

IGUALDAD INTEGRAL EN EL EMPLEO

Employment equality

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

Universidad de Oviedo

cmmoreno@uniovi.es

Cómo citar/Citation

Martínez Moreno, C. (2023).

Igualdad integral en el empleo.

IgualdadES, 9, 79-106

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.03>

(Recepción: 29/06/2023; aceptación tras revisión: 03/10/2023; publicación: 29/12/2023)

Resumen

Una norma como la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación no podía dejar fuera de su alcance al empleo por cuenta ajena, público y privado, y también por cuenta propia; así como promover la presencia equilibrada en las organizaciones representativas y sociales que actúan en el ámbito de las relaciones laborales. El incremento del elenco de las causas de discriminación, la inclusión entre ellas de la enfermedad y el estado de salud, entre otras; de las manifestaciones y vertientes del trato diferente injusto, que incluye las discriminaciones por omisión de medidas o ajustes razonables; o la referencia expresa a la integración de la perspectiva de género en la actuación de los poderes públicos, desde luego en la jurisdicción, están llamadas a desplegar unos efectos de notable impacto en el trabajo asalariado. Por otro lado, la ley, que ya se enmarca en un considerablemente complejo y completo marco de ordenación, habrá de ser aplicada de manera integrada con otro buen número de disposiciones promulgadas de manera coetánea, que inciden a su vez en la igualdad entre personas y en la protección de los grupos o situaciones de mayor vulnerabilidad.

Palabras clave

Igualdad; no discriminación; vulnerabilidad; empleo; presencia equilibrada; ajustes razonables; perspectiva de género.

Abstract

A regulation such as Law 15/2022, of July 12, comprehensive for equal treatment and non-discrimination, could not leave employment outside its scope, for others, public and private, and also for self-employment; as well as promoting a balanced presence in representative and social organizations that act in the field of labor relations. The increase in the list of causes of discrimination, the inclusion among them of illness and state of health, among others; or the manifestations and aspects of unfair different treatment, which includes discrimination due to the omission of reasonable measures or adjustments; or the express reference to the integration of the gender perspective in the actions of the public powers, of course in the jurisdiction, are bound to display effects of notable impact on salaried work and employment. On the other hand, the law, which is already part of a considerably complex and comprehensive regulatory framework, will have to be applied in an integrated manner with another large number of provisions promulgated at the same time, which in turn affect equality between people and in the protection of the most vulnerable groups or situations.

Keywords

Equality; non-discrimination; vulnerability; employment; balanced presence; reasonable accommodation; gender perspective.

Sumario

I. EL EMPLEO COMO PARTE DEL ÁMBITO DE LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y SUS APERTURAS. II. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO INFORMADOR TRANSVERSAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO RECURSO METODOLÓGICO. III. UN ANÁLISIS DE CASOS QUE ILUSTRAN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO A LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL. VI. EL MARCO GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA IGUALDAD APLICADO AL EMPLEO Y SU INTEGRACIÓN CON LA NUEVA LEY. V. EL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO POR CUENTA AJENA. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. EL EMPLEO COMO PARTE DEL ÁMBITO DE LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y SUS APERTURAS

Tal y como destacan algunos de los más autorizados comentaristas de la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación (LIG en adelante) se trata de una norma integral —como reza en su propia rúbrica—, transversal, holística y ambiciosa, que pretende erigirse en el derecho común de la no discriminación (Cabeza Pereiro, 2023: 4). En concordancia con lo cual, como no podía ser de otra manera, incluye en su ámbito objetivo la materia relativa al empleo, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia [arts. 3.1 a) y 11].¹

Pero antes de examinar el concreto alcance o el detalle de esta previsión, interesa completar esa delimitación con algunas otras referencias a materias que presentan o mantienen una nítida conexión con la que corresponde estrictamente al ámbito del empleo, en particular el asalariado. Por ejemplo, la alusión expresa al empleo público en el art. 3.1 b), reforzada por el hecho de

¹ En paralelo a las previsiones relativas al trabajo asalariado, se prohíbe establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones por las causas previstas en la ley en el acceso al ejercicio y desarrollo de una actividad por cuenta propia, aplicable a los pactos entre el trabajador autónomo y el cliente, así como a los acuerdos de interés profesional en el caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), que podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación.

que buena parte de los mandatos, encomiendas y obligaciones contenidos en la propia norma van dirigidos a las administraciones, poderes públicos y entidades integrantes del sector público, a quienes, de conformidad con el art. 9.2 CE, vincula el compromiso con la garantía de la efectividad del principio de igualdad y no discriminación, y corresponde la remoción de los obstáculos existentes para que la igualdad pueda ser real. Y, en fin, no debe perderse de vista que las Administraciones y el sector público en su conjunto son uno de los principales empleadores en nuestro país. El precepto de referencia expresa o traslada ese principio transversal que también está presente en la ley, como lo hiciera por primera vez en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOPI) al aludir al acceso, la promoción, las condiciones de trabajo y la formación en el empleo público.

Tiene asimismo una indudable interrelación con el empleo la mención a la igualdad de trato, a la no discriminación e intolerancia en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico [arts. 3.1 c) y 12 LIG], que se proyecta sobre los derechos de afiliación y pertenencia —adhesión inscripción o afiliación—, en las formas de organización interna y participación —estructura orgánica y funcionamiento—, y en la posibilidad de disfrute por todas las personas integrantes de las ventajas que ofrezcan a sus miembros. Y que, por añadidura, comprende el desarrollo de políticas públicas de apoyo a las organizaciones y colectivos que realicen actividades de sensibilización, asesoramiento y formación en defensa de la dignidad de la persona y la igualdad de trato frente a la discriminación, intolerancia e incitación al odio, así como de asistencia a víctimas y personación judicial en procedimientos. Y la promoción, fomento y apoyo por parte de los poderes públicos a las organizaciones sociales en las actividades de celebración de fechas conmemorativas, actos y eventos, e incorporación de códigos deontológicos congruentes con esos valores.

No es posible dejar de evocar, a este respecto, preceptos constitucionales de la relevancia de los arts. 6, 7, 22 o 28.1, e incluso 129.1 y 2 CE; o ese otro principio de más reciente factura sobre la composición y presencia equilibrada, para cuya decidida implantación en el ámbito de la política, la administración y las empresas, con alcance a los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, y en cumplimiento de los objetivos de la Agenda 2030 y otros compromisos internacionales, se aprobó por el Consejo de Ministros en el pasado mes de marzo y se remitió al Congreso el «Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión»². Bien es verdad que en estos momentos, con las Cámaras

² Disponible en <https://tinyurl.com/2ck6vzur>.

disueltas y una inminente convocatoria electoral en el horizonte, el futuro de esa norma se presagie sumamente incierto.

Tampoco es preciso insistir demasiado en la innegable vinculación que con el empleo tiene todo cuanto concierne a la protección social, las prestaciones y los servicios sociales [art. 3.º j) LIG]. De hecho, garantizar la igualdad en el empleo, en el acceso a un empleo de calidad, estable y con posibilidades de promoción, y con unas condiciones de trabajo decentes, dignas e igualitarias también, particularmente las salariales, es lo que en mayor medida puede augurar el logro de la igualdad real y efectiva en materia de pensiones y protección social.

Y, por último, pero no menos importante, ya forma parte de los tópicos actuales referirse a los riesgos de discriminación y de lesión de otros derechos constitucionales que, en numerosos estadios o etapas de las relaciones de producción, tanto en el empleo asalariado como en el autónomo, presentan los sistemas de inteligencia artificial y la gestión masiva de los datos, a los que expresamente se refiere el art. 3.1 o) LIG. Otro tanto cabe decir de los medios de comunicación, publicidad, internet y redes sociales (art. 22 LIG) como canales y medios técnicos susceptibles de transmitir información o dar cauce a comunicaciones en las que pueden incluirse contenidos o manifestaciones lesivas de los derechos fundamentales de las personas, incluidas la igualdad y la no discriminación. También con virtualidad de usos nocivos en el ámbito de las relaciones de producción y de trabajo asalariado o autónomo. De todos modos, sobre ambas cuestiones existe ya abundante doctrina laboralista que se ocupa de analizar toda esta problemática, en la que en este momento no es posible profundizar.

II. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO INFORMADOR TRANSVERSAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO RECURSO METODOLÓGICO

La proclamación del carácter transversal de la igualdad no es ni mucho menos nueva. La idea de que la igualdad debe permear el ejercicio de todos los demás derechos y libertades está ya presente en el art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando aludía a que todas las personas tienen todos los derechos y libertades enumerados en la Declaración sin distinción alguna por las razones que menciona, que son las habituales vinculadas a las circunstancias personales y sociales que dan lugar a las discriminaciones. Y que la igualdad ha de informar todas las políticas públicas y las actuaciones de los poderes del Estado o de los sujetos de cualesquiera relaciones también en el ámbito privado se desprende asimismo del carácter

de principio informador y valor superior del ordenamiento consagrado en el art. 1.1 de nuestra Constitución. Un par de buenos ejemplos recientes de legislación laboral y de protección social en clave de género los podemos encontrar, primero, en el «Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo»³, en concreto cuando alude en su exposición de motivos a las camareras de piso para justificar la inclusión de una regla en el art. 42.6 ET⁴ sobre convenio aplicable en el trabajo en contratas (Martínez Moreno, 2022: 235 y 236); regla que, dicho sea de paso, se ha quedado solo a medio camino en el avance de la lucha por la precariedad y la discriminación que experimentan numerosas trabajadoras de sectores feminizados que prestan servicios en dicho régimen de empleo.⁵ El otro ejemplo reciente lo encontramos en el «Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones»⁶, cuya rúbrica ya lo indica; en particular, pero no solo, cuando suprime el coeficiente de parcialidad y asimila la fórmula de cómputo de los períodos de carencia en los contratos a tiempo parcial a las reglas aplicables a la contratación a tiempo completo (art. 247 LGSS) (López Anioite, 2023: 72 y 73), así como en las nuevas reglas sobre integración de lagunas (López Gandía, 2023: 40 y 41).

El art. 4 LOPI asumía ya de forma expresa ese carácter transversal de la igualdad, referida específicamente a la igualdad entre mujeres y hombres, al declarar que se trata de un principio informador del ordenamiento jurídico que, como tal, habrá de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. A esta específica vertiente se hará referencia enseguida al tratar el más recientemente conocido como «enjuiciamiento con perspectiva de género».

³ BOE 30 de diciembre.

⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE, 24 de octubre).

⁵ Al respecto, es ilustrativo el voto particular formulado a la STS de 12 de febrero de 2021 (Rec. 2839/2019), que decide la aplicación a una camarera de piso del convenio de limpieza y no el de hostelería, y en el que se reprocha a la mayoría haberse desentendido de la vertiente de género del problema. Misma solución que reitera la STS de 11 de noviembre de 2021 (Rec. 3330/2019). Que otras soluciones más sensibles con esa vertiente de género que tiene el problema son posibles, lo pone en evidencia la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Gijón, de 30 de noviembre de 2016 (autos 497/2016), caso *Abba Playa*.

⁶ BOE, 17 de marzo.

Esta misma concepción o entendimiento de la igualdad está, lógicamente, presente en la LIG, cuando insiste en el carácter informador y el valor hermenéutico del principio de igualdad en su sentido y alcance integral; pero también singularmente referido a la igualdad de género, con el mandato de que se preste especial atención al impacto en mujeres y niñas, y en lo que dicha condición tiene de obstáculo para el pleno disfrute de derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y a una vida libre de violencias, entre otros (art. 4.3 y 4).

Por su parte, el art. 7 recoge el testigo del art. 10.2 CE al recordar que el contenido de la LIG, como el del resto de los derechos fundamentales y libertades básicas, así como la actuación de los poderes públicos, se habrá de ajustar a lo dispuesto en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluida la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales, las recomendaciones y las resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales.

Como ha destacado la mejor doctrina (Cuenca Gómez, 2013; Queralt Jiménez, 2007), el canon hermenéutico internacional constituye un criterio interpretativo, de integración y apertura, que, al mismo tiempo que impide interpretaciones regresivas respecto de lo que sea el estándar sobre el alcance de esos derechos y libertades en la comunidad internacional, contrae una función «expansiva, reintegradora y promocional» en relación con nuevos derechos o nuevos contenidos y dimensiones de los derechos. Y su alcance se extiende, como es bien lógico, a la interpretación de todo el subsistema de ordenación infraconstitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional —en adelante, STC— 78/1982). Y ese efecto no solo lo despliegan los tratados específicos sobre derechos humanos básicos (en alguna ocasión, incluso no ratificados por España), sino todas las restantes herramientas (decisiones, informes, resoluciones...) y doctrina emanada de los órganos especializados establecidos para su garantía, como ahora manifiestamente proclama la norma. Lo ha dicho el Tribunal Constitucional (TC) en numerosos pronunciamientos: los tratados internacionales operan como «obligado criterio para la interpretación», constituyen una fuente interpretativa «obligada y valiosa» y resultan «insoslayables instrumentos hermenéuticos», siendo la interpretación conforme un «mandato constitucional» (Cuenca Gómez, 2013: 10). Y, además de vincular a todos los poderes públicos, lo hacen en un doble sentido, negativo, impidiendo alternativas interpretativas contrarias, puesto que fijan el «núcleo intangible» del derecho; y positivo, obligando a elegir la que sea más proclive o favorable al ejercicio del derecho.

Enlaza directamente con esto último una referencia de la LIG integrada en este bloque, en la que se autoproclama el principio de norma mínima del contenido de la propia LIG, no excluyente de la aplicación de otras norma-

tivas con mayores niveles de protección; junto a otro de mayor favorabilidad consistente en optar por la interpretación, de las varias posibles, que tutele en mayor medida o con mayor eficacia a las personas o los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes.

Es de especial interés en este punto, por la trascendencia teórica y práctica que ello conlleva, tratar de desentrañar en qué consiste eso que hemos dado en llamar la interpretación y aplicación de las normas con perspectiva de género. Ilustrándolo con algún caso concreto tomado de la jurisprudencia y la doctrina judicial, específicamente referido al ámbito del empleo y de las relaciones de trabajo asalariado.

Pero antes, es menester dejar constancia de que quien mejor ha expresado lo que ha de significar la igualdad de género para nuestra disciplina ha sido, sin la menor duda, la profesora Casas Baamonde, al afirmar que ha de ser elemento definitorio de la construcción científica y política del derecho del trabajo y de la seguridad social, para la adecuación de las categorías jurídicas y los dispositivos técnicos propios de nuestra disciplina (Casas Baamonde, 2019: 7). Pues bien, uno de esos dispositivos técnicos, tal vez el de mayor relevancia y significación desde el punto de vista del cumplimiento por el derecho del trabajo de su finalidad tuitiva, protectora y garante de los valores esenciales de la persona y de las más débiles en particular, es la existencia de un orden jurisdiccional especializado, informado a su vez por principios propios y característicos a través de los cuales se pretende garantizar a todas las personas trabajadoras el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sin esta última, puede que los derechos sustantivos acaben siendo simple papel mojado. Introducir la perspectiva de género en el enjuiciamiento significa, a decir de algunos de los mayores expertos en la materia (Lousada Arochena, 2016: 39 y ss.; Molina Navarrete, 2020; Poyatos Matas, 2022), adquirir un compromiso con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres que exige una decidida voluntad de evolución metodológica y cultural, una implicación proactiva de la jurisdicción en aplicación del principio *favor aequalitatis dignitatem muliere* que permita identificar y corregir los contextos normativos y de facto discriminatorios, constituidos por prácticas culturales, actitudes y comportamientos estereotipados que discriminan a la mujer y la sitúan en posición de desventaja. En pocas palabras, supone nada más y nada menos que eliminar los prejuicios. Y ya decía Einstein que «es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio».

