo que fuera de aplicación.

El término “retribución” es un término complejo y amplio. El artículo 157 del TFUE (asume una noción de retribución ciertamente limitada, al disponer que, por tal, debía entenderse: “*el salario o sueldo normal de base mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario en razón de la relación de trabajo*”, que ha sido interpretada en sentido amplio por el TJUE y matizada por el art. el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, que establece que²⁹, debe eliminarse cualquier discriminación en la retribución no solo en referencia a un mismo trabajo sino también respecto de “*un trabajo de igual valor*”³⁰.

La propuesta de Directiva incluye definiciones que existen ya en la Directiva refundida (retribución, discriminación directa, discriminación indirecta), pero se introducen también nuevos conceptos específicamente relacionados con el derecho a la igualdad de retribución, como los de niveles retributivos, brecha retributiva, mediana retributiva, brecha retributiva, cuartil de la banda retributiva y categorías de trabajadores.

En tal sentido, el concepto de «retribución», que ahora se acoge, incluye el salario y cualesquiera otras gratificaciones, en efectivo o en especie, que los trabajadores perciban di-

.....

29 La STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto 624/19) señala el efecto directo de ese apartado primero del artículo 157 TFUE.

30 La STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto 624/19) señala el efecto directo de ese apartado primero del artículo 157 TFUE.

recta o indirectamente («elementos complementarios o variables»), debido a su relación laboral con su empleador. Comprende, por lo tanto, cualquier prestación adicional, como las primas, la compensación por horas extraordinarias, el plus de transporte (incluidos los automóviles facilitados por el empleador y los títulos de transporte), las asignaciones de vivienda, el plus compensatorio de formación, la indemnización por despido, el subsidio legal por enfermedad, las prestaciones reglamentarias y las pensiones de jubilación. Debe incluir todos los elementos remunerativos debidos por ley o en virtud de convenios colectivos.

Esta nueva definición tiene por objeto aclarar que, en el contexto de la discriminación retributiva de género, es preciso tener presente la intersección de diversos ejes de discriminación: por razón de sexo, por una parte, y por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (contra las que dispensan protección la Directiva 2000/43/CE o la Directiva 2000/78/CE), por otra, disipando con ello cualquier duda que pueda existir al respecto en el marco jurídico vigente³¹.

El respeto del derecho a la igualdad de retribución entre mujeres y hombres, consagrado en el Tratado, exige que los empleadores dispongan de estructuras retributivas que garanticen que las mujeres y los hombres reciban una retribución idéntica por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

Para que el personal y los empleadores puedan determinar lo que constituye un trabajo de igual valor, se exige a los Estados miembros que establezcan herramientas o metodologías para evaluar y comparar el valor del trabajo de acuerdo con un conjunto de criterios objetivos que incluyen parámetros educativos, profesionales y de formación, las competencias, el esfuerzo y la responsabilidad, el trabajo efectuado y la naturaleza de las tareas desempeñadas. En este sentido, se proporciona la base necesaria para determinar si puede considerarse que los trabajadores y las trabajadoras se encuentran en una situación comparable y realizan un trabajo de igual valor, y ayudará a los empleadores a clasificar y a remunerar mejor los puestos de trabajo con arreglo a criterios objetivos y neutros con respecto al género.

Se pretende incorporar así al acervo comunitario dos aclaraciones procedentes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a saber:

1. En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha aclarado³² que, para determinar si unos trabajadores se encuentran en una situación comparable, la comparación no debe

.....

31 Se garantiza así que los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes tengan debidamente en cuenta cualquier situación de desventaja derivada de la intersección de distintos tipos de discriminación, a efectos sustantivos y procesales y con el fin de reconocer la existencia de discriminación, adoptar una decisión sobre el referente de comparación adecuado, evaluar la proporcionalidad y determinar, cuando así proceda, el nivel de la indemnización concedida o de las sanciones impuestas. Un caso particular de esta intersección es la situación de las migrantes que están expuestas a múltiples formas de discriminación en razón de su sexo, origen racial o étnico, religión o creencias.

32 Asunto C-320/00 *Lawrence*, ECLI:EU:C:2002:498.

limitarse necesariamente a las situaciones en las que hombres y mujeres trabajen para un mismo empleador. Los trabajadores pueden hallarse en una situación comparable incluso cuando no trabajen para el mismo empleador, siempre que las condiciones retributivas puedan atribuirse a una única fuente que las haya establecido (por ejemplo, disposiciones legales, convenios colectivos laborales en materia de retribución aplicables a varias empresas o condiciones de empleo establecidas de forma centralizada para más de una empresa dentro de una sociedad holding o conglomerado).

2. El Tribunal también ha aclarado que la comparación no se limita a los trabajadores que estén empleados al mismo tiempo que la parte demandante³³. La incorporación de estas aclaraciones mejorará la aplicación, en la práctica, del principio de igualdad de retribución. Además, en caso de que no exista un referente de comparación real, debe admitirse la comparación con un referente hipotético u otras pruebas (estadísticas u otra información disponible) que permitan establecer una presunción de discriminación. La posibilidad de utilizar un referente de comparación hipotético permitirá al trabajador o a la trabajadora demostrar que no ha recibido el mismo trato que el referente hipotético del otro sexo.

En este contexto, serán los Estados miembros quienes deban establecer criterios claros a nivel nacional ayudará a los trabajadores a establecer un referente de comparación válido y a determinar si reciben un trato menos favorable que ese referente que realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Si se utilizan sistema de evaluación y clasificación profesional para determinar la retribución, éstos deben basarse en criterios idénticos y neutros con respecto al género tanto para los hombres como para las mujeres, a fin de excluir toda discriminación por razón de sexo, lo que, en definitiva, significa que los criterios para evaluar el valor de un empleo o puesto deben describirse y definirse de una manera objetiva y neutra que sea aplicable tanto a los empleos de hombres como a los de mujeres.

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas³⁴ efectivamente encomendadas coincidan en los siguientes aspectos: a) naturaleza de las funciones o tareas, es decir, su contenido esencial las condiciones fijado por Ley, convenio o acuerdo colectivo, b) condiciones educativas, referidas a las cualificaciones regladas que guarden relación con el desarrollo de la actividad que desarrollan, c)

.....

33 Asunto 129/79 *Macarthy*, ECLI:EU:C:1980:103.

34 Para determinar el contenido de la prestación laboral, como señala MONTOYA MELGAR, “basta el genérico pacto sobre el puesto de trabajo, grupo o nivel asignados al trabajador”, en *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, ed. 41ª, 2020, pág. 334.

condiciones profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, esto es, experiencia o formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad y d) factores y condiciones de desempeño que se lleven a cabo en realidades y/o situaciones equivalentes (penosidad y dificultad, aislamiento, responsabilidad, capacidad de organización, habilidades sociales, etc..)³⁵.

A tal efecto, a modo de ejemplo, nuestro Ordenamiento jurídico, a través del RD 902/2020 valora los puestos de trabajo conforme a los criterios de adecuación, totalidad y objetividad. Así, la valoración será:

- adecuada, cuando tome en consideración todos los factores relevantes, relacionados con la actividad y que, efectivamente, concurren en la misma, incluyendo la formación necesaria.
- total, si teniendo en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto de trabajo, sin que se invisibilicen o se infravaloren, se constata que concurre igual valor.
- objetiva, cuando existan mecanismos claros que identifiquen los factores tenidos en cuenta en la fijación de una determinada retribución y no dependan de valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género.

Junto a la correcta valoración de los puestos de trabajo vinculados a los criterios que determine cada Estado miembro, la propuesta de Directiva invita a los interlocutores sociales para que participen, activamente, en la elaboración de los instrumentos válidos y de los mecanismos eficientes para realizar una adecuada valoración de los puestos de trabajo en aras de garantizar el principio de transparencia retributiva y obligación de igual retribución por trabajo de igual valor. En este sentido, la negociación colectiva está llamada a desempeñar un papel protagonista en la adecuada valoración de los puestos de trabajo, ajustando los criterios que, atendiendo al grupo profesional, garanticen la ausencia de discriminación directa e indirecta entre hombre y mujeres y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajados de igual mayor.

A modo de ejemplo, el propio RD 902/2020 habilita a la negociación colectiva para asegurar que los factores concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respeten los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, así como el principio de igual retribución para puestos de igual valor. La negociación de estas cláusulas convencionales podría llegar a ser un ejemplo de buena práctica negocial a favor de la transparencia retributiva.

.....

35 Listado con carácter no exhaustivo. El RD 902/2020 enumera los factores que, “entre otros”, pueden ser relevantes en la medida en que satisfagan las exigencias de adecuación, totalidad y objetividad.

2.3. Mecanismos para prevenir y evitar la discriminación retributiva por razón de sexo

Para el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de retribución, la propuesta de Directiva refuerza el acceso a la justicia. Para ello, regula vías de reparación y de cumplimiento del principio de igualdad retributiva.

En este sentido, se prevé que el recurso previo a procedimientos extrajudiciales puede consistir bien en una conciliación, bien en otro procedimiento ante un organismo de igualdad. Se establece que, en ningún caso, el acceso a la justicia debe verse entorpecido por la obligatoriedad de procedimientos administrativos intermedios. Se determina incluso que las asociaciones, organizaciones u organismos de igualdad y los representantes de los trabajadores u otras personas jurídicas que tengan interés en garantizar la igualdad entre hombres y mujeres puedan iniciar un procedimiento judicial o administrativo para el efectivo cumplimiento de las obligaciones de igualdad retributiva³⁶. Así, basándose en el art. 17 de la Directiva 2006 (...), exige a los Estados miembros que garanticen la existencia de procedimientos judiciales para el cumplimiento efectivo de los derechos y las obligaciones del principio de igualdad retributiva.

El Capítulo III dispone el régimen jurídico de la reparación de daños y perjuicios por la infracción del derecho fundamental a la igualdad. En efecto, estos preceptos contienen las normas básicas sobre responsabilidad por transgresión de la prohibición de discriminación retributiva por igual trabajo o trabajos de igual valor, previendo incluso reparación de daños y perjuicios tanto de carácter material como de carácter moral.

La propuesta de Directiva propone que los órganos jurisdiccionales de los estados miembros adopten medidas cautelares, en las que se declare la vulneración de cualquiera de los derechos o las obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, y se ordene el cese de dicha infracción. Los Estados miembros tendrán que velar por garantizar el cumplimiento de cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. En esta línea, los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes puedan ordenar, a petición de la parte demandante y a expensas de la parte demandada:

- a) una medida cautelar por la que se declare la vulneración de cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución

.....

³⁶ Esas entidades deben tener derecho a actuar en nombre o en favor de un trabajador o una trabajadora en esos procedimientos, con su autorización. Los organismos de igualdad, concretamente, carecen en la actualidad del derecho a interponer demandas ante los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado miembro.

entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor y se ordene el cese de la infracción;

- b) una medida cautelar por la que se ordene a la parte demandada que adopte medidas estructurales u organizativas para hacer cumplir cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor o para poner fin a cualquier infracción de esos derechos u obligaciones.

Asimismo, la propuesta de Directiva declara que todo trabajador o trabajadora que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de una infracción de cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres por un mismo trabajo de igual valor pueda reclamar y obtener una indemnización o reparación integral, según determine el Estado miembro, por dicho perjuicio.

Esta indemnización tendrá que garantizar una compensación real y efectiva por las pérdidas y daños sufridos. Incluirá la recuperación integral de los atrasos y las primas o los pagos correspondientes, además del resarcimiento por la pérdida de oportunidades y los daños morales. También tendrá que incluir el derecho a percibir intereses de demora, si bien no podrá estar sujeta a ningún límite fijado previamente. En todo caso, la indemnización deberá ser de carácter disuasoria y proporcional al daño sufrido.

Sobre el trascendental tema de la carga de la prueba en los procesos por no haberseles aplicado a los trabajadores el principio de igualdad retributiva por igual trabajo o trabajos de igual valor, el art. 16 establece el régimen de mínimos por el que los deben transitar los Estados miembros.

La estructura del dicho precepto se configura en dos niveles. En un primer nivel, reside la obligación de la carga de la alegación y prueba del derecho a la igualdad retributiva. Cumple con esta obligación a través de la alegación y de la prueba de hechos que permitan presumir la existencia de la situación discriminatoria. Para ello, los Tribunales de los Estados miembros deben asegurarse de que existe certeza de incumplimiento de alguna de las causas que transgreden la transparencia retributiva. Concluido este primer nivel, se inicia el segundo, en el que el demandado puede alegar y probar que ni existe transgresión del derecho a la no discriminación, o que existe un motivo de justificación de la discriminación.

En cuanto a la causalidad del motivo de discriminación, el demandante no ha de acreditar todas las pruebas para que el juez adquiera la plena convicción de los hechos de atentatorios, sino que es suficiente con que aporte una prueba “reducida” de indicios razonables que manifiesten que el acto empresarial ha lesionado el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por igual trabajo o trabajos de igual valor.

En este sentido, los estados miembros garantizarán que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar la exhibición de las pruebas que contengan información confidencial cuando lo consideren pertinente para la demanda, si bien deberán disponer, a su vez, medidas eficaces para proteger tal información. A través de esta prueba se presupone un “probabilidad preponderante” de la existencia de motivos que permitan establecer una presunción de discriminación retributiva directa o indirecta retributiva por igual trabajo o trabajos de igual valor. Le corresponderá a la parte demandada demostrar que no se ha producido tal discriminación directa o indirecta en relación con la retribución.

En conclusión, la discriminación directa, pero, sobre todo, la discriminación indirecta en materia retributiva es difícil de detectar, tanto por su difusa configuración como por la necesidad de su determinación casuística. Ciertamente es que la Directiva 2006/54 CE ya recoge esta clase de discriminación en materia retributiva, pero la propuesta de Directiva da un paso más allá tratando de establecer unos mínimos legales que articulen los instrumentos y medidas que integren y apliquen el principio de transparencia e igualdad retributiva e el Derecho de la Unión Europea.

NECESIDADES SOBREVENIDAS DE CONCILIACIÓN. ¿ES NECESARIO UN PERMISO RETRIBUIDO PARA EL CUIDADO? A PROPÓSITO DEL PLAN MECUIDA

*SUPERVENING NEEDS FOR CONCILIATION.
IS PAID CARE LEAVE NECESSARY? ABOUT THE MECUIDA PLAN*

PATRICIA NIETO ROJAS¹

Prof^a Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia
pnieto@der.uned.es

<https://orcid.org/0000-0003-3734-3392>

Fecha envío: 10/02/2022

Fecha aceptación: 28/02/2022

SUMARIO: 1. NECESIDADES EXTRAORDINARIAS DE CONCILIACIÓN Y SU RESPUESTA NORMATIVA. 2. EL TELETRABAJO COMO MEDIDA CONCILIATORIA DERIVADA DE UNA SITUACIÓN SOBREVENIDA DE CUIDADO. 3. OTRAS MEDIDAS DE ADAPTACIÓN DE JORNADA DISTINTAS AL TELETRABAJO. 4. LA SINGULAR REDUCCIÓN DE JORNADA COMO MECANISMO CONCILIATORIO ARBITRADA EN EL PLAN MECUIDA. 5. EL PERMISO POR NECESIDADES SOBREVENIDAS DE CUIDADO PREVISTO EN LA DIRECTIVA DE PERMISOS PARENTALES. 6. EL PERMISO POR NECESIDADES SOBREVENIDAS DE CUIDADO PREVISTO EN LA DIRECTIVA DE PERMISOS PARENTALES. 7. A MODO DE CONCLUSIÓN. 8. BIBLIOGRAFÍA.

.....

1 Este trabajo es el resultado del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, “Cambio Tecnológico y Transformación en las Fuentes Laborales. Ley y Convenio colectivo ante la disrupción digital” dirigido por el profesor Mercader Uguina (RTI2018-094547-B-C21), y del proyecto dirigido por la profesora Molero Marañón, “Ser mujer en el mercado de trabajo”, (RTI2018-095398-B-I00).

RESUMEN: El objetivo de este artículo es analizar los mecanismos legalmente previstos para conciliar la prestación laboral ante necesidades sobrevenidas de cuidado, como pueden ser las derivadas del cierre de un aula provocada por la COVID-19. A lo largo del mismo, se destacan las ineficacias del marco vigente y, con un claro enfoque propositivo, se analiza el impacto que tendrá la transposición de la Directiva de permisos parentales en relación al permiso por cuidado de familiares que en él se contempla, para la conciliación de la vida laboral y familiar.

ABSTRACT: The main of this paper is focused in work–life balance measures and specifically the answer of Spanish labor law and Social Security System to these contingences and wonder the effects of the Parental Leave Directive to encourage a better work-life balance. This article proposes different measures that must complement the Directive to ensure a cultural shift towards equal distribution of care work between men and women.

PALABRAS CLAVE: Igualdad, Directiva de permisos familiares, conciliación, mujeres, necesidades extraordinarias.

KEYWORDS: Gender equality, Directive on work-life balance for parents, women, Social Security.

1. NECESIDADES EXTRAORDINARIAS DE CONCILIACIÓN Y SU RESPUESTA NORMATIVA²

La virulencia de la sexta ola provocada por la COVID-19, y su variante Omicron, ha vuelto a poner en la agenda pública la necesidad de dar una respuesta a necesidades sobrevenidas de conciliación, pues atendiendo al vigente protocolo, los padres con pauta completa de vacunación no serán considerados contacto estrecho³ y, por tanto, deberán seguir acudiendo a sus puestos de trabajo. El objeto de este artículo es analizar la eficacia de las medidas adoptadas por el legislador para hacer frente a esta contingencia y que se materializó en el art. 6 RD Ley 8/2020⁴, más conocido como Plan MECUIDA, vigente hasta el 28 de febrero de 2022. En el referido precepto se contemplan dos medidas alternativas: en primer lugar, la posibilidad de solicitar una adaptación de la jornada, incluyendo la petición de trabajo a distancia dentro de sus alternativas, con una regulación más consistente que la prevista en el art. 34.8 ET al definirla como una “prerrogativa cuya concreción inicial corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido”⁵. En segundo lugar, regula una reducción de jornada de naturaleza extraordinaria que, si bien se inspira en la prevista en el art. 37.6 ET, puede alcanzar el 100% de la jornada, debiendo la empresa responder a la petición de la persona trabajadora en el perentorio plazo de 24 horas. Como analizaremos, la insuficiencia de muchas de las medidas puestas en marcha ha evidenciado, una vez más, la dificultad de atender necesidades puntuales de cuidado de los hijos y aunque, en ocasiones, la negociación colectiva se hace eco de estas circunstancias y recoge permisos, remunerados o no, para la atención de personas dependientes, en la mayoría de los casos se refieren a ausencias por acompañamiento de hijos a médicos, más que situaciones de enfermedad o cuidados puntuales. No existe, por tanto, en nuestro ordenamiento ningún mecanismo legalmente previsto

.....

2 Este trabajo es continuador de las reflexiones efectuadas en NIETO ROJAS, P.: “Los derechos de conciliación durante la pandemia. La eficacia del plan ‘MECUIDA’, Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro”, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. y MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. (Dirs.), Bosch, Barcelona, 2021.

3 Señala la vigente estrategia que “las personas que han recibido una pauta de vacunación completa y sean consideradas como contacto estrecho de un caso confirmado estarán exentas de la cuarentena”. La misma puede consultarse en: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf.

4 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, «BOE» núm. 73, de 18 de marzo de 2020.

5 Sobre este programa, puede consultarse el trabajo del profesor Martínez-Gijón Manchuca en: <http://grupo.us.es/iwpr/2021/02/12/trabajo-a-distancia-y-reduccion-de-jornada-como-medidas-laborales-para-favorecer-la-resiliencia-ante-el-covid-19/>.

para que las personas trabajadoras atiendan a esas otras situaciones más concretas de enfermedades puntuales, no necesariamente graves, pero que, en todo caso, obligan a los menores a permanecer en casa.

En el último apartado de este trabajo se analizará la mejor fórmula para proceder a la transposición del art. 7 de la Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y vida profesional de los progenitores y de los cuidadores (en lo sucesivo, Directiva de Permisos Parentales), habida cuenta que la ministra del ramo ha anunciado que la próxima ley de familias contendrá un permiso retribuido de siete días para estas circunstancias, no habiéndose clarificado quién va a asumir la retribución del mismo, debiendo instar a que, en su formulación jurídica, no se perpetúen estereotipos de género, que cronifiquen la situación de las mujeres con responsabilidades familiares como principales proveedoras de estos cuidados lo que, sin duda, impacta en sus trayectorias profesionales.

2. EL TELETRABAJO COMO MEDIDA CONCILIATORIA DERIVADA DE UNA SITUACIÓN SOBREVENIDA DE CUIDADO

La crisis sanitaria ha hecho que el trabajo a distancia se mostrara como el mecanismo más eficaz para el cumplimiento de dos objetivos: asegurar el mantenimiento de la actividad productiva y garantizar la prevención frente al contagio. Conscientes de su potencialidad, las normas laborales de la emergencia efectuaron reiteradas llamadas al trabajo a distancia como forma de mantener la actividad productiva, como instrumento para garantizar las medidas de contención de la pandemia, pero también como mecanismo para seguir atendiendo a las necesidades de conciliación de la vida familiar, significadamente ante el cierre de centros educativos y asistenciales, decisión que supuso para muchos trabajadores con responsabilidades de cuidado una dificultad añadida a la ya compleja conciliación de la vida laboral con la familiar. Y aunque es importante insistir en que el teletrabajo no es “*en sí misma una medida conciliadora*”⁶, lo cierto es que esta fórmula de prestación laboral ha permitido a muchas familias dar respuesta a una decisión extraordinaria derivada del cierre de todos los centros educativos, permitiendo “*una mayor adaptabilidad a las necesidades o exigencias que requiere el cuidado de hijos*”

6 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social: Revista de derechos sociales*, vol. 11, 1, 2021, p. 62.

o familiares dependientes”⁷. Ahora bien, aunque el teletrabajo potencialmente permite a los padres combinar el cuidado infantil con el trabajo remunerado, esta correlación tiene diferentes resultados para hombres y mujeres, ya que las mujeres que teletrabajan a menudo son aún más responsables del trabajo doméstico y el cuidado de los niños. Así lo ha puesto de manifiesto informe de la OIT, “El teletrabajo durante la pandemia COVID-19 y después de ella”⁸, en el que se recuerda la importancia de que las nuevas modalidades de trabajo ofrezcan tanto a las mujeres como a los hombres las mismas oportunidades de teletrabajo y opciones viables para superar el conflicto entre el trabajo y la vida privada. La extensión de esta modalidad de prestación de servicios no puede determinar un retroceso en una distribución de responsabilidades y cargas familiares pues, de lo contrario, “podría caerse en una segregación por género de las personas trabajadoras que se acojan a estos derechos, perpetuando el rol de cuidadoras y revolviendo miedos superados del pasado, como la vuelta a la “doble jornada”⁹. Sentado lo anterior, el art. 6 RD Ley 8/2020 contempla la petición de trabajo a distancia como un mecanismo extraordinario de conciliación y refiere tres circunstancias en la que cabrá su solicitud. Y así, podrá solicitar esta forma de trabajo:

Quando sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de familiares que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesiten del cuidado personal y directo.

Igualmente se considerará que concurren circunstancias excepcionales que requieren la presencia de la persona trabajadora, cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19¹⁰.

Finalmente se considerará que concurren circunstancias excepcionales cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con la COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos.

Una vez recuperada la actividad lectiva presencial, podrá fundamentarse la petición ante el cierre del aula, pues, con independencia de que el menor esté contagiado o no, el mismo no podrá acudir a su centro educativo durante el tiempo que dure la cuarentena.

La incorporación de la prestación de trabajo a distancia como fórmula de adaptación

.....

7 PUEBLA PINILLA, A., “Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género”, *Labos. Revista de Trabajo y Protección Social*, vol. 3, 2020, p. 8.

8 La guía puede consultarse en: http://www.oit.org/wcmstp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf (Especialmente p. 21).

9 PUEBLA PINILLA, A., “Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género”, cit., p. 8.

10 LÓPEZ BALAGUER, M. (DIR)., *El trabajo a distancia en el RD Ley 28/2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 378.

de la jornada por motivos de conciliación en los términos regulados tanto en el art. 34.8 ET como en el más consistente art. 6 RD Ley 6/2020 supone el reconocimiento de una obligación empresarial de acreditar los motivos por los que la solicitud, en su caso, puede ser denegada. En este sentido, el procedimiento exige un proceso negocial que finalizará con la decisión de la empresa que bien comunicará la aceptación de la petición, bien planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio; en este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

Y aunque no han pasado demasiados meses desde la promulgación del nuevo marco regulatorio, lo cierto es que ya se han dictado algunas resoluciones judiciales en relación con peticiones de adaptación de jornada que solicitaban como concreción de este derecho la posibilidad de teletrabajar. Sirva, a modo ejemplificativo, la STSJ Aragón 17.11.2020 (recurso 496/2020), en la que se analiza la licitud de la negativa empresarial a la petición de teletrabajo al amparo del art. 6 RD Ley 8/2020. Recuerda la Sala que el derecho a la adaptación de la jornada por deberes de cuidado, ante una circunstancia tan excepcional como la derivada de la pandemia, exige a empresa y trabajador “hacer todo lo posible para alcanzar un acuerdo”. En el supuesto de hecho, la petición de teletrabajo fue denegada por la empresa alegando, de una parte, la imposibilidad de efectuar la prestación con un ordenador puesto a disposición por la empleada, por exigencias de la privacidad del trabajo de la empresa, y, de otra parte, por la imposibilidad económica de adquirir un portátil por la empresa, dadas sus dificultades económicas; sin embargo, la empresa en las mismas fechas adquirió un ordenador portátil para que fuera compartido en régimen de teletrabajo por otras dos trabajadoras, que tenían la misma ocupación que la demandante, y ambas tenían “*como la actora hijos/as menores, si bien de menor edad, sin que consten otras circunstancias personales diferentes*” que pudieran justificar la negativa empresarial. Así las cosas, considera el TSJ que “*el trato desigual dado por la empresa a la demandante y a sus dos compañeras, en análogas circunstancias personales y profesionales, y la no razonabilidad de la causa económica alegada para justificar la negativa a facilitar un portátil a la actora para trabajar a distancia (...) infringe lo dispuesto en el art. 14 CE y en el art. 17.1 ET*”. Para alcanzar esta conclusión, señala el TSJ que el intérprete de la norma no puede desconocer la dimensión constitucional de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), siendo esta pauta interpretativa la que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda. Unos meses antes también se hacía pública la SJS número

6, de Vigo, de 22 de julio de 2020¹¹, que tiene que resolver la legalidad de la actuación de una empresa que niega el derecho a teletrabajar planteado por un trabajador, padre de dos hijos menores de edad. La empresa responde negativamente a la petición solo cuatro días después, señalando que la actividad desarrollada por el demandante exigía una atención directa y presencial, añadiendo además la supuesta discriminación que el reconocimiento supondría para los compañeros del solicitante. Entiende el juzgador que, a la luz de lo dispuesto en el art. 5 RD Ley 6/2020¹², la actuación de la empresa, denegando la solicitud sin abrir ningún proceso de negociación o de valoración de alternativas, supone “*incumplir su obligación de valoración el derecho fundado en la petición del trabajador*”, sin que pueda escudarse en la situación de otros trabajadores porque no prueba que ningún otro compañero solicitará el teletrabajo ni tampoco en la exigencia de la atención presencial que tampoco prueba.