En la literatura especializada lo explica magistralmente el premio nobel de economía Gary Becker, galardonado por la formulación de su «modelo del gusto por la discriminación» (Becker, 1971), que no es otra cosa distinta que el hecho de que las decisiones —desde luego en la esfera del empleo, también las de las personas encargadas de juzgar y decir el derecho— se tomen a partir

de opiniones o preferencias prejuiciosas como las que sufren las mujeres, las personas pertenecientes a una raza o etnia, o las de más edad, por poner solo algunos ejemplos asequibles. O en el caso de la llamada «discriminación estadística», que podría encajar con facilidad en las nuevas acepciones o categorías de la discriminación por error, percepción o suposición, consistente en catalogar o calificar a la persona por el comportamiento medio que se atribuye al grupo o colectivo al que pertenezca, y que provoca que algunos empresarios prefieran no contratar mujeres en edad fértil, embarazadas o con cargas familiares por la menor implicación en el desempeño de su trabajo que se les presupone (mayor absentismo, desinterés, interrupción o desvinculación o disminución del rendimiento) (Martínez Moreno, 2023: 109). Este claro obstáculo que representa el llamado *maternal wall* (Carmona Rubert, 2023) está muy presente en nuestra jurisprudencia y doctrina constitucional desde la STC 92/2008, de 21 de julio, que reproduce la STS de 11 de mayo de 2016 (Rec. 3245/14), *caso Merkal Calzados*, cuando textualmente dice que: «[...] el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante, junto con la desigualdad retributiva, con que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales [...]».

III. UN ANÁLISIS DE CASOS QUE ILUSTRAN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO A LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

En estos últimos años los órganos que integran todos los grados jurisdiccionales del orden social no solo han resuelto en ocasiones aplicando este método, sino que han aludido a él de forma explícita e incluso tratado de explicar en qué consiste y por qué es necesario recurrir a él⁷. Y así, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Gijón, de 14 de abril de 2020 (n.º 103/2020), dictada en un proceso de tutela de derechos fundamentales, enjuicia de este modo el siguiente asunto litigioso: una trabajadora contratada desde 2008 como auxiliar técnica en una empresa pública (el empleo público, por desgracia, tampoco se salva de incurrir en este tipo de situaciones de

⁷ Un interesante análisis de esta metodología por María del Pilar García Ruiz, «Justicia, género e imparcialidad judicial», en el blog *Ser mujer en el mercado de trabajo* (disponible en: <https://sermujerytrabajo.es/2023/01/10/justicia-genero-e-imparcialidad-judicial/>). Y en el blog de Eduardo Rojo Torrecilla, las entradas: <https://tinyurl.com/2vrca35>, y <https://tinyurl.com/yfn7jmch>.

discriminación), y que es la única mujer que presta servicios en la Oficina Técnica, ve como un compañero varón de su misma categoría y nivel promociona en el año 2013 lo que provoca que se produzca una diferencia retributiva entre ambos bastante importante. Al analizar la demanda de la empleada el juzgado razona: «[...] la cuestión litigiosa, se ciñe a un problema complejo y de difícil apreciación que forma parte de la cultura social y empresarial, así como de la convivencia diaria, siendo realmente complicado discernir conductas discriminatorias que forman parte de nuestro día a día y que aún se encuentran formando parte de nuestra educación [...]».

Y concluye apreciando la existencia de vulneración del derecho a la igualdad de la trabajadora en su vertiente retributiva, condenando a la entidad a abonarle además una indemnización en concepto de reparación por la lesión del derecho fundamental de 25 000 euros.

Otro caso significativo es el que se dirime en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, STSJ) de Cataluña, de 9 de marzo de 2018 (Rec. 6987/17), recaída en un procedimiento de despido de una trabajadora que, encontrándose en situación de Incapacidad Temporal (IT) por una conjuntivitis vírica, es objeto de seguimiento por un detective privado contratado por la empresa. En el transcurso del mismo, es descubierta yendo a la playa con sus tres hijos en el mes de julio, por lo que la empresa decide despedirla por transgresión de la buena fe contractual. La Sala de suplicación esgrime el principio interpretativo *favor muliere*, en virtud de cuya aplicación razona que no cabe una interpretación constitucionalmente correcta sobre el alcance de la buena fe contractual que comprometa el ejercicio de los derechos fundamentales, y que —de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional iniciada por la STC 3/2007, de 15 de enero— existe una clara conexión de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar con el principio de no discriminación por razón de sexo. Con base en todo lo cual concluye confirmando la decisión recaída en la instancia sobre la nulidad del despido.

De particular relevancia son algunas resoluciones procedentes de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, lo que tiene una motivación fácil de entender, si se tiene en cuenta que integra esa sala y es ponente en alguno de esos pronunciamientos la magistrada Gloria Poyatos, especialista en la aplicación y explicación de la metodología de enjuiciamiento con perspectiva de género, por lo que ha sido galardonada en varias ocasiones. Con un par de asuntos servirá para ilustrarlo: el primero, sobre el que versa la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 12 de marzo de 2019 (Rec. 1596/18), siendo ponente la propia Gloria Poyatos. Se trata de una dependienta que trabaja a tiempo parcial de lunes a sábados en horarios de mañana y tarde, que solicita una reducción de jornada y concreción horaria en turnos de mañana —un ajuste razonable— para cuidar a un bebé de cinco meses. Apoya su pretensión en el horario de la

guardería y en el hecho de que su marido viaja por motivos laborales. La empresa, pese a que cuenta con un plan de igualdad en el que se reconoce el derecho a la concreción horaria incluso sin reducción de la jornada, responde denegando sin más la petición de la actora.

La Sala, para estimar la pretensión de la trabajadora, invoca una batería de argumentos que van desde el derecho internacional y de la UE, pasando por la dimensión constitucional de los derechos de conciliación (de nuevo con referencia a la STC 3/2007), la exposición de motivos de la vieja «Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», y el ya citado art. 4 LOPI. Y razona que «una interpretación restrictiva del ejercicio de este derecho, sin valorarse adecuadamente en clave constitucional, supone una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras», que son las que mayoritariamente lo ejercitan. Y, lo que es ahora de mayor interés, afirma que

el derecho a la conciliación se ve truncado por interpretaciones y aplicaciones jurídicas formalistas o automáticas, que contravienen la impartición de justicia con perspectiva de género como metodología judicial que debe primar en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, y especialmente en materias como la maternidad, embarazo o la conciliación familiar y laboral, en las que se sostienen gran parte de las discriminaciones laborales por razón de sexo.

Para concluir finalmente reconociendo además el derecho de la trabajadora a recibir una indemnización que cuantifica en 3125 euros, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y 7 5.º y 40 b) del 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 (LISOS).

Poco después, la STSJ de Canarias, de 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019), confirma la sanción pecuniaria impuesta a un hotel por no haber realizado la valoración ergonómica de los puestos de trabajo del departamento de pisos, impidiendo hacer visibles y patentes los riesgos físicos de padecer lesiones músculo-esqueléticas que implican las tareas propias de trabajos y profesiones altamente feminizadas como es el caso de las camareras de piso.

Nuestro más Alto Tribunal no es ni mucho menos ajeno a asumir explícitamente en algún pronunciamiento la doctrina y la técnica del enjuiciamiento con perspectiva de género, y así se apoya en la necesidad de acudir a dicha técnica en la STS de 20 de septiembre de 2022 (Rec. 3353/2019), para concluir que merece la calificación de enfermedad profesional la rotura del manguito rotador del hombro izquierdo sufrida por una camarera de piso a resultas de los movimientos repetitivos y elevación de cargas que conlleva el

desarrollo de sus tareas. Y ello pese a que, incluido en el listado de enfermedades profesionales para oficios o trabajos como los de los albañiles, pintores o montadores de estructuras, no aparece en relación con trabajos feminizados como el del caso o el de las profesionales de la limpieza o los cuidados, claramente en su mayoría mujeres.