3. OTRAS MEDIDAS DE ADAPTACIÓN DE JORNADA DISTINTAS AL TELETRABAJO

Como se ha expuesto, las medidas previstas en el art. 6 RD Ley 8/2020 son alternativas, tratando, en primer lugar, de conciliar las necesidades de cuidado a través del derecho de adaptación frente a la reducción de jornada, habida cuenta que la medida adaptativa genera menos efectos adversos tanto en la persona trabajadora como en la propia empresa, toda vez que la reducción conlleva, para el solicitante, una minoración salarial y para la empresa una mayor dificultad organizativa, especialmente si la reducción alcanza el 100% de la jornada. Es, por ello, bastante habitual que la persona trabajadora efectúe una solicitud simultánea de ambas medidas –basada en la perspectiva constitucional unitaria del derecho de conciliación¹³– y solo ante la negativa a la medida adaptativa, ejercite el derecho a la reducción. En relación al derecho de adaptación regulado en el art 6.1 RD Ley 8/2020 se configura como un derecho individual de cada uno de los proge-

11 Para acceder a la resolución puede consultarse el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/op enDocument/30eaaf0eb4331a36/20200813>.

12 El cual señala que “se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado” y que estas medidas alternativas, “particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad”.

13 De la misma opinión, el profesor Martínez-Gijón Manchuca en: <http://grupo.us.es/iwpr/2021/02/12/trabajo-a-distancia-y-reduccion-de-jornada-como-medidas-laborales-para-favorecer-la-resiliencia-ante-el-covid-19/>.

nitores o cuidadores y, como novedad, el RD Ley exige que su concreción ha de hacerse partiendo de un “reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles”.

Esta decisión legal supone la materialización en la ordenación jurídica de la previsión contenida la Ley Orgánica de Igualdad que señalaba a este respecto que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio (art. 44.1 LO 3/2007, de igualdad). Cabría plantearse entonces si cuando la decisión sea solicitada por una persona casada o formalmente constituida como pareja de hecho, la petición se deberá hacer acreditando que, por las condiciones de tiempo de trabajo del otro miembro de la pareja, la adaptación que se solicita es ajustada al tiempo en el que no hay cobertura del otro miembro para el cuidado. Aunque podría defenderse esta exigencia, la misma podría colisionar con la revelación de datos muy íntimos de la esfera personal, y entendemos que el juez (y, con más razón, la empresa) no puede solicitar más información de la vida personal y familiar de quien desea conciliar que la indispensable para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos; a este respecto, la STSJ Galicia 28.5.2019¹⁴ recuerda que, en ningún caso, tendrá que *“acreditarse por la madre peticionaria que el padre no puede adaptar su jornada, o que no dispone de ayuda de terceros familiares (abuelos) o sin ser familiares, o que el horario peticionado sea el mejor para el disfrute de la familia en su conjunto, pues “se trata de un derecho personalísimo de la trabajadora, solo estableciendo una regulación específica en el que caso de que ambos progenitores presten servicios en la misma empresa. Por ello, nada tiene que acreditar en relación a si su marido tiene más fácil conciliar o no. Tampoco nada tiene que acreditar en relación a si los abuelos -y mucho menos terceros ajenos a la familia- están disponible, pues la patria potestad, con todos los deberes y facultades que “comporta les corresponde a los padres (art 154 y siguientes del Código Civil). Son los padres los que tienen que “velar por ellos (sus hijos), tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art.154. punto 1º CC)” y para ello necesariamente tienen “que poder conciliar su vida laboral, con la personal y familiar como les permite, entre otras vías, el art. 37.6 ET”*.

Finalmente, la norma de urgencia contempla también el supuesto de que la situación generada por la pandemia obligue a una reorganización de los tiempos de trabajo en el ámbito familiar, permitiendo a quienes ya vinieran disfrutando de una reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares modificar su jornada para atender las nuevas necesidades familiares. Se permite, a juicio de la doctrina¹⁵, un amplio margen de decisión a “la

14 Recurso 1492/2019.

15 Así lo entiende también el profesor Martínez-Gijón Manchuca en <http://grupo.us.es/iwpr/2021/02/12/trabajo-a-distancia-y-reduccion-de-jornada-como-medidas-laborales-para-favorecer-la-resiliencia-ante-el-covid-19/>.

autonomía familiar para llegar a las soluciones que mejor se ajusten a sus necesidades y que muy difícilmente podrían ser conocidas por la empresa -es más, en virtud del derecho a la intimidad-, se podría cuestionar hasta qué extremo el trabajador debiera comunicarlas". El reconocimiento del derecho se contempla para el cuidado del cónyuge, extendiendo esta posibilidad a parejas de hechos debidamente constituidas¹⁶, y en relación a los familiares que alcancen el segundo grado de consanguinidad, no así de afinidad, es decir, solo para el cuidado de padres e hijos, y abuelos, hermanos y nietos. Al hacer el precepto expresa referencia a familiares por consanguinidad hasta el segundo grado se obvia el parentesco por adopción, así como las situaciones de guarda y acogimiento lo que debiera.

Ahora bien, aunque este derecho es una prerrogativa cuya concreción inicial corresponde a la persona trabajadora, su ejecución exige la aquiescencia empresarial, de modo que la solicitud deberá concretar el alcance y el contenido de la adaptación de jornada, justificando y acreditando las necesidades concretas, y sobrevenidas, de cuidado que debe dispensar. El cierre de un aula, generalmente por la confirmación de un positivo, hace presumir la necesidad de la medida de adaptación en relación a los trabajadores con responsabilidades familiares¹⁷, incrementando la concurrencia causal con la recomendación, en el caso de los menores, de que no se relacionen con personas de edad avanzada. En la regulación del procedimiento, no se hace ninguna mención a qué plazo tiene la empresa para responder a la petición¹⁸, debiendo entender que es el mínimo posible para estudiar la solicitud y, en su caso, proponer una alternativa si no puede atender la petición de la persona trabajadora pero sí que puede adaptar la jornada de aquella. Si la empresa acepta la propuesta, los términos de la concreción de la adaptación son los solicitados por la persona trabajadora y con la vigencia condicionada a la necesidad de cuidado que justifica la aceptación empresarial o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

Cabe también que la empresa se niegue a la propuesta, en cuyo caso, tiene que alegar razones objetivas para justificar esta decisión. Conviene recordar que el derecho reconocido en el art. 6.1 RD Ley 6/2020 es más consistente que el reconocido en el art. 34.8 ET,

16 En una interpretación finalista se ha defendido que "aunque se considera muy positiva la referencia expresa a las parejas de hecho, nada se indica en la norma respecto del tipo de pareja de hecho al que la misma refiere. De ahí que, en una interpretación amplia, quepa entender incluidas en tal concepto tanto parejas de hecho inscritas como no inscritas en los correspondientes registros administrativos existentes al efecto. A la postre, de lo que en último término se trata es de facilitar el cuidado de las personas que realmente lo necesitan", BARRIOS BAUDOR, G., "Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA", *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 6, 2020.

17 Destaca la fortaleza del derecho, señalando que las razones que pueda esgrimir la empresa para la negativa tendrán que ser muy motivadas, RODRÍGUEZ PASTOR, G., *Adaptación de la jornada de trabajo o en la forma de prestar el trabajo por razones de conciliación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 32.

18 La negociación debe reducirse a lo mínimo imprescindible –días y horas, a ser posible-, incluso con preferencia a la norma convencional que pudiese existir, LÓPEZ BALAGUER, M., "Medidas frente al COVID-19 relacionadas con la modificación del tiempo de trabajo y la forma de prestación laboral", cit., p. 56.

toda vez que el primero señala que las personas trabajadoras tendrán derecho a acceder a la adaptación de su jornada, mientras que el art.34.8 ET se refiere al derecho a solicitar la adaptación de jornada, de modo que la postura de la persona trabajadora tendrá una configuración preeminente en atención a la extrema gravedad de la crisis derivada del COVID-19. De persistir la negativa empresarial, la persona trabajadora dispone de un plazo de 20 días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social, y en el caso de que la empresa no conteste a la petición presentada por la persona trabajadora, dicho silencio ha de considerarse una decisión denegatoria, lo que permitiría la impugnación judicial de esta negativa.

4. LA SINGULAR REDUCCIÓN DE JORNADA COMO MECANISMO CONCILIATORIO ARBITRADA EN EL PLAN MECUIDA

La segunda medida de conciliación regulada en el Plan MECUIDA es un derecho a la reducción de jornada, con reducción proporcional del salario, cuando concurren circunstancias excepcionales derivadas de la necesidad de cuidado derivadas del COVID-19. Evidentemente, la norma es consciente de la necesaria celeridad que exige la obligación de cuidado y es, por ello, que prevé algunos aspectos tendentes a lograr su utilización de manera sencilla, a saber: plazos muy breves para la solicitud, la petición debe ser comunicada a la empresa con 24 horas de antelación, la posibilidad de que la reducción alcance al 100% de la jornada, y si esta reducción es para cuidado de familiares distintos a los hijos no es necesario que el sujeto que requiera atención no desempeñe actividad retribuida. Solo si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (art. 37.6 ET). Dada la excepcionalidad del momento, la reducción de jornada especial puede alcanzar el 100% de la jornada si resultara necesario, sin que ello implique cambio de naturaleza.

Para que la reducción alcance la totalidad de la jornada, se exige que esta petición sea justificada y sea razonable y proporcionada, y respecto a la duración de esta modalidad, la solicitud ha de limitarse al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria. Con el objetivo de garantizar el ejercicio del derecho, se recoge una presunción respecto a la acreditación de la causa, entendiéndose que la solicitud está justificada, es razonable y proporcionada salvo prueba en contrario. Respecto a la concreción horaria de la reducción de

jornada que no alcance el 100% de esta, la decisión corresponde a la persona trabajadora sin que necesariamente tenga que utilizarse el módulo diario, pues, a diferencia de la reducción de jornada ordinaria, en la aplicación de este derecho no se hace mención a esta exigencia, de modo que cabría la compactación de la reducción en días completos.

5. LA UTILIZACIÓN DEL PERMISO POR FUERZA MAYOR POR NECESIDADES DE CONCILIACIÓN RECONOCIDO A LOS EMPLEADOS DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

El permiso legalmente reconocido en el art. 37.3 ET, por el “tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal”, no servirá para atender necesidades de cuidado, pues es esta una obligación legal impuesta a los padres por el Código Civil, que se desenvuelve en el ámbito de las relaciones privadas¹⁹.

Sin embargo, los empleados de la Administración General del Estado sí que podrán exigir este permiso, toda vez que el art. 48.j) Estatuto Básico del Empleado Público reconoce este derecho por el tiempo indispensable para atender deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral, contemplando que, en el caso de que sea imprescindible, se permitirá la permanencia del personal en su domicilio si tiene a su cargo menores o mayores dependientes y se ve afectado por el cierre de centros educativos o de mayores.

Para la concreción de este derecho, las diferentes administraciones públicas han ido dictando resoluciones instando no solo a la flexibilización de la jornada laboral sin sujeción a los límites previstos de forma general sino permitiendo, en el caso de que sea imprescindible, la permanencia del personal en su domicilio, teniendo la consideración de deber inexcusable. Con base a esta regulación, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Logroño de 17 de diciembre de 2021 (sentencia 248/2021)²⁰ ha reconocido el derecho de un funcionario interino de la Administración de Justicia de La Rioja a disfrutar de un permiso laboral retribuido para cuidar de su hijo menor de edad, confinado al estar en contacto estrecho con compañeros de clase contagiados por la Covid-19, en un supuesto donde el teletrabajo no era posible. Estamos ante

.....

19 STSJ Las Palmas 27-2-17, Rº 1090/2016; STSJ Galicia 14-7-17, Rº 1094/2017.

20 Un comentario de este pronunciamiento, y el texto íntegro del mismo, puede consultarse en: <https://www.el-forodelabos.es/lo-que-ha-puesto-en-evidencia-la-pandemia-es-necesario-un-permiso-retribuido-para-cuidados-familiares/>.

un pronunciamiento de indudable interés, pues la Resolución de la Dirección General de Justicia e Interior de 26 de Febrero de 2021 activaba el permiso por deber inexcusable para “*quienes tengan a su cargo personas menores de 14 años, así como para los que tengan a su cargo personas mayores de 14 años dependientes o con discapacidad, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y siempre que convivan en el domicilio familiar y se vean afectadas por medidas de confinamiento o aislamiento o por el cierre de centros educativos o de mayores podrán excepcionalmente solicitar permiso por razón de deber inexcusable*”, siempre que este resulte “*imprescindible*” y no “*fuere “viable” cualquier otra medida como la flexibilidad horaria, la prestación de servicios en la modalidad no presencial o la disponibilidad por el afectado de días pendientes de vacaciones o asuntos propios*”. Como al padre petitionerario le quedaban días de vacaciones, la administración autonómica deniega el permiso retribuido y esta decisión es anulada por la sentencia al entender que el cuidado domiciliario de un menor confinado “no puede ampararse en otros permisos recogidos en la legislación de función pública y en menor medida en vacaciones” sino que debe articularse a través del permiso inexcusable, de carácter público y personal, regulado en el EBEP “desde el momento en que, en el artículo 110 de Código Civil se establece la obligación de los padres de velar por los hijos menores; en que esta obligación tuitiva es insoslayable y con un matiz publico evidente”²¹.

6. EL PERMISO POR NECESIDADES SOBREVENIDAS DE CUIDADO PREVISTO EN LA DIRECTIVA DE PERMISOS PARENTALES

La Directiva de permisos parentales, pendiente de transposición, introduce un permiso para cuidadores consistente en el derecho a ausentar durante cinco días laborables al año para atender un problema médico en los términos contenidos en el art. 3 de la Directiva, esto es “el trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda en caso de enfermedad grave o dependencia de un familiar”, entendiéndose como familiar solo a aquel que lo sea por afinidad, es decir, solo la dependencia generada por el cónyuge o su familia directa (padres o hijos) da lugar al derecho, no contemplándolo para el cuidado de familiares del cónyuge. Obviamente los Estados podrán extender este derecho a los familiares, pero la limitación a los propios ha de considerarse muy positiva pues evita que sean las mujeres las que asuman de manera casi exclusiva estos cuidados.

.....

21 STSJ Galicia 17.1.2011 (PROV 2011, 256243) (Nº de Recurso : 5906 / 2007 , Nº de Resolución : 3098 / 2011).

En el propio texto de la Directiva se recuerda la importancia de tener en cuenta las necesidades especiales, y seguramente sobrevenidas, de quienes tienen hijos o personas dependientes a su cargo, para lo cual insta a los Estados miembros y a los interlocutores sociales a adoptar “las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”. Tal y como está configurado en el texto de la Directiva, estamos ante el derecho que tiene el trabajador a ausentarse del trabajo para los casos de enfermedad o accidente graves de familiares que hagan indispensable su presencia (cláusula 3, apartado 1), sin que esta presencia exija que la enfermedad o accidente revista la gravedad exigida en el art. 37.3 b) ET.

Este permiso de fuerza mayor es más amplio que las previsiones contenidas en el ET, pues en el ordenamiento jurídico nacional no existe, a día de hoy, ningún permiso que permita la ausencia siempre que se requiera la presencia inmediata del trabajador, sino que exige la gravedad. Será, por tanto, potestad de los Estados miembros concretar los motivos que dan derecho al permiso, así como los detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación del mismo, a sus condiciones de ejercicio o a la exigencia de una adecuada justificación.

En España, el Gobierno acaba de anunciar un permiso de cuidado remunerado de 7 días al año para atender a hijos, padres y convivientes lo que situaría a España en una regulación más tuitiva que la prevista en el art. 7 de la Directiva de Permisos Parentales que regula una ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor, sin concretar su carácter retribuido. Y así, “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Los Estados miembros podrán limitar el derecho de cada trabajador a ausentarse del trabajo, por causa de fuerza mayor, a un tiempo determinado por año, por caso, o por año y por caso”. La Directiva no obliga, sino simplemente anima a los Estados miembros a que establezcan una remuneración o prestación económica para este permiso a fin de que los cuidadores, en particular los hombres, realmente ejerzan este derecho²².

Hasta que se produzca esta transposición, nada impide que las partes puedan alcanzar un acuerdo acerca de este tipo de permisos y pactar, en su caso, la forma de recuperación de las horas dejadas de trabajar. Evidentemente el campo que tienen los convenios y los planes de igualdad para la regulación de permisos que den cobertura a estas necesidades sobreve-

.....

22 Sobre el mismo puede consultarse la valoración efectuada por <https://sagardoy.com/actualidad/novedades-normativas/el-permiso-para-cuidadores-y-por-fuerza-mayor-familiar-en-el-derecho-de-la-union-europea>.

nidas de cuidado es amplísimo si bien el tratamiento convencional, hasta el momento, se ha caracterizado por su parquedad, y ello a pesar de que el art. 34.8 ET nuevamente una llamada a la negociación colectiva para la concreción del ejercicio de este derecho, requiriendo a los convenios o planes de igualdad “*pactar los términos de la adaptación que, en todo caso, se han de acomodar a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo*”.

De manera muy sugerente²³ se ha planteado que el convenio que guarde silencio respecto al mandato contenido en el art. 34.8 ET podría llegar incluso a ser considerado indirectamente discriminatorio por no abordar estos extremos, especialmente a la luz de la feminización del uso de derechos de conciliación. Apoyaría esta argumentación no solo la evidente conexión entre igualdad y conciliación, sino que el art. 85.1 ET establece que «*sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades*», de modo que la igualdad es, en nuestro ordenamiento, contenido de obligada negociación en cualquier convenio estatutario.

Como el reconocimiento legal del principio de igualdad y no discriminación no ha bastado para que este alcance efectividad, es preciso que todas las partes implicadas, adopten un papel activo, especialmente para atender necesidades sobrevenidas de conciliación pues, de no hacerlo, se perpetuaría la situación actual y seguirían siendo las mujeres las proveedoras de estos cuidados.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN. LA VISIBILIZACIÓN DEL TRABAJO DE CUIDADOS

Como hemos tratado de argumentar en este trabajo, el Plan MECUIDA, aun debiendo ser calificado como un instrumento positivo, se muestra claramente insuficiente, significadamente para aquellas personas con responsabilidades familiares que no puedan adaptar la forma de prestación de trabajo, bien por la exigencia de presencialidad, bien porque no se alcance un acuerdo con el empresario, pero que tampoco puedan asumir el coste económico que lleva asociada la reducción de jornada que prevé el art. 6 RD Ley 8/2020.

.....
23 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “Empleo y conciliación: la flexibilización del tiempo de trabajo”, en Mora Cabello de Alba, L. (ed.) *Trabajar en femenino. Trabajar en masculino. Un libro a once voces*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 136.

Cuando los menores dependientes deben permanecer aislados por haber confirmado su enfermedad, o de manera preventiva bien porque su clase ha sido confinada bien por haber sido contacto estrecho de un positivo, sus progenitores no tienen derecho a ninguna prestación del sistema público de Seguridad Social, pues, aunque se barajó la creación de una específica para esta circunstancia²⁴, dicha propuesta finalmente no llevó a cabo. En este trabajo sí que abogamos por una modificación normativa para colmar esta laguna que replique el esquema previsto en el art. 190 LGSS para el cuidado de menores enfermos de cáncer u otras enfermedades graves, si bien circunscrito al tiempo de confinamiento. Esta decisión permitiría también dispensar alguna protección a los trabajadores autónomos, cuya situación ante el problema que nos ocupa es equivalente a la de los subordinados. Evidentemente esta solución implica un problema financiero para el sistema de Seguridad Social, y por ello compartimos que cualquier regulación en este sentido “*tendría, de un lado, que garantizar su papel subsidiario y, de otro, dotarla quizá de un fuerte componente asistencial tanto por lo que se refiere al acceso como a su cuantificación*”²⁵. También, desde el movimiento asociativo²⁶ se está instando a una acción decidida del legislativo para colmar las insuficiencias del Plan MECUIDA evidenciadas en este artículo mediante tres medidas:

Reconocimiento del teletrabajo por imperativo legal siempre que las circunstancias de la prestación laboral permitan el trabajo a distancia. A este respecto, algún criterio autonómico certeramente ha sostenido que, atendiendo a la regulación vigente, “ante una eventual situación en la que los menores deban permanecer en casa con carácter preventivo, el teletrabajo es una opción preferente pero no una obligación exigible a las empresas”²⁷.

Ayuda económica para la contratación de personal para aquellas familias en que él o los progenitores o tutores legales obligados a la presencialidad. Esta medida ha sido acogida por algún Gobierno autonómico, y así, en el plan de corresponsabilidad de la Comunidad de Madrid se contempla incentivos destinados a la contratación de personas dadas de alta en el Sistema Especial de Empleadas del Hogar, que se dirigirán a familias cuyos progenitores trabajen a tiempo completo y se recibirán en los casos de contratación de cuidadores, exigiendo una duración mínima obligatoria de 3 meses. Los beneficiarios deberán contar

.....

24 El Ministro de Seguridad Social propuso una prestación específica para los padres con hijos confinados, que finalmente no se llevó a cabo: https://www.ondacero.es/programas/mas-de-uno/audios-podcast/entrevistas/escriva-ayudas-padres-coronavirus_202003115e68a5562469280001a44e78.html.

25 Véanse las referencias que a este respecto propone el profesor Goerlich en: <https://forodelabos.blogspot.com/2020/09/vuelta-al-cole-en-el-contexto-de-la.html>.

26 La Asociación Yo no Renuncio por la conciliación hizo público un comunicado instando a esta reforma normativa. El texto del mismo puede consultarse en: <https://cdn.clubdemalasmadres.com/app/uploads/2020/09/03195953/Manifiesto-Malasmadres-1.pdf>.

27 Véase el Informe de la Dirección General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral de la Generalitat Valenciana sobre las situaciones laborales que se puedan derivar para los padres y madres trabajadoras cuyos hijos/as menores estén confinados o deban guardar cuarentena en casa como consecuencia del COVID-19 <https://www.icav.es/bd/archivos/archivo15770.pdf>.

con rentas familiares inferiores a 30.000 euros y, al menos, un hijo menor de 12 años o familiar dependiente que conviva en el mismo domicilio²⁸.

Una característica única de la pandemia de la COVID-19 ha sido el cierre de todos los centros educativos, hecho que supuso añadir a los cerca de 5,45 millones de hogares con niños dependientes (de 0 a 15 años) una dificultad añadida de conciliación, adicionando a las necesidades ya existentes de la producción doméstica, todos los servicios de educación y de cuidado de niños. El impacto de esta decisión en las parejas con “dobles ingresos”, ha tenido un evidente sesgo de género, pues como ya advertía un informe elaborado por ESADE²⁹, *“la decisión de cuál de los progenitores va a reducir su jornada dependerá probablemente de quién sea el que cobre más de la familia, pero también de las normas de género y de la distribución de roles dentro del hogar”*.

Los datos que ha arrojado la Encuesta de Población Activa en el tercer trimestre del año 2020 *“ofrecen una lectura preocupante, especialmente en términos de desempleo: el número de mujeres en paro aumenta en 264.700 hasta las 1.965.500, un incremento que prácticamente multiplica por tres el de los hombres, que es de 90.300 con una cifra total de desempleados de 1.757.400. Con estos números, las tasas de paro se sitúan en el 18,9% en el caso de las mujeres y en el 14,39% en el caso de los hombres. Es decir, estamos ante una brecha de 4 puntos, pese a que la población activa femenina es menor”*, pero es que, además, se ha incrementado el número de mujeres que se declaran inactivas, y una de cada tres dice que la principal razón de su inactividad es dedicarse a las labores del hogar, algo que solo aducen una proporción mínima entre los hombres³⁰.

La evidencia empírica demuestra que las interrupciones laborales para el cuidado de los hijos tienen consecuencias negativas duraderas en los ingresos de las mujeres debido a una pérdida de capital humano que supone a estas la salida, aun temporal, del mercado.

La severidad de la crisis derivada de la COVID-19 no solo ha puesto de manifiesto la importancia de asegurar la conciliación y el cuidado de los más vulnerables, sino que ha constatado que *“en el mercado laboral se siguen reproduciendo desigualdades de género que son estructurales, que trascienden a los escenarios laborales (...) y son asimismo el reflejo de un modelo de conciliación que se ha diseñado en España, ignorando la existencia de dicha división sexual”*³¹.

.....

28 Sobre el mismo puede consultarse: <https://edicion.comunidad.madrid/noticias/2021/03/05/ponemos-marcha-primer-plan-corresponsabilidad>.

29 ESADE. Covid-19 y desigualdad de género en España. Abril, 2020, accesible desde https://www.esade.edu/item-sweb/wi/research/ecpol/EsadeEcPol_Insight8_DesigualdadGenero.pdf?j=592610&sfmc_sub=211017984&l=36_HTML&u=101722154&mid=7233398&jb=1.

30 Véase la valoración que hace de estos datos Comisiones Obreras. Puede consultarse en: https://www.ccoo.es/noticia:521905—El_incremento_del_desempleo_se_ceba_con_las_mujeres&opc_id=3f4aab5a06bf3cf965b5397fe82c277c.

31 ELIZALDE SAN MIGUEL, B., “Igualdad, conciliación y cuidados: problemas de aplicación y su impacto en la empresa”, en Sierra Hernández, E., Vallejo Dacosta, R. (eds.) *Diseño e implantación de planes de igualdad en las empresas*, Aranzadi, Navarra, p. 128.