Una última muestra de lo que pudiera considerarse un exceso aplicativo de este método se puede ver en la reciente STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2023 (Rec. 1039/2022), que cuenta además con un voto particular en el que se aportan las razones por las que se considera inadecuado invocar la perspectiva de género para dirimir la controversia. El asunto versa sobre el reconocimiento del derecho a una prestación por muerte y supervivencia, en concreto una pensión en favor de familiares, a la hija de un pensionista a la que le quedaba un poco más de un mes para poder reunir el requisito para causar derecho a la referida pensión consistente en tener cumplidos 45 años. Es cierto que la norma contenida en el art. 5.1 del Decreto 1646/1972 incorpora un claro prejuicio, comprensible si se contextualiza en el momento histórico, al establecer que tendrán derecho a la pensión las hijas o hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez que, al tiempo del fallecimiento del causante, fueran mayores de cuarenta y cinco años de edad, y solteras o viudas, y que acrediten dedicación prolongada al servicio del causante. Es evidente que el legislador reglamentario parte de la idea, o más bien de una realidad bien extendida en ese momento, de que esas mujeres son las que deben encargarse —y se encargan de hecho— del cuidado («servicio» dice textualmente) del pensionista varón. Concepción en la que concurren varias circunstancias concomitantes, como son el sexo, pero también el estado civil y la edad. Esta última, que hace presuponer, sumada con las anteriores, una mayor dificultad para acceder al mercado de trabajo con el fin de poder procurarse una fuente de ingresos y un medio de vida propios y autónomos, que es lo que la norma precisamente pretende compensar al reconocer el derecho a la pensión.

La mayoría de la Sala de Madrid decide que hay que aplicar la perspectiva de género sobre la base fáctica de que son mayoría mujeres las beneficiarias de este tipo de prestaciones; y que, detectado el impacto de género, es obligado integrarlo en la impartición de justicia, rechazando interpretaciones mecánicas y formalistas, (que es lo que textualmente decía una de las sentencias de Canarias a la que ya se ha aludido más arriba), y llevando a cabo una interpretación *flexible* de los requisitos de acceso. Y, en fin, refuerza ese argumento con la aportación de algunos precedentes: la STS de 6 de febrero de 2020 (Rec. 3801/2017), que reconoce el tiempo de prestación del servicio social en el cómputo para acceder a la jubilación anticipada; la STS de 2 de julio de 2020 (Rec. 201/2018) que considera las complicaciones y lesiones sufridas en el parto a los efectos de una IP absoluta como derivadas de accidente no laboral,

no de enfermedad común; o la STS de 14 de octubre de 2020 (Rec. 2753/2018), que reconoce el derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho a una mujer que, por razón de haber sufrido violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante; criterio que reitera la muy reciente STS de 13 de junio de 2023 (Rec. 1549/2020) que, aplicando la perspectiva de género, considera cumplido el requisito de la separación legal a la fecha del hecho causante de una mujer previamente separada de hecho de su marido como consecuencia de haber sufrido violencia de género. A las que cabría sumar la STS de 29 de enero de 2020 (Rec. 3097/2017), que, aplicando la perspectiva de género, reconoce una prestación en favor de familiares a la hija de una causante fallecida, beneficiaria de la pensión de vejez SOVI.

Como se decía hace un momento, la sentencia se acompaña de un interesante voto particular que discrepa de la solución mayoritaria, en primer lugar, porque considera la exigencia de edad un requisito lógico y razonable, y que responde a razones objetivas bien fundadas, consistentes en esa ya mencionada mayor dificultad de incorporación de mujeres maduras al mercado laboral. Lo que no deja de ser, añadiría, fruto de una clara evaluación prejuiciosa sobre su capacidad de aportar talento, experiencia, valor y rentabilidad a una organización. A partir de ahí, considera el magistrado autor del voto que la falta de tal exigencia no puede superarse mediante el recurso al mecanismo de la perspectiva de género, y tampoco con una interpretación tuitiva, flexible y finalista. En todo caso, también añadido de mi propia cosecha, sería más bien un prejuicio que combina dos factores, la edad también, no solo el sexo. Y, por fin, que el recurso al referido mecanismo comportaría contravenir un mandato nítido y expreso de la norma, creando además una situación de inseguridad jurídica al generar incertidumbre como consecuencia de la indefinición del número de días, meses o años por debajo de la edad de 45 años que serían admisibles o susceptibles de esa interpretación flexible; y comprometiendo, en fin, el principio de igualdad.

Por cierto, también el voto particular formulado a esta sentencia que se comenta añade algunos otros precedentes en los que el propio Tribunal Supremo rechaza llevar a cabo este tipo de aplicaciones «fluidas» de los presupuestos para generar derecho a prestaciones de seguridad social. En concreto, la STS de 27 de febrero de 2023 (Rec. 3225/2021), sobre el complemento de maternidad por aportación demográfica (art. 60 LGSS), que deniega al haber nacido muerto el feto. Y que insiste en que el enfoque de género carece de sentido cuando la norma que ha de ser interpretada afecta exactamente por igual y sin distinción alguna a mujeres y hombres; y que no cabe hermenéutica con perspectiva de género con la STJUE de 12 de diciembre de 2019. Ciertamente es que esta sentencia también se acompaña de un voto particular que abunda en la idea de compensar la maternidad y que

formula la magistrada Rosa Virolés. También se mencionan la STS de 8 de febrero (Rec. 1417/2020) de nuevo sobre el complemento de maternidad; y la STS, del Pleno, de 2 de marzo de 2023 (Rec. 3972/2020), sobre la posibilidad de incrementar con la que correspondería al otro progenitor la prestación por nacimiento y cuidado de menor en el caso de tratarse de una familia monoparental, pretensión que la mayoría descarta, manifestando que el criterio de la perspectiva de género no puede servir para ir más allá de la interpretación y aplicación del derecho y situarse en el ámbito de su creación. Que el asunto es discutible y discutido en el seno de la propia Sala de lo Social del TS —con el consiguiente resultado de inseguridad e incertidumbre— se pone en evidencia por el hecho de que también esta sentencia se acompaña de un voto particular,⁸ en el que, junto a la perspectiva de género, se esgrime el interés superior del menor, con referencia, entre otra, a la doctrina de la propia Sala sobre el derecho a prestaciones de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución.

IV. EL MARCO GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA IGUALDAD APLICADO AL EMPLEO Y SU INTEGRACIÓN CON LA NUEVA LEY

No es posible soslayar el hecho de que la nueva LIG habrá de integrarse con el prodigioso dispositivo normativo sobre igualdad que le precede, en el que se incluye no solo la abundante normativa internacional existente en la materia, también la de la UE, la CE (en particular, los arts. 14 y 35, referido este último específicamente al ámbito laboral), y toda la regulación contenida en el marco legal de ordenación del empleo, esencialmente, el ET y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)⁹. Por supuesto, la ya tantas veces citada LOPI, pero también un buen número de disposiciones aprobadas en este último tramo de la legislatura, todas las cuales tienen incidencia en el ámbito del empleo y del trabajo humano: la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual;¹⁰ la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo;¹¹ la Ley 3/2023, de 28 de febrero,

⁸ En este caso, formulado por el magistrado García-Perrote Escartín (ponente de la sentencia anteriormente citada), al que se adhiere la magistrada Rosa Virolés.

⁹ BOE, 31 de octubre.

¹⁰ BOE, 7 de septiembre.

¹¹ BOE, 1 de marzo.

de Empleo;¹² y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI¹³.