El plan MECUIDA se ha mostrado claramente insuficiente o, al menos, esta conclusión se alcanza si tenemos presente los datos de uso hechos públicos por el Ministerio, respondiendo a diversas consultas planteadas por varios grupos parlamentarios³², la última de ellas, del Grupo Parlamentario Popular³³ que ha preguntado al Ejecutivo por el número de hombres y mujeres que se han acogido a estas medidas sin que, a fecha de cierre de este artículo, se haya hecha pública la respuesta. En un reciente informe elaborado por FOESSA-Cáritas se alcanza idéntica conclusión y se alerta “*del escaso impacto del Plan MECUIDA, prorrogado sucesivamente y vigente hasta el 28 de febrero de 2022, que permite adaptar la jornada y modificar las condiciones de trabajo para garantizar el ejercicio efectivo del cuidado. Esta medida ha sido muy limitada entre las mujeres y casi nula entre los hombres*”³⁴.

Sin embargo, la excepcional situación generada por la crisis sanitaria por COVID-19 ha permitido identificar una serie de desafíos socio-laborales que deben ser solventados. La atención a las personas dependientes, aunque ciertamente no pueda explicar en toda su extensión la discriminación que sufren las mujeres en el mercado de trabajo³⁵, es el factor que con más relevancia afecta no solo a su inserción sino a su mantenimiento en el mercado de trabajo en términos de igualdad, pues aun habiendo habido progresos en la corresponsabilidad masculina, el peso de la labor de crianza recae desproporcionadamente en las mujeres, y este es uno de los principales frenos para la consecución de una sociedad desde el punto de vista del género más equitativa. Debido a sus menores salarios, “*en el contexto de una desigual atribución de valor a los trabajos más feminizados y de un desigual reparto y asunción de tareas de cuidados por género y en el marco de un sistema de valores y actitudes que impulsa la asunción de estos roles por el género femenino, resulta más eficiente para las unidades decisorias, en general, las familias que, en caso de necesidad o dificultad para conciliar tiempos, sean las mujeres quienes salgan del mercado*”³⁶, máxime cuando las políticas de conciliación de la vida laboral y profesional, redactadas a partir de una titularidad neutra, han contribuido a perpetuar la tradicional asignación de roles, convirtiéndose, en la práctica, en medidas de sobrecarga para la mujer, por cuanto han provocado el consabido efecto de la doble jornada.



32 Estas respuestas pueden consultarse en los siguientes enlaces: https://www.congreso.es/entradap/114p/e16/e_0164008_n_000.pdf. https://www.congreso.es/entradap/114p/e6/e_0067255_n_000.pdf. https://www.congreso.es/entradap/114p/e12/e_0126179_n_000.pdf.

33 Puede consultarse la pregunta efectuada en el siguiente enlace: https://www.congreso.es/entradap/114p/e18/e_0184386_n_000.pdf.

34 Se puede acceder al informe en: <https://www.caritas.es/main-files/uploads/2022/01/Conclusiones-Informe-FOESSA-2022.pdf>.

35 BALLESTERPASTOR, M. A.; J. CABEZA PEREIRO, J., “Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades”, en Cruz Villalón, J. (ed.) *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, Sevilla, 2015, p. 107.

36 Consejo Económico y Social. *La participación laboral de las mujeres en España*. Colección informes. Número 5/2016, p. 57.

Un factor muy relevante para fomentar la implicación de los hombres en el cuidado de los niños y en las tareas domésticas es la forma de disfrute del permiso, pues *“cuando una parte o todo se disfruta en solitario, esto es, asumiendo la plena responsabilidad del cuidado, una vez que la madre se reincorpora a su trabajo, su potencial para lograr estos objetivos aumenta sustancialmente”*³⁷.

La Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, de la Comisión Europea³⁸, recuerda que *“mejorar la conciliación de la vida privada y la vida profesional de los trabajadores es una de las formas de abordar las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo. Ambos progenitores tienen que sentirse responsables y facultados en lo relativo a las responsabilidades asistenciales”*. La Directiva de permisos parentales también recuerda la relevancia del reparto equitativo de las responsabilidades asistenciales entre ambos progenitores e insta a los Estados miembros a que vayan más allá de estas normas mínimas en la revisión de sus políticas de conciliación de la vida familiar y laboral, toda vez que la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo ha puesto de manifiesto la necesidad de redistribuir las tareas y cuidados intrafamiliares entre los miembros de cada unidad familiar (corresponsabilidad) o *“externalizarlos”* y acudir a la prestación de servicios por personas ajenas a la familia, habida cuenta que *“mientras unas mujeres se incorporan al mercado de trabajo, otras realizan el trabajo doméstico que aquellas no pueden afrontar en su integridad, de forma remunerada pero no siempre desde la economía productiva formal. No es de extrañar, por tanto, que solo gracias a la existencia de las trabajadoras domésticas es que muchas madres trabajadoras han podido incorporarse y/o progresar en la economía productiva formal; sin embargo, las primeras no siempre disfrutaban de la protección necesaria para trabajar en condiciones laborales decentes como si lo hacen las segundas”*³⁹.

Al tiempo, es imprescindible reforzar la accesibilidad y la calidad de los servicios públicos de atención a menores y familiares enfermos o dependientes con el fin de que las personas con deberes de cuidado, significadamente mujeres, no se alejen de manera absoluta del mercado de trabajo⁴⁰. Ya en el Consejo Europeo de Barcelona, celebrado los días

37 Véase a este respecto los datos analizados en el Informe España 2020, p. 315, accesible desde: <https://blogs.comillas.edu/informeespana/wp-content/uploads/sites/93/2020/10/Informe-Espana-2020-Cap.-3-1.pdf>.

38 COM (2020) 152 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025.

39 GRAU PINEDA, C., *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, Albacete, 2021, p. 91.

40 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 38, 2017, p. 123. Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, vol. 38, 2017, p. 123.”; plainCitation: “Rodríguez González, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 38, 2017, p. 123.”; noteIndex: 27; citationItems: [{"id": 71, "uris": ["http://zotero.org/users/872360/items/6N2UAWUQ"], "uri": ["http://zotero.org/users/872360/items/6N2UAWUQ"], "itemData": {"id": 71, "type": "article-journal"}, "abstract": "Women's interrupted careers are a challenge for equality in the field of Social Security and a real challenge to ensure the economic independence of women —especially during old age—, when women tend to face a higher risk of poverty than men. The aim of this paper is to provide a global overview of the causes of the persistent gender gap in the Social Security System, and to analyze the main strategies and corrective mechanisms

15 y 16 de marzo de 2002, se señalaba que “en cuanto a las actuales políticas de empleo, los Estados miembros deberán suprimir los elementos que desincentivan la participación de la mano de obra femenina y, teniendo en cuenta la demanda de servicios de cuidado de niños y en consonancia con los modelos nacionales de asistencia, esforzarse en prestar para 2010 servicios de cuidado de niños al menos al 90 por ciento de los niños de edad comprendida entre los tres años y la edad de escolarización obligatoria, y al menos al 33 por ciento de los niños de menos de tres años”. Esta misma exigencia se reitera en el Pilar Social, tanto en el principio número 9 como en el 18 de los que parece deducirse una preocupación real de la UE por fomentar el acceso a servicios de cuidado, lo cual parece especialmente relevante, pues en aquellos Estados Miembros donde rige una amplia red de estas características, los beneficios advertidos son variados⁴¹, singularmente en relación al mantenimiento de las mujeres con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo. Lamentablemente, España está a la cola de los países de la Europa Occidental en cuanto al gasto público social que financia estos servicios; y, dentro de estos, *“los menos financiados son los servicios de ayuda a las familias, incluyendo las escuelas de infancia desde los 0 años y los servicios de atención a las personas dependientes, tanto a domicilio como residenciales. El actual grado de (sub) desarrollo de todos estos servicios -servicios de dependencia, y servicios de educación a la primera infancia- se ha traducido en una enorme sobrecarga para la mujer, especialmente durante la pandemia, siendo su dedicación a las “responsabilidades familiares” (cuidado de sus niños y niñas y de las personas en situación de dependencia) el doble de la dedicación pre-pandemia”*⁴².

La segunda decisión de política legislativa que trata de incrementar la corresponsabilidad se contiene en el art 6.1 RD Ley 8/2020, toda vez que contempla unos derechos de conciliación extraordinarios, partiendo de un “reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles”, que se materializa en la propia exclusión prevista por el legislador sobre los familiares afines dentro de los sujetos causantes⁴³. Esta exclusión supone *“un avance hacia la deseada corresponsabilidad en las labores*

.....

put in place to compensate the greater dedication to unpaid work by women, and to ensure women’s ability to build up pension entitlements.”,container-title”:”Lan harremanak: Revista de relaciones laborales”,”ISSN”:”1575-7048”,”language”:”spa”,”page”:”93-125”,”source”:”dialnet.unirioja.es”,”title”:”Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”,”title-short”:”Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social”,”volume”:”38”,”author”:”Rodríguez González, S.”,”issued”:”2017”,”locator”:”123”,”schema”:”https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}.

41 CRUZ VILLALÓN, J., “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España”, en Mella Méndez, L. (ed.) *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, p. 25.

42 Véase, a este respecto, las reflexiones de Vicenç Navarro, “El abandono de las familias: el escaso desarrollo del cuarto pilar del bienestar”, en <https://blogs.publico.es/vicenc-navarro/2021/04/06/el-abandono-de-las-familias-el-escaso-desarrollo-del-cuarto-pilar-del-bienestar/>.

43 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por Covid-19”, en Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero, M. (eds.) *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 276.

de cuidado y debe entenderse que el solicitante tiene que explicar cómo se repartirá para atender a esas tareas junto con el otro progenitor o cuidador que pudiese existir”⁴⁴ aunque queda mucho por hacer. En el año 2021, la asociación ‘Yo No Renuncio’ impulsó una encuesta con el objetivo de ver cómo se han organizado las familias para poder cuidar durante la pandemia y, como se podía intuir, los resultados constataron que la mujer está renunciando a todo o parte de su trabajo ante una cuarentena preventiva de sus menores dependientes y un segundo dato relevante: un 22% de los casos lo hacen a costa de renunciar a todo o parte de su salario o utilizar días de vacaciones, en parte porque la petición de teletrabajo ha sido rechazada en el 37% de los casos⁴⁵.

Estos datos evidencian hasta qué punto asuntos tan habituales como acompañar a un hijo menor -o a un familiar no autosuficiente- a la consulta médica, o poder permanecer con menores dependientes ante el confinamiento de su aula, se encuentran, en nuestro ordenamiento, huérfanos de un tratamiento adecuado y/o suficiente. Es cierto que -especialmente en los últimos años- el legislador ha acometido con decisión la tarea de articular un panorama razonablemente completo de medidas tendentes a la conciliación de la vida familiar y laboral pero también es evidente que la negociación colectiva está llamada a reforzar ese marco y/o, en su caso, completar las lagunas de las que la norma pueda adolecer”⁴⁶, al menos hasta que se produzca la transposición de la directiva en los términos manifestados por el Gobierno, incorporando este permiso retribuido de siete días al año para poder cuidar.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BARRIOS BAUDOR, G., “Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 6, 2020.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Los permisos retribuidos del art. 37.3 ET: un análisis aplicativo”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 195, 2017, pp. 33-63.

44 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, cit., p. 56.

45 Puede consultarse el estudio en <https://yonorenuncio.com/nuestra-lucha/estudio-yo-no-renuncio-2021/> La muestra de la encuesta fue un total de 7.561 encuestas a mujeres.

46 VIQUEIRA PÉREZ, C., “El acompañamiento de hijos y familiares a la consulta médica no constituye un deber inexcusable de carácter público y personal que genere permiso retribuido”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1, 2021, accesible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001181.

- ELIZALDE SAN MIGUEL, B., “Igualdad, conciliación y cuidados: problemas de aplicación y su impacto en la empresa”, en Sierra Hernáiz, E., Vallejo Dacosta, R. (eds.) *Diseño e implantación de planes de igualdad en las empresas*, Aranzadi, Navarra.
- GARCÍA TESTAL, E.; LÓPEZ BALAGUER, M., *Los Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch; Abdón Pedrajas, Valencia, 2012.
- GIL PLANA, J., “La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos”, *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, vol. 133, 2017.
- JURADO SEGOVIA, A., “La excedencia por razones familiares (art. 46.3 ET): puntos críticos (1)”, *Actualidad laboral*, n.º 5, 2012, p. 2.
- LÓPEZ BALAGUER, M., “Medidas frente al COVID-19 relacionadas con la modificación del tiempo de trabajo y la forma de prestación laboral”, en AAVV. (ed.) *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social contra el COVID-19*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- LÓPEZ BALAGUER, M. (DIR)., *El trabajo a distancia en el RD Ley 28/2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- NIETO ROJAS, P., “Los derechos de conciliación durante la pandemia. La eficacia del plan ‘MECUIDA’ en Rodríguez Rodríguez, E.; Martínez Yañez, N. (Dirs.), “Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro”, Bosch, Barcelona, 2021.
- PUEBLA PINILLA, A., “Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género”, *Labos. Revista de Trabajo y Protección Social*, vol. 3, 2020.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por Covid-19”, en Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero, M. (eds.) *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020.
- RODRÍGUEZ PASTOR, G., *Adaptación de la jornada de trabajo o en la forma de prestar el trabajo por razones de conciliación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social: Revista de derechos sociales*, vol. 11, n.º 1, 2021.
- “Empleo y conciliación: la flexibilización del tiempo de trabajo”, en Mora Cabello de Alba, L. (ed.) *Trabajar en femenino. Trabajar en masculino. Un libro a once voces*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., “El acompañamiento de hijos y familiares a la consulta médica no constituye un deber inexcusable de carácter público y personal que genere permiso retribuido”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1, 2021, accesible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001181.

TELETRABAJO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

*TELECOMMUTING AND COLLECTIVE BARGAINING:
A GENDER PERSPECTIVE*

LAURA M^a MELIÁN CHINEA

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna*

Fecha envío: 26/12/2021

Fecha aceptación: 15/02/2022

SUMARIO: 1. EL AVANCE TECNOLÓGICO EN EL TRABAJO: UN NUEVO DESAFÍO PARA LA IGUALDAD. 2. EL MARCO JURÍDICO DEL TELETRABAJO. EL PROTAGONISMO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 3. MEDIDAS DE IGUALDAD EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL TELETRABAJO. 4. EL PLAN DE IGUALDAD COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO NEGOCIAL PARA LA MUJER TELETRABAJADORA. 5. REFLEXIÓN FINAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El constante avance tecnológico y la situación pandémica explican el auge del teletrabajo. La aplicación de esta modalidad de prestar servicios en la empresa puede generar nuevas situaciones discriminatorias. La negociación colectiva es la pieza clave para promover la igualdad real y efectiva en el marco de las transformaciones tecnológicas del mercado laboral. Concretamente, el plan de igualdad, como manifestación más estricta de la negociación colectiva con perspectiva de género, representa la principal herramienta para proteger a las mujeres en el ámbito del teletrabajo.

ABSTRACT: The constant technological advance and the pandemic situation explains the rise of telecommuting. The implementation of this modality of providing services in the company can generate new discriminatory situations. Collective bargaining is the key to promote real and effective equality in the framework of technological transformations in the labour market. Specifically, the equal opportunities plan represents the main tool to protect teleworking women.

PALABRAS CLAVE: Teletrabajo, igualdad, negociación colectiva, convenio colectivo, plan de igualdad.

KEYWORDS: Telecommuting, equality, collective bargaining, collective agreement, equality plan.

1. EL AVANCE TECNOLÓGICO EN EL TRABAJO: UN NUEVO DESAFÍO PARA LA IGUALDAD

La digitalización de una economía cada vez más globalizada ha generado graves alteraciones en las estructuras productivas y organizativas tradicionales. Se producen cambios con efectos universales. Efectos que trascienden a todos los sectores de actividad, a todo tipo de empresas –desde las empresas multinacionales hasta las PYMES, así como a los trabajadores autónomos– y a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena¹.

La sociedad de la información se caracteriza porque la tecnología, como principal medio o herramienta de producción, genera nuevas modalidades de trabajo, nuevas formas de organizar la actividad y nuevas formas de estructurar la vida económica, política y social. El avance imparable de las TICs facilita la creación de espacios y horarios laborales más flexibles. Concretamente, la implantación del trabajo a distancia, del teletrabajo, se ha convertido en la opción más extendida ante el nuevo paradigma científico-tecnológico productivo².

Las nuevas formas de prestar servicios generan, también, nuevos riesgos. La innovación tecnológica tiene un comportamiento bidireccional, puesto que favorece el aumento de la riqueza a costa del menoscabo de los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras, especialmente en los países subdesarrollados. Las TICs impactan negativamente sobre la estructura social, sembrando en ella una mayor pobreza y exclusión³.

La ausencia de un control legal ante el avance imparable de la tecnología genera situaciones de desigualdad, surgiendo la denominada “brecha digital” y, de forma específica, la “brecha digital de género”. La brecha mundial de usuarios de Internet entre mujeres y hombres ha ido creciendo en lugar de reducirse. A nivel internacional, las mujeres representan, aproximadamente, el 60% de las personas económicamente excluidas de la economía digital⁴.

1 CRUZ VILLALÓN, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pp. 15.
2 OSIO HAVRILUK, L., DELGADO DE SMITH, Y., “Mujer, cyberfeminismo y teletrabajo”, *Compendium*, núm. 24, 2010, pp. 63-65.
3 OLARTE ENCABO, S., “Brecha digital, pobreza y exclusión social”, *Temas laborales*, núm. 138, 2017, pp. 286.
4 MLAMBO-NGCUKA, P., “El papel de la digitalización en la década de acción”, *UNGIS Dialogue on the Role of Digitalization in the Decade of Action*, UNCTAD, 2020.

La innovación tecnológica es un auténtico desafío para las mujeres trabajadoras. No sólo para acceder a un mercado laboral cada vez más digitalizado en países subdesarrollados, sino para mantenerse en el mismo en igualdad de condiciones, derechos y oportunidades que los hombres.

Especialmente, **el teletrabajo es una trampa para muchas mujeres, pues surgen nuevas situaciones discriminatorias que perpetúan los roles de género**. A pesar de que el teletrabajo brinda las oportunidades para lograr la corresponsabilidad o igualar las contribuciones de los progenitores en las tareas domésticas, la realidad demuestra lo contrario. La preferencia por el teletrabajo, ha tenido un impacto diferente entre hombres y mujeres, el cual se ha intensificado en tiempos de crisis sanitaria. En España, según datos proporcionados por Eurofound, mientras que un 24,2% de los hombres han comenzado a teletrabajar por la pandemia, esta cifra se eleva a un 37,3% para las mujeres⁵. Según el informe *Gender Gaps in Employment, Wages, and Work Hours: Assessment of COVID-19 Implications*⁶, las mujeres han asumido y continúan asumiendo, en mayor medida que los hombres, las tareas del hogar, además de las responsabilidades de un trabajo remunerado. Esto implica una doble, y a veces triple, jornada: la laboral, la doméstica y la de cuidados. Además, en diversas ocasiones, las innovaciones tecnológicas entrañan un “*peligro añadido*”⁷ para la integridad física y psíquica de la mujer que trabaja desde casa a través de sistemas informáticos, especialmente en tiempos de crisis⁸.

Por lo expuesto, en la actualidad, son habituales las controversias jurídicas relacionadas con la aplicación de las TICs. La libre implantación de la tecnología en la empresa tiende a vulnerar o transgredir derechos fundamentales, concretamente, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación de conformidad con el art. 14 CE.

5 RIMBAU-GILABERT, E., “¿Cuál es el posible efecto del teletrabajo preferente sobre el reparto de tareas domésticas entre hombres y mujeres?”, *Noticias CIELO*, núm. 5, 2020.

6 TVERDOSTUP, M., *Gender Gaps in Employment, Wages, and Work Hours: Assessment of COVID-19 Implications*, The Vienna Institute for International Economic Studies, 2021.

7 REQUEIJO, J., Odisea 2050, *La economía mundial del siglo XXI*, Alianza editorial, Madrid, 2021, pp. 152.

8 “De los resultados obtenidos es notorio que la cuarentena o periodo de confinamiento generó un impacto negativo que elevó el nivel de violencia intrafamiliar y que puso en riesgo la seguridad de las mujeres, de tal forma que los agresores de las mujeres maltratadas reflejan que más del 50 % (n=78; 44) son los esposos de las víctimas, y el 43.59 % (n=78; 34) son: pareja, exparejas, padres y/o hijos. Sin duda el confinamiento provocó alteraciones en los comportamientos de las personas y conllevó a que exista en este periodo un aumento notable de violencia domiciliaria”, estudio realizado por AAVV, “Violencia de género: incidencia en la etapa de confinamiento por COVID-19”, *Revista Killkana Sociales*, Vol. 4, Núm. 2, 2020, pp. 7. “Por otro lado, se sabe que la violencia contra las mujeres tiende a aumentar en tiempos de guerra y crisis, y ahora ha aumentado. Una buena parte de esta violencia ocurre en el espacio doméstico. El confinamiento de familias en espacios reducidos, sin salida, puede generar más oportunidades para el ejercicio de la violencia contra las mujeres. El periódico francés *Le Figaro* informó el 26 de marzo, basado en información del Ministerio del Interior, que la violencia conyugal había aumentado en un 36 % en París la semana anterior”, DE SOUZA SANTOS, B., *La cruel pedagogía del virus*, traducido por Paula Vasile, CLACSO, Estados Unidos, 2020, pp. 47.

Con la intención de erradicar aquellos comportamientos inaceptables, es necesario dirigir jurídicamente los cambios que se están produciendo, mediante el establecimiento o adopción de políticas⁹, medidas o acuerdos en el marco de principios inspiradores como la mejora de la conciliación laboral con la vida personal y familiar¹⁰, respetando en todo caso **el deber de corresponsabilidad como contenido del derecho fundamental a la igualdad entre mujeres y hombres**. No hay igualdad sin corresponsabilidad, pues “*mediante la corresponsabilidad conectan directamente los derechos de conciliación con el principio de igualdad*”¹¹.

El Derecho del Trabajo tiene los instrumentos jurídicos para atender este nuevo escenario donde la mujer trabajadora puede verse especialmente perjudicada¹². Los interlocutores sociales siempre han representado una pieza clave para lograr una transición inclusiva que garantice la creación de trabajos decentes¹³. **La negociación colectiva es una de las instituciones sociales más relevantes para promover la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el marco de las transformaciones tecnológicas del mercado laboral.**

2. EL MARCO JURÍDICO DEL TELETRABAJO. EL PROTAGONISMO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A pesar de las dificultades por parte de la doctrina para dotar al teletrabajo de un concepto unánime, se puede definir a éste como una modalidad de prestar servicios por cuenta ajena de forma remota mediante el uso o apoyo de las tecnologías de la información. Los elementos configuradores del teletrabajo son los siguientes: *elemento personal* (trabajo prestado por una persona física); *elemento espacial* (trabajo desarrollado

9 “Los arreglos del libre mercado deben tener lugar dentro de un marco de instituciones políticas y jurídicas que regulen las tendencias generales de los sucesos económicos y conserven las condiciones sociales necesarias para la justa igualdad de oportunidades”, Véase RAWLS, J., *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Reino Unido, 1971, pp. 79.

10 SALA FRANCO, T., “El teletrabajo en las administraciones públicas”, en *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 151.

11 LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 390.

12 “El desarrollo del Derecho del Trabajo es el desarrollo de la humanidad y de la libertad en la relación entre trabajo y propiedad. A través del Derecho del Trabajo corren las arterias vitales del movimiento social, lo que constituye la sangre de la libertad”, SINZHEIMER, H., *Crisis económica y Derecho del Trabajo* (Obra traducida por VÁZQUEZ MATEO, F.), Instituto de Estudios laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984, pp. 77.

13 ROCHA SÁNCHEZ, F., “La dimensión laboral de la economía digital. Reflexiones para un debate en proceso”, *Fundación 1º de mayo, Colección informes*, núm. 146, 2020, pp. 6.

fuera del centro o lugar de trabajo); *elemento cualitativo* (trabajo desarrollado a través de plataformas digitales); y, finalmente, *elemento cuantitativo* (trabajo prestado a distancia con carácter habitual)¹⁴.

El trabajo a distancia no es una nueva y moderna forma de prestar servicios. De hecho, la prestación de servicios desarrollada fuera del lugar de trabajo ha tenido gran relevancia en épocas de recesión, pues es una vía para ahorrar numerosos costes empresariales y, ante una crisis sanitaria, evitar el rebrote de contagios. Algunas voces han considerado que el origen del teletrabajo se produjo con la crisis del petróleo de los años setenta, cuando el conocido físico Jack Nilles afirmó que “*si uno de cada siete trabajadores urbanos no tuviera que desplazarse a su sitio de trabajo, Estados Unidos no tendría la necesidad de importar petróleo*”¹⁵. En consecuencia, el trabajo a distancia ya constituía desde ese momento una alternativa u opción viable frente a la utilización generalizada del coche para acudir a la empresa¹⁶. El principal pionero de la conceptualización entendió la noción de *telecommuting* como la posibilidad de enviar el trabajo al trabajador, en lugar de enviar el trabajador al trabajo¹⁷.

La crisis sanitaria iniciada en diciembre del año 2019 en Wuhan, y la consecuente declaración de pandemia por la OMS el 11 de marzo de 2020, propició un aumento exponencial del trabajo a distancia, pues todos los países se vieron obligados a tomar medidas automáticas de prevención y restricción para paliar los efectos negativos de la COVID-19. La ONU, en la sección de noticias de su página oficial, indica que “*La pandemia de COVID-19 ha provocado un involuntario auge del teletrabajo para millones de personas. El espectacular crecimiento de esta tendencia hace que los expertos se pregunten si tenemos ante nosotros una revolución que podría repercutir en el futuro inmediato de los trabajadores, o, al menos, en el de aquellas personas cuyo trabajo no requiere estar ligado a una ubicación física concreta*”¹⁸.

.....

14 MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo” en *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 18-20. Véase también ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2000, pp. 764 y ss.

15 PÉREZ SÁNCHEZ, C., “El teletrabajo: ¿Más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores?”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 11, 2010, pp. 25.

16 “Prácticamente durante todo el siglo XX y, por supuesto, también en la actualidad la mayoría de los desplazamientos que se efectúan en los espacios urbanos son iniciados para acudir al lugar donde se desarrollan actividades relacionadas con un trabajo remunerado”, RUBIO GONZÁLEZ, R., “La transformación de los mercados laborales: el teletrabajo y sus alcances para el caso de Santiago, Chile”, *Revista de Geografía Norte Grande*, núm. 45, 2010, pp. 120.