Lo que, por de pronto, ya ha podido provocar, sobre todo en relación con algunas leyes de este último bloque, serios problemas de coordinación. Por poner solo un par de ejemplos, la desaparición de la referencia a los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual, que se introducía, equiparándolos —con un criterio discutible— a los de las víctimas de violencia de género, en la Ley 10/2022, pero desaparece tras la promulgación de la última de esas normas, la Ley 4/2023 —más conocida como *ley trans*—, tal vez porque esta ley llevaba un considerable período de tiempo tramitándose, y se aprobó sin acomodar su texto a las novedades introducidas solo unos pocos meses antes por aquella otra norma.¹⁴

Una segunda infausta falta de coordinación, posiblemente menos vistosa pero técnicamente funesta, está en uno de los tipos infractores enunciados en la LISOS. En concreto, y justamente, entre las infracciones muy graves en materia de empleo, en el art. 16.1 c). La versión oficial del BOE recoge ese concreto tipo infractor, que básicamente consiste en hacer ofertas de trabajo o procesos selectivos estableciendo condiciones discriminatorias, con dos redacciones diferentes: en la primera, que es resultado de la modificación introducida por la D. final 1.2 de la Ley 3/2023, de Empleo, el precepto de referencia define la infracción como la solicitud de datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación o colocación o establecer condiciones mediante publicidad, difusión o cualquier otro medio, que constituyan discriminación en el acceso al empleo por los siguientes motivos: edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La segunda versión de este mismo tipo infractor, esta vez introducida por la D. final 6.4 de la Ley 4/2023, la *ley trans*, no se refiere a procesos de intermediación o colocación, sino a procesos de selección, lo que no es exactamente igual, resultando seguramente más amplio el abanico de conductas o situaciones delimitadas o aludidas en la primera versión. Pero, además, tampoco coinciden ambas redacciones en la enumeración de las causas de discriminación, que también resulta discordante en una y otra versión: así, mientras que la versión de la Ley 3/2023 alude a

¹² BOE, 1 de marzo.

¹³ Íd.

¹⁴ Un agudo comentario a ese respecto en <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>

identidad de género, la versión de la Ley 4/2023 habla de identidad sexual; y las menciones que la primera versión lleva a cabo de la salud, la nacionalidad más la cláusula abierta, no aparecen en la segunda versión, que, en cambio, sí incluye la referencia al estado civil. En fin, un verdadero desconcierto difícil de resolver, pues si conforme al principio de orden normativo *lex posterior derogat priori* —siendo la posterior la *ley trans*—,¹⁵ la aplicación del principio de especialidad primaría seguramente a la Ley 3/2023, de Empleo.

Precisamente, una de las características reseñables de la LIG es la incorporación al listado de circunstancias que pueden dar lugar a discriminación de nuevas causas (Grau Pineda, 2023: 32 y ss.). Por su repercusión en el ámbito del empleo, es particularmente interesante y en verdad innovador la que considera la enfermedad o condición de salud, el estado serológico y la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Sin desdeñar la incidencia de otras viejas y nuevas causas como la nacionalidad y residencia legal, la edad —en posible confluencia, además, con las primeras—, el origen racial o étnico, la religión, la discapacidad, o el sexo, la orientación e identidad —sexual o de género— y la expresión de género (STC 67/2022). Y, sin duda, la permanente virtualidad de la cláusula abierta que, junto con la interpretación evolutiva y dinámica que el TC ha hecho sobre el alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas, han permitido, por poner un caso paradigmático, elevar a la categoría de derechos con relevancia constitucional o derechos constitucionales sin más de los derechos de conciliación responsable de la vida laboral y personal, o de la pura situación familiar (SSTC 3/2007, de 15 de enero y 26/2011, de 14 de marzo).¹⁶

Retomando el asunto relativo a la enfermedad y demás causas con ella relacionadas, el art. 2.3 LIG comienza por decir que la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública. Lo que, evidentemente, significa que sí puede considerarse el estado de salud de una persona para otorgarle un trato diferente, sea en sentido positivo, para proteger, preservar y recuperar la salud; sea en sentido peyorativo, mediante medidas limitativas como las experimentadas durante la pandemia —reali-

¹⁵ Téngase en cuenta que ambas leyes son de la misma fecha, publicadas en el BOE el mismo día y con idéntica entrada en vigor. Así, por lógica, la posterior sería la Ley 4/2023, de numeración correlativa a la Ley 3/2023.

¹⁶ En la doctrina judicial puede verse, por ejemplo, la STSJ de Asturias, de 19 de febrero de 2019 (Rec. 2855/2018), que considera discriminatorio no conceder permiso de lactancia al padre sobre el argumento de que la madre no trabaja.

zación de test, vacunación, confinamiento, exigencia de pasaportes— (Martínez Moreno, 2021: 421 y ss.), o como las que pueden adoptarse en el ámbito laboral, bien sean las que pueda imponer la normativa sobre prevención de riesgos, o en materia de suspensión e incluso extinción del contrato de trabajo.

Ello, no obstante, tiene que hacerse compatible o ha de compaginarse con otra mención a la salud, la que prohíbe al empresario hacer preguntas sobre sus condiciones de salud a un aspirante a un puesto de trabajo (art. 9.5 LIG), una firme limitación de las libertades empresariales que ya tenía sustento en la normativa sobre protección de datos personales, pero que ha sido recibida de buen grado (Lousada Arochena, 2022).

Por otra parte, es pertinente distinguir conceptos, pues la enfermedad no es exactamente lo mismo que la condición de salud ni que la predisposición a padecer ciertas dolencias o el estado serológico; este último, que perpetúa el debate sobre la posibilidad de exigir la vacunación o sobre la repercusión que en la esfera laboral puede tener la negativa a que se le administren a la persona trabajadora. Desde luego, pone directamente sobre el tablero el problema creciente de la salud mental y revive el debate sobre la calificación del despido de una persona en situación de IT. Puede que sea esta cuestión, la relativa a la conexión entre la enfermedad y la extinción del contrato de trabajo, la que está teniendo una mayor relevancia en la práctica en estos momentos iniciales de rodaje de la LIG, de ahí que le vayamos a dedicar una particular atención.

Lo primero que merece la pena destacar es la distinción que se viene haciendo entre la situación de IT y la enfermedad,¹⁷ que llevó al TS a mantener tradicionalmente una doctrina contraria a la consideración del despido injustificado de una persona en situación de baja por enfermedad o accidente como un despido nulo, y calificarlo como improcedente, sobre la base argumental de que la enfermedad no era una causa de discriminación, a diferencia de la discapacidad.¹⁸ No cabía, por tanto, una automática asimilación entre ambas, enfermedad y discapacidad, sin perjuicio de que en algunas circunstancias, por la duración, por las secuelas o por la eventual estigmatización ocasionada por la dolencia, pudiera proceder dicha equiparación.¹⁹

Pese a todo, algún autor ya defendía el papel de la IT como posible indicio de discriminación para poder plantear una eventual nulidad de un despido

¹⁷ Es ilustrativa, a estos efectos, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Mieres, de 23 de febrero de 2023 (Proced. 58/2023), donde se subraya que la enfermedad o condición de salud alude a una circunstancia dotada de permanencia o cierta estabilidad, lo que no equivale a la IT.

¹⁸ Desde la STS de 29 de enero de 2001 (Rec.1566/2000).

¹⁹ Sobre todo, a raíz de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, caso *Daouidi* (C-395/15).

acaecido durante dicha situación (Lousada Arochena, 2022). Lo que a partir de la LIG adquiere una inusitada potencialidad, habida cuenta que se aplica el sistema de indicios en los procedimientos en que se alegue una posible discriminación por cualquiera de las causas que la norma enumera, desde luego, también la enfermedad, el estado o condiciones de salud, etc. (art. 30.1 LIG). Por aplicación de las reglas sobre distribución de la carga probatoria en casos de posible trato discriminatorio, ya hay pronunciamientos en sentido estimatorio declarando la nulidad del despido de personas en situación de baja por enfermedad. Por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Gijón, de 15 de noviembre de 2022 (Proced. 467/2022) que toma como principio de prueba una conversación por WhatsApp mantenida por la demandante con el hijo de la titular del establecimiento en el que prestaba servicios como dependiente, en la que este hacía suyas las palabras de sus padres sobre la imposibilidad de soportar el coste de la baja, y la voluntad o el propósito de volver a contratar a la empleada cuando concluyera el proceso de curación. O la sentencia del Juzgado de lo Social de Burgos, de 27 de febrero de 2023, que declara la nulidad del despido adoptado cuando la trabajadora llevaba una semana en IT y la empresa no justifica el motivo de la decisión extintiva.