17 “Un ejemplo ilustrativo de teletrabajo digital en su versión de finales del siglo XX, es el *Telecommuting Program* de la empresa canadiense Northern Telecom”. “La empresa hacía llegar a cada nuevo teletrabajador un paquete de insumos que incluía un computador, un teléfono, un módem para acceder a la red telemática y una camiseta con el nombre del programa laboral bordado. De esta forma, obviamente Nortel se aseguraba el desempeño de la actividad remunerada. Pero, además, se alimentaba el sentido de pertenencia en el teletrabajador, convirtiendo esto en un elemento que beneficiaba directamente la productividad”, RUBIO GONZÁLEZ, R., “La transformación de los mercados laborales: el teletrabajo y sus alcances para el caso de Santiago, Chile”, *Revista de Geografía Norte Grande*, núm. 45, 2010, pp. 123.

18 Página oficial de la ONU, Sección de noticias, información obtenida en el siguiente enlace, <https://news.un.org/es/story/2020/06/1475242>.

La COVID-19 precipitó notoriamente una determinada forma de prestar servicios en la empresa: el teletrabajo¹⁹ y, en consecuencia, la pandemia ha sido un factor de aceleración de los cambios legales sobre la relación laboral²⁰.

Antes de conocer la normativa estricta aplicable al teletrabajo en España, es oportuno hacer mención al Convenio sobre el trabajo a domicilio de 1996 (núm. 177) aprobado por la Organización Internacional del Trabajo y a la Recomendación sobre el trabajo a domicilio del mismo año. Estas normas establecían una regulación general sobre las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores a domicilio y sólo fueron ratificadas por diez países²¹, entre los cuales no se encontraba España. La ratificación hubiera supuesto un avance en la regulación jurídica con perspectiva de género, pues fomentaba la igualdad de trato respecto de la protección de la maternidad, entre otras materias²². Este es un ejemplo más de cómo el Derecho del Trabajo en el ámbito nacional no se adelanta a los retos del futuro. Ello demuestra una falta de previsión por parte del legislador de la mayoría de Estados miembros.

Actualmente, las personas teletrabajadoras en España cuentan con una regulación escasa, especialmente en materia de igualdad entre mujeres y hombres: el Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo; la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (la cual deroga el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia); y el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

- **Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo**

En el ejercicio de la representación de los intereses, la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa

.....

19 En este mismo sentido, se pronunció la SAN 1471/2020 de 29 de junio (rec. 118/2020) “*la implementación y priorización del teletrabajo durante la pandemia que estamos padeciendo obedece, principalmente, a motivos sanitarios –ya que se trata de una forma de desarrollo de la prestación laboral en la que se minimizan los contactos interpersonales y el consiguiente riesgo de contagio de un patógeno de la virulencia del COVID-19*”.

20 Fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, la expansión del trabajo a distancia ha respondido a motivos de índole sanitaria. En segundo lugar, dicho fenómeno ha venido impulsado también por la decisión de la autoridad gubernativa de implantar el teletrabajo con la modalidad exclusiva o preferente de trabajo en los periodos de mayor intensidad, es decir, durante el confinamiento de las personas con mayor riesgo de contagio. Tal imposición ha venido acompañada de reglas legales que se caracterizan por su limitado alcance, dejando, como ya veremos, en manos de la autonomía colectiva la mayor parte de la regulación de este escenario, GARCÍA MURCIA, J., “El nuevo marco legal del trabajo a distancia”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., y Thibault Aranda, X. (Dir), *El trabajo a distancia, con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020 de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2021, pp. 44.

21 Concretamente, los países que ratificaron el convenio fueron Albania, Argentina, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Finlandia, Irlanda, Macedonia del Norte, Países Bajos, Tayikistán.

22 Art. 4.2 del Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177) la igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de: el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades; la protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación; (...) la protección de la maternidad.

(UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) firmaron el acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo, cuya última modificación se aprobó en el año 2005²³. Este acuerdo contribuye directamente a la estrategia definida en el Consejo Europeo de Lisboa y al paso a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento, con arreglo a los objetivos establecidos en Lisboa. Entre los objetivos expuestos, destaca la modernización y el refuerzo del empleo europeo, siendo una clave para ello la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Los interlocutores sociales definen el teletrabajo como *“una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales”*.

La adopción e implantación del trabajo a distancia es voluntario, tanto para el empleador como para el empresario. Las partes que integran la relación jurídica laboral deciden libremente optar por esta fórmula de prestación de servicios. La regulación del AMET sobre el carácter voluntario y reversible está prevista, principalmente, para la figura del trabajador a distancia sobrevenido²⁴.

Quienes prestan sus servicios a distancia les corresponde una idéntica protección que a los trabajadores que ejercen sus actividades en los centros de la empresa. En otras palabras, aunque la norma convencional no lo señale expresamente, tanto las personas trabajadoras presenciales como las no presenciales integran el ámbito subjetivo de un mismo convenio colectivo.

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo se traspone en España a través de la Resolución de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se inscribe en el Registro y se publica el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003). Este acuerdo considera que **a través de la negociación colectiva se puede avanzar en el objetivo de corregir las desigualdades que existen en las condiciones laborales de hombres y mujeres**. El Capítulo VII dispone que *“Las organizaciones firmantes compartimos en su totalidad el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo ya que es un instrumento especialmente útil para facilitar y extender la introducción del teletrabajo*

.....

23 Este acuerdo es especialmente importante debido a que se trata del primer acuerdo europeo establecido por los propios interlocutores sociales. Este nuevo acuerdo contribuye directamente a la estrategia definida en el Consejo Europeo de Lisboa y al paso a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento, con arreglo a los objetivos establecidos en Lisboa, información obtenida del acuerdo publicado en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>.

24 Así, se exponen a continuación los rasgos básicos de la misma: en primer lugar, pasar al teletrabajo desde la condición de trabajador interno es voluntario para las dos personas que integran la relación laboral; en segundo lugar, pasar al teletrabajo es una decisión reversible, cuyas condiciones pueden determinarse en el convenio colectivo aplicable; en tercer lugar, tanto la personas trabajadora como el empresario pueden revertir el régimen del teletrabajo; en cuarto lugar, la negativa del trabajador interno a convertirse en trabajador a distancia no es motivo para la rescisión del contrato de trabajo; finalmente, desempeñar el trabajo a distancia no implica una modificación de la manera en que se efectúa el trabajo.

en las empresas y resolver algunas dudas que venían surgiendo en determinados aspectos del campo laboral en relación con el teletrabajo”. Durante la vigencia del acuerdo los agentes sociales se comprometen a favorecer la adaptación y el desarrollo de su contenido con el fin de impulsar un uso adecuado del teletrabajo²⁵.

- **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.**

Con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, el legislador ya contemplaba ciertas pausas para poder desarrollar esta fórmula flexible de prestación, pronunciándose sobre determinados aspectos: la voluntariedad, la formalidad por escrito, la protección adecuada en materia de seguridad y salud y los derechos de representación colectiva, y la igualdad entre las personas trabajadoras. **La norma utiliza un concepto amplio de igualdad como valor superior del ordenamiento, principio jurídico y derecho fundamental. La igualdad constituye un valor “ético” y “normativo” dirigido a los poderes públicos para promover el derecho y remover los obstáculos que impidan su disfrute²⁶. Con esta nota, el legislador orienta toda la regulación normativa del trabajo a distancia²⁷.**

En la normativa actual, el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores señala que la regulación del trabajo a distancia se desarrollará en los términos previstos en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, cuya disposición final 3.1 modifica el contenido previo de este precepto.

- **Real Decreto-Ley 28/2020 de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Disposición derogada por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia**

El objetivo perseguido por el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, es proporcionar una regulación “suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuestas a diversas necesidades”. Para la consecución de esta finalidad, es fundamental la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de las

.....

25 No obstante, como así expone la STS de 11 de abril de 2005 (rec. 143/2004), el Acuerdo no es aplicable de forma automática en nuestro ordenamiento, pues su publicación como anexo del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva no equivale a una recepción en Derecho interno a través de la negociación colectiva, al tener el mencionado Acuerdo Interconfederal sólo una eficacia obligacional para las partes que lo suscriben en orden al respeto de las orientaciones y criterios que han de seguirse en el proceso de diálogo.

26 Véase ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *El valor de la igualdad y el Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2020, pp. 20 y ss.

27 RAMOS QUINTANA, M.I., “Bases jurídicas para un trabajo a distancia digno: innovaciones tecnológicas y entornos de trabajo digital como trasfondo de la nueva legislación común”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 149, 2021, pp. 159.

partes que integran esta concreta forma de prestar de servicios. Además, es primordial garantizar una protección eficaz de algunos derechos que pueden verse vulnerados o afectados especialmente durante el desarrollo del trabajo prestado de forma no presencial.

El Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, contempla tres supuestos de teletrabajo²⁸: *Supuesto excepcional*, como medida de contención sanitaria; *Supuesto provisional*, relacionado con empresas que ya habían adoptado la modalidad de trabajo a distancia y la DT primera del RDL 28/2020 concede a los sujetos negociadores la facultad de alargar la misma²⁹; *Supuesto general*, referido a las relaciones de trabajo a distancia no ligadas a la COVID-19 y no cubiertas por convenio colectivo. La aprobación del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, es el primer paso para establecer una regulación más completa del teletrabajo.

Debido a la extensión y a la normalización del trabajo remoto sin un marco legal suficiente, el Gobierno dictó el mencionado Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, para que fuera convalidado por el Congreso de los Diputados y tramitado como proyecto de ley. Posteriormente, en los meses siguientes, fue aprobada la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE de 10 de julio de 2021). Con el fin de proporcionar una regulación más detallada, la vigente Ley se estructura en cuatro capítulos, veintidós artículos, ocho disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias y catorce disposiciones finales, acompañándose de un anexo. Merece especial atención el Capítulo II. El legislador regula el acuerdo de trabajo a distancia, otorgando gran relevancia al principio de voluntariedad para ambas partes en la adopción del mismo, ya sea en un momento inicial (en la firma del contrato de trabajo) o en un momento posterior (una vez firmado el contrato, durante la prestación de servicios). **El acuerdo de trabajo a distancia debe respetar un contenido mínimo dirigido a evitar la perpetuación de roles de género y fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres.** Ahora bien, para garantizar el cumplimiento de la norma, el legislador realiza un llamamiento a la negociación colectiva.

28 Supuestos detallados con mayor detalle en CAIRÓS BARRETO, D.M., “El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia”, *Trabajo y Derecho*, núm. 75, 2021.

29 La Disposición transitoria primera recoge las situaciones de trabajo a distancia existentes a la entrada en vigor del real decreto-ley dispone que “este real decreto-ley será íntegramente aplicable a las relaciones de trabajo vigentes y que estuvieran reguladas, con anterioridad a su publicación, por convenios o acuerdos colectivos sobre condiciones de prestación de servicios a distancia, desde el momento en el que estos pierdan su vigencia. En caso de que los convenios o acuerdos referidos en el apartado anterior no prevean un plazo de duración, esta norma resultará de aplicación íntegramente una vez transcurrido un año desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo que las partes firmantes de estos acuerden expresamente un plazo superior, que como máximo podrá ser de tres años.”

- **Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19**

Debido a que la situación de crisis sanitaria actual ha obligado al sector público a adaptar su organización, sus medios personales y materiales para garantizar el ejercicio de la función pública, esto es, la satisfacción de los intereses generales, numerosos empleados públicos han prestado sus servicios a distancia. Para ello, el art. 1 del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, e introduce un nuevo precepto: el art. 47 bis. Concretamente, el apartado segundo del mismo dispone que la opción del teletrabajo dese ser expresamente autorizada y compatible con la modalidad presencial. Además, deberá tener un carácter voluntario y reversible, salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Las normas que se dicten en desarrollo del Estatuto –leyes de la función pública– podrán ser objeto de negociación colectiva y contemplarán los criterios objetivos para el acceso a la modalidad no presencial.

A diferencia de lo previsto en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, **el trabajo a distancia en el sector público no cuenta con los márgenes de libertad de la empresa privada y debe observar los principios constitucionales que rigen la función pública, fundamentalmente el principio a la igualdad previsto en el art. 14 CE³⁰.**

Es evidente que, por razones de interés público, esta modalidad de trabajo sólo puede utilizarse cuando las necesidades del servicio así lo permitan. El trabajo a distancia en la administración pública –a diferencia de lo que ocurre en el sector privado–, tiene restricciones relacionadas con la función pública que desempeñan. La posibilidad de teletrabajar por parte de empleados públicos está sujeta a un régimen de autorización expresa que debe provenir de cada instancia administrativa y de manera más inmediata de la jefatura del servicio correspondiente, y que materialmente depende de que garantice la actividad presencial en el porcentaje previamente programado. El teletrabajo en el sector público debe contribuir a una mejor organización y gestión a través de la identificación de objetivos, así como la evaluación de su estricto cumplimiento³¹, respetando en todo caso el principio de transparencia.

30 Apartado V. del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

31 GARCÍA MURCIA, J., “El nuevo marco legal del trabajo a distancia”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., y Thibault Aranda, X. (Dir), *El trabajo a distancia, con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020 de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2021, pp. 57.

- **Relación entre la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia y el convenio colectivo. El protagonismo de la negociación colectiva**

En el desarrollo del Real Decreto-ley 28/2020 y, posteriormente, de la Ley 10/2021, de 9 julio, de trabajo a distancia, el convenio colectivo constituye una herramienta sustancial. La ley y las normas convencionales se relacionan de forma constante para la determinación de condiciones laborales de las personas trabajadoras. Ahora bien, de conformidad con el art. 3.3 LET éstas deben respetar, en todo caso, los mínimos de derecho necesario establecidos en la regulación legal³².

El apartado tercero del artículo 4 de la Ley de Trabajo a distancia recoge la obligación empresarial de evitar cualquier tipo de discriminación, directa o indirecta, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia, asegurando la igualdad de trato y realizando los ajustes razonables que resulten procedentes. El apartado cuarto manifiesta 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. Además, de las particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas. Por otro lado, el apartado 5 presta especial atención a la regulación de los mismos derechos en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. El objetivo es evitar que el trabajo interfiera con la vida personal y familiar.

Por lo expuesto, **el art. 4 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia realiza un llamamiento directo a la negociación colectiva** para que el posible acuerdo introduzca medidas o acciones positivas que eviten supuestos de discriminación de las mujeres teletrabajadoras³³. **Ahora bien, en materia de igualdad, el resultado instrumental de la negociación colectiva puede y, en algunas ocasiones, debe ser doble: por un lado, el convenio colectivo y, por otro lado, el plan de Igualdad de la empresa.**

Para finalizar, atendiendo a este llamamiento, conviene resaltar que el mejor espacio negociador para incorporar medidas de igualdad es el nivel sectorial, esto es, en los convenios

.....

32 En este sentido, en materia de igualdad, los convenios colectivos deben respetar también la normativa imperativa prevista en siendo de especial consideración la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en todo lo referido a igualdad y conciliación.

33 El convenio colectivo se concibe, así, como un instrumento normativo de reacción. “*Cuando aparece un nuevo problema laboral, se tiende a mirar a la negociación colectiva para que lo resuelva*”. Esta función ha sido denominada como “*prelegislativa*”, pues contextualiza un escenario de relaciones laborales inmersas en una constante, CAIRÓS BARRETO, D.M., “El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia”, *Trabajo y Derecho*, núm. 75, 2021.

colectivos de sector (ya sean estatales o autonómicos), pues quienes negocian –sindicatos más representativos y asociaciones empresariales más representativas– ofrecen, generalmente, mayores garantías para la protección de los derechos laborales. A modo de ejemplo, el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE 11 de junio de 2021), recoge, junto a la regulación del teletrabajo o trabajo a distancia, medidas para garantizar la igualdad de oportunidades (Capítulo VI) y procedimientos de prevención frente al acoso (Capítulo VII). A diferencia de la negociación sectorial, en los niveles negociales inferiores, la empresa y la representación unitaria suelen mostrar menos interés en la igualdad de género³⁴, pues en numerosas ocasiones el proceso de diálogo se caracteriza por ser más ágil y flexible, facilitando situaciones de discriminación directa e indirecta³⁵. Para revertir esta situación y fortalecer el diálogo con perspectiva de género en la empresa, se aprueba el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro. El legislador establece la obligación de negociar un plan de igualdad en la empresa que contenga medidas concretas y específicas para combatir las posibles formas de discriminación existentes en el ámbito de las organizaciones, así como para promover cambios culturales que eviten sesgos o estereotipos de género.

3. MEDIDAS DE IGUALDAD EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL TELETRABAJO

Los sujetos legitimados para convenir tienen libertad para determinar el contenido del convenio colectivo de conformidad con el art. 85.1 LET. Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos negociados –a nivel empresarial o sectorial– podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo, incluidos los procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 de la LET.

Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido del convenio colectivo, no hay que olvidar que **el legislador, en su art. 85.3 LET, establece la obligatoriedad de que la norma convencional contemple una serie de materias concretas, entre ellas, las medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades**

34 LOUSADA AROCHENA, J.M., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 121.

35 Para más información sobre sujetos, contenido y efectos de la negociación colectiva entre los distintos espacios negociales, véase MELIÁN CHINEA, L.M., *El sistema de negociación colectiva y sus reglas de articulación, la estructura negocial en los diversos espacios de negociación*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2020.

entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, los planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres³⁶. En otras palabras, el legislador obliga a quienes negocian un convenio colectivo a pactar medidas concretas que garanticen la igualdad y puedan prevenir situaciones discriminatorias en la empresa.

Además, debido al impacto del avance tecnológico en la organización y producción de la empresa, conviene reflexionar sobre la actualización o ampliación del contenido mínimo de los convenios colectivos estatutarios. La norma convencional debería contemplar necesariamente la digitalización del trabajo y los riesgos laborales que supone, especialmente para determinados colectivos vulnerables donde, desgraciadamente, la mujer tiene un gran protagonismo. En otras palabras, **los convenios colectivos deben establecer medidas de igualdad de trato y oportunidades en el marco de las transformaciones tecnológicas.**

Particularmente, el teletrabajo o trabajo a distancia es, en numerosas ocasiones, “*un dardo envenenado para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*”³⁷. Se trata de una modalidad laboral que va mucho más allá de la conciliación de la vida laboral y familiar. En muchos casos, conlleva la reificación de la distribución de roles de género al sobrecargar a la mujer teletrabajadora³⁸, tanto en el ámbito laboral como en el ámbito doméstico³⁹. Ello explica su exposición a una alta incidencia de bajas y de faltas de asistencia, propiciando un absentismo mayor respecto a los hombres⁴⁰. Por este motivo, cuando se decide implantar el teletrabajo, los agentes negociadores deben valorar su viabilidad en la empresa y adoptar diversas medidas que eviten situaciones discriminatorias, especialmente en materia de conciliación.

Los agentes sociales todavía tienen una amplia tarea que desarrollar. La mayoría de convenios colectivos que contemplan el teletrabajo o trabajo a distancia no introducen suficientes medidas que garanticen la igualdad en esta modalidad de prestar servicios.



36 El Convenio Colectivo de Hostelería de Tenerife (BOP Santa Cruz de 31 de julio de 2017) contempla, en su art. 39, la creación de una Comisión Paritaria para la Igualdad de Oportunidades y la No Discriminación integrada por diez miembros de forma paritaria, cinco de la representación patronal y cinco de la representación sindical. En ella, las partes se obligan a que en las relaciones laborales se mantenga el principio de igualdad de trato y oportunidades, incluidas acciones positivas, en los ámbitos de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación profesional, retribución (misma retribución entre hombres y mujeres por la prestación de un trabajo de igual valor, art. 28 LET), así como para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

37 RAMOS QUINTANA, M.I., “Bases jurídicas para un trabajo a distancia digno: innovaciones tecnológicas y entornos de trabajo digital como trasfondo de la nueva legislación común”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 149, 2021, pp. 160.

38 La desigualdad laboral entre hombres y mujeres impulsa, entre otros aspectos, la denominada “doble jornada” o “doble presencia de las mujeres”, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada, 2016, pp. 65.

39 GÁLVEZ MOZO, A., “Mujeres y teletrabajo: más allá de la conciliación de la vida laboral y personal”, *Revista de economía, empresa y sociedad*, núm. 13, 2020, pp. 3.

40 DE LA CASA QUESADA, A., “Teletrabajo, género, riesgos psicosociales: una tríada a integrar en las políticas preventivas 4.0”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 459, 2021, pp. 93.

En la mayoría de ocasiones, los agentes sociales reconocen el derecho de conciliación, los derechos digitales de empleados o empleadas y la protección ante el acoso en el entorno laboral digital, pero no establecen un catálogo de medidas específicas que garanticen la implantación del teletrabajo con una perspectiva de género. A modo de ejemplo, véase el III Convenio colectivo de Kutxabank, SA. (BOE 15 de septiembre de 2021), el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE de 31 de mayo de 2021), el Convenio colectivo de Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU. (BOE 29 de julio de 2020).

El **Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU. (BOE 1 de septiembre de 2021)** es un modelo de norma convencional en materia de teletrabajo con perspectiva de género. El art. 46 dispone que las partes comparten la necesidad de seguir evolucionando en el derecho de conciliación de la vida profesional y personal ante la aplicación del teletrabajo. Por ello, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 34.8 LET a la negociación colectiva, así como el art. 4 de la Ley 10/2021, de 9 julio, de trabajo a distancia, las partes, con base en criterios objetivos que garantizan la no discriminación directa o indirecta entre personas del mismo o distinto sexo, pactan distintas medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, que forman parte de las medidas generales de conciliación y del plan de igualdad de la empresa, así como un procedimiento de prevención y denuncia del acoso⁴¹. También, el **II Convenio colectivo de Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU. (BOE 1 de septiembre de 2021)** manifiesta que es preciso tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo y del uso masivo de las tecnologías de la información y comunicación, para la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral.

Por todo lo expuesto, todas las empresas están obligadas a negociar medidas de igualdad en el procedimiento de negociación del convenio colectivo. Ahora bien, mientras la norma convencional establece de medidas generales para evitar situaciones de discriminación directa e indirecta, el denominado plan de igualdad tiende a recoger acciones concretas que va a desarrollar la empresa para proteger el derecho fundamental del art. 14 CE. En otras palabras, la negociación colectiva es principal vía para garantizar la implantación del teletrabajo con perspectiva de género.

Con la intención de reforzar la protección de la mujer teletrabajadora se exponen a continuación posibles medidas que pueden ser consideradas o valoradas por los agentes

.....

41 Otro ejemplo sería el artículo 17 del Convenio colectivo de Agfa NV, sucursal en España, para sus centros de trabajo en Barcelona y Madrid (BOE 5 de octubre de 2021), regula la reincorporación al trabajo presencial en el supuesto de causa grave sobrevenida o de fuerza mayor. En esta materia, las partes acuerdan un margen de hasta 3 días hábiles a la persona trabajadora que requiera tiempo para organizar sus necesidades de conciliación.

sociales durante ejercicio del derecho a la negociación colectiva, ya sea en la negociación del convenio colectivo o en la negociación del plan de igualdad (ya tenga carácter obligatorio o voluntario): garantizar que la plantilla teletrabajadora esté integrada de forma equilibrada, tanto por mujeres y hombres; promover la presencialidad de la mujer en la empresa, disminuyendo el trabajo a distancia desde el hogar y la consecuente asunción de las tareas domésticas; fomentar la implantación de un modelo híbrido de teletrabajo para las mujeres; suspender o revocar el acuerdo individual de teletrabajo cuando la voluntad provenga de una víctima de violencia de género⁴²; aprobar un protocolo de actuación en la empresa para evitar el acoso laboral en la era digital, con el objetivo de cumplir con el Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190)⁴³, entre otras.

4. EL PLAN DE IGUALDAD COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO NEGOCIAL PARA LA MUJER TELETRABAJADORA

El plan de igualdad es un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, cuyo objetivo es alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. En consecuencia, el plan de igualdad es un instrumento eminentemente finalista que persigue un propósito⁴⁴: eliminar las posibles y diversas situaciones de discriminación por razón de sexo en una empresa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 45.1 y 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, todas las empresas tienen la obligación de adoptar, previa negociación, medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación, así como promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo⁴⁵. Para ello, y de confor-

42 El 27 de marzo de 2020, la ONU publicó la siguiente noticia “El COVID-19 golpea tres veces a las mujeres: por la salud, por la violencia doméstica y por cuidar de los otros”, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/03/1471872>. Esta recoge la declaración de la relatora especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer, Dubravka Simonovic, señalando que “Es muy probable que aumenten las tasas de violencia doméstica generalizada (...). Para demasiadas mujeres y niños, el hogar puede ser un lugar de miedo y abuso. Esa situación empeora considerablemente en casos de aislamiento, como los bloqueos impuestos durante la pandemia del COVID-19”.

43 La OIT define el ciberacoso laboral como una situación de violencia que puede suscitarse en el marco de las comunicaciones relacionadas con el trabajo (de carácter profesional) y realizadas por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación.

44 MARTÍNEZ MORENO, C., “El nuevo marco de ordenación de las obligaciones empresariales en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 2, 2021, pp. 112.

45 Como así dispone el art. 2.1 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 trabajo (BOE de 14 de octubre de 2020), “Todas las empresas comprendidas en el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, con independencia del número de personas trabajadoras en plantilla, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.1 y 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, están obligadas a respetar la igualdad

midad con Real el Decreto 901/2020, de 13 de octubre, un gran número de empresas han implantado un plan de igualdad, ya sea con carácter imperativo o con carácter voluntario.

Independientemente de su origen, **la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, en su artículo 8, realiza un llamamiento a la negociación colectiva de los planes de igualdad.** El legislador encomienda a las partes negociadoras de este instrumento el diseño de mecanismos para evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género, debiendo tener especialmente en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres.

Atendiendo al régimen jurídico vigente, el plan de igualdad se caracteriza por ser una ambiciosa norma jurídica cuyo contenido mínimo permite evitar situaciones de discriminación por razón de género en el trabajo a distancia o teletrabajo.

- **El carácter garantista del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre**

Las empresas tienen la obligación de negociar un plan de igualdad en función del número de personas que integran o han integrado la plantilla en un tiempo determinado en virtud del art. 3 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre⁴⁶. De conformidad con la disposición transitoria décima segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad, a partir del 7 de marzo de 2022 las empresas con 50 o más trabajadoras deben tener negociado y aprobado el plan de igualdad tras la elaboración del correspondiente diagnóstico.

La norma es ambiciosa, pues para el cómputo de la plantilla se tendrá en cuenta a la totalidad de las personas trabajadoras, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral –incluyendo a las personas con contratos fijos discontinuos; a las personas con contratos de duración determinada; a las personas con contratos de puesta a disposición (STS de 13 de noviembre del 2019, rec. 75/2018.)⁴⁷; a las personas con contrato a tiempo parcial, con independencia del número de



de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar, previa negociación, medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, así como promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”.