Por su parte, la STSJ de Baleares, de 24 de enero de 2023 (Rec. 407/2022), califica de nulo el cese de un trabajador durante el período de prueba que se encontraba de baja con diagnóstico de depresión neurótica, al entender acreditado que la empresa trató de forzar al trabajador a solicitar el alta médica, lo que constituye además un atentado al derecho a la integridad física. Mientras que la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Pamplona, de 4 de abril de 2023, descarta que sea determinante el hecho de que la LIG no haya modificado el art. 55.5 ET, óbice que esgrimen algunos pronunciamientos contrarios a la declaración de nulidad. Por poner un caso, la STSJ de Asturias, de 14 de febrero de 2023 (Rec. 2636/2022), aunque en este caso, de una atenta lectura de la sentencia, parece más plausible atribuir la desestimación del recurso formulado por la representación de la trabajadora a las anomalías, incorrecciones e infracciones de carácter procesal cometidas en la formalización y planteamiento de los motivos de impugnación de la sentencia desestimatoria recaída en la instancia; no tanto a los motivos de fondo, de modo que no me parece que esa sentencia pueda constituir un referente doctrinal relevante ni autorizado. En cualquier caso, es cierto que los numerosos pronunciamientos ya existentes al respecto de esta trascendental cuestión son dispares,²⁰ por lo

²⁰ El blog del profesor Ignasi Beltrán de Heredia da buena y puntual cuenta de todos ellos <https://tinyurl.com/3tafac9t>. (última consulta el 27 de junio de 2023).

que se hace necesaria una unificación de doctrina que disipe las dudas aplicativas suscitadas por la nueva norma.

Otro de los rasgos significativos y novedosos de la LIG es el elenco de manifestaciones, tipos, variantes o vertientes de la discriminación que incorpora (arts. 4 y 6). Junto a las sobradamente conocidas nociones de discriminación directa e indirecta, por cierto, en este último caso, con una definición muy sucinta de la misma que se ciñe estrictamente al efecto o impacto adverso o desventaja particular que para una o varias personas deriva de la aplicación de una norma, criterio o práctica aparentemente neutros [art. 6.1 b) LIG], debutan ahora en la letra de la ley las siguientes modalidades: la discriminación por asociación y la discriminación por error (art. 6.2). La primera, también nombrada como discriminación por vinculación, interposición, refleja o transferida (Maneiro Vázquez, 2021), de la que es clara muestra la STJUE de 10 de junio de 2019, caso *Hakelbracht* (C-404/18), se produce cuando una persona o grupo en que se integra experimenta el trato discriminatorio como consecuencia o debido a su relación con otra persona que es sobre la que concurre alguna de las causas previstas en el art. 2.1 de la ley [art. 6.2 a) LIG]; mientras que la discriminación por error es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona discriminada [art. 6.2 b)], y que —sin ser exactamente lo mismo— mantendría alguna similitud o relación con la valoración prejuiciosa respecto de una persona que acontece en la ya analizada discriminación estadística, o en los casos de diferencias de trato injustas basadas en la expresión de género, que pueden inducir a error sobre la orientación sexual de una persona. Si bien es cierto, que cualquiera de las dos conforma ya una causa de discriminación autónoma.

Se definen y articulan seguidamente la discriminación múltiple y la interseccional, también sumamente estudiadas ya. Se produce la primera cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas [art. 6.3 a) LIG]; mientras que la interseccionalidad supone la interacción o concurrencia superpuesta de varias y diversas causas, constituyendo una forma específica y más dañina e insidiosa de discriminación [art. 6.3 b)], puesto que el resultado no es un sumatorio sino un daño exponencial en los valores esenciales de la persona. Caso paradigmático podría ser el de las jornaleras de la fresa y los frutos rojos de Huelva, cuya terrible situación se relaciona con el hecho de ser mujeres, marroquíes, casadas y con cargas familiares, desconocedoras de la lengua y en situación extrema de vulnerabilidad económica.²¹ En ambos casos, la diferencia de trato debe obedecer a todas

²¹ Se puede consultar el informe jurídico realizado en mayo de 2021 por un equipo en el que tuve la oportunidad de integrarme, y redactado tras documentar sobre el terreno

y cada una de las causas, o concurrir en relación con todas ellas; y las acciones positivas que se puedan emprender, atender también a cada circunstancia o condición causante de la discriminación [art. 6.3 c) y d) LIG].

Merecen asimismo la catalogación de supuestos de trato discriminatorio, en primer lugar, los acosos con origen en alguna de las causas legalmente tipificadas (art. 6.4), que en realidad más propiamente son una conducta pluriofensiva, habida cuenta que sus efectos consistentes en la creación de un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo implican un atentado contra la dignidad de la persona y la consiguiente lesión de cuantos valores y derechos se encuentran vinculados a aquella (intimidad, integridad física y moral, libertades sexuales, entre otros).

Algo más novedoso es que se atribuya el carácter discriminatorio a la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia por cualesquiera de las causas enumeradas en el art. 2 (arts. 4.1 2.º y 8 LIG), habiendo de ser la inducción una acción concreta, directa y eficaz para hacer surgir o incurrir a otra persona en una actuación discriminatoria contra un tercero (art. 6.5) y no una mera conjetura. Lo mismo que las represalias, el trato adverso o peyorativo, o las consecuencias negativas que pudiera sufrir una persona o grupo por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto (art. 6.6). Bien es verdad que este último mecanismo ya se encontraba antes suficientemente amparado por la garantía de indemnidad, integrante como es sabido del derecho a la tutela judicial efectiva, además de poder constituir un supuesto de discriminación por asociación. Se encuentran excluidos de lo dispuesto en este apartado los supuestos que pudieran constituir ilícito penal.

Un último bloque que merece especial atención es el dedicado a las discriminaciones omisivas o por falta de adopción de medidas,²² empezando por las que estriban en la denegación de ajustes razonables, casi siempre vinculada a la protección o especial atención a las personas con discapacidad o diversidad funcional,²³ pero que entiendo que permitiría también incluir

y mediante entrevistas directas cuál era su situación sociolaboral, habitacional, sanitaria y humana en general en <https://tinyurl.com/3rjh7p3y>.

²² Santiago García Campá y Asunción Ventura Franch, ¿Se puede discriminar sin hacer nada? La discriminación de las mujeres por omisión <https://tinyurl.com/ard7uph3> (última consulta el 28 de junio de 2023).

²³ Nulidad de un despido y estimación de la concurrencia de un supuesto de discriminación por falta de ajustes razonables respecto de un trabajador con discapacidad en la STJS Cataluña, Social, de 27 de febrero de 2023 (Rec.5189/2022).

algunos otros derechos o dispositivos de garantía o tutela característicamente laborales, como las adaptaciones de puestos de trabajo o condiciones laborales como medios garantes de la seguridad y salud de las personas trabajadoras, y que se encuentran reguladas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.²⁴Y las previsiones relativas a la reducción de la jornada y consiguiente concreción horaria, así como la adaptación del tiempo de trabajo o modalidad de la prestación con fines de conciliación de los arts. 37.6 y 7, y 34.8 ET. Esto me parece de particular interés para reforzar decidida y definitivamente la tutela de las personas que pretenden ejercitar ese derecho y de un modo, si no sistemático o generalizado, sí de forma insistente y persistente, se encuentran con una simple negativa empresarial.

Pues bien, de prosperar la acepción amplia o extensiva del derecho a que se adopten ajustes razonables, más allá de la discapacidad [art. 6.1 a) 2.º LIG], una negativa no suficientemente motivada a esas adaptaciones constituiría un trato discriminatorio. Es cierto, no obstante, que esta tesis ya la venían aplicando algunos tribunales por efecto de la doctrina constitucional en relación con los derechos de conciliación acuñada a raíz de la tantas veces citada STC 3/2007.²⁵Pese a que el TS ha dicho muy recientemente que no siempre una negativa a la adaptación del tiempo de trabajo o la modalidad de la prestación ex art. 34.8 ET tiene o lleva aparejada la existencia de una discriminación directa o indirecta [STS de 25 de mayo de 2023 (Rec. 1602/202)].

Dicho sea de paso, esta nueva fórmula o versión de la discriminación por falta de ajustes razonables ha llevado al TSJ de Baleares a preguntarse si resulta ahora compatible con la legalidad la extinción automática del contrato de trabajo prevista en el art. 49.1 e) ET en el caso de reconocerse al trabajador una incapacidad permanente total. Lo que ha motivado que la Sala haya planteado ante el TJUE la oportuna cuestión prejudicial para que se examine la compatibilidad de esa concreta causa extintiva con la normativa antidiscriminatoria de la UE.²⁶

El segundo supuesto de discriminación omisiva o por inacción sería la consistente en la dejación de funciones o el incumplimiento de deberes, por

²⁴ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 10 de noviembre) y normas concordantes o de desarrollo.