46 El artículo 3 se caracteriza por recoger una cuantificación exhaustiva del número de personas trabajadoras en la empresa, estableciendo que “A los efectos de lo dispuesto en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para el cálculo del número de personas que dan lugar a la obligación de elaborar un plan de igualdad, se tendrá en cuenta la plantilla total de la empresa, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada y personas con contratos de puesta a disposición. En todo caso, cada persona con contrato a tiempo parcial se computará, con independencia del número de horas de trabajo, como una persona más. A este número de personas deberán sumarse los contratos de duración determinada, cualquiera que sea su modalidad que, habiendo estado vigentes en la empresa durante los seis meses anteriores, se hayan extinguido en el momento de efectuar el cómputo. En este caso, cada cien días trabajados o fracción se computará como una persona trabajadora más”.

47 “Los trabajadores de ETT puestos a disposición de la empresa usuaria, en virtud del principio de igualdad de trato

horas de trabajo; a las personas con contratos de duración determinada, cualquiera que sea su modalidad, vigentes durante los seis meses anteriores; además, en este último supuesto, cada cien días trabajados o fracción se computará como una persona trabajadora más⁴⁸.

Debido al carácter integrador de esta norma, gran número de empresas se verán obligadas a negociar y publicar planes de igualdad cuyo cumplimiento es preceptivo.

- **El carácter normativo del plan de igualdad**

El resultado del proceso de diálogo es vinculante y por ende comparte el valor jurídico normativo de un convenio colectivo estatutario. En consecuencia, **el plan de igualdad es la manifestación más estricta de la negociación colectiva con perspectiva de género.**

Las partes que negocian el plan de igualdad deben ostentar la representatividad legal prevista en los arts. 87, 88 y 89 LET. No es posible sustituir a los representantes de los trabajadores, ya sean sindicales o unitarios, por una comisión *ad hoc*. La comisión *ad hoc* es una fórmula de representación excepcional y extraordinaria que no tiene cabida en un proceso negocial⁴⁹. En este sentido, se pronuncia la STS 95/2021, de 26 de enero (rec. 50/2020) declarando la nulidad del plan de igualdad negociado a través de una comisión de cinco trabajadores nombrados por la propia empresa al margen del título III de la LET⁵⁰.

- **El contenido mínimo de los planes de igualdad: el trabajo a distancia**

De la misma forma que sucede con los convenios colectivos estatutarios, los planes de igualdad deben tener un contenido mínimo que se encuentra previsto en el art. 8 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre.



entre hombres y mujeres y el art. 11 Ley 14/1994, de 1 de junio por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal tienen derecho a formar parte del ámbito de aplicación del plan de igualdad de la empresa usuaria”, véase ROMERO RÓDENAS, M.J., “Los trabajadores puestos a disposición (ETT) forman parte del ámbito de aplicación del plan de igualdad de la empresa usuaria: STS-SOC núm. 778/2019, de 13 de noviembre”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* (RJL), núm. 2, 2020.

48 La norma es ambiciosa pues incluye en el cálculo a toda persona y a todo contrato, a diferencia de lo previsto en el art. 72 del LET, visto en LÓPEZ CUMBRE, L., “Planes de igualdad: una realidad jurídica con más desarrollo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 36, 2020, pp. 38.

49 La intervención de la comisión *ad hoc* se limita a acuerdos muy concretos, en ningún caso participan en acuerdos que presenten objetivos generales como sucede con los planes de igualdad, RIVAS VALLEJO, P., “El plan de igualdad debe negociarse con la representación legitimada y no por una comisión *ad hoc*”, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 2, 2021, pp. 4-7.

50 La citada sentencia señala que “no es factible sustituir a los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores por una comisión *ad hoc*, que es una fórmula negociadora excepcional, habilitada por el legislador, cuando no hay representación legal de los trabajadores, para acometer la negociación de determinadas modalidades de negociación colectiva, anudadas a medidas de flexibilidad interna y externa, como los períodos de consulta de la movilidad geográfica (art. 40 ET) y las modificaciones sustanciales colectivas (art. 41 ET), la suspensión de contratos y la reducción de jornada (art. 47 ET), el despido colectivo (art. 51 ET) y la inaplicación de convenio (art. 82.3 ET), sin que dicha representación *ad hoc* pueda utilizarse para la negociación de los convenios colectivos, como hemos sostenido en STS 28 de junio de 2017, rec. 203/2016”.

Todo plan de igualdad debe establecer lo siguiente: a) Determinación de las partes que los conciertan, b) Ámbito personal, territorial y temporal, c) Informe del diagnóstico de situación de la empresa, d) Resultados de la auditoría retributiva, así como su vigencia y periodicidad, e) Definición de objetivos cualitativos y cuantitativos del plan de igualdad, **f) Descripción de medidas concretas, plazo de ejecución y priorización de las mismas, así como diseño de indicadores que permitan determinar la evolución de cada medida,** g) Identificación de los medios y recursos, tanto materiales como humanos, necesarios para la implantación, seguimiento y evaluación de cada una de las medidas y objetivos, h) Calendario de actuaciones para la implantación, seguimiento y evaluación de las medidas del plan de igualdad, i) Sistema de seguimiento, evaluación y revisión periódica, j) Composición y funcionamiento de la comisión u órgano paritario encargado del seguimiento, evaluación y revisión periódica de los planes de igualdad, k) Procedimiento de modificación, incluido el procedimiento para solventar las posibles discrepancias que pudieran surgir en la aplicación, seguimiento, evaluación o revisión, en tanto que la normativa legal o convencional no obligue a su adecuación.

Atendiendo al contexto socioeconómico y, especialmente, al apartado cuarto del art. 8 del mencionado Real Decreto, “*en todo caso, las medidas de igualdad contenidas en el plan de igualdad deberán responder a la situación real de la empresa (...)*”. En otras palabras, **el plan de igualdad debe integrar medidas orientadas a la eliminación o erradicación de la discriminación laboral que sufren las mujeres en el marco de la transformación tecnológica, concretamente en el trabajo a distancia o teletrabajo.**

A modo de ejemplo, el III Plan de Igualdad del CERMI (2021-2025) contiene objetivos, medidas y acciones viables y realistas adaptados a la realidad de la organización y tras el diagnóstico de la situación⁵¹. La acción 7 prevé la elaboración de un protocolo sobre teletrabajo que, en materia de conciliación y corresponsabilidad, debe respetar las siguientes medidas: el horario de finalización de la actividad laboral a las 16.00 horas para hacer compatible la jornada laboral con la familiar. En todo caso, las reuniones se programan para que terminen antes de la hora de finalización de la jornada laboral; Las condiciones del trabajo a distancia se establecerán de forma individual en el contrato que se realice con la persona que lo solicite; Se permite la utilización de la sede del CERMI para hijas e hijos menores de las personas integrantes del equipo humano, cuando sea necesario; Los turnos de vacaciones se reparten teniendo en cuenta como criterio de elección preferente la atención y el cuidado

.....

51 “*Se trata además de un Plan: Integral: diseñado para todas las personas que trabajan en CERMI. Participativo y dialogado: en el que se ha dado voz y han participado activamente los y las trabajadoras de CERMI; Transversal: siendo uno de los principios rectores y una estrategia de CERMI la aplicación de la igualdad de género de manera transversal en todas las estructuras y políticas de la organización; Dinámico, flexible y adaptable: a los cambios normativos o de funcionamiento de la propia organización; Temporal: con una duración máxima de 4 años tras lo cual se realizará una evaluación de eficacia de resultados, es decir, si los objetivos previstos se han cumplido; Evaluación que servirá de base para el nuevo plan*”.

de familiares a cargo (menores, personas con discapacidad o que requieran apoyos para su autonomía, personas mayores, etc.); Se permite ausencias del puesto de trabajo en aquellos supuestos en que por razones de conciliación personal cualquier integrante del equipo deba dejar de realizar sus tareas para atender asuntos de índole personal y relacionados con la atención y cuidados a familiares, asistencia a tutorías y otras actividades escolares, realización de tareas administrativas o financieras de relevancia, u otras de índole similar; Se establece un sistema de videoconferencias para facilitar el acceso y la celebración de reuniones no presenciales, además de ofrecer formación a toda la plantilla para adquirir las competencias técnicas necesarias para su correcto funcionamiento, entre otras.

Por todo lo expuesto, y tras un análisis de la normativa vigente, **el plan de igualdad constituye el principal instrumento de carácter negocial para proteger eficazmente a la mujer teletrabajadora**. Según la Guía elaborada por el Instituto de las mujeres, *“el desarrollo de las políticas de igualdad en las empresas tiene su máximo exponente en los planes de igualdad como instrumento que permite integrar la igualdad en las relaciones laborales y en todos los ámbitos de gestión de las organizaciones y así avanzar hacia la igualdad efectiva entre mujeres y hombres”*⁵².

5. REFLEXIÓN FINAL

A pesar de que el teletrabajo brinda las oportunidades para lograr la corresponsabilidad o igualar las contribuciones de los progenitores en las tareas domésticas, la realidad demuestra lo contrario. El teletrabajo es una trampa para muchas mujeres, pues surgen nuevas situaciones discriminatorias que perpetúan los roles de género.

Con el fin de revertir esta situación, el Derecho del Trabajo tiene los instrumentos jurídicos necesarios para regular el teletrabajo con una perspectiva de género. La negociación colectiva es una de las instituciones sociales más relevantes para promover la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el marco de las transformaciones tecnológicas del mercado laboral.

La norma convencional deber contemplar la digitalización del trabajo y los riesgos laborales que esta comporta, especialmente en determinados colectivos vulnerables donde, desgraciadamente, la mujer tiene un gran protagonismo. En este sentido, los convenios

.....

52 Instituto de las mujeres del Ministerio de Igualdad, Guía para la elaboración de planes de igualdad en las empresas, 2021. Disponible en: https://www.igualdadenaempresa.es/asesoramiento/diagnostico/docs/Guia_pdi.pdf.

colectivos deben establecer medidas de igualdad de trato y oportunidades para cumplir con el derecho fundamental previsto en el art. 14 CE.

La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, en su artículo 8, realiza un llamamiento directo a la negociación colectiva de los planes de igualdad. Los planes de igualdad constituyen la manifestación más estricta de la negociación colectiva para la regulación del teletrabajo con perspectiva de género.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *El valor de la igualdad y el Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2020.
- CAIRÓS BARRETO, D.M., “El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia”, *Trabajo y Derecho*, núm. 75, 2021.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.
- DE LA CASA QUESADA, A., “Teletrabajo, género, riesgos psicosociales: una tríada a integrar en las políticas preventivas 4.0”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 459, 2021.
- DE SOUZA SANTOS, B., *La cruel pedagogía del virus*, traducido por Paula Vasile, CLACSO, Estados Unidos, 2020.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2000.
- GÁLVEZ MOZO, A., “Mujeres y teletrabajo: más allá de la conciliación de la vida laboral y personal”, *Revista de economía, empresa y sociedad*, núm. 13, 2020.
- GARCÍA MURCIA, J., “El nuevo marco legal del trabajo a distancia”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., y Thibault Aranda, X. (Dir), *El trabajo a distancia, con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020 de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2021.
- LÓPEZ CUMBRE, L., “Planes de igualdad: una realidad jurídica con más desarrollo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 36, 2020.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- MARTÍNEZ MORENO, C., “El nuevo marco de ordenación de las obligaciones empresariales en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 2, 2021.
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo”, en *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MELIÁN CHINEA, L.M., *El sistema de negociación colectiva y sus reglas de articulación, la estructura negociada en los diversos espacios de negociación*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2020.
- MLAMBO-NGCUKA, P., “El papel de la digitalización en la década de acción”, *UNGIS Dialogue on the Role of Digitalization in the Decade of Action*, UNCTAD, 2020.
- OLARTE ENCABO, S., “Brecha digital, pobreza y exclusión social”, *Temas laborales*, núm. 138, 2017.
- OSIO HAVRILUK, L., DELGADO DE SMITH, Y., “Mujer, cyberfeminismo y teletrabajo”, *Compendium*, núm. 24, 2010.
- PÉREZ SÁNCHEZ, C., “El teletrabajo: ¿Más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores?”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 11, 2010.
- RAMOS QUINTANA, M.I., “Bases jurídicas para un trabajo a distancia digno: innovaciones tecnológicas y entornos de trabajo digital como trasfondo de la nueva legislación común”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 149, 2021.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Reino Unido, 1971.
- REQUEIJO, J., *Odisea 2050, La economía mundial del siglo XXI*, Alianza editorial, Madrid, 2021.
- RIMBAU-GILABERT, E., “¿Cuál es el posible efecto del teletrabajo preferente sobre el reparto de tareas domésticas entre hombres y mujeres?”, *Noticias CIELO*, núm. 5, 2020.
- RIVAS VALLEJO, P., “El plan de igualdad debe negociarse con la representación legitimada y no por una comisión ad hoc”, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 2, 2021.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada, 2016.
- ROCHA SÁNCHEZ, F., “La dimensión laboral de la economía digital. Reflexiones para un debate en proceso”, *Fundación 1º de mayo, Colección informes*, núm. 146, 2020.
- ROMERO RÓDENAS, M.J., “Los trabajadores puestos a disposición (ETT) forman parte del ámbito de aplicación del plan de igualdad de la empresa usuaria: STS-SOC núm. 778/2019, de 13 de noviembre”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 2, 2020.
- SALA FRANCO, T., “El teletrabajo en las administraciones públicas”, en *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SINZHEIMER, H., *Crisis económica y Derecho del Trabajo* (Obra traducida por VÁZQUEZ MATEO, F.), Instituto de Estudios laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984.

TVERDOSTUP, M., *Gender Gaps in Employment, Wages, and Work Hours: Assessment of COVID-19 Implications*, The Vienna Institute for International Economic Studies, 2021.

LOS PRINCIPALES MECANISMOS DE TUTELA FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL

*THE MAIN PROTECTION MECHANISMS AGAINST
DISCRIMINATION IN THE LABOR LEGAL SYSTEM*

RICARDO PEDRO RON LATAS

Profesor Titular. Universidade da Coruña

Magistrado suplente (Sala de lo Social) del TSJ de Galicia

Fecha envío: 07/02/2022

Fecha aceptación: 28/02/2022

SUMARIO: 1. LA PROSCRIPCIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL. 2. LA LABOR DE LOS NEGOCIADORES SOCIALES EN LA MATERIA. 3. LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. 4. LA TUTELA EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL. 4.1. La inversión de la carga de la prueba. 4.2. El informe de expertos. 4.3. La modalidad procesal de tutela. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La discriminación encuentra en nuestro ordenamiento jurídico-laboral un amplio abanico de normas proscribiéndola, y los mecanismos necesarios para hacer efectiva esa prohibición son múltiples y variados. Así, existen tanto procedimientos judiciales como extrajudiciales instaurados con la finalidad exigir el cumplimiento de tales obligaciones normativas. Entre estos últimos merecen especial atención los convenios colectivos y la Inspección de Trabajo. Por lo que se refiere al ámbito judicial, la normativa adjetiva laboral contiene un específico procedimiento judicial de tutela, así como artifi-

cios procesales creados con el fin de imponer un régimen probatorio favorable a la parte demandante.

ABSTRACT: Discrimination finds in our legal-labour system a wide range of regulations proscribing it, and the mechanisms necessary to make this prohibition effective are multiple and varied. Thus, there are both judicial and extrajudicial procedures established in order to demand compliance with such regulatory obligations. Among the latter, collective agreements and the Labour Inspection deserve special attention. With regard to the judicial sphere, the adjective labor regulations contain a specific legal guardianship procedure, as well as procedural devices created in order to impose a favorable evidentiary regime on the plaintiff.

PALABRAS CLAVE: Discriminación, convenios colectivos, inspección de trabajo, proceso laboral, tutela judicial efectiva, carga de la prueba.

KEYWORDS: Discrimination, collective agreements, labour inspection, labour process, effective legal remedies, burden of proof.

1. LA PROSCRIPCIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL

Como es sabido, la discriminación encuentra en nuestro ordenamiento jurídico un amplio abanico de normas proscribiéndola. Obviamente, el referente en la materia resulta ser nuestra Carta Magna, si bien la misma sólo utiliza el término en dos ocasiones. La primera en el Capítulo 2º de su Título I, relativo a “derechos y libertades”, señalando que “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”. Es cierto que, si leída apresuradamente, su sintaxis no se revela especialmente afortunada, ya que su análisis gramatical no permite apreciar de manera evidente que igualdad y discriminación son términos jurídicamente heterónomos. Así, no es de extrañar que el Tribunal Constitucional en una primera etapa haya interpretado “el art. 14 CE en clave unitaria, identificando igualdad y no discriminación como entidades inescindibles e incluso intercambiables y haciendo caso omiso a la colocación de una coma entre ambos postulados”¹, no siendo “hasta 1991 cuando el TC por primera vez ofrece una nítida visión dual del art. 14 CE, cuando advierte que la alegación de vulneración del derecho a no ser discriminado no es correcta en tanto no se base en alguno de los criterios (nacimiento, raza, sexo, religión, etc.) expresamente prohibidos por el art 14 CE de modo que lo que verdaderamente puede estar en entredicho es el derecho a la igualdad de trato”².

En la actualidad, la doctrina utiliza como elemento real de distinción conceptual entre la igualdad y la prohibición de discriminación las causas que originan la exigencia de defensa de uno u otro derecho. De este modo, “la causa de la igualdad o la desigualdad ... dependerá por tanto de los caracteres esenciales o no esenciales que deben ser tomados en consideración para evaluar la existencia de una manifiesta desigualdad justa o injusta, lo que exige, en todo caso, la puesta en práctica de juicios de valor ...; por el contrario, una diferencia de trato será discriminatoria solo cuando los sujetos preteridos, excluidos

.....

1 DOMÍNGUEZ MORALES, A., *La vinculación de la negociación colectiva con la igualdad y la no discriminación*, Tesis doctoral (Sevilla, 2017), pág. 57, localizable en <https://idus.us.es>.

2 DOMÍNGUEZ MORALES, A., *La vinculación de la negociación colectiva con la igualdad y la no discriminación*, Tesis doctoral (Sevilla, 2017), pág. 60, localizable en <https://idus.us.es>.

o peor tratados reúnan un rasgo personal o social estigmatizante, que se convierte en circunstancia de segregación con el paso del tiempo y contraviene la esencialidad de la persona o su dignidad ..., sin que sea preciso aplicar ningún juicio de valor al presumirse negativo cuando el factor de discriminación ya se encuentra plenamente consagrado a pesar de que la discriminación así definida se concibe como un fenómeno social antes que jurídico”³.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, entiende a día de hoy (por ejemplo, en STCo 128/1987, de 16 de julio), de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017⁴, que “el art. 14 CE contiene dos normas diferenciadas. La primera, enunciada en el inciso inicial, prescribe la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley (o de otras disposiciones jurídicas) por parte de los poderes públicos. La segunda norma del art. 14 CE, que se extiende al ámbito de las relaciones entre particulares, establece la prohibición de discriminaciones, ordenando la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran. Estos motivos son los específicamente enunciados en el art. 14 CE ... y los que deban ser incluidos en la cláusula genérica final («cualquier otra condición o circunstancia personal o social») ... [, y] la cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas. En los términos de STC 166/1988, se trata de «determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas» que han situado a «sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE»”.

Esta distinción no resulta en absoluto baladí. No debe olvidarse que la propia CE remarca en su art. 53.1 que “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”, y además que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”;

o lo que es lo mismo, el Tribunal Constitucional es el competente para conocer: “b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”. Por su parte, cualquier ciudadano “podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo

.....

3 DOMÍNGUEZ MORALES, A., *La vinculación de la negociación colectiva con la igualdad y la no discriminación*, Tesis doctoral (Sevilla, 2017), pág. 68, localizable en <https://idus.us.es>.

4 Rec. núm. 1326/2015.

14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

La segunda de las referencias anunciadas se ubica en el art. 35.1 de la CE, donde se señala que “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. Lógicamente la trascendencia judicial del precepto no se asemeja a la del art. 14 que hemos indicado, por cuanto que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”⁵.

La normativa común laboral, por su parte, también contiene múltiples referencias a la prohibición de discriminación. Y ello, ya se trate de normas sustantivas, ya se trate de normas adjetivas. Entre las estrictamente materiales la norma social por antonomasia, el ET, utiliza el término “discriminación” (o cualquiera de sus derivados semánticos) hasta en una veintena de ocasiones. Entre ellas merece ser destacada (¡cómo no!) la expresa prohibición de discriminación que, entre los derechos laborales de los trabajadores, se contiene en el art. 4 de la norma estatutaria, señalando como derechos de los trabajadores, entre otros, “A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” (art. 4.2.c)]. Resulta curioso (y sin duda criticable), en cualquier caso, que la norma estime como simple derecho de los trabajadores el de la no discriminación, cuando el mismo debiera aparecer entre los “básicos” del número 1 del precepto.

Sea como fuere, lo cierto es que la norma estatutaria laboral presta especial atención a la prohibición de discriminación en las relaciones laborales, dedicando un amplísimo precepto —su art. 17—, en su sección relativa a “derechos y deberes derivados del contrato”, precisamente a la “No discriminación en las relaciones laborales”, aunque lo cierto es que en él la norma se ocupa de más cuestiones. Así, su art. 17 dedica varios de sus apartados

.....
5 Art. 53.3 CE.

a: 1) señalar como “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, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”⁶; y 2) habilitar a los negociadores colectivos a “establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones”⁷.

Más allá de esa concreta, amplia y omnicomprensiva (esta última como simple propósito legislativo) regulación, el ET continúa ahondando, de manera claramente redundante en la prohibición de discriminación, haciendo expresa mención de la misma en sus preceptos relativos a la nulidad del contrato de trabajo⁸, al contrato a tiempo parcial⁹, el sistema de clasificación profesional¹⁰, promoción y formación profesional en el trabajo¹¹, ascensos¹², igualdad de remuneración por razón de sexo¹³, adaptación

6 Art. 17.1, que además sigue señalando que “Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

7 Art. 17.4. Asimismo, continúa el precepto, “la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate”.

8 “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” (art. 9.3). Obviamente, aunque la norma no lo indique, se trataría de una nulidad parcial del contrato de trabajo.

9 “Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres” (art. 12.4.d)].

10 “La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. Estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto en el artículo 28.1” (art. 22.3).

11 “En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo” (art. 23.2).

12 “Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación” (art. 24.2).

13 “1. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella. Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes. 2. El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los comple-

de jornada para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral¹⁴, etc.

Las normas internacionales, en particular aquellas contenidas en tratados internacionales válidamente celebrados —ya que los mismos una vez publicados oficialmente en España forman parte de nuestro ordenamiento interno¹⁵—, merecen igualmente una especial atención, ya no solo por el hecho de que (como se acaba de indicar) las mismas pueden formar parte de nuestro ordenamiento jurídico-laboral, sino también porque la propia CE ordena que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”¹⁶.

De entre esa amplia panoplia de tratados y acuerdos, merece especialmente nuestra atención, lógicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo art. 2 proclama abiertamente el principio de no discriminación y de igualdad ante la ley¹⁷, luego reiterado en su art. 7¹⁸. Y decimos que merece toda nuestra atención porque, al margen de otros intentos más o menos afortunados¹⁹, con ella se inicia una imparable cascada de instrumentos normativos internacionales relativos a la prohibición expresa de tratamiento diferenciado²⁰. Y es que, resulta que la igualdad en la ley “aportó el peldaño teórico necesario para la construcción, después de la Segunda Guerra Mundial, de una prohibición

.....

mentos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa. 3. Cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras” (art. 28).

14 “En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo” (art. 34.8).

15 Cfr. Art. 96.1 CE.

16 Art. 10.2 CE.

17 “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

18 “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

19 Sobre los mismos, véase LOUSADA AROCHENA, J.F., *El enjuiciamiento de género*, Dykinson (Madrid, 2020), págs. 27 y ss.

20 Con relación al ámbito internacional, puede verse, entre otros muchos estudios, BAYEFESKY, A.F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, n.º. 1-2, 1990, págs. 1 y ss.; WEIWEI, L., “Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law”, localizable en <https://www.jus.uio.no>; o VIJAPUR, A.P., “The Principle of NonDiscrimination in International Human Rights Law: The Meaning and Scope of the Concept”, localizable en <https://journals.sagepub.com>.

expresa de tratamiento diferenciado –incluso legislativo– por una serie de motivos –entre ellos el sexo– en relación con los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y, específicamente, en el Convenio 111 sobre discriminación en el empleo de la OIT (1958), en el Convenio sobre discriminación en la educación de la UNESCO (1960), y en el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965)”²¹.

Por lo que se refiere ya más específicamente a Europa Occidental “el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) garantizó la igualdad en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el mismo, sin distinción alguna en especial por –entre otras– razones de sexo. Inicialmente no se protegía la igualdad en derechos no reconocidos en el CEDH –como eran los derechos sociales–. La Carta Social Europea (1960), referida a los derechos sociales pero con menor fuerza vinculante, reconocía la igualdad retributiva sin distinción de sexo –artículo 4.3–, pero, por las rémoras propias de la época, prohibía –en su artículo 8.4.d)– el empleo de la mano de obra femenina en trabajos subterráneos en las mismas y en aquellos peligrosos, malsanos o penosos”²².

Esa construcción de la no discriminación, que obliga “a tratar igual a todas las personas, y, de admitirse alguna excepción, su justificación se sujeta a enjuiciamiento muy estricto”²³, se traduce finalmente en un auténtico derecho humano fundamental a no ser discriminado que –por ejemplo, en lo relativo al sexo– se concreta en la prohibición de discriminaciones y el mandato de acciones positivas y la licitud de ciertos regímenes de cuotas²⁴. Curiosamente, se trata de una tradicional construcción jurídica que en su momento fue recogida de manera tímida (por no decir, descuidada) por el legislador comunitario, que se limitó a establecer la igualdad de retribución “sin discriminación por razón de sexo” en el art. 119 del Tratado de Roma de 1957²⁵. Y no resulta ser esta, la del tratamiento de la Unión Europea sobre el derecho a la no discriminación, una particularidad que no debe ser pasada por alto, habida cuenta el hecho de que “la propia jerarquía normativa aplicable en nuestro derecho a partir de la entrada de España en la UE. El Derecho de la UE en materia antidiscriminatoria es de obligatoria aplicación por parte

21 LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pág. 43.

22 LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pág. 44.

23 LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pág. 45.

24 Cfr. REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill Interamericana de España (Madrid, 1995), pág. 110.

25 Sobre el mismo, y su antecedente inmediato, el Tratado de la CECA de 1951, véase CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.M., “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación. Un intento de delimitación”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 50-51, 2005, págs. 200 y ss.

de los Tribunales de Justicia españoles, sin que tengan que esperar o solicitar su previa derogación por el legislador”²⁶.