²⁵ Pueden verse la STS de 26 de abril de 2023 (Rec.1040/2020). Y en la doctrina judicial, entre otras muchas, SSTSJ Madrid, Social, de 6 de marzo de 2023 (Rec.1185/2022) y de 5 de mayo de 2023 (Rec.165/2023); STSJ Aragón, Social, de 27 de marzo de 2023 (Rec.74/2023); o STSJ Asturias, Social, de 28 de febrero de 2023 (Rec.2426/2022).

²⁶ Mediante Auto de 30 de septiembre de 2022 (Rec.75/2022). Da noticia de ello en su blog, una vez más, Ignasi Beltrán de Heredia [(<https://tinyurl.com/287r4zbm>) (última consulta el 27 de junio de 2023)].

poner un caso emblemático, para prevenir o reprimir los acosos; así como la falta de adopción de medidas de acción positiva, allí donde y cuando se requieran para corregir desigualdades injustas de facto o de partida (arts. 2.2, 4.2 y 6.7 LIG). Desde luego que la adopción de disposiciones, conductas, actos, decisiones, criterios o prácticas con el legítimo fin de mejorar las condiciones de vida de personas o grupos desfavorecidos, favorecer la incorporación al trabajo, o garantiza el disfrute y el ejercicio de los derechos y libertades en condiciones de igualdad resulta, si es posible, más necesaria en el ámbito de una relación jurídica como la laboral, ya de por sí estructural y jurídicamente desigual o desequilibrada. Siempre con el presupuesto o requisito de que aquellas resulten razonables, objetivas y proporcionadas (necesarias, adecuadas y proporcionadas en sentido estricto).

Muy relacionado con la omisión de medidas de acción positiva estaría un tipo de discriminación no explícitamente contemplado en la LIG, pero que sí se describe en la doctrina y en los análisis teóricos, que es la discriminación por indiferenciación. No parece preciso ofrecer muchas explicaciones sobre el hecho de que la igualdad supone tratar igual lo que es igual, pero tratar diferente lo que es diverso. Pese a lo claro que esta aseveración se antoja, el propio TC ha declarado que no cabe pretender un trato desigual bajo la invocación del art. 14 CE, del que no derivaría ningún derecho subjetivo a ese trato normativo diferenciado (STC 117/2006, de 24 de abril). Cosa distinta, prosigue el supremo intérprete de la Constitución, es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, pudieran —o tuvieran— que adoptar medidas de trato diferenciado para ciertos colectivos, precisamente, para lograr los fines constitucionalmente legítimos que consisten en que la igualdad sea real y efectiva y en la remoción de los obstáculos que impidan ese logro.²⁷

V. EL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO POR CUENTA AJENA

La formulación se recoge específicamente en el art. 9 LIG, que empieza por prohibir el establecimiento de limitaciones, segregaciones o exclusiones para el empleo por cuenta ajena, esto es, en régimen asalariado, por las causas previstas en la ley. Lo que se traduce en la referencia también expresa a todos los momentos, estadios o aspectos de las relaciones de trabajo en que es suscep-

²⁷ De enorme interés a este respecto es lo razonado en la STSJ Madrid, Social, de 6 de abril de 2022 (Rec. 172/2022).

tible de concurrir un riesgo de discriminación: el acceso mismo al empleo, sea este público o privado, incluidos los criterios de selección; la formación para el empleo; la promoción profesional; la retribución —materia especialmente sensible, como es bien sabido—, la jornada y las restantes condiciones de trabajo; y la suspensión y la extinción del contrato de trabajo, de nuevo momento crítico para que se active la tutela antidiscriminatoria. Y ello incluye, como es obvio, el manejo o recurso a criterios o sistemas que puedan provocar discriminaciones indirectas, que serán las más frecuentes.

Particularmente en relación con la igualdad o desigualdad retributiva, se establece la obligación de publicar la información salarial a las empresas con más de doscientos cincuenta trabajadores, con el fin de poder analizar los factores que pudieran influir o determinar la existencia de diferencias retributivas. Que, si no pudieran explicarse, podrían constituir discriminaciones salariales por el motivo que fuese. Esta obligación se sitúa en la línea de la reciente «Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, 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 cumplimiento»,²⁸ aunque esta ceñida estrictamente a la lucha contra la brecha salarial de género (Martínez Moreno, 2019; y Martínez Moreno, 2023: pp.103 y ss.). Y habrá, en todo caso, de ser objeto de desarrollo y articulación reglamentaria, tal vez con una emulación y ampliación del contenido del RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.²⁹

La normativa se completa con una referencia a los deberes que se dirigen a los poderes y autoridades públicos, empezando por los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas, que deberán velar por el respeto a la igualdad en esa delicada etapa previa o precontractual que integran los procesos de información sobre empleo, selección, colocación y mediación en la búsqueda de empleo y la contratación. A través de medidas, pero no solo o únicamente, como el *currículo de vida anónimo*. Por cierto, una herramienta que puede convertirse en un arma de doble filo, al dificultar la detección de discriminaciones por motivos personales, que quedarían ocultos. Pero esta es una cuestión polémica, difícil y delicada, sobre la que en este momento no es posible detenerse.

La siguiente autoridad concernida es la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que deberá seguir incluyendo en la planificación anual o periódica de

²⁸ DO L 132 de 21 17.5.2023 (<https://tinyurl.com/yckfkvhm>).

²⁹ BOE, 14 de octubre.

su actividad la especial vigilancia en el cumplimiento de todas las normas, disposiciones y medidas en materia de igualdad y no discriminación. Para concluir con una referencia a los organismos competentes del Ministerio de Defensa, en relación con el personal que preste servicios en los centros y establecimientos militares, y a la Inspección General de Servicios u órgano autonómico equivalente, en el ámbito del empleo público.

Un capítulo de particular interés, y especialmente complejo, es el relativo a los nuevos mandatos y encargos dirigidos a la negociación colectiva y a la representación legal de las personas trabajadoras (art. 10). A ambas instancias se prohíbe de nuevo establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones para el empleo (selección), formación y promoción profesional, retribución, jornada y demás condiciones de trabajo, o en materia de suspensión, despido y otras causas de extinción del contrato de trabajo, por las causas legalmente previstas. Prohibición perfectamente compatible, o que deberá serlo, con la adopción o el establecimiento de medidas de acción positiva y mecanismos de información y evaluación periódica (art. 10.2 LIG). Corresponde especialmente a la representación legal de los trabajadores y a la propia empresa —en virtud del deber de buena fe y colaboración mutua que deben regir sus relaciones— velar por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación en la empresa, en particular, en materia de medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos (art. 10.3).

Como no podía ser de otro modo, se recuerda y subraya el papel institucional de los agentes sociales con una primera llamada a los poderes públicos para que fomenten el diálogo social, el que tiene que producirse entre los interlocutores sociales para promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas (art. 10.1 2º), previsión que se antoja un tanto endeble y redundante. Estableciéndose, eso sí, una obligación más concreta para que las organizaciones empresariales y sindicales más representativas elaboren un informe anual sobre el cumplimiento de las disposiciones previstas en los arts. 9, 10 y 11 de la Ley (disposición adicional quinta). Nadie puede dudar de que este tipo de provisiones pro futuro presentan incertidumbres difíciles de soslayar, no solo porque se hacen depender de la buena voluntad de sujetos privados respecto de los que ninguna consecuencia de reproche está prevista, sino porque un horizonte de cambio de rumbo en el gobierno y las políticas públicas las convierte en sombras y ceniza.