Porque, en efecto, cuando los tribunales laborales españoles tengan dudas “acerca de la acomodación o no de la norma española al derecho de la UE los Tribunales de Justicia tienen la posibilidad de elevar al TJUE una cuestión prejudicial al respecto. Los jueces españoles tienen, pues, plena capacidad para dejar de aplicar una norma interna que consideren contraria al derecho de la UE o para plantear una cuestión prejudicial incluso cuando el Tribunal Constitucional español se haya pronunciado sobre la adecuación a la Constitución de dicha norma”²⁷. Y así, “la jurisprudencia del TJUE sobre las directivas antidiscriminatorias por razón de sexo ha aplicado rotundamente el principio de primacía del Derecho de la UE estableciendo la obligación del juez interno de sustituir la norma interna por la norma comunitaria incumplida”²⁸.

Pese a ello, lo cierto es que la normativa comunitaria acerca de la prohibición de discriminación no tuvo una verdadera construcción legal hasta las últimas décadas del siglo pasado. Que, por ejemplo, la OIT hubiese adoptado ya en el año 1958 su Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), no supuso motivación alguna al legislador comunitario para decidirse a abordar normativamente el problema. Hay que esperar hasta mediados de los años 70 del Siglo XX para encontrar las primeras (y verdaderas) manifestaciones normativas antidiscriminatorias europeas, que han “corrido de la mano de los programas sociales de la Comisión Europea y del activismo del Tribunal de Justicia. Los programas sociales de la Comisión Europea –el Primero de 1974 - han sido el germen de una importante normativa antidiscriminatoria por razón de sexo que, en una primera oleada –de 1975 a 1986-, se plasmó en las cinco directivas clásicas sobre igualdad de los sexos según la técnica legislativa de las «muñecas rusas» que permite la aplicación progresiva de las normas comunes acerca de la tutela de la igualdad a cada vez más ámbitos: igualdad retributiva, condiciones de trabajo, seguridad social pública y profesional, y trabajo autónomo”²⁹.

En cualquier caso, lo cierto es que la legislación comunitaria antidiscriminatoria resulta a día de hoy abrumadora. Empezando por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 —que ha sufrido modificaciones y adiciones a través de diversos “Protocolos”—, cuyo art. 14 establece la prohibición de discriminación, y acabando con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, que prohíbe la discriminación en su

.....

26 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 19.

27 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 19.

28 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 24.

29 LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pág. 49.

art. 21, existe en el ámbito de la Unión Europea un amplio despliegue de instrumentos jurídicos, que se encuentran perfectamente sistematizados en el Manual de legislación europea contra la discriminación, publicado en 2010, y que encuentra una edición actualizada en 2018³⁰. Y todo ello está muy bien, sin duda, pero aquí lo que de verdad nos interesa son los instrumentos jurídicos con los que contamos con la finalidad de hacer efectivo ese amplio y extendido derecho a la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales.

Antes de entrar en ello, conviene hacer de nuevo una referencia a la legislación comunitaria. Porque, en el ámbito que nos ocupa, existe una Directiva que resulta especialmente relevante. Se trata de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Y decimos que resulta relevante porque su Título III, relativo a sus disposiciones horizontales, contiene una serie de lo que ella misma adjetiva como “recursos” en defensa de los derechos reconocidos en la misma, exigiendo a los Estados miembros velar “porque, tras el posible recurso a otras autoridades competentes, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, existan procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiera, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación”³¹. Del mismo modo, la norma impone a los Estados miembros introducir “en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación”³². Y eso es justo lo que vamos a tratar a partir de ahora, los mecanismos de exigibilidad y reparación existente en nuestro ordenamiento jurídico-laboral.

2. LA LABOR DE LOS NEGOCIADORES SOCIALES EN LA MATERIA

Aquí la primera línea de defensa la constituyen los convenios colectivos. Y dentro de ellos se puede hacer una doble distinción. Por un lado, nos encontramos con aquellas normas paccionadas que, de acuerdo con la normativa laboral, adecúan sus postula-



30 Localizable en <https://fra.europa.eu>, <https://op.europa.eu>, o en <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/ManualLegislacionEuropeaContraDiscriminacion.pdf>.

31 Art. 17.1.

32 Art. 18.

dos a la concreta exigencia legal existente en materia de no discriminación. De otra parte, existen acuerdos colectivos que se ocupan de manera directa de instaurar ciertos recursos preventivos, de control o reparación de situaciones discriminatorias. Así, podemos distinguir el articulado convencional relativo a la no discriminación entre el necesario y el voluntario³³.

Entre ese contenido necesario, merece una especial atención el art. 85 del ET, ya que en el mismo se recoge (“sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos”³⁴) “el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. Nos encontramos así con una fórmula ambivalente y relativamente confusa. En primer lugar, si se presta atención al contenido del precepto, este establece únicamente el “deber de negociar”, no de llegar a un acuerdo colectivo al respecto de las “medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral”. Por su parte, la expresión “en su caso” tiene que ver con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 85 ET, que preceptúa (de nuevo “sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes”) “el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores”.

Y es que, a este respecto debe observarse que los tribunales laborales vienen concluyendo desde hace décadas que la obligación de negociar conforme a la buena fe no supone la obligación de llegar a un acuerdo³⁵. En estas ocasiones, el alcance de lo dispuesto colectivamente se agota cuando las partes han accedido a negociar de buena fe, sin que quepa confundir deber de negociar con deber de convenir. La redacción del precepto, pues, invita a entender que los negociadores sociales no se encuentran con la necesidad de acordar las medidas a las que se refiere la norma colectiva. No es esta, sin embargo, la hermenéutica del precepto que utiliza la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que viene concluyendo con relación a los planes de igualdad³⁶ que “una interpretación lógico-sistemática del cita-

.....

33 No obstante, según la doctrina “una práctica bastante habitual en la negociación colectiva es la de recoger cláusulas antidiscriminatorias generales que a veces refieren en exclusiva a igualdad por razón de sexo y, otras veces, son genéricas para toda forma de discriminación” (PÉREZ CAMPOS, A.I., “Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII, 2010, pág. 146).

34 Art. 85.1, párr. 2º.

35 En efecto, el deber legal de negociar de buena fe debe interpretarse en el sentido de que “si bien el art. 89 del E.T., impone el deber de iniciar una negociación, cuando ésta sea procedente, imponiendo igualmente a las partes el deber de llevar a cabo esa negociación de buena fe, no significa, como esta Sala ha declarado reiteradamente, que exista un deber de llegar a alcanzar el acuerdo pretendido” (STS de 15 de septiembre de 2015 [Rec. núm. 218/2014]).

36 Utilizando como apoyo exegético lo dispuesto en los dos primeros números del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

do precepto nos muestra que es obligatoria la negociación del Plan de Igualdad en el supuesto de empresas de más de 250 trabajadores³⁷. En cambio, por lo que se refiere al resto de medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, parece que en esta ocasión sí, los interlocutores sociales solo se encuentran obligados a negociarlos, pero no a convenirlos necesariamente. Así se desprende, además de lo dispuesto estatutariamente, del contenido del art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007, cuyo apartado 5 establece que “la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras”.

Este particular planteamiento jurídico da lugar necesariamente en la práctica a que “para unas empresas será obligatorio contener y aplicar todas estas medidas, mientras que en otras ni siquiera las van a contemplar”³⁸. A ello debe añadirse, además, la indeterminación conceptual del precepto estatutario, ya que con relación a las empresas de menos de 250 trabajadores estas simplemente deben negociar “medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral”, sin que sepamos a qué se refiere la norma, al no existir concreción alguna tampoco en la Ley Orgánica 3/2007. La única referencia concreta a tales medidas se contiene en el art. 48 de la norma orgánica, que exige a las empresas “promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”, y “con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación”.

Así, no es de extrañar que la negociación colectiva haya recogido ese mandato legal, y se vengán incorporando a los convenios colectivos distinto clausulado relativo a medidas de prevención de acoso sexual y sexista, lo cual, según entienden algunos autores, resulta “una primera impresión bastante alentadora en relación con las medidas de prevención de acoso sexual y sexista, dada la aparición –sin duda a consecuencia de los mandatos obligatorios contenidos en el artículo 48 de la LOIEMH– de medidas antia-coso en numerosos convenios colectivos sectoriales estatales donde antes no existían o donde existían de una manera muy general”³⁹. En general, “la obligación establecida en el artículo 48 de la Ley de Igualdad se suele cumplir a través de la negociación colectiva,

37 STS de 9 de mayo de 2017 (Rec. núm. 85/2016).

38 AMAADACHOU KADDUR, F., *El contenido del convenio colectivo. Especial referencia al contenido mínimo legal necesario*, Tesis doctoral (Granada, 2014), pág. 221, localizable en <https://digibug.ugr.es>.

39 LOUSADA AROCHENA, J.F., “Acoso sexual y sexista en la negociación colectiva: el estado de la cuestión”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº. 36, 2015, pág. 21.

incorporando el protocolo de actuación como parte del convenio colectivo, suscribiéndolo como anexo o como instrumento específico en virtud del compromiso asumido en el convenio”⁴⁰

Exceptuando, pues, todo lo relativo al acoso, la respuesta a la “invitación” normativa debe encontrarse en la negociación colectiva, y de ella resultan multitud de mecanismos de promoción, algunos de ellos directamente dirigidos a la proscripción de la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. Aquí la literatura jurídica al respecto resulta abrumadora, existiendo multitud de estudios acerca de la relación de simbiosis entre la negociación colectiva y la prohibición de discriminación⁴¹, de lo que se desprende una amplia panoplia de mecanismos convencionales antidiscriminación, entre otros, los relativos a materia retributiva, prevención de riesgos laborales, orientación sexual (e identidad de género), edad, discapacidad, enfermedad, apariencia física, origen racial o étnico, motivos religiosos y motivos sindicales⁴².

Aparentemente no sucede lo mismo en materia de infracciones y sanciones convencionales, habiendo advertido la doctrina que el “análisis de esta temática desde la perspectiva jurídico-laboral de la igualdad entre hombres y mujeres es estéril, y la búsqueda de previsiones convencionales específicas infructuosa”⁴³, ya que “no hay concreciones ciertas y directas relacionadas con el desigual trato que la empresa, en su dinámica laboral, dispensa a hombres y a mujeres, ni tampoco tipificación de actitudes que dañen otros derechos instrumentales relacionados con la igualdad, o con su puesta en valor: maternidad, paternidad, ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, etc.”⁴⁴. Advierte, sin embargo, esta misma doctrina que “más común ha sido común prever como falta laboral en el ámbito del convenio cualquier actuación discriminatoria que conlleve u ocasione un resultado lesivo al trabajador, cualquier conducta discriminatoria por motivos inconstitucionales”⁴⁵. No obstante, no puede afirmarse que se trate de una práctica habitual en la negociación colectiva española.

40 ORDÁS BERCIANO, E.D., “Los protocolos de acoso”, en BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. (coord.), *La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de Igualdad*, Universidad Carlos III (Madrid, 2017), pág. 95.

41 Ya desde el temprano estudio de la CCNCC coordinado por LOUSADA AROCHENA, J.F., relativo a *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, publicado en Madrid en 2008, la doctrina científica se ha venido preocupando de la relevancia de la Ley Orgánica 3/2007 en el ámbito de las relaciones laborales.

42 Mecanismos todos ellos estudiados con profundidad en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MESS (Madrid, 2016), págs. 169 y ss., localizable en https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Estudios.

43 ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Procedimiento sancionador”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MESS (Madrid, 2016), pág. 494.

44 ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Procedimiento sancionador”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MESS (Madrid, 2016), pág. 495.

45 ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Procedimiento sancionador”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MESS (Madrid, 2016), pág. 499.

III. LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Más allá de la protección convencional, se encuentra el recurso a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁴⁶. Así lo manifiesta de manera expresa la exposición de motivos de su norma reguladora: “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en cuanto servicio público encargado de la vigilancia y control de la normativa social, contribuye decisivamente a la preservación de los derechos de los trabajadores, que la legislación laboral consagra, y al sostenimiento del sistema de protección social, para lo que debe planificar adecuadamente su actividad de vigilancia y control, especialmente en aquellos ámbitos en los que existe una alta demanda de los ciudadanos, como son los relativos al régimen de contratación laboral, a la dualidad del mercado de trabajo, al acceso a puestos de trabajo y a la ejecución de la prestación laboral en condiciones de igualdad y no discriminación, al derecho a la seguridad y salud en el trabajo y a la garantía y pervivencia de un régimen público de Seguridad Social”⁴⁷.

Y así se reitera a lo largo de su articulado de cuatro maneras distintas: 1) estableciendo como objeto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, entendiendo por normas del orden social, entre otras, “las relativas a materias laborales..., igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el empleo”⁴⁸; 2) instaurando como uno de los principios ordenadores del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social la “imparcialidad, objetividad e igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la función inspectora”⁴⁹; 3) garantizando “la efectividad de los principios de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la actividad inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante una aplicación homogénea de la normativa del orden social”⁵⁰; y 4) señalando como cometidos de la función inspectora, entre otros, el de “vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos, en [el ámbito de

.....

46 Es de resaltar que “La Inspección de Trabajo nace en el seno del Instituto de Reformas Sociales, creado en 1903 con la misión de «preparar la legislación de trabajo en su más amplio sentido, cuidando de su ejecución, organizando para ello los necesarios servicios de inspección...»... [y] ya en las primeras Instrucciones dictadas a los Inspectores de Trabajo para el régimen y unidad del servicio en 1909 se observa la primera muestra de interés por la proporción de salarios o jornales de hombres y mujeres” (GARCÍA LOMBARDÍA, S., “El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: Un análisis a la luz del principio de transparencia”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pág. 930).

47 Exposición de motivos II de la Ley 23/2015, de 21 de julio.

48 Art. 1.2 de la Ley 23/2015.

49 Art. 2.d) de la Ley 23/2015.

50 Art. 20.2 de la Ley 23/2015.

las] normas en materia de tutela y promoción de la igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo”.

La actuación de la Inspección de Trabajo en materia antidiscriminatoria no se acaba ahí. Tal y como recoge el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020⁵¹, el Congreso de los Diputados, el 19 de septiembre de 2017, aprobó una Proposición no de Ley por la que insta al Gobierno a elaborar, en colaboración con las comunidades autónomas y los agentes sociales, una estrategia que incluya medidas normativas y planes de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en cumplimiento de lo anterior se elaboró un Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020, que contempla las prioridades del Ministerio de Empleo y Seguridad Social para ese período temporal, en el que se presta especial atención la actuación de la Inspección en materia de igualdad y no discriminación. Así, en dicho plan, entre sus objetivos estratégico se elabora el diseño de cuatro ejes⁵², que se estructuran en varios objetivos, y entre ellos “mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de igualdad y no discriminación”⁵³, que se concreta en las siguientes actuaciones: 1) el establecimiento de sistemas de detección de la brecha salarial, el diseño de campañas con enfoque de género y la especialización funcional de funcionarios de los cuerpos de inspección en estas materias; 2) especialización funcional de inspectores de Trabajo y Seguridad Social en materia de igualdad, tanto en la relación laboral como en el acceso al empleo, priorizando actuaciones relativas a colectivos especialmente vulnerables, entre los cuales se encuentran mujeres, personas con discapacidad, e inmigrantes; 3) diseño de campañas específicas en materia de igualdad de género; 4) establecimiento de sistemas de detección de discriminación salarial por razón de género mediante nuevos procedimientos de selección de empresas que tengan en cuenta la información contenida en diversas fuentes de información; 5) diseño de acciones de formación específicas en materia de discriminación por razón de género; y 6) realización de campañas específicas, en colaboración con las Comunidades Autónomas y con la Dirección General de Empleo, que tengan por finalidad detectar, con carácter previo a la publicación de convenios colectivos, posibles cláusulas discriminatorias existentes en los mismos.

Posteriormente, el Consejo de Ministros en su reunión del día 16 de noviembre de 2021 adoptó un Acuerdo por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección

.....

51 Publicado en el BOE de 19 de abril de 2018, mediante Resolución de 11 de abril de 2018 de la Subsecretaría Ministerio Empleo y Seguridad Social.

52 Que afectan a: Eje 1: Actualización de la Organización y Funcionamiento. Eje 2: Calidad en el Servicio. Eje 3: Eficacia en la Actuación. Eje 4: Asistencia Técnica y Mediación.

53 Objetivo 7 del punto 4 de la Resolución de 11 de abril de 2018.

de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, publicado en el BOE de 3 de diciembre de 2021, mediante 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. En él se presta especial atención al acelerado progreso tecnológico, con la consiguiente necesidad de eliminar las brechas de género y avanzar hacia la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo que a su vez demanda una alta capacidad de respuesta y adaptación por parte de la Inspección. Y así, en su anexo se señala la actividad de la Inspección “puede favorecer de modo decisivo la implementación exitosa de políticas públicas que ayudarán a conseguir otros de los 17 Objetivos que plantea la Agenda 2030”, con especial atención “a la «Igualdad de Género» (ODS 5), por el papel central y determinante que asume la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en cuanto a evitar y perseguir discriminaciones por causa de género en el ámbito laboral, sean estas relativas al acceso, al salario, a las condiciones del puesto o a cualquier otro aspecto”.

No debe extrañar, pues, que ese mismo anexo añada que la finalidad del plan “busca atribuir a la ITSS un papel central como administración garante de la efectividad de los derechos sociales en su ámbito de gestión, en el marco de un proceso de reconstrucción económica y social del país y a la luz del compromiso del Gobierno con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, de modo muy especial los atinentes a conseguir trabajo decente para todos y todas y a la igualdad de género en el mundo del trabajo”. En consecuencia, el plan señala como objetivos estratégicos, entre otros, los siguientes: 1) Potenciar actuaciones sobre todas las materias competencia de la Inspección (laboral, empleo, Seguridad Social, seguridad y salud) en sectores de actividad afectados por condiciones de trabajo más precarias, teniendo en cuenta las experiencias ya realizadas en el sector agrario y sobre camareras de piso e incorporando perspectiva de género⁵⁴; 2) un procedimiento armonizado para la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la investigación de enfermedades profesionales declaradas, que permita, no sólo la correcta identificación de sus causas y su origen, sino también el aprovechamiento epidemiológico de la información recogida durante la misma, con fines de planificación preventiva, en colaboración con dicho Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y las autoridades sanitarias y laborales nacionales y autonómicas, siempre teniendo en cuenta la perspectiva de género⁵⁵; 3) proponer modificaciones que afectan al Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que tendrán como objetivo la cobertura de lagunas en relación a los

.....

54 Cfr. Actuación 2.2.

55 Cfr. Actuación 2.5.

incumplimientos normativos en materia, por ejemplo, de procedimientos de prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo y del registro salarial con el fin de combatir la discriminación retributiva por razón de género⁵⁶; 4) abordar el desarrollo reglamentario del artículo 46 bis dos del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, para que pueda imponerse la sustitución de la sanción accesoria prevista en las infracciones muy graves por discriminación por razón de sexo, por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, y siempre que la empresa no estuviere obligada a la elaboración de dicho plan⁵⁷; 5) intensificar la colaboración, principalmente con el Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad, y también con los órganos competentes en materia de igualdad de género a través de las autoridades laborales correspondientes, la cual deberá tener como objetivo el conocimiento mutuo y el aprovechamiento de los recursos de cada uno de los organismos, con la finalidad común de luchar contra cualquier tipo de discriminación en el entorno laboral⁵⁸; 6) se planificarán actuaciones con perspectiva de género⁵⁹; 7) se llevarán a acabo acciones de formación y sensibilización del personal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con funciones inspectoras, en materia de violencia contra las mujeres por razón de género en el entorno laboral, así como sobre los derechos laborales legalmente reconocidos a las víctimas de esta violencia⁶⁰; 8) se avanzará en las actuaciones destinadas a la igualdad por razón de género en colectivos especialmente vulnerables, prestando especial atención a los casos de discriminaciones múltiples, así como de discriminaciones interseccionales⁶¹; y 9) se creará, una Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación⁶².

Aunque pueda parecer que el legislador español resulta especialmente sensible en materia de no discriminación (que lo es), lo cierto es que el comunitario le ha dado un pequeño impulso en lo que a su actuación se refiere. Basta con echar un vistazo a la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, para darse cuenta de la importancia que el derecho comunitario otorga a la lucha contra la discriminación en las relaciones laborales, imponiendo (mediante una serie de “disposiciones horizontales”⁶³ que la doctrina califica de “particular

56 Cfr. Actuación 4.4.

57 Cfr. Actuación 4.4.

58 Cfr. Actuación 5.2.

59 Cfr. Actuación 5.3.

60 Cfr. Actuación 5.4.

61 Cfr. Actuación 5.5.

62 Cfr. Actuación 7.1.

63 Así se rubrica su Título III. Según la doctrina, “la mayoría de las Directivas de la UE carecen de instrucciones de aplicación o cláusulas horizontales. Ello es consecuente con la naturaleza jurídica de las Directivas, que no pretenden configurar obligaciones concretas para los sujetos sino compromisos para la consecución de determinados objetivos.

intensidad”⁶⁴) a los Estados miembros la necesidad de velar “porque las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva”⁶⁵.

Cierto que la actuación de la Inspección de Trabajo es importante, cierto que la Unión Europea muestra una especial sensibilidad normativa en materia de no discriminación, pero, seamos honestos, una de las mejores maneras de garantizar un panorama laboral libre de cualquier tipo de discriminación —alejados incluso de la naturaleza a otorgar a las infracciones y sanciones laborales— no es otra que mediante el establecimiento de un completo y adecuado régimen de infracciones y sanciones. Así lo reconoce incluso (de nuevo) la propia Unión Europea, exigiendo a los Estados miembros el establecimiento de un “régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la presente Directiva, y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”⁶⁶. No se debe olvidar, en cualquier caso, que “la responsabilidad administrativa es ... la que de manera más ágil, precisa y contundente reacciona frente a los incumplimientos del empresario”⁶⁷, y así la “obligación-incumplimiento-sanción actúan como trío del que la responsabilidad administrativa es el puente que los une, de modo que, si hay obligación e incumplimiento, habrá sanción siempre y cuando haya responsabilidad administrativa”⁶⁸.

En el ordenamiento laboral español el catálogo de responsabilidades se contiene, como se sabe, 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 Social. Más en concreto,



Sin embargo tanto la Directiva 2006/54, para la discriminación por razón de género, como las otras dos Directivas sobre las otras causas de discriminación prohibida (Directiva 2000/43 y Directiva 2000/78) contienen cláusulas horizontales o instrucciones para los Estados miembros acerca del modo en que deben asegurar la efectividad de sus presupuestos. Ello en parte es consecuente con la especial naturaleza de las Directivas antidiscriminatorias que, como se ha expuesto en otro lugar, tienen atribuida eficacia directa horizontal entre particulares, superando la eficacia ordinaria de las Directivas clásicas y acercándose en cierto modo a la eficacia de los reglamentos UE” (BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch [Valencia, 2017], pág. 203).

64 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2017), pág. 203.

65 Art. 17.2.

66 Art. 25 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio.

67 PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, Tesis doctoral (Granada, 2019), pág. 111, localizable en <https://digibug.ugr.es>.

68 PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, Tesis doctoral (Granada, 2019), pág. 108, localizable en <https://digibug.ugr.es>.

las posibles infracciones y sanciones administrativas por incumplimiento de la normativa en materia de no discriminación se tipifican en dicha norma, de manera aunque escasa sí que con pretensión omnicomprensiva, siendo su “finalidad disuasoria y preventiva”⁶⁹. No se trata, sin embargo, de algo que pueda tacharse de novedoso, ya que la jurisprudencia viene recogiendo desde hace décadas la actuación de la Inspección de Trabajo en materia de discriminación.

Un ejemplo de que es así se puede apreciar en una STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de marzo de 1999⁷⁰, relativa a un acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo “en el hecho de proceder la empresa a publicar una oferta de empleo en el diario de «La Vanguardia» de 24 de octubre de 1993, con el siguiente texto: «Adjunto Jefe Exportación. Necesita importante empresa de prendas infantiles con experiencia para la venta. Con perfecto dominio escrito y hablado del inglés y francés. Se valorará conocimiento de italiano. Chico libre s.m., dinámico, facilidad de trabajo, dispuesto a viajar, vehículo propio. Interesados enviar currículum escrito a mano y fotografía reciente a la Ref. 891 de Publicidad Fermalli-Maresme. Apdo. 234, 08300 Mataró». Y en la que se concluyó que “la lectura del anuncio de la oferta de empleo publicada en un medio de comunicación por la empresa recurrente no permite advertir la concurrencia del ánimo volitivo doloso en perseguir una acción concreta de discriminación negativa por pretender favorecer exclusivamente el acceso al puesto de trabajo y la contratación laboral de personas de sexo masculino, que constituye un requisito nuclear en la exigencia de la imputabilidad y de reprochabilidad en la comisión del ilícito que constituye el objeto del procedimiento sancionador por infracción del artículo 28.2 de la referida Ley social”, ya que “la utilización del género masculino en abstracto, para identificar el puesto de trabajo, que puede tacharse de irregular desde la perspectiva lingüística, como reconoce la representación de la empresa recurrente en sede administrativa, no evidencia intención de discriminar a aquellas personas del sexo femenino que pretendan acceder a desempeñar ese puesto de trabajo en la empresa, ni la mención de la expresión «chico libre Servicio militar» deriva inmediatamente en la exclusión de las mujeres de la oferta de empleo”.

Hoy en día, el catálogo de infracciones y sanciones que contiene la LISOS en materia de no discriminación resulta, como se indicó, realmente escaso. Y es que, un vistazo a la norma nos revela que la discriminación solo se concreta como de manera específica como infracción laboral en muy pocos supuestos, que serían los siguiente: 1) resulta infracción muy grave en materia de derechos laborales “Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o

69 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2017), pág. 206.

70 Rec. núm. 2233/1995.

discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”⁷¹; 2) en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, resulta infracción muy grave “las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación, favorable o adversa, por razón del sexo, nacionalidad, lengua, estado civil, condición social, ideas religiosas o políticas y adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de las actividades sindicales”⁷²; 3) en materia de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y sociedades cooperativas europeas, resultan sancionables “las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, que contengan o supongan cualquier tipo de discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas por razón de sexo, nacionalidad, origen,

.....