Algo parecido ocurre con la llamada a las acciones de responsabilidad social (art. 33.2 LIG), que dependen exclusivamente de la libre iniciativa empresarial, pero que en verdad permiten que se adopten medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de cualquier otra índole provechosa para promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las empresas y su entorno social (no sé si se está aludiendo

a instrumentos como las fundaciones y otras instituciones de acción social que las grandes empresas suelen establecer). Una adición un tanto simbólica y superflua señala que la realización de estas acciones podrá ser concertada con la representación de los trabajadores, suponiendo que esta estructura representativa y de participación exista.

Congruentemente con lo que se decía al inicio del apartado anterior, la LIG no puede ser entendida de manera aislada, sin conexión con otras disposiciones y normas que se han promulgado casi al hilo de su puesta en marcha, y que establecen prohibiciones, obligaciones o medidas de análogo significado y alcance. Me estoy refiriendo a los mandatos contenidos, sobre todo, en la ya aludida LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que con el objetivo de contribuir a la prevención y sensibilización en relación con esas conductas en el ámbito laboral (art. 12) obliga o habilita para que se negocien con la representación de los trabajadores campañas, códigos de buenas prácticas y protocolos, y se establezcan medidas específicas para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, vinculándolo a su vez con el acoso sexual y por razón de sexo, también en su vertiente digital. Con tal fin se procede a la modificación del art. 48 LOPI referido a los protocolos frente al acoso (D. final décima LIG).

Otro tanto habría que decir respecto de la incidencia de la «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI», que vuelve a referirse —de un modo un tanto asistemático— a la adopción de medidas para la promoción y defensa de la igualdad y la no discriminación estrictamente en el empleo público, previa negociación con las organizaciones sindicales (art. 11); al impulso de la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de promoción de la diversidad y procedimientos para dar cauce a las denuncias (art. 14);³⁰ y a la obligación de negociar y acordar con la representación legal de las personas trabajadoras planes y protocolos dirigidos a garantizar la diversidad y la protección de las personas pertenecientes a los colectivos a los que se dirige esa ley (art. 15).

Y la última cuestión a la que habría que aludir, no por ello de trascendencia menor, es la relativa a las garantías y medios de tutela que incorpora la LIG. Como la doctrina cuenta ya con referencias de indudable autoridad (González del Rey Rodríguez, 2023), nos limitaremos aquí a hacer un par de apuntes sobre los aspectos de mayor interés.

³⁰ Que necesariamente habrá de acomodarse a lo dispuesto en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (BOE, 21 de febrero).

El primer rasgo singular y no poco problemático de la LIG es que diseña un régimen sancionador propio, pero subsidiario respecto de otros preexistentes contenidos en otras disposiciones. Ello, por de pronto, supone que no se ha modificado el régimen específicamente laboral, que sigue siendo el definido en la LISOS, que, sin embargo, podría resultar insuficiente o entrar en contradicción con lo dispuesto en la LIG.³¹

Respecto de la tutela judicial y las correspondientes reglas procesales, no parece que representen novedad significativa respecto de la protección reforzada ya existente y dispensada en la jurisdicción social —con algún matiz—, donde ya se preveía la legitimación asociativa y de las organizaciones representativas para la defensa del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación (art. 29 LIG), la posibilidad de adoptar medidas cautelares en los procedimientos jurisdiccionales, o la traslación de la carga de la prueba, en los términos que ya se han analizado (art. 30 LIG), también en procedimientos administrativos.

Por fin, es tal vez en relación con los medios para proporcionar la debida tutela reparadora, disuasoria, preventiva y punitiva (art. 28 LIG) donde mayores esfuerzos habría que hacer. Principalmente, por la renuencia de los órganos jurisdiccionales, al menos en el orden social, a ponderar la entidad y alcance de los daños con el objetivo de cuantificar adecuadamente el importe de las indemnizaciones. Y sin perjuicio de que la presunción de existencia del daño moral, una vez acreditada la discriminación, esté en buena medida o en cierto modo ya presente en la LRJS y en la jurisprudencia aplicativa de la misma.³² Puede contribuir modestamente a facilitar la labor la referencia expresa como parámetros de valoración a las circunstancias del caso, la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación (discriminación múltiple e interseccional), o la gravedad de la lesión efectivamente producida, atendiendo, en su caso, a la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Por lo que se refiere al ámbito de la prevención de los riesgos laborales, no es difícil pronosticar una insuficiencia de la regulación —la norma de cabecera es la LPRL de 1995—, que sigue sin incluir previsiones específicas

³¹ Recuérdese la falta de concordancia en la definición de algún tipo infractor como consecuencia de las modificaciones introducidas por las leyes 3 y 4/2023, a la que ya se ha hecho referencia más arriba (*vid supra*, epígrafe 4).

³² Ver por todas la STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. 624/16) en aplicación de lo dispuesto en el art. 179.3 LRJS, según el cual, cuando los daños morales resulten difíciles de estimar detalladamente, no será preciso aportar todos los elementos o parámetros objetivos de cuantificación.

sobre los riesgos psicosociales, organizacionales, relacionales y conductuales, o disposiciones orientadas a la prevención antidiscriminatoria. Sin perjuicio de lo que disponga el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027, y la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, de nuevo con un horizonte incierto a resultas de lo que deparen las elecciones del 23J y la próxima legislatura.

Bibliografía

- Becker, Gary S. (1971). *The Economics of Discrimination*. Chicago: The University of Chicago Press. Disponible en: <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226041049.001.0001>.
- Cabeza Pereiro, J. (2023). Nada es igual después de la Ley 15/2022, tampoco en el marco jurídico de las relaciones laborales. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 8 (2), 4-7. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4761>.
- Carmona Rubert, M. B. (2023). Las mujeres en la nueva Ley de Empleo, Ley 3/2023, de 28 de febrero. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 155, 21-38.
- Casas Baamonde, M. E. (2019). Igualdad de género y Derecho del trabajo y de la Seguridad Social: una integración inaplazable. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 4 (2), 5-8. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4761>.
- Cuenca Gómez, P. (2013). La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 12, 1-24. Disponible en: <https://tinyurl.com/25969mnp>.
- García Campá, S. y Ventura Franch, A. (2022). ¿Se puede discriminar sin hacer nada? La discriminación de las mujeres por omisión. *Valedora do Pobo* [blog], 22-11-2022. Disponible en: <https://tinyurl.com/ard7uph3>.
- González del Rey Rodríguez, I. (2023). Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 8 (2), 9-31. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/femeris.2023.7783>.
- Grau Pineda, C. (2023). La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación. *Femeris: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, 8 (2), 32-51. <https://doi.org/10.20318/femeris.2023.7784>.
- López Aniorte, M. C. (2023). Las propuestas del Pacto de Toledo de 2020 frente a la brecha de género laboral y prestacional: particular atención a las recomendaciones implementadas por el RD-L 2/2023, de 16 de marzo. *Revista de Derecho Social*, 101, 51-76.

- López Gandía, J. (2023). Las recientes reformas de Seguridad Social. El RDL 2/2023 de 16 de marzo. *Revista de Derecho Social*, 101, 31-50.
- Lousada Arochena, J. F. (2016). La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social. *Revista de Derecho Social* 76, 39-58.
- (2022). Ley 15/2022, de 12 julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo. *El Derecho.com, Lefebvre*, 29-12-2022. Disponible en: <https://tinyurl.com/mrjxh7df>.
- Maneiro Vázquez, Y. (2021). *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Martínez Moreno, C. (2019). *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Bomarzo.
- (2021). El control de la salud de los trabajadores mediante dispositivos inteligentes: en particular, el seguimiento en pandemias. En J. L. Monereo Pérez, M. P. Rivas Vallejo, M. N. Moreno Vida, F. Vila Tierno y J. C. Álvarez Cortés (dirs.). *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19* (vol. 2, t. 2, pp. 421-440). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2022). La reforma de la negociación colectiva. En A. R. Argüelles Blanco y L. A. Fernández Villazón (dir.). *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales* (pp. 219- 247). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2023). Brecha salarial y digital por razones de sexo. En A. M. Romero Burillo (dir.). *La mujer ante los retos del trabajo 4.0.* (pp. 103- 138). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Molina Navarrete, C. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Poyatos Matas, G. (2022). *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Queralt Jiménez, A. (2007). Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 435-470. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6771>.