71 Art. 8.12 de la LISOS. Según dispone el art. 40.1.c) de la LISOS, tales infracciones se sancionarán con “multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros”. Además, de acuerdo con el art. 46 bis de la norma sancionadora, se establecen una serie de responsabilidades accesorias, que en este caso el apartado 2 de la LISOS concreta del siguiente modo: “No obstante lo anterior, en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, las sanciones accesorias a las que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, y siempre que la empresa no estuviere obligada a la elaboración de dicho plan en virtud de norma legal, reglamentaria o convencional, o decisión administrativa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias. En el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 17 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma: a) Pérdida automática, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, de las ayudas, bonificaciones y beneficios a los que se refiere la letra a) del apartado anterior, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. La pérdida de estas ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo afectará a los de mayor cuantía, con preferencia sobre los que la tuvieren menor en el momento de la comisión de la infracción. Este criterio ha de constar necesariamente en el acta de infracción de forma motivada. b) Exclusión del acceso a tales beneficios por un período de seis meses a dos años, a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias”.

72 Art. 9.2.c) LISOS. Según dispone el art. 40.1.c) de la LISOS, tales infracciones se sancionarán con “multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros”.

incluido el racial o étnico, estado civil, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de las actividades sindicales, o lengua”⁷³; y 4) en materia de empleo, más en concreto, de los empresarios, de las agencias de colocación, de las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones de formación profesional para el empleo programada por las empresas y de los beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de empleo y ayudas al fomento del empleo en general, aparece como sancionable la conducta consistente en “solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”⁷⁴.

IV. LA TUTELA EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

El postrero bastión antidiscriminatorio en el ámbito jurídico-laboral resultan ser los jueces y magistrados de lo social. Lo deseable sería que el acceso a la jurisdicción social apareciese como el último y extraordinario recurso obrero frente a cualquier conducta discriminatoria, pero lo cierto y verdad es que no es así, los pleitos sobre no discriminación (así en general) siguen siendo relativamente habituales en el foro. Si acudimos a cualquier base de datos jurídica de uso común (por ejemplo, en acceso abierto, a la base de datos jurisprudencial del CGPJ⁷⁵), resulta que la introducción del término “discriminación” en su motor de búsqueda nos proporciona un total de 2.829 resoluciones judiciales dictadas durante el año 2021. Sea como fuere, lo cierto es que ahora únicamente nos interesan los concretos mecanismos procesales que el legislador ha proporcionado al máximo intérprete del derecho a la hora de resolver pleitos en los que se discute la presencia de una situación de discriminación, proscrita por el ordenamiento jurídico-laboral español.

73 Art. 10 bis.2.d) LISOS. Según dispone el art. 40.1.c) de la LISOS, tales infracciones se sancionarán con “multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros”.

74 Art. 16.1.c) LISOS. Según dispone el art. 40.1.c) de la LISOS, tales infracciones se sancionarán con “multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros”.

75 Localizable en www.poderjudicial.es.

4.1. La inversión de la carga de la prueba

Porque esos mecanismos procesales existen, y merecen una especial atención⁷⁶. El primero de ellos resulta ya un clásico en la jurisprudencia laboral. Nos estamos refiriendo a la inversión de la carga de la prueba en pleitos relativos a vulneración de derechos fundamentales y no discriminación. Esa primera línea de defensa resulta ser, como es bien sabido, de construcción judicial⁷⁷. La sentencia iniciática resulta ser aquí la STCo 38/1981, de 23 de noviembre, donde se señalaba que “un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral ... se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional”. Posteriormente, la STCo 38/1986, de 21 de marzo, proclamó abiertamente que “es el demandante el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando alega la existencia

76 No debe olvidarse, sin embargo, que “en el proceso laboral «los órganos judiciales han de estar especialmente comprometidos en el descubrimiento de la totalidad de la relación jurídico-material debatida, a cuyo fin deben ser también exhaustivos en la introducción del material probatorio ... a fin de obtener dicha plenitud del material instructorio sobre los hechos controvertidos en el proceso» (STC 227/1991, de 28 de noviembre, F. 4). De ahí que, ante situaciones en las que «las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución)» determine como lógica consecuencia que, en materia probatoria, «la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba», sin que «las deficiencias y carencias en el funcionamiento de un órgano administrativo» puedan «repercutir en perjuicio del solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza» (STC 227/1991, de 28 de noviembre, F. 3, y STC 116/1995, de 17 de julio, F. 1)” (STCo 61/2002 de 11 marzo). Así, según una STSJ Cataluña de 5 de abril de 2019 (Rec. núm. 30/2019), “esta finalidad de búsqueda de la verdad material, autoriza al Juzgador/a a acordar medios de prueba que estime necesarios como diligencias finales..., acordar el informe del médico forense... o acordar el informe de expertos..., por lo que el principio dispositivo y el principio de aportación de parte se ven intensamente matizados, sin que ello quiebre la imparcialidad, puesto que tales facultades vienen a hacer real y efectiva ..., la igualdad de armas en un proceso entre desiguales. No puede obviarse, a tal respecto, que en el proceso laboral se resuelven pretensiones entre partes formalmente iguales pero en pie material de desigualdad, sea cuando tratamos de procesos que se ventilan entre empresarios y trabajadores, sea cuando tratamos de procesos que se sustancian entre la administración y el ciudadano. En materia de carga de la prueba, tales desigualdades materiales se traducen en situaciones hegemónicas de una parte respecto de las fuentes de prueba, que han servido para que el TC tenga en consideración dicha realidad en orden a evitar que las normas de carga de la prueba, unida a dichas situaciones hegemónicas, desemboquen en supuestos de indefensión material”.

77 De acuerdo con la doctrina más autorizada, las construcciones judiciales y doctrinales europeas en materia de distribución de la carga de la prueba tienen como ejemplo y precedente la jurisprudencia estadounidense; así “el Tribunal Supremo, en el Caso Green vs McDonnell Douglas, 411 US 792 (1973), consideró que al demandante le basta demostrar un «prima facie case of discrimination» –en el caso, el rechazo a contratar a un solicitante cualificado perteneciente a una minoría quedando vacante el puesto de trabajo o ocupado por alguien que no era de esa minoría- y, hecho esto, se desplaza la prueba al empleador porque, como todo empleador actúa racionalmente, conoce y puede explicar las razones de su decisión y, si no lo hace, el motivo más probable del rechazo es la discriminación. La doctrina ha sido matizada en el Caso St. Mary’s Honor Society vs Hicks, 509 US 502 (1993), en el sentido de que, aún si el empleador ofrece una explicación que el demandante demuestra injustificada, el órgano judicial puede concluir –según las circunstancias- que no hay discriminación, sin que exista un derecho automático del demandante basado en la normativa antidiscriminatoria a obtener sentencia favorable ante la ausencia de una prueba plena” (LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch [Valencia, 2014], pág. 552).

de una discriminación ... , [y] esa actividad probatoria ha de recaer, sobre la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato, y por lo menos, sobre la existencia de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación”, de este modo, “desenvuelta por el afectado la actividad probatoria que le era razonablemente exigible, era posible deducir la presunta discriminación sufrida y ello hubiera debido bastar para que pesase sobre la parte demandada la carga de desvirtuar esa presunción”, iniciando así de manera eficiente la construcción de una doctrina constitucional que la STCo 114/1989, de 22 de junio, concluirá afirmando que “cuando ante un despido se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio ..., de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario «la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido»”. No se trata aquí, finaliza la sentencia, “de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, la no discriminación, pero sí de entender (ibidem) «que es el empresario el que debe probar que el despido tachado de discriminatorio obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical», principio que si bien es aplicable a todos los trabajadores, lo es aún más a aquellos que podríamos considerar más vulnerables por ser candidatos o «haber sido presentados como candidatos a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores» (ibidem). En aplicación de tal doctrina hemos afirmado que en supuestos como los así acotados el Tribunal del orden social ha de llegar a la convicción, no de que un despido razonablemente tachado de discriminatorio no fue «absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino (a la convicción) de que el despido es absolutamente extraño a una conducta de carácter antisindical, de modo que pueda estimarse que, aun puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímilmente, en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable desde la mera perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial»⁷⁸.

Esta doctrina judicial se trasladó en su momento a la normativa adjetiva laboral, y hoy se contiene en el art. 96.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción

78 Según la doctrina, “la referencia a los «indicios racionales» se completó, en la STC 114/1989, de 22 de junio, con la referencia a «una razonable sospecha» como palancas ambas válidas para desplazar la carga de la prueba. También en la STC 21/1992, de 14 de febrero, se alude a «unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de... discriminación o lesión». ¿Quiere esto decir que, además de la prueba de indicios, se admite otro mecanismo probatorio sustentado en la sospecha o apariencia? Alguna doctrina ni se plantea la posibilidad de más mecanismos que el de los indicios, mientras otra admite la posibilidad de usar el mecanismo del principio de prueba. Obvio es decir se trata de mecanismos diferentes. Después de cierta ambigüedad jurisprudencial, la STC 90/1997, de 6 de mayo, claramente introduce la expresión principio de prueba cuando se refiere a «la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental ... principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido». Un párrafo el transcrito que, por su reiteración en sentencias posteriores, se ha convertido en tópico judicial” (LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch [Valencia, 2014], pág. 556).

social, conforme al cual “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Como decimos, no se trata de una previsión normativa novedosa, por cuanto que el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, ya señalaba en su art. 96 que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

El problema en aquel momento era que, al igual que sucedía con el art. 96, el art. 178.2 de la norma procesal de 1990, con relación a la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical, señalaba que “en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Resultaba así evidente que “ambas normas diferían, además de en los derechos contemplados, en su sede iuris –aquella entre las normas procesales comunes, mientras esta en el proceso de tutela-, y en su contenido –aquella invertía la prueba cuando de las alegaciones de la parte actora se dedujese la existencia de indicios fundados, mientras esta era una vez constatada la existencia de indicios”⁷⁹. Hoy en día, sin embargo, la norma adjetiva laboral “ha resuelto estas discordancias normativas. En primer lugar, tanto su artículo 96.1 como el 181.2, se refieren a todos los derechos fundamentales y libertades públicas –aunque el 96.1, de manera más omnicompreensiva, alude especialmente a las discriminaciones y el acoso-. Y, en segundo lugar –y más importante-, el 181.2 no dice –como el 179.2- «una vez constatada la existencia de indicios», sino «una vez justificada la existencia de indicios», lo cual supone una recepción de la técnica del principio de prueba que se sustenta en justificaciones dirigidas a trasladar al juez la sospecha de la lesión, permitiendo incluso que las justificaciones surjan de las alegaciones de la parte actora –como admite el artículo 96.1”⁸⁰.

Resulta así, pues, que en la actualidad y en el seno del proceso laboral, “la protección de los derechos fundamentales [y la no discriminación] halla un instrumento procesal nece-



79 LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pág. 580.

80 LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pág. 580.

sario en la distribución de la carga de la prueba que es propia de este tipo de controversia ..., según la cual en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Consiguientemente, la afirmación de la vulneración del derecho ha de ir acompañada de la acreditación de indicios de los que quepa deducir la posibilidad de que la vulneración constitucional se haya producido; esto es, que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación (STC 92/2008, 125/2008 y 2/2009). Sólo entonces surge para el demandado la carga de probar que los hechos motivadores se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales (STC 183/2007, 257/2007, 74/2008, 125/2008 y 92/2009)”⁸¹.

4.2. El informe de expertos

El segundo de esos mecanismos procesales —cuya aparente finalidad podría ser, de acuerdo con el derecho comunitario, “imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante”⁸²— se encuentra ubicado en el art. 95.3 de la LRJS, cuyo contenido es el siguiente: “cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso, el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes”. Aquí no se trata más que de la actualización de lo dispuesto en el art. 95.3 del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se indicaba que “cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, el Juez o Tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes”. Porque, como es fácilmente advertible, la norma procesal del siglo pasado se refería únicamente la discriminación por razón de sexo, y en “la redacción vigente –que proviene de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y se mantiene en la LRJS- se [incluye ahora] –en consonancia con las discriminaciones prohibidas en el derecho comunitario: sexo en Directiva 2006/54/CE, origen racial o étnico en Directiva 2000/43/CE, y religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en Directiva 2000/78/CE”⁸³.

81 STS de 27 de octubre de 2021 (Rec. núm. 3493/2018). En este mismo sentido puede verse, entre otras muchas (esta ya referida a un caso concreto de discriminación por razón de género) una STS de 4 de abril de 2017 (Rec. núm. 3466/2015).

82 Art. 19.2 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio.

83 LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. (coord.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Laborum (Murcia, 2019), pág. 140.

A falta de previsión expresa en la norma, resulta evidente que “la decisión del [juez o] tribunal de requerir el dictamen de expertos sobre la cuestión objeto de pleito puede acordarse en el momento del acto del juicio”⁸⁴, o incluso antes del mismo, pero en todo caso (que será lo aconsejable) “puede reservarla como diligencia final a la vista del examen del material probatorio”⁸⁵. Siendo así, el informe que se requiera “puede versar sobre cualquier aspecto vinculado a la cuestión de discriminación que se dirime en el proceso”⁸⁶, e incluir “la información sobre datos estadísticos, como los referidos a la situación de la mujer en determinado sector profesional o la situación de infra representación o el nivel retributivo respecto de trabajadores del otro sexo ..., [debiendo destacarse] la importancia del recurso a la prueba estadística, que ha sido admitida como criterio relevante en las decisiones sobre la existencia de discriminación, especialmente en los supuestos de discriminación indirecta”⁸⁷.

En cualquier caso, a la vista de la letra de la norma, parece evidente que la decisión sobre la práctica de este medio probatorio queda al arbitrio discrecional del juzgador⁸⁸, tal y como confirma una STSJ Galicia de 10 de junio de 2020⁸⁹, según la cual “en el caso que nos puede concluirse que fuera necesaria la práctica de la emisión del informe por la Inspección de Trabajo, a la vista de la existencia de otros medios de prueba. En tal sentido, el magistrado en auto de 8 de mayo de 2019 señala que la LRJS no establece con carácter preceptivo la emisión de tal informe; y así el art. 95 LRJS recoge la posibilidad de recabar informe de expertos -entre ellos la Inspección de Trabajo- si el juez o tribunal «lo estima procedente», y tanto en el acto de juicio como mediante diligencia final. En el caso de autos, lo cierto es que el magistrado tuvo a su disposición medios de prueba suficientes como para fijar las funciones realizadas por el actor y otros trabajadores, tal y como resulta del hecho probado segundo, todo ello con suficiente detalle. En tal sentido, se practicó prueba documental y testifical de diversos trabajadores ... En definitiva, entendemos que

84 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C, “Artículo 95. Informe de expertos”, en BARRIOS BAUDOR, G.L. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi (Pamplona, 2020), pág. 661.

85 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C, “Artículo 95. Informe de expertos”, en BARRIOS BAUDOR, G.L. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi (Pamplona, 2020), pág. 661.

86 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C, “Artículo 95. Informe de expertos”, en BARRIOS BAUDOR, G.L. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi (Pamplona, 2020), pág. 664.

87 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C, “Artículo 95. Informe de expertos”, en BARRIOS BAUDOR, G.L. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi (Pamplona, 2020), pág. 664.

88 En este sentido, véase STSJ Andalucía (Granada) de 9 de julio de 2020 (Rec. núm. 2561/2019). No obstante, para la doctrina “lo que sí es un defecto, y grave, es la redacción potestativa del artículo 95.3 de la LJS porque, si el dictamen de los organismos públicos competentes es –salvo cuando actúa como asesoramiento institucional– un auténtico medio de prueba a cuyo través se aportan al juicio hechos –prueba de informes– o máximas de experiencia –prueba pericial–, existe un derecho a su admisión si la prueba es útil y pertinente, de modo que, si siéndolo se deniega, se vulnera el artículo 24 de la CE, y eventualmente el 14. Conclusión avalada en la letra del artículo 13.1 de la LOIEMH, que obliga al órgano judicial a recabar el dictamen «si lo estimase útil y pertinente». En consecuencia, el dictamen es, en estos casos, preceptivo” (LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch [Valencia, 2014], pág. 583).

89 Rec. núm. 4741/2019.

no se ha ocasionado indefensión real alguna a la parte por no admitirse el citado medio de prueba, puesto que las funciones y tareas desempeñadas, que era el extremo fundamental a dilucidar, se pudo determinar con suficiente detalle por el magistrado de instancia, como consta en los hechos probados y en la fundamentación jurídica, siendo suficiente la prueba practicada para ilustrar sobre tal extremo”⁹⁰.

Por otra parte, tales organismos públicos competentes pueden serlo “cualquiera cuyas competencias se correspondan con la utilidad de la prueba, y no solo los organismos de igualdad”⁹¹. Sea como fuere, lo cierto es que tal dictamen presenta, según su utilidad, una diferente naturaleza jurídica: 1) Como prueba de informes acerca de determinados datos estadísticos cuando se utiliza para verificar la existencia de impacto adverso sobre los colectivos protegidos en los supuestos alegación de discriminación sexista indirecta, o cuando se utiliza para verificar la justificación en la concreta realidad social de una medida de acción positiva; 2) como prueba pericial para acreditar el igual valor de los trabajos, uno masculino y otro femenino, sometidos a una comparación, a los efectos de verificar si existe discriminación retributiva en los términos establecidos en el artículo 28 del ET; y 3) como asesoramiento institucional, si bien aquí la utilidad del dictamen es mucho menor, al no aportar al juicio ni hechos, como en la prueba de informes, ni máximas de experiencia, como en la prueba pericial, sería un asesoramiento institucional no vinculante que, eso sí es una ventaja, valdría para cualquier conducta de discriminación⁹².

4.3. La modalidad procesal de tutela

El último mecanismo de protección resulta ser la modalidad procesal de los arts. 177 y ss. de la LRJS⁹³, que como se sabe viene referida a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas⁹⁴, y que permite a cualquier trabajador o sindicato que, invocando un

.....

90 Ahora bien, según una STSJ Galicia de 8 de junio de 2018 (Rec. núm. 7/2018), dicho informe, “pese a ser potestativo para el Juez de instancia, de ser aportados por las partes y solicitada la declaración para aclaraciones, entra dentro de las pruebas admisibles en derecho que éstas pueden proponer para su defensa, en cualquier caso y deberán ser admitidas de ser necesarias”.

91 LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. (coord.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Laborum (Murcia, 2019), pág. 145.

92 Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. (coord.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Laborum (Murcia, 2019), págs. 145 y ss.

93 A la que debe añadirse lo dispuesto en el art. 240.4 de la LRJS: “El Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de ejecución derivados de títulos ejecutivos en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y de libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas”.

94 “La LRJS se propuso «la asignación al juez social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales» –según se afirma en su Exposición de Motivos-, a cuyo efecto acomete tanto una reestructuración profunda del proceso laboral de amparo laboral ordinario regulado en el Capítulo XI del Título II del Libro Segundo, que de ser un proceso solo pensado para la libertad sindical que se extendía sin realizar las oportunas acomodaciones a los demás derechos fundamentales, pasa a ser un proceso pensado para todos ellos –arts. 177 a 183 de la LRJS-, como el fortalecimiento de la tutela al extenderse las garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales en las modalidades procesales especiales a las cuales se remite el art. 184 de la LRJS” (LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. [coord.], *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Laborum [Murcia, 2019], pág. 319).

derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, recabar su tutela a través precisamente de esa modalidad procesal, siempre y cuando “la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”⁹⁵.

Una de las mejores garantías para la víctima de discriminación es que “el Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas”⁹⁶; y así lo confirma la doctrina recaída en unificación, para la cual “la importancia de la integridad en la reparación de las víctimas de los vulnerados derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la indemnización procedente, se refleja en la esencial función atribuida al Ministerio Fiscal en el proceso social declarativo y de ejecución”⁹⁷.

Pese a todo, no es el momento ni el lugar para realizar una disección de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas⁹⁸, pero sí para dejar apuntadas algunas reflexiones particulares. La primera de ellas tiene que ver con lo dispuesto en los arts. 182 y 183 de la norma procesal. Según lo dispuesto en el primero de ellos, si la sentencia estimase la demanda, uno de sus necesarios efectos es el de disponer “el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183”⁹⁹. Ese art. 183, por su parte, señala, en primer lugar, que “cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”¹⁰⁰, añadiendo un poco más adelante, precisamente con relación a la

95 Art. 177.1 LRJS.

96 Art. 177.3 LRJS.

97 STS de 19 de mayo de 2020 (Rec. núm. 2911/2017).

98 Al respecto, véase LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. (coord.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Laborum (Murcia, 2019), págs. 319 y ss.

99 Art. 182.1.d) LRJS.

100 Apartado 1.

cuantía del daño, que el mismo deberá determinarse “prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”¹⁰¹.

Con relación a esa exigencia legal acerca del reconocimiento y cuantificación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales y discriminación en el orden social de la jurisdicción, sobre la que se ha afirmado que “ha sido, desde siempre, y por diferentes razones, una cuestión especialmente compleja”¹⁰², resulta que la jurisprudencia en unificación de doctrina sostiene que, tratándose de indemnización por daño moral en la infracción de derechos fundamentales, “tras una etapa inicial de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acreditara un específico perjuicio, considerando que éste debía de presumirse ..., se pasó a exigir la justificación de la reclamación acreditando indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pudiera asentar la condena ..., no obstante, la jurisprudencia se ha ido decantando por entender que dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales”¹⁰³. Lo que se corrobora “en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS -y 183.1 y 2 LRJS-, en la medida que, si bien es exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, se contempla la excepción en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada”¹⁰⁴.

Así, el Tribunal Supremo ha pasado de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume, a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena, pero “en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral ... y por la consideración acerca de la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en

101 Apartado 2.

102 LÓPEZ TERRADA, E., “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2–39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>, pág. 4.

103 STS de 24 de octubre de 2019 (Rec. núm. 12/2019).

104 STS de 24 de octubre de 2019 (Rec. núm. 12/2019).

términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica ..., y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia”¹⁰⁵.

De este modo para el alto tribunal resulta claro que la norma procesal laboral “viene a atribuir a la indemnización -por atentar contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria [la utópica restitutio in integrum], sino también la de prevención general”¹⁰⁶. Y con relación a la fijación de dicha indemnización “la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional..., a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala.... De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente”¹⁰⁷.

El problema así se plantea a la hora de fijar el quantum indemnizatorio. En estas ocasiones la doctrina del Tribunal Supremo entiende que el tribunal debe pronunciarse sobre la cuantía del daño, “determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño... deduciéndose que respecto al daño..., tratándose especialmente de daños morales..., debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención”¹⁰⁸. Por lo tanto, probada la discriminación debe acordarse el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho. Tal integridad comporta, “entre otros extremos, la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida

.....

105 STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 624/2016). Según la doctrina “en la modificación de la doctrina de la Sala de lo Social había influido, además de los cambios legislativos, el criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral, cuya aplicación, según señalaba el propio Tribunal, incluso se recomienda en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL -«Principles of European Tort Law» o principios de derecho europeo de responsabilidad civil- y por UNIDROIT -Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado- (STS de 19 de diciembre de 2017, Rec. 624/2016)” (LÓPEZ TERRADA, E., “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2–39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>, pág. 17).

106 STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 624/2016).

107 STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 624/2016).

108 STS de 5 de octubre de 2017 (Rec. núm. 2497/2015).

la indemnización que procediera ..., y por lo que se refiere a la cuantía indemnizatoria, debemos... fijar la cuantía de la indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados..., en cualquier caso, el importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable. Asimismo, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional y puede seguir teniéndose como parámetro razonable¹⁰⁹.

En consecuencia, aquí el daño moral resulta ser aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad. En orden a la indemnización derivada del daño moral provocado, hemos visto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha flexibilizado la exigencia de bases y elementos clave de la indemnización, existiendo algunos daños de carácter moral cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión, lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales, o, en definitiva, con la vulneración de derechos fundamentales o la presencia de una situación discriminatoria. Por su parte, la fijación del importe de la indemnización por daños morales corresponde al órgano judicial que conoce del procedimiento en instancia, y solo debe ser corregido cuando resulte manifiestamente irrazonable, desproporcionado e injustificado, lo que significa que su cuantía ha de ajustarse a parámetros de razonabilidad que no resulten excesivos y desorbitados en función de las circunstancias del caso, considerando que el empleo a efectos orientadores de las cuantías de las multas pecuniarias previstas en la LISOS en principio es un parámetro de cálculo razonable y avalado tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, sin que tal uso orientativo signifique que haya que examinarse el asunto desde la misma óptica que cuando se está imponiendo una sanción administrativa (legalidad, tipicidad, non bis in ídem, etc.), sino que hay que partir de una vulneración de derechos fundamentales y de que se debe fijar la indemnización asociada a ello.

La jurisprudencia de suplicación¹¹⁰, sin embargo, destaca que ni de los artículos 179.3 o 183 de la LRJS, ni de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se desprende que, para condenar al pago de una indemnización adicional por daño moral, baste con la mera invocación de que el mismo se ha producido y que haya en todo caso de acogerse el importe in-

109 STS de 5 de octubre de 2017 (Rec. núm. 2497/2015).

110 Por todas, véase STSJ Galicia de 1 de febrero de 2021 (Rec. núm. 3912/2020).

demnizatorio que la parte demandante haya calculado a su libre arbitrio. Lo que se atenúa es el requisito de fijar las bases de la cuantificación del daño cuando el mismo es moral, pero no la de describir con cierto detalle cuales son los daños morales que se consideran producidos, o los hechos concretos de los que se deduce ese daño moral, principalmente cómo se ha producido la vulneración del derecho fundamental o la discriminación y qué incidencia ha tenido la vulneración en la persona demandante. Así se desprende de que el artículo 179.3 de la LRJS hable primero en general, y para toda clase de daños, de “la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios”, es decir, una descripción de los hechos o circunstancias concretas, susceptible de ser acreditadas o, sobre todo, desvirtuadas por los medios de prueba admitidos en derecho (porque que un daño moral sea muy difícil de probar no significa que sea, por el contrario, relativamente fácil por la parte demandada probar hechos que desvirtúen la existencia de tal daño o su entidad), de los que se pueda deducir de forma razonada por un observador imparcial que se ha producido o podido producir un daño o perjuicio, sea material o moral, y hacer un juicio, siquiera indiciario, de la mayor o menor gravedad del mismo. Mientras que por otro lado la ley habla de “las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización”, lo cual viene referido a la traducción económica del perjuicio. Es solo esta exposición de las “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización”, o parámetros de cuantificación económica, que el artículo 179.3 de la LRJS permite excepcionar o relativizar para los daños morales, y ello además solo “cuando resulte difícil su estimación detallada”.

Pero es que incluso cuando se habla por el Tribunal Supremo de daños de carácter moral cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión, exige al propio tiempo una implicación directa entre conducta lesiva del derecho fundamental y daño moral, y para apreciar la existencia de daño moral, el Tribunal Supremo suele atender a las concretas circunstancias acreditadas en las que se produjo la vulneración del derecho fundamental y la incidencia de la vulneración para el titular del derecho; o todo lo más atiende a máxima de experiencia como “las normales consecuencias” de la vulneración de un concreto derecho fundamental en unas determinadas circunstancias. Así, tal y como se afirma en una STS de 19 de mayo de 2020 (Rec. núm. 2911/2017), dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión, “lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor”, si bien, se hace necesario que consten “los hechos constitutivos de la vulneración del derecho fundamental..., el derecho fundamental infringido ... [y] la cuantía de la indemnización pretendida”.

La segunda de las reflexiones apuntadas tiene que ver con uno de los mandatos contenidos en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio. En concreto, con aquel que ordena a los

Estados miembros introducir “en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”¹¹¹, ya que para la norma “dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”¹¹². Y se mire como se mire, independientemente de la justificación que se pueda otorgar a la indemnización debida, y con abstracción de su naturaleza jurídica¹¹³, acudir a la LISOS al efecto de determinar la cuantía indemnizatoria pugna directamente con la previsión de la normativa comunitaria. Si bien la automaticidad en el resarcimiento del daño moral sigue pudiendo ser batallada jurídicamente, lo que ya no resulta batallable es la necesidad de que la indemnización pueda encontrarse topada, y sin duda las cuantías de la LISOS se encuentran con un límite máximo indisponible, lo que sin duda pugna abiertamente con lo que entiende el legislador comunitario.

Conviene indicar, sin embargo, que, para cierto sector doctrinal, una eventual generalización del baremo de la LISOS como sistema homogéneo en la determinación del daño provoca que “se estaría de nuevo contrariando lo establecido en el art. 18 Directiva 2006/54”¹¹⁴. Sin embargo, esa misma doctrina entiende que “no parece que sea ésta la tendencia dado que, aunque el baremo de la LISOS es el más utilizado, no es el único instrumento reconocido como válido para la cuantificación del daño”¹¹⁵, más bien “el fenómeno que podría estar produciéndose es la diversificación de las indemnizaciones ante situaciones muy similares como consecuencia de la utilización de parámetros de referencia diferentes. Es previsible, en definitiva, que ante situaciones parecidas se produzcan diferentes indemnizaciones”¹¹⁶. Y ello se refuerza por la propia formulación del art. 183.2 LRJS, ya que “al respecto, el TS admite la aplicación de diferentes baremos o incluso la no aplicación de ninguno de ellos y además refiere que no procede alterar los criterios para la determinación de la indemnización aplicados en instancia a menos que

.....

111 Art. 18.

112 Art. 18.

113 Al respecto, véase LÓPEZ TERRADA, E., “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2–39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>, págs. 24 y ss.

114 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 227.

115 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 227.

116 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 227.

exista manifiesta arbitrariedad”¹¹⁷. En suma, “teniendo en cuenta que las circunstancias concurrentes en cada caso son diferentes para la determinación de los daños morales, por la propia naturaleza de los mismos, aunque la conducta de origen sea la misma; teniendo en cuenta también que el hecho de que la indemnización sea impredecible refuerza su carácter disuasorio porque imposibilita que la cuantía de una eventual indemnización se incorpore al listado de gastos ordinarios de la empresa; teniendo en cuenta asimismo que la determinación prudencial de las indemnizaciones forma parte de la formulación del art. 183.2 LRJS; y teniendo en cuenta, finalmente, que éste es el modo en que se actúa en la jurisdicción civil la incertidumbre no parece un problema demasiado grave. Más bien parece constituir un nuevo escenario al que probablemente convendría acostumbrarse”¹¹⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- AMAADACHOU KADDUR, F., *El contenido del convenio colectivo. Especial referencia al contenido mínimo legal necesario*, Tesis doctoral (Granada, 2014), localizable en <https://digi-bug.ugr.es>.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Procedimiento sancionador”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MESS (Madrid, 2016).
- BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016).
- BAYEFSKY, A.F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, nº. 1-2, 1990.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.M., “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación. Un intento de delimitación”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 50-51, 2005.
- DOMÍNGUEZ MORALES, A., *La vinculación de la negociación colectiva con la igualdad y la no discriminación*, Tesis doctoral (Sevilla, 2017), localizable en <https://idus.us.es>.
- GARCÍA LOMBARDÍA, S., “El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: Un análisis a la luz del principio de transparencia”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015.

.....

117 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 227.

118 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 227.

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C, “Artículo 95. Informe de expertos”, en BARRIOS BAUDOR, G.L. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi (Pamplona, 2020).
- LÓPEZ TERRADA, E., “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2–39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., *El enjuiciamiento de género*, Dykinson (Madrid, 2020).
- LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014).
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “Acoso sexual y sexista en la negociación colectiva: el estado de la cuestión”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº. 36, 2015.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. (coord.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Laborum (Murcia, 2019).
- ORDÁS BERCIANO, E.D., “Los protocolos de acoso”, en BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. (coord.), *La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de Igualdad*, Universidad Carlos III (Madrid, 2017).
- PÉREZ CAMPOS, A.I., “Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII, 2010.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, Tesis doctoral (Granada, 2019), localizable en <https://digibug.ugr.es>.
- REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill Interamericana de España (Madrid, 1995).
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MESS (Madrid, 2016), págs. 169 y ss., localizable en <https://www.mites.gob.es>.
- VIJAPUR, A.P., “The Principle of NonDiscrimination in International Human Rights Law: The Meaning and Scope of the Concept”, localizable en <https://journals.sagepub.com>.
- WEIWEI, L., “Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law”, localizable en <https://www.jus.uio.no>.

INSTRUCCIONES DE PUBLICACIÓN

PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES

La aceptación de Estudios estará sometida a revisión por pares. La recepción de un original, a incluir en la sección de estudios, no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para apreciar si cumplen tanto los requisitos formales, como unos mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

Cumplidos los mínimos establecidos, siguiendo el sistema de cualquier revista académica, los artículos serán sometidos al dictamen de dos o más especialistas externos a los que la **Revista Derecho Social y Empresa** pedirá su colaboración.

Los dictámenes de los evaluadores serán anónimos y podrán recomendar al autor la introducción de determinadas modificaciones. En el caso de que los dos informes recibidos sobre un original sean contradictorios, se acudirá a un tercer revisor externo. Los autores cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a la revista, una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de 15 días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos y un miembro del Consejo de Redacción, antes de su eventual publicación. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor sin que la **Revista Derecho Social y Empresa** tenga obligación, por razones de confidencialidad, de hacer conocer el dictamen negativo.

La revista se compromete a comunicar a los autores la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de 2 meses desde que se hayan recibido.

POLÍTICA DE ACCESO ABIERTO

Pertenece a los autores la propiedad intelectual de los artículos que en ella se contienen. Los derechos de edición y publicación corresponden a la **Revista Derecho Social y Empresa**, que provee acceso libre a su contenido por entender que esta medida apoya a un mayor intercambio de conocimiento global.

Después de haber publicado el artículo en la revista, se podrá disponer libremente de los artículos y otros materiales contenidos en la revista solamente en el caso de que se usen con propósito educativo o científico y siempre y cuando se incluya la mención expresa al año y número en el que fue publicado en la revista. Queda expresamente penado por la ley cualquier aprovechamiento comercial.

CONTROL DE PLAGIO

La **Revista Derecho Social y Empresa** con el fin de garantizar la integridad académica de la publicación utiliza la aplicación Feedback Studio que permite revisar los documentos detectando citas incorrectas o plagios.

INDEXACIÓN

La **Revista Derecho Social y Empresa** se encuentra indexada en las siguientes bases de datos:

- Incluida en el Catálogo **LATINDEX** (Versión 1.0).
- Referenciada en **Dialnet** (Universidad de La Rioja).
- Analizada en **MIAR** (Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes).

DECLARACIÓN ÉTICA Y BUENAS PRÁCTICAS

El código ético de la **Revista Derecho Social y Empresa** se inspira en los principios de transparencia y buenas prácticas en publicaciones académicas establecido por el Committee on Publication Ethics (COPE).

La Directora, la Secretaria y el equipo editorial actuarán en el respeto de dicho Código de Conducta. La **Revista de Derecho Social y Empresa** no divulgará aquellos textos ya hayan sido publicados y denunciará los casos sospechosos de plagio o de cualquier actitud inadecuada por parte de los/as autores/as, todos los artículos serán sometidos a un control antiplagio.

Por su parte, también se comprometen a garantizar que el proceso de evaluación será justo, garantizando el anonimato, la imparcialidad y que se realizará respetando los plazos establecidos. Asimismo, la selección de los/as evaluadores/as se hará atendiendo los criterios de integridad, calidad y conocimiento de la temática objeto del texto remitido. Finalmente se garantizará en todo momento la confidencialidad tanto de autores como de evaluadores de los artículos.

Respecto a las responsabilidades de los/las autores, deben garantizar la originalidad de sus obras y ser conscientes de las consecuencias de una mala praxis científica. Por lo tanto, en su texto deben indicar siempre sus fuentes y proporcionar citas detalladas de todas las publicaciones que ha empleado para su elaboración siguiendo el método de citación fijado por la **Revista Derecho Social y Empresa**. Finalmente, enviando el artículo, aceptan el proceso de revisión utilizado por la revista (de doble ciego).

Respecto a la responsabilidad de los/as revisores/as, deberán mantener la confidencialidad del texto recibido, evaluar atendiendo a los criterios científicos de fiabilidad y rigurosidad, e informar en el caso en que detecten posibles plagios o mala praxis.

ENVÍOS

Para poder enviar artículos como autor se deberá, bien hacer un envío a través de la web de la Revista, o bien escribir un correo electrónico a la dirección revista@centrosagardoy.com indicando el título de la Revista en el Asunto.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES/AS

Cuestiones Generales para la Publicación

La **Revista Derecho Social y Empresa** publica artículos originales e inéditos.

Los artículos serán el resultado de una investigación original y deberán contener conclusiones novedosas apoyadas en una metodología debidamente planteada y justificada. Solo se admitirán trabajos inéditos que no estén en proceso de evaluación en otras revistas. Se valorará especialmente aquellos artículos que sigan la siguiente estructura: Introducción, Métodos, Resultados y Conclusiones (Método IMRC).

Se deben entregar en soporte informático PC Word, RTF o Wordperfect a las direcciones electrónicas de la Revista (revista@centrosagardoy.com) o a través de la web de la Revista (www.revistaderechosocialyempresa.com). Para facilitar el anonimato en el informe externo, se deberá incluir:

- Una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo (tanto al inicio como al final del artículo, así como cualquier referencia en las citas que se realizan en el artículo).
- Otra copia donde existan todas estas referencias.
- Y en un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.

Normas de edición e Instrucciones de Publicación

Las Instrucciones para los autores son establecidas de acuerdo con la Norma AENOR UNE 50-133-94 (equivalente a ISO 215:1986) sobre Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie y la Norma AENOR UNE 50-104-94 (equivalente a ISO 690:1987) sobre Referencias bibliográficas.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 20 a 25 folios a espacio 1,5 aprox.

Se debe incluir en castellano y en inglés todo lo que se indica a continuación:

- Un título/*title*.
- Un resumen/*abstract* de 10 líneas con un máximo de 125 palabras.
- Unas palabras clave/*key words* (máximo cinco).

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Los autores deben señalar en negrita aquella frase o frases más relevantes de cada epígrafe de su trabajo.

La **Revista Derecho Social y Empresa** establece el uso de las siguientes reglas de cita como condición para la aceptación de los trabajos:

- **Libros:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61–91.
- **Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** GARCÍA VIÑA, J., “Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101–124.
- Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*

Las tablas deben presentarse en un formato compatible con Microsoft Word (PC). Se generará un documento específico para las tablas y figuras. Cada tabla y figura se presentará en hojas separadas. Las figuras (ilustraciones, diagramas, fotografías y gráficos) deben presentarse en formato imagen (JPG, TIFF o EPS). Las figuras (gráficos, cuadros, mapas, fotografías, etc.) deberán tener gran calidad de resolución, con un mínimo de 300ppp.

Nunca han de entregarse solo las imágenes incrustadas en el documento Word; siempre han de suministrarse también de forma independiente en cualquiera de los formatos mencionados.

Las tablas irán enumeradas con numeración arábiga consecutiva según su aparición en el texto. Igualmente las figuras irán enumeradas con numeración arábiga consecutiva según su aparición en el texto.

La referencia a las tablas e imágenes en el texto se hará en la forma: (Tabla 1), (Tabla 2), (Figura 1), (Figura 2). Deberá indicarse claramente en el manuscrito el lugar del texto en el que debe intercalarse cada figura o tabla.

Cada tabla y figura irá acompañada de un pie de tabla o de figura que la explique brevemente. Dichos pies de tabla y de figura deberán añadirse, de manera ordenada, en una nueva página al final del manuscrito. Deberán estar escritas en Times New Roman 10 e interlineado sencillo.

Las notas a pie de página referidas a fuentes y bibliografía se señalarán antes de cualquier signo de puntuación. Figurarán numeradas correlativamente y escritas en tipo de letra Arial, tamaño 10, a simple espacio de interlineado. La veracidad de las citas de fuentes y de referencias bibliográficas será responsabilidad del autor o autores del artículo.

La bibliografía se habrá de presentar al final de los artículos, ordenada alfabéticamente por autores/as.

Normas para las reseñas bibliográficas

Se aceptan reseñas de publicaciones de investigación jurídico laboral y de empresa cuya fecha de publicación esté comprendida en los últimos tres años. Se seguirán las mismas normas de edición que para los artículos.

Las reseñas tendrán una extensión de 2 folios a espacio 1,5. El contenido de las reseñas deberá abordar los siguientes puntos:

- Un resumen que dé cuenta del tema abordado por el autor del libro, señalando sus principales aportaciones y el enfoque adoptado; se recomienda también la referencia a las fuentes utilizadas en la investigación.
- Una contextualización de la obra analizada en un debate más amplio, estableciendo comparaciones con otras investigaciones que hayan abordado temas similares o que hayan adoptado enfoques parecidos.
- Una valoración crítica de la obra que permita establecer las aportaciones del trabajo reseñado pero también sus posibles fallas o las nuevas preguntas que plantea dentro del debate en que se sitúa. No se publicará ninguna reseña que haga una presentación sin valoración crítica.

Las reseñas, una vez evaluadas y revisadas podrán ser devueltas a sus autores para que incorporen las mejoras sugeridas.

Proceso de evaluación y revisión por pares

La recepción de un original no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para comprobar si cumplen tanto los requisitos de las normas de edición, como unos mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

Los originales serán sometidos a informes externos anónimos que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Estos informes son la base de la toma de decisiones sobre su publicación o no, que corresponde en última instancia al Consejo de Redacción (Comité Editorial) de la Revista y a la Dirección de la misma. La **Revista Derecho Social y Empresa** no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a **Revista Derecho Social y Empresa** comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de **Revista Derecho Social y Empresa**. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Los/las autores/as reciben una notificación detallada y motivada donde se expone el contenido de los informes originales, con indicaciones concretas para la modificación si es el caso.

El informe emitido por los/as revisores/as incluye:

- Una valoración global del artículo y de los resúmenes.
- Una valoración cuantitativa de la calidad (alta | media | baja) según estos índices evaluadores: originalidad e interés del tema; estructura definida; Rigor metodológico y articulación expositiva; Redacción estilística; y Bibliografía significativa y actualizada.
- Unas sugerencias del evaluador al autor y unas modificaciones concretas propuestas por el evaluador.

Los/as autores/as cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a revista@centrosagardoy.com, una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de quince días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor/a justificando los motivos en que se basa.

La Revista se compromete a comunicar a los/as autores/as la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de dos meses desde que se hayan recibido.

Lista de comprobación de preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, se les requiere a los autores que indiquen que su envío cumpla con todos los siguientes elementos, y que acepten que envíos que no cumplan con estas indicaciones pueden ser devueltos al autor.

1. El envío no ha sido publicado previamente ni se ha enviado previamente a otra revista (o se ha proporcionado una explicación en Comentarios al / a la editor/a).
2. El fichero enviado está en formato Microsoft Word, RTF, o WordPerfect.

NOTA DE COPYRIGHT

La **Revista Derecho Social y Empresa** es una Revista del Centro de Estudios Sagardoy, perteneciente al Despacho Sagardoy Abogados.

Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento–Sin obras derivadas 3.0 *España* de Creative Commons. Permite Atribución–NoComercial–SinDerivadas 3.0 España.

La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

DECLARACIÓN DE PRIVACIDAD

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

PUBLISHING INSTRUCTIONS

PEER REVIEWING PROCESS

The acceptance of studies will be subjected to peer revision. The reception of an original, to be included in the study section, does not anticipate the acceptance of the publication. Originals are, in first instance, read by the Editorial Department Board to esteem if the papers accomplish the formal requirements, as a minimum scientific content and an adaptation to the Magazine's editorial lines and objectives.

When the minimum is accomplished, following the procedure of any academic magazine, articles will be subdued to judgement of two or more external specialists who the **Revista Derecho Social y Empresa** will ask for collaboration.

The judgement from the evaluators will be anonymous and could recommend the author to introduce certain modifications. In the case both reviews received of an original are contradictory, a third external specialist will be asked for collaboration. Authors whose articles have obtained a positive review but with correction suggestions, will resend the article, with the corrections fulfilled, in a due date of 15 days. In the case of significant modifications, the article will be evaluated once more by the external specialists and a member of the Editorial Department Board, before its supposed publishing. If necessary, the non-acceptance of a paper will be communicated to its author without the **Revista Derecho Social y Empresa** having the obligation, due to confidentiality reasons, to give acknowledgement of the negative judgement of the article.

The magazine commits to communicate the authors the positive or negative resolution for the publishing of the originals in the due date of 2 months from the reception.

OPEN ACCESS POLICY

Authors have the intellectual property contained in the articles. Editing and publishing rights belong to the **Revista Derecho Social y Empresa**, who provides free access to its content due to understanding that this procedure guarantees greater exchange of global knowledge.

After the article is published in the magazine, articles and other contents in the magazine will be available freely only in case of scientific and educational purpose always having an express reference to the year and number of the magazine. Any commercial use will be punished by the law.

PLAGIARISM CONTROL

The **Revista Derecho Social y Empresa** with the purpose to guarantee the academic integrity of the publication uses the application Feedback Studio which allows to review the documents detecting incorrect citations and plagiarism.

INDEXING

The **Revista Derecho Social y Empresa** is currently indexed in the following databases:

- Included in the Catalogue **LATINDEX** (1.0 Version).
- Referenced in **Dialnet** (Universidad de La Rioja).
- Analyzed in **MIAR** (Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes).

ETHICAL STATEMENT AND GOOD PRACTICES

The ethical code of the **Revista Derecho Social y Empresa** is inspired in the principles of transparency and good practices in academic publications established by the Committee on Publication Ethics (COPE).

The director, secretary and editorial team will act in consequence of this code of conduct. The **Revista Derecho Social y Empresa** will not spread articles already published and will report those situations suspicious of plagiarism or any inadequate attitude from the authors, all the articles will be subdued to antiplagiarism control.

They also commit to guarantee the evaluation process will be fair, guaranteeing the anonymity, neutrality and will keep to the designated due dates. The designation of the copy editors will be attended due to the criteria of integrity, quality and knowledge of the subject, object of the text submitted. Finally, it will guarantee the confidentiality at any moment from authors and copy editors.

Regarding the responsibilities of the authors, they must guarantee the originality of their articles and to be aware of the consequences of scientific mala praxis. Therefore, their articles must indicate always their sources and provide detailed citations of all their publishing used for the elaboration of the article following the citation method determined by the **Revista Derecho Social y Empresa**. Finally, sending the article, they accept the revision procedure used by the magazine (double-blind).

Regarding the responsibility of the copy editors, they must keep confidentiality of the received articles, evaluating with the scientific criteria of reliability and accuracy, as well as reporting in case of plagiarism or mala praxis.

CONSIGNMENT

To being able to send articles as an author it will be necessary to either sending a mail in the Magazine or sending an e-mail to revista@centrosagardoy.com with the title of the Magazine as Theme of the e-mail.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

General issues for publishing

The **Revista Derecho Social y Empresa** publishes original and unpublished articles.

Articles shall be the result of an original research and will have new conclusions supported by properly posed and justified methodology. Only unpublished assignments that are not in review for other magazines will be admitted. Assignments with the following structure will be specially evaluated: Introduction, Methods, Results and Conclusions (IMRC Method).

Only PC Word, RTF or Wordperfect formats will be accepted in the Magazine e-mail (revista@centrosagardoy.com) or through the Magazine's webpage (www.revistaderechosocialyempresa.com). To ease the anonymity in the external report, there shall have included:

- A copy where the references to the author of the article must be omitted (from beginning to end, as well as any reference in the citations in the article).
- Another copy with all those references.
- In another file, author's data, University's address, e-mail and a short cv in 5 lines must be included.

Edition rules and Publication Instructions

Instructions for authors are established in accordance with the AENOR UNE Standard 50-133-94 (equivalent to ISO 215: 1986) on the Presentation of articles in periodical and serial publications and the AENOR UNE Standard 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1987) on bibliographic references.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12, will be from 20 to 25 pages at a space of 1.5 approx.

Everything in the following must be included in Spanish and English:

- A title/*título*.
- An abstract/*resumen* of 10 lines with a maximum of 125 words.
- A key words/*palabras clave* (maximum five).

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

The authors should indicate **in black colour that phrase or phrases most relevant** of each section of their work.

Revista Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

- **Books:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2^a ed., Madrid, 2011.
- **Articles included in collective works:** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.),. *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61–91.
- **Articles included in periodic publications:** HOWELL, J. H., “Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past”, *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 501–505.
- In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería, cit.*).

The tables must be presented with a Microsoft Word (PC) compatible format. A specific document will be created for tables and figures. Each table and figure will be separated in different pages. The figures (images, diagrams, photos and graphs) must appear in an image format (JPG, TIFF or EPS). Figures (graphs, charts, maps, photos, etc.) must have a great resolution with at least 300ppp.

Images must not be only in the Word document; they must also be sent in any of the mentioned ways in another document.

Charts will be numbered with consecutive Arabic numerals due to their order of appearance in the document. As well, figures will have the same numbering depending on the appearance in the document.

References to charts and images in the text will be: (Table 1), (Table 2), (Figure 1), (Figure 2). It will have to be clearly indicated where in the text the tables and images will be put.

Each table and figure must have a board or figure foot explaining them briefly. These board and figure foot must be added in orderly manners, in a new page at the end of the document. They must be written in Times New Roman 10 and simple line spacing.

Footnotes referred to sources and bibliography will be signed before any punctuation. They will be numbered correlatively and written in Arial, size 10, in simple line spacing. Veracity in citation sources and bibliographic references will be responsibility of the author or authors of the article.

Bibliography must be presented at the end of the article, alphabetically arranged for authors' names.

Bibliographic reviewing rules

Reviews of publications from legal labor and from enterprise which have a publishing date of less than 3 years will be accepted. Editing rules will be the same as for the articles.

Reviews will have 2 pages of extension with 1,5 spacing. The content in the review must comply the following steps:

- A summary showing the content of the issue approached in the author's book, marking the main contributions and the point of view used; it is also recommended references to the sources used in the investigation.
- A contextualization of the article analyzed in a broader discussion, stablishing comparisons with other investigations approaching similar issues or with similar points of view.
- A critical valuation of the article allowing to stablish contributions to the work reviewed but also its possible errors or new questions set out in the discussion it is included. No review will be published without a critical valuation present.

Reviews, once valuated and checked, will be sent back to the authors so they can add the suggested upgrades”.

Process of evaluation and reviewing in pairs

The reception of an original does not mean the acceptance for its publishing. Originals are firstly read by the Editorial Department Board to prove it complies the editing rules as well as a minimum scientific content and proper Magazine's editorial lines and objectives.

Originals will be subdued to anonymous external reports that can: a) Recommending your publication b) Not recommending your publication c) Proposing changes. These reports are the main decision making about publishing or not publishing the article, that is responsibility in last resort of the Magazine's Editorial Department Board (Editing Committee) and its management. The **Revista Derecho Social y Empresa** will not take on

consideration publications handed to other Magazines and the delivery of an original to **Revista Derecho Social y Empresa** means compromising the document will not be sent to any other Magazine during the consideration of publishing it in **Revista Derecho Social y Empresa**. Originals will not be returned to their authors.

Authors receive a detailed and motivated notification where the content of the original reports appear, with specified indications for its modification if needed.

The report sent by the copy editors includes:

- A global valuation of the article and its summaries.
- A quantitative evaluation of the quality (high | medium |low) following these evaluating rates: originality and interest of the issue; defined structure; methodological exactitude and demonstrative articulating; Writing style; and significance and actuality of the bibliography.
- Suggestions from the copy editor and exact modifications proposed by him/her.
- Authors whose articles have had a positive judgement but with correcting suggestions will send it again to revista@centrosagardoy.com, with the corrections, in a due time of 15 days. In case of significative modifications, the article will be reviewed by external copy editors. If a non-acceptance was necessary, the decision would be communicated to the author with the reasons its non-acceptance is based on.

The Magazine implicates to communicate to the authors the positive or negative resolution about publishing their originals in the deadline of two months from the receiving date.

Check list of consignment preparation

As a process of consignment, authors are required to indicate the consignment fulfils all of the following aspects, and to accept consignments not following them can be returned to the author.

1. The consignment has not been published previously nor has been sent to another magazine (or it has been explained in the comments to the editor).
2. The file sent is in Microsoft Word, RTF, or WordPerfect format.

COPYRIGHT NOTE

The **Revista Derecho Social y Empresa** is a magazine from “Centro de Estudios Sagardoy”, belonging to “Despacho Sagardoy Abogados”.

Published articles in this magazine are –if not indicated contrary– under the recognition license –without any work derivation– Spain from Creative Commons. Allows Responsibility–NonCommercial–WhithoutDerivation 3.0 Spain.

Complete license can be seen in: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

PRIVACY STATEMENT

E-mail names and addresses introduced in the magazine will be exclusively used for the designated purpose declared by this magazine and will not be available for any other purpose or person.

